



UNIVERSIDAD DE JAÉN

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Y JURÍDICAS**
**DEPARTAMENTO DE DERECHO
PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO
ESPECIAL**

TESIS DOCTORAL

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECONOCIMIENTO
EN MARRUECOS DE LOS MATRIMONIOS
CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO Y DE
LAS DECISIONES EXTRANJERAS DE
DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO**

**PRESENTADA POR:
TIJANIYA SAGHIR**

**DIRIGIDA POR:
DRA. DÑA. GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA**

JAÉN, 1 DE JULIO DE 2013

ISBN 978-84-8439-223-1

Sumario

Abreviaturas y Siglas

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MARROQUÍES

I. DERECHO ISLÁMICO Y DERECHO DE FAMILIA MARROQUÍ

1. FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO Y ESCUELAS: UNA APROXIMACIÓN.....	28
A. Breve aproximación al Islam y al Derecho islámico.....	28
a) Religión islámica.....	28
b) Origen del Derecho islámico.....	30
B. Fuentes del Derecho islámico.....	38
a) El Corán.....	38
b) La <i>Sunna</i>	44
c) <i>Al-iytihad</i>	48
C. Principales escuelas del Derecho islámico.....	52
a) Escuela hanafí.....	52
b) Escuela malikí.....	56
c) Otras escuelas.....	57
D. Especialidades de la escuela <i>malikí</i>	59
2. INFLUENCIA DEL DERECHO ISLÁMICO EN EL DERECHO POSITIVO. EL CASO DE MARRUECOS Y, EN ESPECIAL, DEL CÓDIGO DE FAMILIA.....	61
A. Aspectos destacados de la referencia islámica en el ordenamiento marroquí.....	61
a) Relación entre la ley islámica y el Derecho positivo.....	61

b)	Referencia en el Código de Familia de Marruecos a la interpretación del Derecho islámico de conformidad con la escuela malikí.....	64
B.	Escuela <i>malikí</i> y su vínculo con el Derecho marroquí de familia.....	71
a)	El nuevo art. 400 del Código de Familia de 2004.....	71
b)	Influencia de otras escuelas.....	77

II. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MARROQUÍ

1.	FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MARROQUÍ.....	78
A.	Estudio histórico del Derecho internacional privado marroquí.....	78
a)	Antecedentes.....	78
b)	Formación del DIPr marroquí.....	84
c)	Importantes novedades tras la adopción del Código de Procedimiento civil de 1974.....	88
B.	Objeto, contenido y fuentes del Derecho Internacional privado marroquí.....	96
a)	Objeto y contenido del Derecho internacional privado marroquí.....	96
b)	Fuentes del sistema marroquí de Derecho internacional privado: caracterización.....	99
c)	Relación entre las normas procedentes de distinta fuente.....	101
2.	ORGANIZACIÓN JUDICIAL MARROQUÍ ANTERIOR Y POSTERIOR A LA INDEPENDENCIA.....	103
A.	Organización judicial antes y durante la época del protectorado.....	103
B.	Organización judicial actual.....	106
a)	Unificación de jurisdicciones.....	106
b)	Consecuencias con respecto al estatuto personal.....	111

III. SISTEMA MARRQUÍ DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACTUAL

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE INSPIRACIÓN ISLÁMICA.....	113
A. Influencia del Derecho islámico en la elaboración del Derecho internacional privado.....	113
B. Carácter actual del sistema marroquí de Derecho internacional privado.....	116
a) La impronta colonial.....	116
b) Tendencias recientes.....	118
2. CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA MARROQUÍ DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	120
A. Sectores del Derecho internacional privado.....	120
a) Sistema ajeno al tradicional “conflicto de leyes”	120
b) Sistema de Protectorado y régimen de privilegios.....	123
c) Situación tras la independencia.....	125
B. Especial alusión a la situación de los extranjeros en Marruecos.....	131

CAPÍTULO SEGUNDO

MATRIMONIO Y SU DISOLUCIÓN:

BREVE ANÁLISIS DE LOS DERECHOS MARROQUÍ Y ESPAÑOL

I. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO MARROQUÍ Y EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL NUEVO CÓDIGO DE FAMILIA DE MARRUECOS Y EFECTOS.....	134
A. El expediente matrimonial.....	134
B. Requisitos para la validez del matrimonio.....	138
a) Compromiso matrimonial.....	138
b) Oferta y aceptación.....	140
c) Capacidad de ambos contrayentes.....	142
d) La dote, con especial referencia a la dote aplazada.....	145
e) El tutor matrimonial.....	148

f) Presencia de los testigos. El “matrimonio por poderes”.....	151
g) Impedimentos: temporales y perpetuos.....	152
C. Efectos del matrimonio.....	155
a) Efectos del matrimonio válido.....	155
b) Efectos del matrimonio nulo o viciado.....	161
2. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EFECTO.....	164
A. Introducción.....	164
B. Los esponsales.....	170
C. Expediente previo a la celebración del matrimonio: capacidad y ausencia de impedimentos.....	174
a) Capacidad.....	174
b) Ausencia de impedimentos.....	177
D. El consentimiento matrimonial.....	179
E. Formas de celebración del matrimonio e inscripción en el Registro civil.....	183
a) Forma civil y forma religiosa.....	183
b) Inscripción del matrimonio en el Registro civil.....	185
c) Celebración del matrimonio en las situaciones privadas internacionales.....	187
F. Efectos personales y patrimoniales del matrimonio.....	191
II. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA DE MARRUECOS Y EN EL DERECHO ESPAÑOL	
1. REGULACIÓN DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL ACTUAL CÓDIGO MARROQUÍ DE LA FAMILIA.....	195
A. Disolución del matrimonio por <i>Talaq</i> y procedimiento.....	195
a) Introducción.....	195
b) Procedimiento. Importancia de la fase de conciliación....	202
c) Cesión a la mujer del derecho de renuncia al pacto matrimonial (<i>tamlik</i>).....	208

d) Disolución del matrimonio por mutuo acuerdo.....	209
e) Disolución del matrimonio por compensación.....	213
B. Extinción de la relación matrimonial por disensión (<i>chiqaq</i>) y procedimiento.....	218
a) Noción de desavenencias.....	218
b) Posición de la jurisprudencia.....	223
c) Procedimiento.....	225
C. Otras causas de disolución del matrimonio por <i>tatliq</i> y procedimiento.....	231
a) Por incumplimiento de la obligación de manutención.....	230
b) Por ausencia del marido.....	236
c) Por la causación de un perjuicio.....	240
d) Por la existencia de un defecto.....	244
e) Por la existencia de un juramento de continencia por abandono.....	245
f) Procedimiento.....	247
2. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	249
A. Extinción de la relación matrimonial mediante la nulidad y la separación.....	249
a) Presentación.....	249
b) Nulidad del matrimonio: causas y procedimiento.....	250
c) Separación matrimonial.....	252
B. Disolución del matrimonio por divorcio.....	255
C. La disolución del matrimonio en las situaciones privadas internacionales: el nuevo Reglamento 1259/2010.....	259

CAPÍTULO TERCERO

RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO Y DE LAS DECISIONES EXTRANJERAS DE SU DISOLUCIÓN

I. PERSPECTIVA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS EN MARRUECOS

1. SISTEMAS Y CONDICIONES PARA RECONOCER DECISIONES EXTRANJERAS.....265
 - A. Régimen jurídico anterior al Código de Procedimiento civil de 1974.....265
 - B. Régimen jurídico actual.....270
 - C. Delimitación normativa.....274

2. DE LA PERSONALIDAD A LA TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS
PROCESALES.....278
 - A. Situación anterior al Código de Procedimiento civil de 1974.....278
 - B. Aplicación de la ley procesal con carácter territorial.....281

II. MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO. LOS NUEVOS ARTÍCULOS 14 Y 15 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

1. FINALIDAD DE LOS ARTS. 14 Y 15 DEL CÓDIGO DE FAMILIA.....283
 - A. Su relación con el Código de Procedimiento civil de 1974.....283
 - B. ¿Reconocimiento de la regla *lex loci actus*?.....286
 - C. Inscripción en plazo del matrimonio en el Consulado marroquí.....286

2. REQUISITOS QUE HAN DE REUNIR LOS MATRIMONIOS CIVILES CELEBRADOS EN
EL EXTRANJERO.....289
 - A. Capacidad y consentimiento.....289
 - B. Inexistencia de impedimentos, en especial, la disparidad de
cultos.....291
 - C. Presencia de testigos musulmanes.....293
 - D. Que no se haya suprimido la dote.....296

3. DIFICULTADES QUE PLANTEAN EN LA PRÁCTICA ESTAS NUEVAS DISPOSICIONES.....	297
---	-----

III. DECISIONES EXTRANJERAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO. EL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

1. FINALIDAD DEL ART. 128 DEL CÓDIGO DE FAMILIA.....	299
A. Sentido del art. 128 del Código de Familia.....	299
a) Presentación.....	299
b) Sentido del apartado 2º del art. 128 del Código de Familia.....	305
c) Control de la competencia internacional.....	307
d) Compatibilidad de la disolución del matrimonio con las previstas en el Derecho marroquí.....	308
B. Ámbito de aplicación restrictivo.....	313
C. Relación del art. 128 del Código de Familia con el Código de Procedimiento civil y con los convenios.....	314
2. DESAPARICIÓN DEL PODER DE REVISIÓN DE LA DECISIÓN EXTRANJERA.....	316
A. El sistema de revisión.....	316
B. Interpretación del art. 430 del Código de Procedimiento civil.....	318

IV. CONDICIONES PARA EL RECONOCIMIENTO

1. COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD EXTRANJERA.....	321
A. Control de la competencia general y especial.....	321
B. Criterios para realizar el control de la competencia internacional.....	323
C. ¿Control del carácter religioso de la autoridad extranjera?.....	327
2. FIRMEZA DE LA DECISIÓN EXTRANJERA.....	331
A. Interpretación jurisprudencial flexible.....	331
B. Su interpretación tras la entrada en vigor del Código de Familia.....	333

3. CONTROL DE LAS GARANTÍAS PROCESALES.....	334
A. Respeto del derecho de defensa del demandado.....	334
B. Orden público procesal.....	336
4. CONTROL DE LA LEY APLICADA POR LA AUTORIDAD DEL ESTADO DE ORIGEN.....	337
A. Diferencia entre el control del fondo y el control de la ley aplicada.....	337
B. El control de la competencia legislativa.....	337
5. QUE LA DECISIÓN EXTRANJERA NO SEA INCOMPATIBLE CON EL ORDEN PÚBLICO.....	341
A. ¿Existe un orden público islámico?.....	341
B. Contenido, en particular, en el caso del matrimonio y de su disolución.....	345
C. Orden público atenuado.....	347
6. OTRAS CONDICIONES.....	352
V. SISTEMAS Y EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO	
1. SISTEMAS DE RECONOCIMIENTO Y TIPOS.....	354
A. Sistema automático <i>versus</i> procedimiento de reconocimiento.....	354
B. Tipos de reconocimiento: global y parcial.....	358
2. TRAMITACIÓN DE LA DEMANDA DE EXEQUÁTUR.....	359
A. Inicio del procedimiento.....	359
a) Autoridad competente para homologar las decisiones extranjeras.....	359
b) Notificación al demandado.....	364
B. Documentos que es preciso adjuntar con la solicitud.....	366
C. Demanda reconvenicional.....	369
D. Aspectos criticables del procedimiento.....	370
a) Cuestiones que suscita la notificación.....	370

b) Análisis de la jurisprudencia.....	372
c) Soluciones y propuestas.....	376
d) Recursos que cabe interponer.....	377
3. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO.....	378
A. Efectos anteriores al exequátur.....	378
a) Introducción.....	378
b) Efecto probatorio y de tipicidad de la decisión extranjera.....	380
B. Efectos del exequátur.....	384
a) Efectos derivados del exequátur.....	384
b) Momento a partir del cual produce efectos de la decisión extranjera.....	385
CONCLUSIONES.....	388
BIBLIOGRAFÍA.....	402

Abreviaturas y Siglas

ADDE	Association pour le Droit des Etrangers
ADN	Prueba de acido desoxyriboncleique (examen genético de las células de cuerpo)
ADIJJ	Asociación de difusión de la información jurídica y judicial (Marruecos)
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORM	Boletín Oficial del Reino de Marruecos
Cc	Código civil (español)
CDN	Convenio de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
CEP	Código del Estatuto Personal
CF	Código de Familia (Marruecos)
CHM	Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa, entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid, el 30 de mayo de 1997
COC	Código de obligaciones y contratos (Marruecos)
CLH	Convenio de La Haya
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil (de Marruecos)
CM	Constitución Marroquí
CMJ	Circular del Ministerio de Justicia
CN	Código de Nacionalidad
CT	Código de Trabajo
CIE	Comisión Islámica de España
CS	Consejo Superior
CSC	Consejo Superior de Cuentas
DCC	<i>Dahir</i> sobre la condición civil de los franceses y de los extranjeros, de 13 de agosto de 1913, que aprobó el Código marroquí de Derecho internacional privado
DCE	Dahir relative a la condition des étrangers
DGCPM	Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias

DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DOC	Derecho de obligaciones y contratos
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DIPr	Derecho Internacional Privado
Exp.	Expediente
EEUU	Estados Unidos
JDI	<i>Journal du Droit International</i>
JPI	Juez de Primera Instancia (España)
MAE	Ministerio de Asuntos Exteriores
MF	Ministerio Fiscal (Ministerio Público)
MI	Ministerio Interior
MJ	Ministerio de Justicia
MP	Ministerio Público (Marruecos)
MRE	Marroquíes Residentes en el Extranjero
MRM	Marroquíes Residentes en Marruecos
MS	Ministerio de Sanidad
ONU	Organización de Naciones Unidas
OPIJ	Observatorio Permanente sobre la inmigración en la provincia de Jaén
REDI	Revista Española de Derecho internacional
RC	Registro Civil
RCADI	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye</i>
RCDIP	<i>Revue Critique de Droit international privé</i>
RCE	Reglamento de la Comunidad Europea
RMDC	<i>Revue Marocaine de Droit Comparé</i>
RMD	<i>Revue Marocaine de Droit</i>
RJPEM	<i>Revue juridique, politique et économique du Maroc</i>
RRC	Reglamento del Registro civil
RTDF	Revue Trimestral de Droit de la Famille
RIDIP	Revue International de Droit International Privé
SGM	Segunda Guerra Mundial
STSJ	Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia
TA	Tribunal Administrativo

TAA	Tribunal de Apelación Administrativo
TA	Tribunal de Apelación (Marruecos)
TAC	Tribunal de Apelación Comercial
TC	Tribunal Comercial
TC	Tribunal de Casación
TC	Tribunal Constitucional
TF	Tribunal de Familia
TF	Tribunal Financiero
TGI	Tribunal de Grande Instance
TM	Tribunal Militar
TM	Tribunal Municipal
TP	Tribunal Provincial
TPI	Tribunal de Primera Instancia (Marruecos)
TPJI	Tribunal Permanente de Justicia Internacional
TS	Tribunal Superior
UE	Unión Europea
URSS	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LDDF	Ligue démocratique des droits des femmes
LOPJ	Ley de Organización del Poder Judicial
IP	Investigadora Principal
ISJ	Instituto Supremo de Justicia

“en el corazón de los pueblos, no existen las distancias”
(Jesús Villaverde)

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de decisiones extranjeras en Marruecos es aún uno de los temas pendientes de estudio por las personas que se dedican al campo del DIPr (desde la perspectiva española), a pesar de su actualidad e interés, derivado de las crecientes relaciones entre particulares que se entablan entre las dos orillas del Mediterráneo (y entre ambos países)¹. Es sabido que, cada vez con más frecuencia, las estancias de personas de nacionalidad marroquí en este país con ocasión de unas vacaciones, de la visita a familiares, etc. son empleadas para tramitar, al mismo tiempo, el reconocimiento de los matrimonios, así como de las decisiones relacionadas con otras circunstancias personales, y, entre ellas, en particular, la disolución de estos enlaces y sus consecuencias con respecto a los hijos o al patrimonio de estas personas².

De otro lado, el análisis del régimen jurídico del reconocimiento de decisiones extranjeras en Marruecos (y, en particular, en el campo del Derecho de familia, con exclusión del fenómeno sucesorio) requiere, previamente, comparar (empleando esta expresión en un sentido amplio, no técnico) las instituciones del Derecho de familia de ambos ordenamientos, el español y el marroquí, en la medida en que no cabe

¹ Véase, en particular, M. LOUKILI: “Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas relativas al estatuto personal y familiar” en, AAVV: *Inmigración e integración de los inmigrantes desde una perspectiva hispano-marroquí (en el contexto de las actuales políticas comunitarias sobre inmigración)*, Comares, Granada, 2010, pp. 285 y ss. Véase también, entre otros, R. RUEDA VALDIVIA: “Las decisiones de divorcio y de separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos”, S. Sánchez Lorenzo (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 715 y ss; y G. ESTEBAN DE LA ROSA/J. OUHIDA: “Reconocimiento en España de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio”, S. Sánchez Lorenzo (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 765 y ss.

² Véase, A. OUNNIR: “La reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers au Maroc”, AAVV, *Estudios e informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén 2005-2006*, Comares, Granada, 2008, pp. 451 y ss.

pretender que sean homologadas por las autoridades marroquíes decisiones españolas relativas al amplio campo del Derecho de familia sin saber de qué instituciones se trata y si existe en el referido ordenamiento un parangón con ellas³.

El diverso origen histórico de ambos ordenamientos así como la diversa influencia que tienen en la actualidad hacen que las divergencias aún sean apreciables y, muy en particular, en el campo del Derecho de familia, a pesar de que, al mismo tiempo, en algunos casos, estas instituciones cumplen en ambos países una misma función social⁴. Así sucede, muy en particular, con el caso de la conocida *kafala*, que no es ni una adopción, ni una tutela, ni ninguna de las modalidades de acogimiento existentes en el Derecho español o de otros países del entorno europeo u occidental⁵.

³ Para un estudio del Derecho de Marruecos y, en concreto, del actual CF, poniéndolo en relación con el Derecho español, véase, en particular, M^a D. CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN., *El Derecho de familia marroquí. La mudawana 2004 desde el Derecho español*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010.

⁴ Véase, S. FERRARI., *El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, Cristianismo e Islam*, Herder, Barcelona, 2004, pp. 25-32; N. J. COULSON., *Historia del Derecho Islámico*, Bellaterra, Barcelona, 1998, pp. 28-36. Puede decirse, en este sentido, que la *hadana*, conocida en el Derecho islámico y que regula expresamente el actual CF de Marruecos, coincide, en parte, con las funciones propias de la custodia o de la guarda, que, como se sabe, integran -en parte- las específicas de la patria potestad. Sin embargo, no puede identificarse la *hadana* con la custodia, ni con el derecho de visita, sino que se trata, más bien, de una figura destinada a conceder las funciones de crianza del niño durante determinada etapa de su vida, sin que la persona (usualmente, la madre) a la que se le atribuye (salvo que exista alguna causa de exclusión) tenga las facultades para determinar el lugar que constituye la residencia habitual del menor, ni tampoco para decidir cuestiones relacionadas con su formación, educación (incluida la religiosa), que corresponden a la persona que ejerce la *wilaya*, que es usualmente, el padre. Véase, en concreto, G. ESTEBAN/K. OUALD ALI/T. SAGHIR.: “El derecho de hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el Derecho español», AAVV, *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Estudios del IAM, vol. 25, Sevilla, 2008, pp. 269 y ss.

⁵ Siendo muy numerosos los estudios que se han realizado acerca de la figura de la *kafala* del Derecho islámico, se citan a continuación, tan sólo, algunos de ellos, de entre los que tratan esta medida de protección desde la perspectiva de su significación en el Derecho islámico y en cada una de sus escuelas, así como aquéllos que dan cuenta desde una perspectiva positiva, de su regulación en el actual Derecho de familia de Marruecos. Véase, en particular, P. DIAGO DIADO.: “La *kafala* islámica en España”, AAVV, *Derecho islámico e interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 121 y ss; G. ESTEBAN DE LA ROSA, *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000, pp. 280 y ss; T. SAGHIR.: “Regulación de la *kafala* en el Derecho marroquí”, J.V. Gavidia Sánchez (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 315 y ss.

Por el contrario, se trata de una institución que cuenta con unas raíces muy profundas en el Derecho islámico y que entronca con la conocida prohibición de la adopción que estableció el Profeta y que se recoge en el Corán desde entonces⁶. El Derecho marroquí recoge esta prohibición en el momento actual, así como lo ha hecho históricamente, a diferencia de otros países de influencia islámica, en los que se admite, al realizar una interpretación distinta de las expresiones que se emplean en el Corán en relación con la adopción de las personas menores de edad⁷.

Para ello, para facilitar el reconocimiento de las decisiones extranjeras y, en particular, las españolas en Marruecos en el ámbito del Derecho de familia, se ha dedicado el capítulo segundo a explicar la regulación de las principales instituciones del Derecho de familia que se están presentando en el momento actual con mayor frecuencia en las relaciones hispano-marroquíes, para establecer las similitudes y diferencias entre ellas. Y ello, con la finalidad de verificar hasta qué punto ha de impedirse o, por el contrario, permitirse la homologación de las decisiones españolas sobre estas materias en Marruecos. Ahora bien, el correcto desarrollo de esta investigación ha requerido centrar su objeto en el matrimonio y su disolución, esto es, en el régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero, así como la homologación de las decisiones judiciales extranjeras de disolución⁸.

⁶ Véase, Y. LINANT DE BELLEFONDS., *Traité de Droit musulman comparé*, vol. II, Paris/La Haye, 1965, pp. 106-108.

⁷ Véase, T. SAGHIR/K. OUALD ALI.: “Acercamiento a la adopción en los países del Magreb”, AAVV, *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 84 y ss; y M. BORRMANS.: “Le nouveau Code algérien de la famille dans l’ensemble des Codes musulmans de Statut personnel, principalement dans les pays arabes”, *RIDC*, 1986, pp. 133 y ss.

⁸ No se ha podido recoger en este trabajo la cuestión del régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las cuestiones relacionadas con los efectos del matrimonio ni con los efectos de su disolución, al requerir cada una de ellas un estudio detenido y exhaustivo que no se ha podido llevar a cabo en el marco de la realización de esta investigación. Ahora bien, en el Cap. Segundo se da cuenta de la regulación (material o sustantiva) de algunas cuestiones relacionadas con los citados efectos, tanto del matrimonio como de su disolución (en los ordenamientos marroquí y español), en la medida en que, usualmente, la homologación en Marruecos de los matrimonios o de las decisiones de disolución entrañan o conllevan también la solicitud de reconocimiento de algunos aspectos vinculados con cada una de estas

En tercer extremo, en la medida en que esta investigación se centra en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras en Marruecos, se explican y se exponen en lengua castellana las condiciones y el sistema de reconocimiento existente en Marruecos, así como su organización judicial y el actual sistema de DIPr de este país, para orientar la labor de los/as operadores/as jurídicos españoles/as, que se ocupan de estas relaciones de familia, que transcurren entre España y Marruecos⁹. De esta forma, puede aportarse claridad acerca del régimen jurídico del reconocimiento de decisiones extranjeras en Marruecos, con la finalidad –adicional– de que esta cuestión sea tomada en cuenta desde el momento en que se inicia un procedimiento en España¹⁰.

De este modo, la decisión que pronuncien las autoridades españolas no encontrará un límite en el momento de su homologación en Marruecos, país del que probablemente son nacionales las personas que inician el procedimiento o, al menos, de una de ellas¹¹. Es sabido que la falta de continuidad de decisiones (falta de

instituciones. Véase, con carácter general, sobre las cuestiones que se plantean desde la perspectiva del sistema español de DIPr, A. RODRÍGUEZ BENOT.: “El estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes”, AAVV, *Derecho islámico e interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 89 y ss; A. QUIÑONES ESCÁMEZ.: “La reception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana) en Europe”, *RDIPP*, 2004, núm. 33, pp. 877 y ss.

⁹ En concreto, como se indica *infra*, el régimen general o de condiciones se recoge en el actual CPC de 1974, en concreto, en los arts. 430-432. Y, en particular, el art. 430 prevé que no se reconocen las decisiones extranjeras en Marruecos hasta que se les dé efecto por el Tribunal de Primera Instancia del lugar de residencia del demandado o del lugar de ejecución de la decisión, en su defecto. El tribunal ante el que se presente la solicitud de reconocimiento debe verificar la validez de la decisión y la competencia del tribunal extranjero, así como que la decisión no sea contraria al orden público marroquí.

¹⁰ Para una significativa aportación sobre el método en DIPr y, en particular, sobre la necesidad de interpretar el actual sistema de DIPr español de tal forma, que permita el reconocimiento de las decisiones que pronuncien las autoridades de este país, en el lugar de origen o procedencia de las personas que emigran véase, en particular, G. ESTEBAN DE LA ROSA., *Inmigración y Derecho internacional privado*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

¹¹ Véase, en particular, G. ESTEBAN DE LA ROSA.: “El nuevo Derecho internacional privado de la inmigración”, *REDI*, 2007-1, pp. 103 y ss.

reconocimiento) es uno de los tradicionales handicaps del DIPr, al que se ha tratado de dar respuesta desde todas las zonas del mundo y en todos los tiempos.

Y, en el momento actual, se trata de uno de los cometidos, si cabe, más importante del sistema de DIPr, no sólo del marroquí, sino también del español, pues este último también ha de promover el reconocimiento extraterritorial de decisiones, y, de forma muy particular, cuando se trata de las nuevas “situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”, que están teñidas de este componente socio-económico y, por ello, vinculadas desde su génesis con dos sistemas jurídicos: el del país de origen y el del país de destino.

Como es bien conocido, la evolución de las relaciones internacionales, el avance científico y la facilidad de la comunicación, constituyen factores que convirtieron el mundo contemporáneo en un pueblo (la “pequeña aldea”). Por ello, la circulación y el desplazamiento –por distintos motivos- de las personas no presenta hoy en día limitaciones derivadas de la existencia de fronteras físicas, sino, más bien, de otro tipo de fronteras, que tienen un tinte económico. En el caso de Marruecos, las situaciones privadas internacionales han estado presentes desde tiempos ancestrales, pero no se ha tomado consciencia de ellas hasta una etapa histórica algo más reciente, que ha coincidido en el tiempo con la fuerte emigración de personas de otras nacionalidades a Marruecos, con ocasión de la dominación extranjera¹².

En dicho momento, el país experimentó una evolución (o, si se quiere, una revolución) desde el punto de vista científico así como positivo y aparecieron las nuevas situaciones privadas internacionales, a las que se les daba respuesta, usualmente, a través de las normas importadas del extranjero. Como se sabe, las situaciones privadas internacionales son situaciones distintas a las internas y superan el ámbito de actuación de cada legislador estatal. Son relaciones que ponen en contacto a personas de nacionalidades diferentes, como sucede cuando se trata de la

¹² Véase, en particular, A. MENARD., *Traité de Droit international privé marocain*, 3 tomes, Librairie Dalloz-Sirey, París, 1931-1936.

celebración de un matrimonio mixto o de determinar la competencia internacional de las autoridades de determinado país, si la demanda se presenta por un nacional de un Estado tercero¹³.

En tales casos, es preciso determinar los criterios (foros) que permiten determinar el tribunal competente para resolver el conflicto mediante la aplicación del Derecho que corresponda de conformidad con lo que indica el sistema de DIPr marroquí¹⁴. Y ello a pesar de que, como es sabido, en el Derecho islámico ha prevalecido tradicionalmente el principio de la personalidad de la ley, de conformidad con el cual se aplica el Derecho de la nacionalidad de la persona (y confesión religiosa) en lo que concierne a su “estatuto personal”, con independencia de la legislación del lugar donde resida habitualmente¹⁵.

Por último, se suscita la cuestión del reconocimiento de decisiones y actos otorgados en el extranjero, que presenta una dificultad propia, al tratarse de una de las cuestiones que más modificaciones ha experimentado en estos últimos tiempos, en especial, tras la independencia, pero no sólo, sino también, tras la entrada en vigor del actual CF de 2004¹⁶.

¹³ Véase, en particular, P. DECROUX., *Droit international privé. Tome I: Les sources du Droit. Tome II: Droit international privé*. Col. Manuels de Droit et d'économie du Maroc, Ed. La Porte, Rabat, 1963 (ambos volúmenes).

¹⁴ Véase, en particular, A. MOULAY RCHID., *Les conflits de juridictions*. Cours polycopié, Faculté de Droit, Université Mohamed V, Rabat, 1989-1990.

¹⁵ El “estatuto personal” es el conjunto de normas, que organizan los vínculos de la familia, es decir, las relaciones jurídicas que les consideran miembros de una célula familiar amparada por los lazos de parentesco y consanguinidad. *Vid.*, A. ALKHAMLIHI.: “Atta’liq A’ala Qanun Alahwal Achajssiya: Azzawaye Wa Attalaq”, *Alyuz’e Alawal*, Taba’a 1984, pp. 5 y ss.

¹⁶ El legislador marroquí reguló la nacionalidad en virtud de *Dahir*, de 6 de septiembre de 1958, que ha sido modificado en varias ocasiones con posterioridad. En cambio, los derechos de los extranjeros y el ámbito del conflicto de leyes (DIPr) se recogió en el *Dahir*, de 12 de agosto de 1913, así como concretas disposiciones en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras. Y, en concreto, el art. 19 del citado *Dahir* disponía que: “*les jugements rendus á l'étranger par les tribunaux des puissances qui auront renoncé à leur privilège de juridiction dans le protectorat français du Maroc seront déclarés exécutoires sans révision au fond, sous la seule condition de la réciprocité*”. Texto en francés reproducido por A. OUNNIR.: “La reconnaissance...”, *loc. cit.*, pp. 469 y ss.

Como se sabe, el actual CF ha recogido dos disposiciones que se centran, en especial, en los matrimonios civiles celebrados por MRE, que tienen la finalidad (más teórica que real), de facilitar que tales matrimonios sean válidos en Marruecos. Así, los arts. 14 y 15 del CF son dos disposiciones nuevas, que se han recogido por vez primera en el sistema marroquí de DIPr¹⁷. De otro lado, el art. 128 del CF también presenta interés en el ámbito del reconocimiento, en especial, en relación con la homologación en Marruecos de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio¹⁸.

No obstante, la cooperación internacional en materia de estado personal y familiar, es otro aspecto o faceta imprescindible de todo sistema de DIPr en el momento actual para dar respuesta a las citadas situaciones privadas internacionales, y con la finalidad de “superar” las dificultades que se presentan, habida cuenta de su vinculación con una pluralidad de ordenamientos. Tomando en cuenta la importancia de la cooperación internacional, cabe decir que en Marruecos se ha consagrado desde la independencia la cooperación internacional, a través de la adhesión y aplicación de numerosas convenciones internacionales¹⁹.

Se trata, básicamente, de convenios firmados en materia personal y familiar, con los países europeos de destino de las personas procedentes de Marruecos²⁰. Cabe citar

¹⁷ Véase, en particular, E. GÓMEZ VALENZUELA/T. SAGHIR.: “Reconocimiento en Marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero”, *Actas del V Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Consejería de Empleo, Sevilla, 2009, pp. 153 y ss.

¹⁸ Véase, en particular, M^a-C. FOLETS/M. LOUKILI.: “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille. Quelles implications pour les marocaines en Europe?», *RCDIP*, 2006, pp. 521 y ss.

¹⁹ Algunos son convenios bilaterales y, en particular, el convenio sobre cooperación judicial, ejecución de sentencias extranjeras y entrega de los delincuentes, firmada el 5 de octubre de 1957, entre el Reino de Marruecos y la República francesa, y la convención entre Marruecos y Túnez, de 30 de marzo de 1959.

²⁰ Y, en particular, en las relaciones hispano-marroquíes, se firmaron dos convenios importantes entre España y Marruecos, que tienen la misma fecha, 30 de mayo de 1997, pero distinto contenido. Se trata de los siguientes: convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, entre el Reino de España y el Reino de Marruecos; y el Convenio

convenios recientes y, en particular, el conocido Convenio de La Haya sobre Competencia, el Derecho aplicable, el reconocimiento, ejecución y cooperación en ámbito de la responsabilidad de los padres y los procedimientos de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996²¹. No cabe duda de que, la incidencia de la cooperación judicial internacional en materia de Derecho de familia es de gran importancia e, incluso, puede considerarse que se trata de un instrumento esencial de política internacional²².

De otro lado, un marco judicial apropiado diseñado y orientado hacia una eficiente cooperación, que determine sus reglas y regule las distintas cuestiones es vital para el actual sistema de DIPr marroquí, al igual que sucede en el caso de otros ordenamientos. Y, en este sentido, es preciso citar, de forma muy particular, la instauración de la figura de los “jueces de enlace” entre Marruecos, España y Francia. También se han creado Comisiones comunes en determinados países para realizar el seguimiento de la aplicación de las convenciones judiciales bilaterales concluidas entre estos países y Marruecos.

entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores.

²¹ Sin embargo, algunos jueces aún prefieren aplicar la ley interna, en particular, el Derecho de familia, pretiriendo los convenios firmados por Marruecos.

²² Ha de destacarse el respeto de Marruecos hacia los convenios, incluso, en el momento de la adopción de su legislación interna, como sucedió con la aprobación del Código de Familia, el 5 de febrero de 2004, que acredita que el legislador ha procurado consolidar los valores de la familia marroquí, fiel a sus principios tradicionales y cuya cultura está abierta a las tendencias actuales de la época en un marco de justicia e igualdad. El 23 de enero el Parlamento de Marruecos aprobó por unanimidad el nuevo Código. El 5 de febrero de 2004 se publicó en el *BORM* (núm. 5184). Para su mejor comprensión en el extranjero, el Ministerio de Justicia elaboró una traducción al francés, que se acompaña de un comentario de sus disposiciones, con la finalidad de orientar al operador sobre su sentido. *Vid., Guide pratique du Code de la famille*, ADJJ, Ministerio de Justicia, Rabat, 2005. La bibliografía existente es ingente, debiendo citarse en este momento, sólo algunos comentarios generales sobre el alcance de la reforma del Derecho de familia en Marruecos que ha tenido lugar tras la entrada en vigor del citado CF. Véase, entre otros, A. ROUSILLON.: “Réformer la Moudawana: Statut et conditions de marocaines”, *Maghreb-Machrek*, 2004, núm. 179, pp. 79 y ss.

En cuarto extremo, las situaciones privadas internacionales mencionadas conllevan numerosos derechos, en particular, de los niños nacidos en un país distinto al de su nacionalidad, otras relaciones se entablan entre personas que residen en países distintos, que litigan para obtener la custodia del hijo nacido en el extranjero de padres residentes en países distintos²³. También puede considerarse que el elemento extranjero es el lugar de celebración del acta de matrimonio. Y, en todo caso, las cuestiones de reconocimiento de decisiones pueden plantear por una sola de las personas interesadas, en la medida en que la otra decide presentar una nueva demanda en el país de origen.

La importancia social de todas y cada una de estas cuestiones en el momento actual se encuentra fuera de toda duda. Tampoco es discutible su carácter científico y el interés de los proyectos de investigación que se desarrollan en la actualidad en distintas Universidades tanto españolas como marroquíes sobre el Derecho de familia internacional²⁴. Por las razones expuestas, ha sido conveniente hacer una breve referencia, a lo largo de la exposición de los Capítulos Primero y Tercero, a la génesis histórica del sistema marroquí de DIPr, así como su evolución hasta la actualidad, en la medida en que se ha tratado de explicar, con algo más de detenimiento el régimen jurídico del reconocimiento de decisiones extranjeras en Marruecos²⁵.

²³ Debe citarse en este sentido una interesante decisión del TS marroquí sobre este particular. La cuestión se centró en que la sentencia francesa había concedido la custodia del hijo a la madre, tras la separación, lo que va frontalmente en contra del orden público marroquí. Si bien el TA de Agadir decide que la esposa debe residir en el mismo lugar que el marido, y por consiguiente, la custodia corresponde a ambos, la decisión del esposo de instalarse junto a los hijos en Marruecos, influyó en la sentencia del TA, que decidió la entrega de los hijos a la esposa marroquí residente en Francia, de conformidad con el art. 25 del Acuerdo franco-marroquí de 1981. Y ello, a pesar de que esta decisión se oponía claramente al art. 99 de la *Mudawwana*. El TS desestimó el recurso de casación y reenvió el caso al TA [véase, STS nº 451, de 15/10/2003 (exp. nº 66/2/1/2002)].

²⁴ Cabe hacer referencia, muy en particular, a la monografía recientemente aparecida, que es el resultado de las contribuciones realizadas por un nutrido grupo de especialistas del campo del Derecho privado, así como del Derecho internacional privado, sobre el Derecho de familia en las nuevas sociedades multiculturales. Véase, en particular, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

²⁵ Ha sido imprescindible para ello, tratar la organización judicial en Marruecos, en especial, tras la independencia, así como tras la aprobación de un conjunto de reformas legislativas, tendentes a eliminar la dualidad de jurisdicciones existentes hasta el 1 de enero de 1966, fecha

En este sentido, tuvo un importante impacto en la actual configuración del sistema marroquí de DIPr la aprobación del Código de Procedimiento civil de 1974, en la medida en que no sólo introdujo la actual regulación del denominado “régimen de mínimos” (de condiciones) para reconocer las decisiones judiciales extranjeras (arts. 430-432), sino que aportó algunas modificaciones de cuestiones relacionadas con el sistema de DIPr con carácter general, como se indica de forma más detenida en el Capítulo Primero²⁶. En todo caso, cabe hacer hincapié en la importancia que tuvo para el nacimiento del citado sistema de DIPr marroquí la propia historia del país, así como, muy en particular, la etapa en la que estuvo bajo la dominación extranjera, de un lado, y, de otro, el período posterior a la independencia, que tuvo lugar en 1956²⁷.

Y, por último, cabe indicar que, si bien la finalidad de las legislaciones y las leyes aprobadas en un territorio es regular determinadas relaciones, expresan al mismo tiempo, la soberanía de un país, que, en el caso de Marruecos es dual, en la medida en que no sólo se extiende la acción de sus disposiciones a determinado territorio (nacional), sino que también rige sobre un grupo de personas, cuya relación política y jurídica con el Estado es de nacionalidad, pero, al mismo tiempo, de pertenencia a una comunidad religiosa (musulmana)²⁸.

en la que entró en vigor la reforma de la organización judicial en Marruecos, llevada a cabo tras la adopción del Dahir de 26 de enero de 1965 (*BORM* de 3 de febrero de 1965), que suprimió la dualidad de jurisdicciones existente hasta el momento (para marroquíes y para extranjeros).

²⁶ Aprobado por Dahir, de 28 de septiembre de 1974 (*BORM* de 30 de septiembre). Véase, muy en particular, J. DEPREZ.: «La réforme de l'organisation judiciaire et la procédure au Maroc (Dahirs de 15 juillet et 26 septembre 1974) et le Droit international privé», *RJPEM*, 1977, vol. 3, pp. 45 y ss; *id.*, «La réforme de l'organisation judiciaire et la procédure au Maroc et le Droit international privé (deuxième partie)», *RJPEM*, 1978, vol. 4, pp. 49 y ss.

²⁷ Véase, M. BOURELY: “Le Droit international privé du Maroc indépendant”, *RCDIP*, 1962, pp. 210 y ss.

²⁸ Véase, entre otros, N. YASSARI: “Die Rechtsquellen des islamischen rechts; eine Einführung”, *ZfRV*, 1999/3, pp. 103 y ss; B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Karthala, París, 1993; *id.*, “Derecho islámico: de lo político a lo antropológico”, AAVV, *El islam jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 45 y ss; A. OURKIA.: “Las fuentes del Derecho Malekí y su influencia en el Código de familia de Marruecos” en, AAVV, *Estudios e Informes sobre la inmigración extranjera en Jaén 2009-2011*, Comares, Granada, 2013 (CD).

De ahí que el actual art. 2 del CF disponga que: *“las disposiciones del presente Código se aplican a: 1. toda relación entre dos personas de nacionalidad marroquí, cuando una de ellas sea musulmana; 2. todos los marroquíes, aunque ostenten otra nacionalidad; 3. los refugiados, comprendiendo también a los apátridas, de conformidad con el Convenio de Ginebra, de 28 de julio de 1951, relativo al estatuto de los refugiados; 4. toda relación entre dos personas cuando una de ellas posea la nacionalidad marroquí. Los marroquíes de confesión judía se someten a las reglas del estatuto personal hebreo”*²⁹.

Si bien el art. 2 del CF no se recogía en la antigua *mudawwana*, su contenido no puede considerarse nuevo, dado que Marruecos es un Estado musulmán y el objetivo del Código ha sido regular las relaciones homogéneas que tienen lugar entre musulmanes marroquíes, refugiados y apátridas³⁰. De otra parte, no hay que minusvalorar su importancia en el ámbito del reconocimiento, pues, si bien no se centra específicamente en este tipo de cuestiones, las condiciona en gran medida, porque a los MRE se les habrá tenido que aplicar el CF (por las autoridades españolas) si desean que sean homologadas en su país de origen las decisiones pronunciadas en los países (extranjeros) de residencia.

²⁹ Traducción recogida en, G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), *Código marroquí de la Familia*, Blanca, Jaén, 2009.

³⁰ Sobre el alcance y sentido del citado art. 2 del CF véase, en particular, M^a-C. FOBLETS/J.-Y. CARLIER., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 6 (y pp. 7 y ss).

CAPÍTULO PRIMERO
ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO MARROQUÍES

I. DERECHO ISLÁMICO Y DERECHO DE FAMILIA MARROQUÍ

1. FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO Y ESCUELAS: UNA APROXIMACIÓN

A) Breve aproximación al Islam y al Derecho islámico

a) Religión islámica

El desarrollo de la investigación sobre el régimen jurídico del reconocimiento de las decisiones extranjeras en Marruecos, en especial, en el ámbito del Derecho de familia, ha requerido realizar una breve aproximación al campo del Islam, así como del Derecho islámico, en la medida en que el Derecho marroquí es un derecho religioso (no secularizado), que hunde sus raíces en este credo. De hecho, como indica el actual art. 400 del CF, la interpretación de sus disposiciones ha de realizarse de conformidad con lo que indica la escuela Malikí, en todo aquello que no se haya previsto expresamente en el citado Código.

Por tanto, la presencia del Derecho islámico en el actual Derecho de familia de Marruecos es innegable, aunque no lo es tanto en lo relativo al Derecho procesal ni, por ello, al ámbito del reconocimiento de decisiones. Ahora bien, este sector del sistema marroquí del DIPr tampoco es ajeno a la influencia religiosa, en la medida en que se trata de permitir que desplieguen efectos en Marruecos las decisiones (de fondo) extranjeras, de tal forma que el procedimiento de reconocimiento ocupa una importancia adjetiva, en relación con el contenido de la decisión extranjera, de un lado. Y, de otro, la jurisprudencia de Marruecos ha puesto de relieve, en ocasiones,

que se ha llegado, incluso, a exigir en el trámite del *exequátur*, que la autoridad extranjera que ha pronunciado la decisión profese la religión islámica³¹.

Como se sabe, el mensaje del Islam, como religión divina, es general y se dirige a toda persona, sin distinción de origen ni de nacionalidad³². La primera persona en convertirse al Islam fue el Profeta Mohammed en el s. VII d.C. El Islam, aparte de regular la relación de la persona con *Allah* y los lazos sociales entre los individuos, edifica todo un sistema político, una doctrina y un modelo completo de convivencia, que ordena tanto el aspecto espiritual como material³³.

No es sólo la religión que crece de forma más rápida en el mundo, sino que su influencia comienza a percibirse en lugares en los que, de una u otra manera, se la miraba con recelo y curiosidad³⁴. Una de las características más llamativas, que configura una religión que comienza a tomar enorme fuerza fuera del ámbito geográfico árabe, es que su influencia se hace evidente, no sólo en el área espiritual de quienes practican esta religión, sino también en los aspectos político y económico. Así,

³¹ Véase *infra* de forma más detenida (Cap. Tercero).

³² Se cataloga como la última religión por su momento de su nacimiento, dada la anterior existencia del cristianismo y el judaísmo. Su mayor difusión tiene lugar tras el fallecimiento del Profeta, durante la época de las grandes conquistas desde la Península Arábiga a todas las partes del mundo y desde *Al-Ándalus* y el Magreb hasta la India, cuyos pueblos han sido atraídos por los principios del Islam y su ideología. Si bien hoy en día los fieles alcanzan aproximadamente mil doscientos millones, número que engloba diferentes culturas y orígenes, están unidos todos en una sola comunidad. Entre otros, véase, L. RUANO ESPINA: "Derecho e Islam en España", *Ius Canonicum* (Revista del Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico), Univ. de Navarra, vol. XLIII, núm 86, 2003 y ss.

³³ Si bien se cree que el Islam regula únicamente los asuntos religiosos, se extiende a todos los ámbitos de la vida e, incluso, sienta las bases de la economía en un país islámico. De otro lado, abarca cuestiones relacionadas con el estatuto personal y comprende temas que interesan al conjunto de la sociedad. Puede citarse, a modo de ejemplo, los contratos, obligaciones y las cuestiones propiamente políticas y administrativas.

³⁴ Se calcula que hay cerca de cinco millones de musulmanes en EEUU y más de mil cien mezquitas y centros islámicos. Cifras tan asombrosas se registran asimismo en los países europeos. Resulta importante añadir que, a diferencia de las religiones que se han desarrollado lentamente, a partir -muchas veces- de orígenes oscuros y legendarios, el Islam – la más joven y sencilla de las religiones universales- nació a la plena luz de la historia y se propagó -acto seguido- con la celeridad de un huracán.

el Islam supera una mera religión que ordena los asuntos de culto, para constituirse en una forma de entender la vida y desenvolverse en ella³⁵.

En efecto, el Islam como religión y modo de vida abarca al ser humano en su totalidad, lo que implica un enorme caudal normativo, que se organiza en torno a una serie de escuelas que, desde los primeros siglos de la historia islámica, vienen regulando los citados aspectos. Como se sabe, la religión Islámica nació en el año 622 d. C. Sin embargo, conviene remontarse en el tiempo para comprender algunas de sus tradiciones. En primer lugar, hay que saber que, cuando se habla del Islam, no se trata sólo del aspecto religioso, sino que dicha referencia se extiende a otras facetas, que no deben ser vistas como áreas aisladas, sino como un conjunto, que representa a esta religión³⁶.

De otro lado, el Islam es una realidad única e indivisible para entender que el conocido principio, de que el hecho religioso no existe en estado puro, sino que es -al mismo tiempo- un hecho histórico, sociológico, cultural y psicológico, que alcanza en el Islam su máxima vigencia. Así, en el mundo islámico, todos los ámbitos de la vida aparecen regulados en el Derecho Islámico, que está constituido por el conjunto de pautas y normas, que ordenan todos los asuntos y materias, desde la forma de vivir hasta el diseño de las estructuras políticas.

b) Origen del Derecho islámico

Dada la importante figura del Profeta Mohammed como representante y símbolo de la nación musulmana, tras su fallecimiento, hubo una gran confusión por

³⁵ Véase, entre otros M. M. CHALABI, *Ahkam Alusra Fi Alislam*, Attaba'a 4 Addar Alyamie'ya Beirut, 1983, pp. 89-90; y M. EL AYAD: "La jeunesse et l'islam tentative d'analyse d'un habitus religieux cultivé", *les jeunes et les valeurs religieux* EDIFF/CODESRIA 2003, pp. 75 y ss.

³⁶ Por ello, puede hacerse referencia a este hecho religioso omnicomprendido de todos los aspectos de la vida, como cultura, refugio espiritual, esbozo de un sistema económico, realidad política, etc. Lo que se percibe en el mundo occidental por separado, es vivido por los musulmanes como unidad, que recuerda la solidaridad latente bajo múltiples divisiones y cuya alma es una fe común.

motivo de las primeras conquistas, en *Chaame* (Siria, Líbano, Palestina), Egipto, Irak, y Fares. Durante este período, tuvo lugar una ola de mestizaje entre los árabes musulmanes y otras razas, que dio lugar a nuevas situaciones y nuevos sistemas políticos y sociales. Ha de tomarse en cuenta, de otro lado, que lo espiritual (el milagro) ha llegado a su fin con la muerte del Profeta y la resolución de las cuestiones religiosas se trasladó a los Califas Arrachidine (los sucesores) y a los seguidores del Profeta. Desde esta etapa, el *Ijtihad* se ha convertido en una fuente del Derecho, en la que se han apoyado los eruditos y doctores.

Posteriormente, la diversidad de las fuentes ha generado controversia de opiniones. De hecho, los habitantes de la ciudad de La Meca resuelven los conflictos mediante la presencia de un testigo y el juramento del demandante, mientras que en Egipto, *Chaame* y en Irak se exige el testimonio de dos hombres o de un hombre y dos mujeres. No obstante, estas cuestiones cobraron poca importancia a la hora de resolverlas. Ha de señalarse que entre las características más importantes del *Ijtihad* figura su tendencia realista y práctica³⁷. Es más, los fieles del Profeta fueron totalmente conscientes de la responsabilidad que pesaba sobre ellos en cuanto a la adopción de la legislación, de forma que procuraban eludir cualquier situación supuesta.

De otro lado, los asuntos religiosos y profanos han permanecido unidos durante la primera República islámica en "*Almadina Almunawarra*" o Meca. En la época del Profeta y los cuatro Califatos sucesores aparece el Estado Amauye, primer Régimen real sucesorio en el Islam. Comienza la primera distinción entre los asuntos religiosos y profanos, a pesar de que el Presidente del Estado conservara su apodo como el Príncipe de los Creyentes, *Amir Almueinin*. Se trata de la era del Imperio con la extensión de su territorio, de su poder y de su potencial militar. De otro lado, se trata del periodo marcado por el nacimiento de las diferentes escuelas y tendencias y la

³⁷ Véase, J. JAMIL AHMED NASER, *Ahkam Alhwal Achajsiyya, Fi daww Acharia'a Alislamiya Alghara'e wa Alqawanin Alhaditha*, 1994, Ománe, p. 15, y W. AZZAHILI: « Alfiqh Alislami Wadilatuh » *Alyus'e Aljamis*, Dar Alfikre, pp. 764 y ss.

inscripción de los principios de la *Sharia'a* y las reglas generales que emanan del Islam³⁸.

Así, en estas reglas figuran los principales pilares del Islam, enumerados en cinco, que conforman una de las materias que ha suscitado -y sigue planteando- dudas entre los musulmanes y es causa de división de los eruditos, pues cada uno los interpreta según sus criterios³⁹. Indudablemente, el pensamiento doctrinal islámico ha culminado su desarrollo en la época que comienza a partir del fallecimiento del último acompañante del Profeta, en los últimos días del Amayuien y sigue a lo largo de la edad de oro o del avance Ala'abassi, en concreto, del s. VII al X d. C.

Por tanto, se establece la doctrina islámica como materia científica independiente, a la cual se dedicó una nueva generación de eruditos su tiempo y

³⁸ *Ibíd.*, pp. 40 y ss.

³⁹ En primer lugar, el testimonio –*Shahada*– de fe en la Unidad Divina. Esta profesión de fe condensa la unicidad de Dios y de la profecía de Mohammed. En segundo extremo, las cinco oraciones (*Salawât*, *sg. Salât*) diarias, que están reglamentadas por la tradición y los textos coránicos. A partir de la pubertad, todo creyente está obligado a hacer la oración ritual cinco veces al día, en unas horas fijadas según el ritmo del sol, al alba, al medio día, a media tarde, a la puesta del sol y cuando sea noche cerrada. Para realizar esta oración debe estar en estado de pureza legal (*Tahara*), debe llevarse una vestimenta adecuada y realizar la oración mirando hacia la Meca. Cualquier acto sexual pone al individuo en un estado de impureza mayor, que se eliminará mediante un baño completo del cuerpo. De otro lado, las impurezas mayores se eliminan mediante la ablución de las partes íntimas, la cara, las manos, los brazos hasta los codos, la cabeza y los pies. La oración ritual o *Salat*, por su parte, es un deber fundamental que se practica individual y públicamente. En su forma pública se hace los viernes y algunos días festivos, y es un medio importante para reforzar la conciencia de grupo y expresar solidaridad social (véase, A. CUKAR /I. ZABALETA, *Islam, La religión de Alá*, Edimat Libros, Madrid, 2006. p. 93). En cuanto a la contribución económica a la sociedad (*Zakât*), constituye el tercer pilar y se contempla en el *Corán* precedido de la oración. En principio, consistía en una aportación voluntaria destinada a los indigentes, pero en la actualidad se trata de un impuesto legal y obligatorio, que cumple dos funciones: purificar el alma y ayudar a los más necesitados. De otro lado, el ayuno o *Sawm* constituye el cuarto pilar del Islam y dura todo el mes del Ramadán. Se recoge en el *Corán*, como una obligación que han de cumplir los musulmanes que hayan alcanzado la pubertad, y consiste en abstenerse de todo alimento y bebida, así como de mantener relaciones sexuales, perfumarse, fumar, etc, durante determinadas horas del día. No obstante, se prevén ciertas excepciones para el caso de las mujeres embarazadas, las que tienen que amamantar, las que tienen la menstruación, los ancianos, jóvenes impúberes, enfermos, viajeros, etc Y, por último, la peregrinación (*Hajj*) a la ciudad santa de La Meca. Todo musulmán sano, adulto y que disponga de medios, debe realizarla, al menos, una vez en la vida.

esfuerzo. De hecho, se abstuvieron a la inscripción de las reglas generales de deducción y la edificación de las escuelas doctrinales, que se extendieron y se establecieron apoyándose en fundamentos políticos como *Chia'a Aljawariye*, o en orígenes científicos, como *Hanafiya*, *Chafi'iya*, los mismos han inspirado sus disposiciones en los textos del *Corán* y de la *Sunna*, además de repercutir en ellos las circunstancias históricas y territoriales.

No obstante, el desarrollo científico no ha concernido solo a la doctrina, sino que han visto la luz otras materias, como la interpretación del *Corán* tras su recopilación y clasificación en un solo documento, aparte de la recuperación de las narraciones del Profeta, en virtud de reglas estrictas para diferenciar entre lo veraz y lo incorrecto. A esto hay que añadir la traducción (o la "arabización") de los textos griegos de filosofía y lógica. Realmente, fue la época de mayor actividad intelectual y científica. Por ello, se denomina la "edad de oro" (o dorada).

De otro lado, las escuelas doctrinales han creado tendencias homogéneas, pero -a la vez- heterogéneas, puesto que se diferencian en la interpretación de los textos del *Corán*, en función de la situación social y política de cada una de ellas. Sin embargo, dichas escuelas han dejado constancia de que se trata de un esfuerzo intelectual razonable, pero, en ningún momento, imperativo, ni motivo de cualquier tipo de fanatismo, reconociendo la existencia de otras interpretaciones igualmente razonables⁴⁰.

Si bien los esfuerzos que se han hecho en esta línea, para evitar los supuestos altercados, en la siguiente época del pensamiento doctrinal, conocida por la "era de imitación e inercia". En concreto, a partir de principios del s. X y hasta el s. XIX d.C., cesó toda labor doctrinal y los eruditos se conformaron con los trabajos de la escuela a la cual pertenecían, incluso se limitaron a una sola escuela, de forma que cualquier tendencia contraria a esta opinión, se evaluó como un hecho negativo.

⁴⁰ Véase, MAYYALAT ALMADHAB ALMALIKÍ, *A'adad Jass Bifiqh Alusra*, nº 6, 2008, pp. 23 y ss.

Más adelante, el escenario cambió, la puerta del *Iyihad* se reabrió de nuevo, en el s. XIX d.C. por la influencia del pensamiento occidental en la sociedad islámica y los eruditos imitadores permanecieron alejados de avance de la nueva etapa. En paralelo, cabe citar el nombre de importantes eruditos como, Jamal Addin Alafrani o Mohammed A'abdu, cuya posición era contraria a la interacción y a favor de las reformas sociales y jurídicas⁴¹. Por consiguiente, nace una nueva tendencia en la doctrina, que no está subordinada a una única escuela, sino que elige de todas ellas lo más concordante con la nueva época⁴².

Si bien posteriormente se anularon los tribunales religiosos como jurisdicción independiente en Egipto y Túnez, la *Sharia'a* todavía se aplica textualmente en la Península Arábiga y es la ley vigente para el estatuto personal respecto a la herencia y *Alawqaf* en todos los países cuya mayoría es musulmana, salvo Turquía. En definitiva, pese a que la *Sharia'a* ha sido sustituida por las nuevas leyes penales y civiles, inspiradas en las fuentes europeas, no deja de sobrevivir como origen para los tribunales en caso de ausencia de un texto jurídico⁴³.

De otro lado, la ciencia del *Fiqh* –según el autor-, se divide en dos: el culto regula la relación de la persona con *Allah*, e incluye toda obligación mediante la cual la persona se aproxima a Dios, como el ayuno, rezo, *Zakat* y peregrinación, son

⁴¹ Es más, han rechazado cualquier autoridad emanada de las escuelas clásicas/antiguas, que restringe o no permite la interpretación libre, e independiente de la anterior derivada de los primeros *Ulemas*. En efecto, los *fuqaha* modernos han reclamado el derecho de deducción e interpretación de los textos religiosos a la luz de la nueva situación social e intelectual. Véase, J. JAMIL AHMED NASER, *Ahkam Alhwal Achajsiyya...*, op. cit, p. 20; M. M. CHALABI, *Ahkam Alusra Fi Alislam*, Attaba'a 4 Addar Alyamie'ya, Beirut, 1983, pp. 89-90.

⁴² Se trata de una tendencia, que ha alcanzado un record en la promulgación de la *Revista relativa a las sentencias jurídicas*, conocida como el Código de los tratos civiles Otomano, que se compone de 1501 materias, inspirado en la escuela *Hanafita* sin limitarse por la opinión mayoritaria, tomando en cuenta los intereses de los demás y el *Istihsane*. El mismo constituyó el Código civil de Siria, Jordania e Irak, hasta que se aprobaron nuevas leyes.

⁴³ Pese a que el Derecho islámico no incluye una teoría de contratos *stricto sensu*, contiene reglas en las que se han basado Códigos civiles actuales. Entre otros, consúltese H. KHALID/A. NAJA: « Ahkam Alahwal Achajsiya Fi Asharia'a Alislamiya » *Attaba'a Aloula*, Dar Alfikre, Beirut Lubnan, pp. 356 y ss.

disposiciones imperativas estables e inmutables no cambian con el paso del tiempo ni del lugar. Y el trato ordena toda relación entre las personas, sea como miembro de familia, como individuo en una sociedad o ciudadano en un estado.

En cuanto al culto, no puede ser modificado, al establecer los lazos que unen a la persona con *Allah*. Sin embargo, el trato, ordenado en la mayoría de las leyes modernas, sus disposiciones, agrupadas en el *Corán* y *Sunna*, puede experimentar modificaciones, con el objeto de adaptarlas a los intereses del grupo y al cambio de tiempo y del lugar. Es más, el *Fiqh* incluye las materias denominadas hoy en día como civil penal e internacional privado y público. Asimismo, el Código constitucional y administrativo, bajo el título de la política legislativa y las disposiciones *Sultanías*. Todo ello significa que el Derecho islámico puede ocupar el mismo rango que una ley estatal⁴⁴.

De otro lado, en el seno de esta religión y cultura islámica, que acoge a varios cientos de millones de personas, han florecido corrientes que propugnan la tolerancia, la comprensión y el intercambio de ideas y experiencias con otras culturas, en contraposición clara al Islam que se califica de enigmático desde el punto de vista de occidente –a excepción de una elite que lo valora de otra forma-. Si bien el Derecho islámico obliga a todo musulmán, es -a la vez- flexible y moldeable a las circunstancias particulares de los ordenamientos europeos, siempre que se respeten unos principios mínimos. A ello se suma que, pese al carácter inmutable o intacto del Derecho

⁴⁴ Es sabido que el difunto Mohammed Qadri Bacha redactó hace más de un siglo un libro llamado “*Guía del desconcentrado en el conocimiento de la situación de la persona*”, conformado de 941 materias, que siguen la interpretación de escuela *hanafita* en las cuestiones civiles, al estilo del Código civil egipcio. Anteriormente, el Sultán otomano elaboró la “*Revista de las decisiones judiciales*”. En general, los primeros *fuqaha* dejaron numerosas obras sobre el Derecho internacional, debiendo destacarse: “*Las disposiciones sultanías y las provincias religiosas*” de Mawridi Abi Alhassan Albasri y “*La política legislativa en la mejoría del pueblo y del gobernante*” de Ibn Taymiya. Véase, J. JAMIL AHMED NASER, *Ahkam Alhwal Achajsiyya...*, op. cit, p. 20.

islámico, es -más bien- teórico que práctico, al no tratarse de un Derecho preciso ni uniforme⁴⁵.

A partir de esta teoría, surgen las dudas y se descubren las lagunas, que los Estados islámicos han tenido que colmar en su legislación positiva. No cabe duda de que se trata de un legado jurídico extraordinariamente rico, pero no es sólo desconocido, sino mal comprendida y, por consiguiente, rechazado y prejuzgado⁴⁶. Antes de la época del Profeta, no existió ni surgió la necesidad de crear ninguna escuela, de hecho, en su vida no consta un conflicto destacado, sea respecto a las reglas generales o específicas. Además, los casos se resolvían apoyándose en el milagro o en el *lytihad* del Profeta. La primera controversia se plantea tras su fallecimiento, porque algunas personas no se lo creyeron, hasta que Abu Assadiq recitó un versículo del *Corán*⁴⁷.

Posteriormente, los primeros conflictos adquirieron un carácter puramente político, vinculados con los asuntos prácticos de sustitución o de ocupación del puesto del Califato del Profeta o con la abstención de algunas tribus de entrega de *Zakat*. Ambos temas se resolvieron mediante el consenso y el *lytihad*. Así, tras el fallecimiento del Profeta, sus acompañantes se dividieron en dos grupos: el primero se conformó con el *Corán* y *Sunna*, y rechazó investigar los hechos supuestos o que aún no tuvieron lugar en aquel momento, para limitarse únicamente a los casos reales.

En cuanto al segundo, está totalmente convencido de que la legislación de *Allah* ha llegado a su fin antes del último día del difunto. Por tanto, la *Sharia'a* se completó

⁴⁵ La explicación de esta teoría encuentra su fundamento en lo siguiente: en primer lugar, no es un Derecho uniforme, porque coexisten varios ritos o escuelas doctrinales (*fiqhiya*), que establecen interpretaciones divergentes acerca de distintas cuestiones. En segundo extremo, no es un Derecho preciso, puesto que el *Fiqh* tiene carácter doctrinal y, por tanto, no se presenta en forma de normas escritas, generales y abstractas.

⁴⁶ Véase, A. MOTILLA/P. LORENZO/M^a JOSÉ CIAURRIZ (coord), *Derecho de Familia Islámico, Problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, 2002, p. 20.

⁴⁷ *Estás muerto y están muertos, Surat Azzamar, 40* (traducción propia).

basándose en unos pilares resistentes y sólidos y, en caso de que se aprecie una laguna, se puede intervenir, además no ven inconveniente en examinar cuestiones no reales sino supuestas. Sin embargo, de otra parte, fueron muy prudentes en cuanto a comprobar la veracidad de lo atribuido al Profeta, por temor a pronunciarse equivocadamente.

Si bien hay un acuerdo entre los eruditos generalmente sobre las fuentes de la *Sharia'a*: el *Corán*, *Sunna*, e *Iyihad (qiyas, consenso...)* ha habido siempre una gran diferencia entre ellos, sea en la interpretación de los textos, en el valor atribuido al *Qiyas* o en la definición del *Iyma'e (consenso)*⁴⁸. Por ello, los conflictos se extendieron entre los distintos grupos, cuya concepción era distinta respecto al análisis de los planteamientos religiosos y políticos.

Al principio, la discrepancia concernía a las ideas, momento en el que aparecen las escuelas como Aljabriya, Assalafiya y Almue'tazila, que representaron el concepto filosófico del Islam, reflejado en el pensamiento islámico. Por último, si bien de la controversia religiosa nacieron las conocidas escuelas (de las que se da cuenta *infra*), aparecieron otras como consecuencia de los conflictos políticos: *Aljawariye, Alabadiya* y *Shia'a*⁴⁹.

⁴⁸ Tras el fallecimiento del Profeta Mohammed, un grupo de musulmanes han concluido que la persona más habilitada para sustituir al Profeta, o la que puede ocupar el puesto del Califato, es su sobrino y yerno Ali Ibn Abi Taleb, incluso han aconsejado que la candidatura no salga del entorno familiar del Profeta. Aunque más adelante, han aceptado a Abi Bakr Assadiq para el citado puesto, y después a Omar Ibn Alkhattab, por decisión del propio Ali. No obstante, reaparece la controversia tras elegir a Otman Ibn A'ffan como Príncipe de los Creyentes, hasta el punto de llegar a una matanza entre los seguidores de Ali y sus enemigos, que querían a Mua'awiya Ibn Abi Sufian, y por ello terminaron con la vida de Ali.

⁴⁹ Véase, J. JAMIL AHMED NASER, *Ahkam Alhwal Achajsiyya...*, *op. cit*, p.40.

B) Fuentes del Derecho islámico

a) El Corán

Como se ha señalado, el Islam es una religión unitaria basada en cinco pilares (*Arkan*) básicos y las fuentes de la religión y la jurisprudencia islámicas son, en primer lugar, el sagrado Corán, en segundo extremo, la *Sunna*, esto es, los dichos y actos del Profeta Mohammed recopilados a través de relatos llamados *Ahadith*⁵⁰, sobre las que se trata de forma más específica *infra*, y por último *Aliytilhad*, que se interpreta como toda labor doctrinal. El Islam cuenta en la actualidad con mil millones de fieles en todo el mundo y en su seno conviven diferentes escuelas (*Madahib*), que, a falta de una autoridad eclesiástica, dan un número apreciable de respuestas a las cuestiones prácticas de la vida religiosa, social, política, económica y cultural⁵¹.

El Islam fue fundado a principios del s. VII d. C. por Mohammed cuando recibió el mensaje de Allah, que fue compilado más tarde en el Corán, el libro sagrado⁵². El Islam, en general, y la Ley islámica, en particular, es un sistema de deberes, que comprende tanto obligaciones rituales y morales como legales, en el mismo plano de

⁵⁰ Los *Ahadith/Hadith* eran poderosas armas en las luchas políticas, y pronto se vio la necesidad de evitar su continua manipulación, atribuyéndoles un valor en función de quién hubiera transmitido la tradición y quién estuviera en el origen de ésta. No obstante, se llegó a la conclusión por medio a otro *Hadith* transmitido por *aysha* (la madre de los creyentes) cuando se le preguntó que cómo era la conducta del ilustre Profeta del Islam y ella respondió: "el Corán". Véase, I. HAYYAN, *Crónica de los emires Alhakam I y Abdarrahman II entre los años 796 y 847* (traducción, notas e índices de M. Ali Makki y F. Corriente), Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2001, p.120.

⁵¹ La interpretación de *Hadithes* en los países islámicos ha sido desviada en algunas ocasiones a favor de los intereses de un grupo de personas o de una persona para justificar un acto o un comportamiento. La poligamia sirve de ejemplo en este sentido, dado que en determinadas ocasiones se sacan a colación los matrimonios del Profeta para contraer matrimonio con varias mujeres. Sin embargo, no se suele hacer referencia a las virtudes del Profeta Mohammed, cuando se casó con Khadija quince años mayor que él, con la que mantuvo una relación sentimental muy sólida, que le impidió casarse con otras mujeres y, tras su muerte, se quedó viudo durante cuatro años, desarrollando el papel de padre y madre, a la vez.

⁵² Véase, A. CUKAR/I. ZABALETA, *Islam, La religión...*, *op. cit.*, p. 10-14. En el mismo sentido véase, A. BORRÁS RODRÍGUEZ/ S. MERNISSI (eds.), *El Islam Jurídico y Europa*, Icaria, ICM, Barcelona, 1998, p. 97.

igualdad y sometidas todas a la autoridad del mismo imperativo religioso. Su fundamento se halla en las sagradas escrituras del Corán, la *Sunna* y *Aliytihad*. El pensamiento-eje de la Ley islámica era que, si las normas morales y religiosas reveladas y publicadas por el Profeta Mohammed se extendieran en todos los campos, aspectos y relaciones del comportamiento humano y se aplicaran regularmente, no habría lugar ni necesidad de un sistema jurídico en sentido estricto⁵³.

El Corán y la *Sunna* constituyen las fuentes originales de la Ley islámica y sobre su base, los teólogos de los primeros siglos del Islam han edificado, por un trabajo de análisis y deducción, el *Fiqh* o Derecho Islámico⁵⁴. De este modo, se afirma que las bases del *Fiqh* en general son el Corán, la *Sunna* del Profeta, *Aliytihad* que engloba el consenso de la comunidad creyente después de un razonamiento analógico. De otro lado, tomando en cuenta que el Corán requiere interpretación en referencia al *Hadith*, la *Sunna* posee un rango semejante al Corán y, en algunas ocasiones, incluso superior. Por último, el *Fiqh* ha desarrollado un papel importante unificador de la práctica religiosa y, a la vez, ha hecho del Islam una religión y una fe legalistas⁵⁵.

Así, las principales fuentes del Derecho islámico son: el *Corán* por excelencia, seguido por la *Sunna* y, por último, *Aliytihad*. Como se ha señalado, en el mundo islámico, todos los ámbitos de la vida aparecen regulados en el Derecho islámico y,

⁵³ Ésta era la idea primitiva del Profeta y así se encuentra expresado en el Corán. Véanse, entre otras, las azoras (*Surat*) II 263, III 134, IV 149, XVI 126, XXIV 22, XLII 37, 40 y LXIV 14 del Sagrado Corán. P.ej., la insistencia en proclamar las virtudes del perdón, en su más amplio sentido; la renuncia a los derechos en virtud de la generosidad; el trato discriminatoriamente positivo a favor de viudas y huérfanos, etc. Véase, M. ABDEL HAMID, *Ahkam al-iytihad fi a-chari'i al-islamiyati*, Dar al-kitab al-jami'i, El Cairo, 1978, p. 192.

⁵⁴ Véase, S. MERNISSI : «Quelques Aspects de la codification du Statut Personnel Marocain», *Le Statut Personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé*. Travaux de la Faculté de Droit, Univ. Catholique de Louvain, 1992, pp. 112 y ss.

⁵⁵ Para los musulmanes, el Corán es *Kalam Qadim*, discurso fuera del devenir, mientras que el del Profeta es *Kalam Hadiz*, un discurso surgido en tiempo. Véase A. CUKAR/I. ZABALETA, *Islam la religión...*, op. cit, p. 106.

como no puede ser de otra forma, la *Mudawwana* también⁵⁶. El Derecho islámico es un conjunto de pautas y normas que ordenan todos los asuntos y materias en la vida, desde la forma de vivir hasta el diseño de las estructuras políticas. Su fundamento se halla en las sagradas escrituras del Corán, la *Sunna* y *Aliytihad*.

El primero es el Libro sagrado de los musulmanes, que contiene todo lo que el Profeta inspirado por (*Allah*) predicó a sus fieles⁵⁷. El Corán contiene las revelaciones que Dios por medio del Ángel Gabriel comunicó en lengua árabe al Profeta Mohammed en la Meca y en la Medina. Tales revelaciones se produjeron durante veintitrés años, que abarcan desde que el profeta tenía 40 años hasta su muerte. En definitiva, el Corán es la fuente primera de la Ley islámica. Sin embargo, no contiene más que algunas prescripciones jurídicas, por ello, fueron cumplimentadas por la *Sunna* o tradición (actos o hechos, palabras y silencio del Profeta).

El Corán se estructura en 114 *Surat* o capítulos, que se dividen, a su vez, en *Ayat* (versículos), que alcanzan un número de 6219 aproximadamente⁵⁸. El capítulo más amplio es la gran *Surat "Albaqara"* con 286 *Ayat*, y el más pequeño es "*Alkawthar*" con sólo tres *Ayat*. Tales *Surats* se dividen en mecanas, que transcriben las revelaciones acaecidas en la ciudad de Meca; y medinenses, acaecidas en la ciudad de Medina. Las primeras tienen, en general, un contenido más teológico y

⁵⁶ Véase A. OURKIA: "Las fuentes del Derecho Malekí y su influencia sobre el Código de Familia de Marruecos" en, J. MENOR/G. ESTEBAN (coords.): *Estudios e Informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén 2009-2010*, Comares, 2011, pp. 355 y ss.

⁵⁷ El Corán o, en una denominación más arcaica, *Al-Qur'an*, también escrito al- Qur'n en árabe literalmente "la recitación"; el nombre completo es *Al-Qur'an Al-Karim* (el noble Corán) es el libro sagrado de los musulmanes que contiene la palabra de *Allah* revelada a Mohammed, quien recibió estas revelaciones por medio del ángel Gabriel (*Yibril*). Durante la vida del profeta Mohammed, las revelaciones eran transmitidas oralmente o escritas en hojas de palmeras, trozos de cuero o huesos, etc. A la muerte del profeta, en 632 *Hiyriya* sus seguidores comenzaron a reunir estas revelaciones, que durante el Califato de *Utman iban 'ffan*, tomaron la forma que hoy conocemos, 114 capítulos, cada uno dividido en versículos *Ayat*.

⁵⁸ Véase, A. JWIYED, *Mayyala li-dirasat a-sari'fa al islamiyati*, kuliyat al-huquq bi fes, Fés, 1995, p. 134.

espiritualista que las Medinenses, que se centran en temas relacionadas con el campo jurídico⁵⁹.

Abarca todas las relaciones de la persona con Dios, consigo misma y con los demás como, p. ej., las normas de la familia, las normas sociales, económicas, políticas, etc. El Corán toma muchos personajes que aparecen en los libros sagrados del judaísmo y el cristianismo como el Toral y Biblia y en la literatura devota, p. ej., los libros apócrifos, con muchas diferencias en detalle. Personajes bíblicos muy conocidos como Adán, Noé, Abraham, Moisés, Jesús de Nazaret y Juan Bautista aparecen mencionados como Profetas.

Para los musulmanes, el Corán es la palabra "eterna e increada" de *Allah*, por ello, su transmisión debería realizarse sin el menor cambio en la lengua originaria, el árabe clásico, lengua -en consecuencia- considerada sagrada a todos los efectos. El Corán ha sido traducido a varios idiomas, principalmente pensando en aquellos creyentes cuyas lenguas no son árabes. Aún así, en la liturgia se utiliza exclusivamente el árabe, ya que la traducción únicamente tiene valor didáctico, como instrumento para ayudar a entender el texto original. De hecho, una traducción del Corán ni siquiera se considera que sea un Corán.

Hoy en día, no cabe duda de la autenticidad del Corán, concretamente, de que procede directamente de la revelación del Profeta Mohammed, que quedó cerrada con su muerte en el año 632, la puesta por escrito de esta revelación fue ordenada⁶⁰.

⁵⁹ Véase, I. ABI ZAID ALQAYRAWANI, *Compendio de Derecho Islámico*, Ed. de Jesús Riosalido, Trotta, Madrid, 1993, p. 24.

⁶⁰ La fase de compilación de todos los testimonios del texto coránico existente comenzó bajo el califato de Abu Bakr (632-634), aunque fue el califa "Utman" (644-654), quien ordenó el inventario de "Mushaf" de los ejemplares del Corán existentes, a fin de confrontarlos y acordar el texto legítimo en el caso de que hubiera diferencia. Así pues, partiendo de unos quince códices principales y doce secundarios, se conformó el Corán definitivo, cuya canonicidad fue legitimada con el aval de *Zayd b. Tabit* (m. 665), el más joven de los secretarios medinenses del Profeta, y de *Hafsa*, una de las esposas del Profeta (véase, s. QUTB,

Según la tradición musulmana, el Profeta habría supervisado personalmente la transcripción del Corán a sus compañeros y discípulos de tres formas: fijando fielmente las revelaciones en su propia memoria, sometida periódicamente a la supervisión de San Gabriel; mandando a un grupo de recitadores memorizar los versos, las aleyas (*Ayat*) reveladas, de acuerdo a las reglas de la tradición oral; y, por último, confiando a un grupo de cuarenta escribas la transcripción escrita de los versos revelados⁶¹.

En cuanto a su contenido, de acuerdo con Mahmoud Chaltût, puede dividirse en siete bloques temáticos: en primer lugar, las creencias de fe que todo musulmán debe admitir, como la existencia de los ángeles, el Día del juicio Final, etc. En segundo lugar, las nobles virtudes que educan a las almas y mejoran la condición del individuo, poniéndolo en guardia contra la inmoralidad, como los fines del hombre, etc. En tercer extremo, las exhortaciones a observar y a meditar acerca del reino de los cielos y de la creación del mundo por Allah, así como lo que éste espera de nosotros; en cuarto lugar, refranes y dichos antiguos que sirven para estimular a los creyentes y mostrar la ley de Dios; en quinto término, las advertencias y la puesta en guardia contra el pecado, así como las promesas y las amenazas hechas a los creyentes. Y, por último, las reglas prácticas, los preceptos coránicos que debe seguir la comunidad islámica⁶².

Cabe recordar que, en el Corán, hay más de 70 *Ayat*, que tratan acerca del Derecho de familia, a pesar de que cuando se habla del Corán, viene la idea de que es un libro de contenido religioso. No es fácil tomarlo objetivamente como una referencia para el estudio jurídico, sino que es más una llamada a la fe y al alma humana, que una clasificación de prescripciones legales. Podemos diferenciar entre el ámbito normativo explícito en el Corán y las reglas establecidas para los actos de culto y

fi thilali al qur'an, Dar achrruq, Beirut, 1977, p. 77). De otro lado, en el Corán no hay autor humano, porque no es Mohammed, sino Allah, quien habla y lo hace en primera persona con un plural majestuoso "Nosotros", y se dirige a su Profeta con un imperioso "Di", "Dile a tus conciudadanos este mensaje...". Son expresiones empleadas desde el inicio hasta el final del Corán.

⁶¹ Véase, S. QUTB, *Ataswir al-fanni fi al qur'an*, Dar al-ma3^crif, El Cairo, 1980, p. 120.

⁶² Véase, M. CHALTUT, *Islam, dogme et legislation*, Alburaq, Beirut, 1999, p. 263.

religiosos (oraciones, peregrinación, sacrificios, etc.), que, en total, suman unos ciento cuarenta versículos o *Surat*, y el resto, de temática más claramente legal⁶³.

Las prescripciones de corte marcadamente jurídico son relativamente poco numerosas, unas 130, a saber: las relativas al Derecho de familia están enunciadas en 70 *Ayat*, las relacionadas con el Derecho civil en otras 70, a las que hay que sumar 30 aproximadamente, que se refieren al Derecho penal, 13 para los procedimientos jurídicos, 10 para temas relacionados con el Derecho constitucional, 25 para las relaciones internacionales y, por último, 10 para el sistema económico y financiero⁶⁴. Por supuesto, se trata de una enumeración aproximada, pues los expertos coránicos y los ulemas aún discuten sobre ello, ya que, el contenido jurídico de algunas *Ayats* es discutible y, con frecuencia, un mismo precepto concierne simultáneamente a varios ámbitos del Derecho.

Las prescripciones relativas al Derecho de familia están enunciadas en unos 70 versículos; en los que se hace referencia al matrimonio, el divorcio, la dote, la guarda de niños, el amamantamiento, los lazos de parentesco, el periodo de luto, el testamento y la herencia. Las reglas relacionadas con el ámbito económico tratan, sobre todo, de las transacciones comerciales, como la venta, los alquileres, los depósitos, los préstamos, etc. Incluso en este ámbito tan objetivo judicialmente, se respira el aire moral coránico cuando sugiere soluciones generosas.

Los preceptos relativos al Derecho penal se refieren al homicidio, al robo, a la corrupción, al adulterio, a la difamación, etc., todo ello, en una treintena de versículos. En cuanto a los preceptos sobre las relaciones internacionales, tratan en su

⁶³ Según Tabari, historiador musulmán (839-923), un lunes se le apareció un ángel de Dios, Gabriel, a Mohammed. Se presentó ante él y le dijo: la bendición sea contigo, Mohammed sorprendido, se puso de pie pensando que había perdido el juicio, se dirigió hacia la cumbre para matarse arrojándose desde lo más alto, pero Gabriel le tomó entre sus alas, de modo que no podía avanzar ni retroceder, es entonces cuando le dijo que era el Profeta de Dios, y él Gabriel el ángel de Dios, así le entregó la primera Surat del Corán denominada *Iqra*.

⁶⁴ Véase, M. IBN ABD AL WAHHAB, *L'unicité de Dieu*, Dar al qalam, El Cairo, 1992, p.180.

mayoría sobre la guerra y la paz, las condiciones de la misma para los dirigentes, de la obligación y necesidad de buscar -ante todo- el entendimiento, de la justicia e igualdad con las que hay que tratar al vencido, etc. Por último, se encuentran en el Corán versos, que sirven de base para la organización de la vida social y de las relaciones entre ricos y pobres, así como normas para el trato con los trabajadores⁶⁵.

Ha de tener en cuenta que la *Sharia'a* islámica se instaure como pieza clave para las sociedades musulmanas. A pesar de ser cada vez más numerosos los puntos comunes entre los textos jurídicos actuales de países islámicos y Estados occidentales, no es menos cierto que las aportaciones del Islam continúan estando omnipresentes en los Estados islámicos y preponderan por encima del resto de las normativas. Para un musulmán, el Islam establece todo aquello en lo que se debe tener fe y en lo que se ha de creer. En la sagrada *Sharia'a* (o ley del Islam) se recogen los comportamientos que deben tener o dejar de tener⁶⁶.

Actualmente, la mayoría de los países islámicos han elaborado su propio Derecho de familia basándose en el Corán y, en muchos casos, en la *Sunna*, teniendo cada vez más en cuenta las fuentes legislativas modernas. El Derecho de Familia islámico cobra la nomenclatura de CEP y recoge, entre otros aspectos, la reglamentación del matrimonio, la patria potestad, la tutela, la herencia, y la obligación de alimentos (véase *infra*).

b) La *Sunna*

La *Sunna* está constituida por la suma de frases, hechos y confirmaciones atribuidas al Profeta Mohammed, constituyendo la segunda fuente del conocimiento

⁶⁵ En su recopilación definitiva, hay que tomar en cuenta que el *Qu'ran* está ordenado de acuerdo a las necesidades internas del mensaje en su conjunto y no en el orden cronológico en el que fueran reveladas las *Surat* o los pasajes individuales.

⁶⁶ Véase otras obras respecto a las fuentes del Islam, J. VERNET, *Introducción a El Corán*, plaza y Janés. Barcelona, 2000, p. 75; M. ASAD/A. PÉREZ (traducción al español), *El mensaje del Qu'ran, Traducción del Árabe y comentario*, Córdoba, 2001, p. 145.

religioso y de Derecho del Islam después del Corán. Se trata de normas constituidas por la suma de frases, hechos y confirmaciones atribuidas al Profeta Mohammed, que representan la segunda fuente del conocimiento religioso y del Derecho del Islam después del Corán. *La Sunna* es de tres tipos. El Corán, redactado en un estilo muy conciso, no suele entrar en detalles más que en raras ocasiones, por eso las palabras (*Sunna* dicha o *Hadith*) y los ejemplos de (*Sunna* hecha) de Mohammed han servido para ilustrar esa legislación⁶⁷.

Estos ejemplos y palabras han sido recogidos sistemáticamente bajo una forma estereotipada, que han representado un papel muy importante en la Ley Islámica; la tercera es la *Sunna* confirmada, que es la que proviene de la confirmación de palabras y hechos de los propios compañeros del Profeta "*Sahaba*". Esta confirmación puede provenir del silencio del Profeta ante tales palabras e hechos, no rechazándolas o incluso mostrando su aceptación. Esta confirmación se considera como si procediese del propio Profeta.

Dicha *Sunna* se transmitiría oralmente por narración de hombre honesto a hombre honesto y constaría de un "*Isnad*", o relación de los nombres de sus transmisores, desde el inmediato hasta el propio Mohammed, y de un texto o relato, que puede contener algún *Hadith* o dicho literal del enviado de Dios⁶⁸. La *Sunna* alcanza dos funciones en la legislación islámica: la primera es aclarar y explicar lo que regula el Corán, y la segunda es reglamentar lo que no está establecido en el Corán⁶⁹.

⁶⁷ Véase, TABARRA, *ʿumq a-sariʿa al islamiya*, Vol. 12, Dar al ʿilm lilmalayin, Beirut, 1974, p. 64.

⁶⁸ Véase, I. ABI ZAID AL QAYRAWANI, *Compendio de Derecho...*, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁹ Véase, H. IRAQUI, *Tarij a-chariʿa al- islamiyati*, Fedala, Casablanca, 1958, p. 21.

No es, pues, de extrañar que a lo largo de su vida pública llamaran al Profeta “*Hakam*”⁷⁰ y que, en consecuencia, estuviese acostumbrado a que sus actuaciones explicasen el Derecho aplicable en un caso determinado⁷¹. También es comprensible que, al fallecer el Profeta, la *Sunna* por él concretada adquiriese una especial relevancia y que, con el tiempo, acabara convirtiéndose, junto al Corán, en la otra fuente esencial del Derecho islámico, del mismo modo que la *Sunna* o tradiciones de los compañeros del Profeta, en la medida en que lo conocieron y compartieron su revelación.

Estas actuaciones del Profeta, de los primeros Califas o de los compañeros del Profeta, que se convierten en ejemplos a seguir, acabaron denominándose “*Ahadith*”. En los primeros años, como la escritura era poco habitual, los *Ahadith* se transmitieron oralmente. Con la rivalidad surgida posteriormente entre las distintas escuelas la cuestión se complicó, porque los *Ahadith* se fueron manipulando según los intereses partidistas. Esta situación dio lugar a uno de los esfuerzos de investigación más importantes de la época. Se realizó una exhaustiva clasificación por los eruditos árabes para distinguir los auténticos de los falsos, mediante una cadena de fiables narradores que se remontaban hasta la persona, que había atestiguado haber oído el *Hadith* del propio Profeta⁷².

⁷⁰ Las partes escogían un *hakam* por cualidades personales, atendiendo a su reputación, por pertenecer a una familia conocida por su habilidad para resolver los litigios.

⁷¹Véase, P. MANDIROLA BRIEUX, *Introducción al Derecho musulmán*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 63.

⁷² Las diferentes compilaciones no coinciden en la cantidad que se considera auténtica, así, p.ej., *Hanbal* recogió 30.000 *Hadith*, atestiguados entre unos 700 compañeros del Profeta. En cambio, *Albukhari* sólo reconoce como legítimos 8.000 *Hadith* de un total de 300.000 que se conocían. En todo caso, los *Ahadith* reconocidos como verdaderos por las autoridades cualificadas deben cumplir con el “*Isnad*”, esto es, contener el nombre de todos los narradores hasta llegar al que lo escuchó directamente del Profeta. Los *Ahadith* que cumplen este requisito poseen la doble cualidad de ser; la interpretación de la palabra de Dios, y al mismo tiempo un tema de imitación de la conducta del Profeta. En todo caso, la recopilación de las tradiciones del Profeta no constituye una codificación oficial, sino que cada escuela tiene las suyas, que resultaron consagradas como auténticas por consenso, siendo las más aceptadas las de *Al-bukhari* y *Muslim*. Véase, A. AL-QURTOUBI IBN OMAR IBN IBRAHIM, *Kitab annikah, kitab arida3, kitab atalaq, kitab ali3an, kitab al3atq, kitab albouyou3 wa kitab al-musaqat*, dar alkitab al misri, El Cairo, 1995, p. 210.

La *Sunna* significa vía, costumbre, modo. Designa la manera de actuar y conducirse de Mohammed. Por tanto, se refiere más a su acción. Puesto que la definición de *Sunna* puede ser un tanto ambigua, a veces, se utiliza el término como sinónimo de *Hadith* o para referirse en exclusiva a los *Ahadith* que describen actos del Profeta. Lo más frecuente es que se utilice en sentido general, como tradición que ha legado Mohammed, su modo, que tiene como opuesto la *Bida'a*, la ruptura con esta tradición⁷³.

De otra parte, cabe señalar la diferencia entre *Ahadith* particulares, denominados *Hadith Qudsi*, que no se toman como revelación, porque, en ocasiones, Mohammed transmitía a sus compañeros palabras que atribuía a Allah, pero que no definía como revelación (*Wahy*), esto es, no se sitúan en la categoría del Corán ni lo sustituyen. Se trata -más bien- de frases inspiradas, en las que se detecta un estilo distinto, a la vez, diferente del Corán y al de los *Ahadith* normales. Dichos *Ahadith* empiezan habitualmente por la frase, “*el Profeta dijo que Allah dijo...*”, mientras que en el Corán se cita siempre diciendo “*Allah ha dicho...*”. Son los llamados *Ahadith Qudsies* (de Quds, lo inefable, lo insondable), también conocidos por *Hadith Ilahí* o *Rabbaní*, mientras a los *Ahadith* del Profeta se le llama *Hadith Nabawí* o *Hadith Sharif*.

Un sector de los representantes de los ulemas (sabios del Islam) opinan que tanto la expresión con el sentido del *Hadith Qudsi* procede de Allah, pero la mayoría piensa que el sentido viene de Allah y las palabras son del Profeta. La definición más admitida indica que el Corán es palabra y su significado proveniente de Allah, mientras que en *Hadith Qudsi* el sentido viene de Allah, pero el enunciado viene del Profeta Mohammed⁷⁴.

⁷³ Por su fidelidad a ella, a la ciudad de Medina (*Almedina Almunawwara*), se la designó con el apelativo de *Dar Assuna* (la casa de la *Sunna*).

c) *Al- iytihad*

En tercer lugar, *Aliytihad* son juicios emitidos por los juristas sobre aspectos no contemplados en el Corán o la *Sunna*. *Aliytihad* consiste básicamente en crear “jurisprudencia” en casos nuevos sobre los que no aparezca nada ni en el Corán ni en la *Sunna*. Dicha jurisprudencia queda en manos de los juristas musulmanes, que discuten el problema hasta alcanzar un juicio. Este juicio o sentencia se conoce como “*Ijma*” y siempre tendrá en cuenta los preceptos del Corán y la *Sunna*.

El esfuerzo creador de la norma jurídica, va a continuar en el siglo X de la era cristiana, es la labor que dará lugar a la constitución de ritos o escuelas jurídicas, de las cuales cuatro son consideradas –*Hanafí, Malikí, Shafi’e, y Hanbalí*– como ortodoxas. Si bien hay divergencias doctrinales entre las distintas corrientes, a la vez dentro de cada una de ellas existen diferencias. Durante esta era, se ha impuesto de modo progresivo una regla llamada conformismo/imitación *Taqlid*, cuyo significado consiste en que la norma jurídica no debe de ser deducida por una interpretación independiente del Corán y de la *Sunna*, pero recibida tal como está transmitida por una u otra de las grandes escuelas de derecho.

Desde entonces, resultado del esfuerzo creador y divergencias doctrinales trazan la fisonomía de Derecho Islámico. Es una teoría que cabe aplicar o que adquiere veracidad, en particular, para el estatuto personal que está vinculado con la religión, mientras que el Derecho positivo de los países islámicos se ha transformado en el

⁷⁴ Las tres primeras generaciones del Islam (los *Sahaba* o Compañeros del Profeta, los discípulos y continuadores de los *Tabi’ien*) conforman un grupo al que se le llama *Salaf* (los Antepasados). Véase A. HUBSCH, *Los Profetas del Islam, mensajes y visiones sobre el futuro del mundo*, Ed., Tikal, Madrid, 1999, p. 178, y M. ISMAIL, *Les causes de la Révélation Du saint Coran*, Beirut, 2005, p. 130.

curso de los siglos, bajo la impulsión de la evolución política y administrativa que protagonizaba en realidad todas las sociedades, en distintas etapas⁷⁵.

Si bien el Corán y la *Sunna* constituyen las fuentes esenciales de la *Sharia'a*, *Al-iytihad* es la tercera fuente más importante de esta Ley, y representa una opinión individual consciente y responsable, cuyo uso sirve para dar respuesta a un problema no tratado ni en el Corán ni en la *Sunna*. *Al-iytihad* como juicio emitido por los juristas sobre aspectos no contemplados en el Corán o la *Sunna*, tiende a significar “el hecho de buscar juicios” y consiste básicamente en crear “jurisprudencia” en casos nuevos sobre los que no aparece nada ni en el Corán ni la *Sunna*. Dicha jurisprudencia queda en manos de los juristas musulmanes, que discuten el problema hasta alcanzar un juicio.

Este juicio o sentencia se conoce como “*Ijma'*” y siempre tendrá en cuenta los preceptos del Corán y la *Sunna*. Asimismo, el “*Ijma'*”, que literalmente significa “consenso”, consiste en la creación de una nueva norma, que resulte de la confrontación de dos o más que sean contradictorias⁷⁶. Esta norma requiere el consenso de los especialistas en Derecho sobre ese concreto punto. Una vez más tiene lugar esta acción colectiva, esto es, este acuerdo de los juristas en este punto, queda totalmente prohibido el desarrollo de otras acciones en el mismo tema.

El procedimiento del *Ijma'* para resolver la contradicción consiste en reunir los elementos que permitan reconocer todos los casos de una figura jurídica, deduciendo a partir de una fórmula que sobrepase los términos literales del texto originario. Con la reunión de todos los elementos se crea una nueva forma, que define el carácter

⁷⁵ Véase, S. MERNISSI: “El estatuto de la mujer en Marruecos”, AAVV, *El islam jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 112 y ss.

⁷⁶ Véase, B. AGUILERA BARCHET, *Iniciación historia al Derecho musulmán*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 123.

general de esta figura jurídica. De la cual los textos originales tienen sólo carácter particular.

Por su parte, el “*Qiyas*” consiste en la aplicación de un juicio para casos que carezcan de éste en el Derecho islámico, pero que muestren similitud con otros que sí lo tienen. Así, p. ej., el alcohol está prohibido por la legislación islámica, pero ¿qué sucede con el asunto de las drogas, las cuales no existían en tiempos del Profeta? Es sencillo, pues la similitud entre ambos supuestos, se atribuye la misma condena tanto para el alcohol como para las drogas, que no estricta prohibición, sin poder entrar aquí en detalles sobre las sanciones⁷⁷.

En definitiva el estudio de estas fuentes es el objeto de una ciencia especial llamada *‘ilm al-‘usul*. Ello conlleva *Al-iytihad*, es decir, el esfuerzo o intento por interpretar las fuentes legales y encontrar soluciones apropiadas. *Al-iytihad* era – entonces- un factor importante en la Historia del Derecho en el Islam, adaptando las normas a las necesidades de la civilización y fue una de las causas del florecimiento de la jurisprudencia islámica en el período *‘abbasí*.

Sin embargo, tras la caída de Bagdad en el s. XII, la civilización islámica empezó a perder su esplendor y los juristas *Sunníes* acordaron que era suficiente con las cuatro escuelas conocidas -*Hanifí, Malikí, Shafí, y la Hanbalí*-. Entonces clausuraron *Al-iytihad*. A consecuencia de ello, se prohibieron las nuevas interpretaciones y, consecuentemente, se generalizó como norma la imitación (*Taqlid*) por inercia. Los cuatro aspectos señalados pueden agruparse bajo la noción *Ahl-fiqh*. Posteriormente, se desarrolló otro grupo llamado *Ahl-hadith*. Los *chiís*, del mismo modo, desarrollaron

⁷⁷ Véase, M. MOUTAWALI CHA3RAOUI, *Mi‘at su‘al wa jawab fi al fiqhi al islami*, Maktabat atourath al.islami, El Cairo, 1984, p. 165.

diferentes grupos: *Kais'ania*, *Zaidia*, *Im'amia*, *Ism'alia* y finalmente *Ghali* (actualmente extinguidos)⁷⁸.

Por último, se han analizado las principales fuentes del Derecho islámico. Sin embargo, junto a éstas, existen otros recursos de donde poder extraer juicios, como son los "*amal ahl al-madina*", que versan sobre las costumbres de los habitantes de Medina en tiempos del Profeta; las "*fatwa Sahaba*" que son las opiniones legales de los compañeros del Profeta; "*Urf*", que son los ritos islámicos, etc. En este punto, es necesario hacer un breve inicio. Si bien todas las fuentes fundamentales del Derecho islámico son firmes y consideradas por igual por los juristas, algunas de las fuentes mencionadas no entran a fondo en aspectos legislativos, sino sólo en detalles concretos, lo que provoca divergencias entre juristas.

En cualquier caso, todos los juicios que se establezcan en base a estas fuentes son correctos, pues derivan -en última instancia- de la legislación⁷⁹. Estas diferencias parciales no perjudican, ni a la religión ni al Derecho, puesto que los orígenes fundamentales son firmes y estables y no se discuten. En estas "*Iytihadat*" podemos distinguir las cuatro escuelas. Asimismo, el *Iyihad* en el Derecho islámico tenía una fuente de renovación permanente. Se podían completar los casos en los que ni el Corán ni la *Sunna* ha previsto nada y adaptar, de este modo, sus preceptos a las necesidades de la vida pública. Durante tres siglos, el trabajo de los teólogos (*Muytahedin*) fue la principal fuente productora de normas⁸⁰.

⁷⁸ Véase, A. GHAMIJA, *Mawqif al maylis ala'ela min thunaiyati alqanuniyi wa alfiqhi fi masaili alahwali achajsiya*, Manchurat Yami'iat nachr almae'luma alqanuniya wa alqadaiya, Rabat, 2007, p. 12.

⁷⁹ En este aspecto parece imprescindible señalar que la resolución de algunos juicios, o pronunciarse acerca de una cuestión puede diferenciarse de un país a otro, o incluso en un solo país puede surgir que un tema se resuelve de manera distinta, en función de la ideología y la filosofía de cada uno de los ulemas, a los que afectan diferentes circunstancias sociales y personales, lo que influye lógicamente en su decisión definitiva.

⁸⁰ Véase, H. IBN AHMAD AL HAKMI, *Mi'atay sou'al wa jawab fi al-3aqida al islamiyati*, Dar al-i3tisam, 1982, p. 89.

De otra parte, la tarea de los teólogos es bastante compleja, concretar las leyes para cada época y cada situación, exige un esfuerzo de interpretación y aplicación de los principios legislativos, que suele promover controversia, puesto que dicha labor de interpretación es falible, y puede traducir los intereses de un grupo determinado. En todo caso, pronunciar juicios acerca de cuestiones importantes en la sociedad, conlleva la asunción de una gran responsabilidad de los ulemas para adoptar la decisión más adecuada y eficaz, partiendo de un fundamento razonable, lógico y objetivo⁸¹.

C) Principales escuelas del Derecho islámico

a) Escuela Hanafí

La gran aspiración unitaria del Islam –comunidad islámica *Umma*- se frustró poco después de la muerte del Profeta, cuya sucesión provocó el cisma político entre la ortodoxia (*Sunni*), ganadora en el enfrentamiento y mayoritaria, y la heterodoxia (*Shia'a*), rama minoritaria, que agrupa a los que creen que Alí, primo y yerno de Mohammed era el sucesor legítimo para convertirse en *Califa*. Las pugnas por la sucesión determinaron el surgimiento de diferentes opiniones y divisiones internas en el pueblo musulmán, lo que dio lugar al nacimiento de escuelas que aplican diversos modos de interpretar la Ley Islámica. Eso nos permite hablar de una variedad dentro del mundo islámico sin alejarse de la unidad del Islam⁸².

⁸¹ Véase, entre otros, K. MOSTAFA MOHAMED, *Introducción al comentario de los capítulos del sagrado Corán*. Ed. La Casa del Libro Árabe, 1999, p. 85.

⁸² Existen en árabe ocho palabras, que resumen la creencia central de los musulmanes de todo el mundo: “no hay más Dios que Allah y Mohammed es su Profeta”. El mismo Corán habla de una comunidad islámica, que trasciende las fronteras, los lugares y las razas, de un modo que la unidad se evidencia en todos los aspectos. Si bien en esta comunidad no hay lugar a jerarquías religiosas, los jefes de las distintas comunidades políticas antes eran los Califas, no obstante, no se pueden comparar con el sacerdocio, simplemente porque todos los musulmanes son iguales ante Allah.

El primo y yerno de Mohammed, Alí, se autoproclamó *Califa*, reclamando sus derechos sucesorios. Motivo que originó una división en el seno de la comunidad musulmana, conformándose dos grandes ramas islámicas: la *Suniyen* y la *Shia'a*. Los que posteriormente pasaron a denominarse *Sunitas* (tradicionalistas y musulmanes ortodoxos), que integran al grupo más numeroso, no reconocieron a Alí como sucesor, al considerar que los lazos de sangre no era suficiente motivo para proclamarlo como *Califa*. Por otro lado, los *Sunitas*, haciendo honor a su nombre, se basan en la *Sunna* y el Corán como las directrices que guían su práctica religiosa.

En cambio, los *Shiitas*, considerados como el grupo protestante del Islam, apoyaron a Alí como iniciador de la línea sucesoria del Profeta. En el seno del grupo de los *Sunitas*, aparecieron varias escuelas jurídicas musulmanas, fundadas por eminentes estudiosos del Islam, de las cuales hoy día sólo perduran cuatro, *Hanafi*, proveniente de Abu Hanifa Numán ibn Tabit, se trata de la escuela más antigua y una de las más tolerantes, liberales y flexibles. Luego está la escuela *Maliki*, fundada por Malik ibn Anas Ibn Shafi, rama que acepta también los *Ahadith*, hechos que tuvieron lugar en tiempos del Profeta que fueron interpretados por el mismo.

En cuarto lugar, figura *Shafi'i*, instituida por Mohammed ibn Idris al-Yafí, alumno de Malik, que conforma uno de los grupos menos rígidos, admite el razonamiento lógico individual (*Qiyas*) y el consenso entre los sabios (*ijma'e*) como fuentes de derecho. Por último está la tendencia *Hanbali*, constituida por Ahmad ibn Hanbal, discípulo del anterior, sin embargo su escuela, es considerada como la más rigurosa, rígida e intolerante del Islam *Sunni*. Sus seguidores abogan por una interpretación y una aplicación literal de los principios del Islam⁸³.

Las distintas escuelas tienen como fundamento principal el *Corán* y la *Sunna*, y basan su metodología de trabajo en el llamado *Iyihad* o esfuerzo intelectual tal como

⁸³ Véase, V. COBANO DELGADO PALMA, *Repercusiones Socioeducativas...*, op. cit, p. 401.

se abordó en el apartado anterior. Sin embargo, su diferencia estriba en la distinta valoración que hacen del papel desempeñado por las fuentes menores o secundarias, tales como, el consenso (*Iyma'e*) de los eruditos musulmanes sobre una determinada materia, el esfuerzo (*Ijtihad*) de reflexión sobre un concreto tema, la deducción analógica (*Qiyas*) de una norma para un supuesto no regulado por similitud a otro que sí lo está; la opinión personal (*Ra'eye*), el *Istihsan*, recurso por el cual pueden crearse normas jurídicas conforme a la equidad y conveniencia del momento, para llenar los vacíos de la ley. En cuanto al *Istislah*, similar al anterior, aunque sujeta esa conveniencia al cumplimiento de tres circunstancias, ser indudable *Qati'i*, general *Kulli* y de grave necesidad *Daruri*.

Las cuatro escuelas, en representación del pensamiento islámico se agrupan generalmente bajo el epígrafe de *Ahl-fiqh*. Para los musulmanes, todas ellas son válidas y sus decisiones igualmente sagradas. El creyente tiene libertad en creer en todas, pero la práctica le exige que pertenezca a una concreta. Habitualmente, la persona sigue la tendencia adoptada en el país islámico donde vive, con independencia de algunos casos como en Irak, donde conviven dos grupos distintos *Chi'i* y *Sunni*. Hay que añadir en este sentido, que aunque el conflicto en la aplicación de la ley suele surgir entre los seguidores de las diferentes escuelas, también ha sido causa de divisiones partidistas entre los *Sunnies*. El grupo más amplio de seguidores es el de la escuela *Hanifí*. El siguiente en tamaño son los *Shafís* y los *Malikís*, mientras el grupo más pequeño es el de la escuela *Hanbalí* seguida por la *wahabí* de Arabia Saudí⁸⁴.

Por tanto, estas cuatro grandes escuelas han dado pie a la división más importante existente dentro del Islam *Sunni*, que representa el 90% de todo el Islam. Los distintos países han elaborado leyes más o menos estrictas de acuerdo con la escuela jurídica adoptada. Se deduce que es evidente que no exista una *Sharia'a* concebida como un modelo unificado de leyes a aplicar, por ello hay autores que

⁸⁴ Véase, N. IBN MOHAMMED ABU HANIFA, *Kitab al-ijtisar*, texto presentado por M. WAHID MERZA, institución francesa, Damas, 1457, p.174.

califican a la *Sharia'a* como la Ley de Dios, y que los Códigos de derecho son el esfuerzo humano para comprenderla⁸⁵.

Por ello, los países islámicos tienen su particularismo y su diversidad con relación al Derecho de la familia, debido no solo a la escuela elegida oficialmente, sino también a la influencia que el mundo occidental ha tenido en ello. La diferencia es obvia entre las escuelas *Malikita*, *Chaffita*, *Hanbalita* y *Hanafita*. Por todo ello, evidentemente el Islam no conforma un grupo completamente homogéneo, y no solo tras la muerte del Profeta, cuando el pueblo empezó a cuestionarse su sucesión, sino que en la sociedad islámica siempre habido y hay divergencia en torno a distintos temas de interés.

Como se ha señalado, a lo largo de la historia del Islam han sido varias las escuelas que se han desarrollado, por diversas circunstancias históricas y de otra índole. Algunas de ellas no han sobrevivido hasta hoy día, mientras que, otras, se han mantenido activas hasta la actualidad. En cuanto a la escuela *Hanafi*⁸⁶, aunque sigue vigente, los juristas de la Meca y de la Medina le criticaban la –según ellos- exagerada importancia que daba a la opinión personal *Ray'e* y la deducción analógica *Qiyas*. Esta es la razón de que sus discípulos hayan sido conocidos con el sobrenombre de *Ahl array'e* (los seguidores de la opinión personal). Abu Hanifa aceptó también el consenso *Ijma'e* de los doctores de la ley, sin restringirlo a los de la Medina, echó también mano del *Istihsan*.

El Hanafismo cuya flexibilidad dio lugar a toda una literatura casuística, es la escuela jurídica más proclive a introducir en su metodología el uso de las fuentes menores o secundarias, citada anteriormente. Esta escuela fue adoptada por el Imperio Otomano y en la actualidad domina en Turquía, Siria, parte de Egipto, Asia Central, China y buena parte de Afganistán, Pakistán y la India. En Túnez tiene valor

⁸⁵ Véase A. CUKAR/I. ZABALETA, *Islam la religión...*, op. cit, p. 115.

⁸⁶ Sigue las enseñanzas del persa Abu hanifa (699-767 d.c/ 80-150 d. h)

oficial junto a la escuela *Malikí* y en Argelia existen algunos seguidores como consecuencia de la pertenencia de este país al Imperio Otomano. Se puede afirmar que la mitad de los musulmanes siguen en la actualidad esta escuela.

Ahora bien, las cuatro escuelas del pensamiento islámico, o *Fiqh*, que son interpretaciones de la *Sharf'a* llevadas a cabo por un *Faquí* (jurista)⁸⁷: en primer lugar, mencionamos el *fiqh hanafí*, que es el *fiqh* recopilado por *Abu Hanifa Nu'mán ibn Thabit*, ayudado por *Abu Yusuf Mohammad ash-Shaibani*, *Zufar* y otros, todos conocidos por su gran habilidad para la resolución de los problemas religiosos. Fundado por el *Imam abu Hanifa*, su nombre completo es *Nu'man ibn Thabit ibn Zuti al Farisi*. Este *Imam* nació en *kufa* en el año 80 de Hijriya y murió en el año 150 en Bagdad, donde se halla su tumba, cerca de Tigres. *Abu Hanifa* se instruyó en Kufa, escribió grandes obras como, "*fara'id*" y "*Churut*" y para su *ijtihad*, aparte de razonar apoyándose en el Corán y la *sunna* introdujo el *Qiyas*, o razonamiento analógico. Su teoría es aplicada principalmente en los países orientales, como Pakistán y Oriente Medio⁸⁸.

b) Escuela *Malikí*

En segundo lugar está el *Madhab Malikí*, fundado por el andalusí *Malik ibn Anás al-Asbahi*, conocido por el *Imam Malik* era de origen yemeni de la tribu de *Al-asbahi*. Nació 93 H en Medina donde murió en 179 H. Elaboró una recopilación de *Hadith* como es *Al muwata'*: que trata sumariamente de los aspectos principales del *Fiqh*. Junto al Corán y la *Sunna*, en aquellos que no está claramente estipulado el *Imam Malik* remite a la práctica de la gente de la Medina, es la práctica que el Profeta mantuvo al final de su vida. Este *Madhab* es seguido principalmente en los países del continente Africano, en los Emiratos Árabes Unidos y era la escuela que se impuso en el Al-Ándalus, de la que se da cuenta de forma más específica *infra*⁸⁹.

⁸⁷ Aunque este término tiene más bien un sentido religioso que jurídico.

⁸⁸ Véase, Z. CHA'BAN, *Usoul al-fiqh al islami*, Dar a-ta'lif, El Cairo, 1956. p. 211.

⁸⁹ Véase, B. AGUILERA BARCHET, *Iniciación histórica al Derecho musulmán...*, op. cit, p. 101.

c) Otras escuelas

En tercer lugar, se encuentra el *fiqh shafi'i*, fundado por *Mohammad ibn Idris al-Yafi* que nació en Ghaza (Palestina) en 150 H y murió en Egipto en 204 H. El nombre completo de este *Imam* es *Mohammad Ibn Idris Achafi'i*. Huérfano de padre, su primera instructora fue su madre, con la que estuvo hasta los diez años, a esa edad partió a Meca para aprender a leer y escribir el Corán. Pasó 17 años con los beduinos en el desierto, y después decidió ir a la Medina a estudiar más. Fue discípulo *Muslim ibn khalid al Majzumi* y el *Imam Malik*, estudio con este último "*Al muwata'*", hasta la muerte del *Imam Malik*, volvió a Yemen, donde desempeñó cargos oficiales.

Por desavenencias con el *Califa*, ya que fue acusado de apoyar a los enemigos del *Califa (Ahl el Beit)*, a causa de ello, fue deportado a Bagdad. Pudo escapar de la sentencia de muerte y se exilió a Egipto, donde moriría. Su enseñanza se basa en el *Hadith*. Este *Madhab* fue propagando por Egipto, Asia Central, países de África Oriental, Indonesia y Filipinas, así como ciertas regiones de Oriente Medio⁹⁰.

Y, por último, está el *fiqh hanbalí*, fundado por *Ahmed ibn Hanbal* que nació y murió en Bagdad en los años 164 H y 241 H. respectivamente, su nombre completo es *Ahmed ibn hanbal*. A los 15 años comenzaron los estudios de este *Imam*, que fue alumno del *Imam achafi'i* y del *Imam abu yousuf*. El *Imam* ibn Hanbal, su ideología es mucho más rigorista y basada en la literalidad coránica que los demás, es decir, que no recurre al uso del *Qiyas* como los *hanafis*, la práctica de Medina como los *Malikíes*, o al *hadith* como los *chafi'is*. Este *Madhab* es el de Arabia Saudita, y se encuentra extendido un poco por todo el mundo islámico.

⁹⁰ Véase, A. ABUALWALID, *Ihkam Alfusol Fi Ahkam Alusol*, revisión Abdelmayid Turquí, Beirut, Dar Algharb Alislami, 1986.

Todas estas escuelas maduras, en su forma actual, después de los doscientos años siguientes a la muerte del Profeta Mohammed. De otra parte, el *Tasaúf* juzga las oraciones desde el punto de vista de la concentración, devoción, pureza del alma y del efecto de las oraciones en la moral y los modales. Así el *Tasaúf* mide el espíritu de obediencia y sinceridad, mientras que el *fiqh* vigila las reglas que se deben seguir hasta en sus menores detalles⁹¹.

Otra escuela es la *Shafi'i*, fundada por Abu Abdallah as-Shafi'i, quien hace una exposición metódica de las bases jurídicas con la intención de definir un método que pudiera disminuir las diferencias que existían entre los doctores de la Ley. Este método rechaza la opinión personal (*Ray*), el *istislah malikí* y el *istihsan hanafí* y, además del Corán y la *Sunna*, tan solo reconoce el consenso (*Ijma'e*) de los eruditos y la deducción analógica (*Qiyas*), dando prioridad al primero sobre la segunda. Esta escuela jurídica oficial durante el Califato abasí, se extendió por las costas del Océano Índico gracias a los marinos y comerciantes árabes. En la actualidad es mayoritaria en Egipto, África oriental, Indonesia, malasia y en los núcleos musulmanes de Tailandia, Filipinas y Vietnam.

Y, por último, cabe señalar la existencia de la escuela llamada *Hanbalí*, surgida a partir de las enseñanzas de Ahmad ibn Hanbal, se caracteriza por aceptar casi exclusivamente el Corán y la *Sunna* como fuentes de derecho, no admitiendo otro consenso (*Ijma'e*) que el de los compañeros del Profeta, lo cual no entra en contradicción con la libertad de indagación o búsqueda de soluciones jurídicas allí donde ningún texto arroje luz sobre un asunto. Con todo, el uso de las fuentes más subjetivas, tales como la opinión personal (*Ray'*) o la deducción por analogía (*Qiyas*) están seriamente limitados⁹².

⁹¹ Véase, I. KATHIR, *Al-Bidayah wa A-Nihayah*, Dar al-Kutub al-Ilami'iyah, 1° ed., Beirut 1985, pp. 380-386.

⁹² A pesar de toda diferencia y disidencia detectada en los grupos de musulmanes, nadie niega que personajes pertenecientes a la cultura islámica hicieron importantes aportes a la filosofía, a la ciencia, a la arquitectura y al arte que, si bien trascendieron al resto de las civilizaciones y

Esta limitación ha hecho que la metodología jurídica de esta escuela se haya apoyado en un estudio exhaustivo del *Hadith*, tratando de extraer conclusiones legales a partir de la amplia casuística reflejada en los relatos proféticos. La escuela *Hanbalí* tiene en la actualidad su mayor implantación en la Península Arábiga, donde sirvió de inspiración para el *wahabismo*, corriente ideológica surgida en el siglo XVIII que tiene hoy una influencia decisiva en el Gobierno de Arabia Saudí, el cual ha tratado de exportar su ideología a lo largo y ancho del mundo islámico⁹³.

D) Especialidades de la Escuela *Maliki*

La escuela *Maliki*, sigue -como se señala *arriba*-las directrices de Malik Ibn Anas (713-795 d.c./95-179 d. h), autor de la más antigua compilación de Derecho del Islam *Sunní*. Además de emplear el Corán, como el resto de las escuelas, se basa en la *Sunna* y el derecho consuetudinario (*'aamal*) de ciudad (Medina) donde se formó la primera comunidad islámica bajo la dirección del Profeta Mohammed.

Aunque sin concederle la importancia que los *hanafíes*, esta escuela acepta la fuente racional del *Ra'eye*, también admite la deducción analógica *Qiyas*, y el consenso *Ijma'e* de los doctores de la ley (*Alfuqahae*), dando preeminencia a los de Medina y, en segundo término, al resto. Malik Ibn Anas es autor de un libro llamado *Almuwata'e*, una de las primeras recopilaciones de *Hadith*, todavía hoy muy utilizado en todo el mundo islámico, y en especial en los países del Magreb⁹⁴.

forman parte del patrimonio de la humanidad, ayudaron de un modo u otro a dar homogeneidad al mundo islámico.

⁹³ Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA/E. GÓMEZ VALENZUELA: "El Código de Familia de Marruecos (2004) y la religión islámica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2008, pp. 193 y ss, y otras obras SH. NASR, *La vida y el pensamiento islámicos*, Nueva York, 1978, p. 178; S. MERNISSI: "El estatuto de la mujer...", *loc. cit.*, pp. 112 y ss; y J. COULSON NOEL, *Historia del derecho islámico*, Barcelona, 1998, p. 95.

⁹⁴ En este aspecto hay que destacar que en el grupo de los *Sunnies* surgieron cuatro corrientes interpretativas entre ellas la *Maliki*, con independencia de la *Hanbali*, *Hanafi*, y *Chafi'e*.

Si bien la Malikí es una escuela menos proclive que la *Hanafi* a introducir ciertas fuentes más subjetivas, como el *Istihsan*, fundamenta la búsqueda de soluciones a casos jurídicos no regulados en las tres condiciones señaladas anteriormente –ser indudable *Qati’i*, general *Kulli...*- dando lugar a una nueva fuente de derecho, el *Istislah* que la caracteriza. Se trata de la escuela jurídica más extendida en el Al-Ándalus y, en la actualidad, está arraigada en la mayor parte de los países del Norte de África, excepto en Egipto. Es, así mismo, la más implantada en África Subsahariana –sobre todo, en África Occidental- quedando, de otro lado, trazas de ella en el Este de la Península Arábiga.

El *Madhab Maliki* es una de las cuatro escuelas de Derecho y religión que existen dentro del Islam *Sunní*. Esta escuela es predominante en el Magreb y es seguida por aproximadamente el 15% de los musulmanes. El *Madhab* fue fundado por Malik Ibn Anas, el Imam en Medina, *Faqih* de la *Umma* y líder de *Ahl Al Hadith*. Estudio con más de novecientos sabios y muchos compañeros influenciados por él, más adelante han tenido una carrera personal independiente, entre ellos el Imam Shafi’i, fundador del *Madhab Chafi’e*.

La jurisprudencia *Maliki* se diferencia fundamentalmente de otras tres, por las fuentes de derecho que utiliza, las cuatro escuelas utilizan el Corán, la *Sunna* así como el consenso de los expertos *Ijma’e* y la analogía *Qiyas*. Sin embargo, los *Malikies* recurren –además- a las prácticas seguidas por los habitantes de la Medina (*A’amal Ahl Almedina*) como fuente de la jurisprudencia *Fiqh*⁹⁵. Hay que poner de relieve, en este sentido, que el modo de vida de los habitantes de la Medina se contempla como una *Sunna* aplicada, ya que es allí donde se refugiaron los seguidores del Profeta Mohammed. Otra característica del rito *Maliki* es su flexibilidad. De hecho, las normas se ajustan a las diferentes situaciones de cada país, por lo que han conocido un gran éxito en todos los lugares donde han sido aplicadas.

⁹⁵ Véase A. OURKIA: “Las fuentes del Derecho Malikí y su influencia...” *loc. cit*, pp. 355 y ss.

2. INFLUENCIA DEL DERECHO ISLÁMICO EN EL DERECHO POSITIVO. EL CASO DE MARRUECOS Y, EN ESPECIAL, DEL CÓDIGO DE FAMILIA

A) Aspectos destacados de la referencia islámica en el ordenamiento marroquí

a) Relación entre la ley islámica y el Derecho positivo

El estudio del Islam revela la importancia del Derecho, que ha conocido una elaboración y un desarrollo muy avanzados en el seno de la civilización islámica. Generalmente, el Derecho Islámico se ocupa de la explicación de los objetivos morales de la comunidad⁹⁶. Pues bien, la influencia del Derecho islámico en el Derecho positivo de los Estados árabes musulmanes tiene un carácter diverso vinculado a cada caso. Siguiendo a RAMDANE BABADJIL, cabría distinguir cuatro niveles de relación o de influencia. En primer lugar, aquellos Estados que confieren al Derecho islámico un papel primordial (Arabia Saudita, Omán, Libia, y el ex -Yemen del norte). En estos países la *Shari'á* es el equivalente de la Constitución en los países occidentales.

En segundo extremo, en un grupo de países la *Shari'á*, sin tener tal rasgo constitucional, constituye la fuente principal de la legislación (Siria, Bahrein, Sudan y Qatar). En un tercer grupo, es simplemente una fuente (entre otras) de las fuentes principales (Egipto, Emiratos árabes y Kuwait). Por último, algunos países del Magreb,

⁹⁶ En la sociedad islámica, el término Derecho tiene un significado mucho más amplio que en Occidente, ya que engloba imperativos morales y legales. Ha de señalarse en esta línea, que no todo el Derecho islámico puede ser formulado como norma legal formal, ni impuesto por los tribunales, sino que, en ocasiones, puede depender también de la conciencia individual. Véase, J. MARTOS QUESADA: "Religión y Derecho en el Islam", *Revista de Ciencia de las Religiones*, 2004, XI, pp. 69-88.

ni siquiera mencionan al Derecho islámico en su ley fundamental, y tal es una circunstancia a la hora de hablar y resolver las distintas relaciones jurídicas⁹⁷.

De otro lado, cabe señalar que, en los países islámicos, existen concepciones muy divergentes en torno a la familia, que repercuten de forma directa en su tratamiento jurídico. Se trata, del Derecho tunecino, p.ej., que mantiene criterios más severos hacia la poligamia, repudio, *kafala*, puesto que es el único país islámico que no prohíbe la adopción y, por consiguiente, el más cercano a los ordenamientos europeos⁹⁸. En este país, las reformas operadas en los últimos años se centraron en el interés del niño, los derechos de la mujer y la protección de la familia, lo que situó los logros del Código de estatuto personal en una categoría sublime. En el caso de Marruecos, destacan las dos reformas de la *Mudawwana*⁹⁹.

Cabe precisar que, como se verá *infra* de forma más detenida, el Derecho de familia de Marruecos se inspira fuertemente en el Derecho islámico, de tal forma que su interpretación está orientada por lo que indica este ordenamiento de base religiosa y, en concreto, por lo establecido por la escuela *Malikí*. Y, en este sentido, el legislador del CF de 2004 ha otorgado un importante margen de maniobra al Juez, p.ej., lo que conduce a interrogarse sobre la referencia en la cual este último se apoya para dictar sus decisiones¹⁰⁰.

⁹⁷ Véase, “Aproximación a las relaciones de la charia y el derecho positivo en el mundo árabe”, AAVV, *El islam jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 67 y ss.

⁹⁸ Véase, K. MEZIOU.: “Le droit de la famille au Magreb”, *Études Maghrébines*, nº 9, 1999, pp. 3-9.

⁹⁹ De hecho, pueden existir mayores divergencias entre el Derecho francés y el polaco, que entre el primero y el Derecho de Túnez. Del mismo modo, hay mayor distancia entre el Derecho de Túnez y el marroquí o el de Argelia, que entre el primero y el francés, para más información respecto al Derecho tunecino, consúltese F. SAREHANE, *Les conflits de lois relatives aux rapports entre époux en droit international privé marocain et tunisien*. Thèse de Doctorat d’Etat en Droit, Paris II, 1984, p. 135.

¹⁰⁰ En efecto, se puede plantear si el carácter religioso del Derecho de familia en Marruecos, puede limitar el esfuerzo del Juez en el ámbito de su intervención e interpretación.

No obstante, es importante revelar que el Magreb ha adquirido un carácter diversificado en cuanto a su evolución jurídica. Habitualmente se suele distinguir entre una Túnez urbanizada, abierta al exterior, influenciada por las corrientes reformistas antiguas, una Argelia marcada profundamente por la colonización, y que aspira a afirmar la identidad confiscada. En este grupo diverso de países, se incluye Marruecos, en él el Islam juega un papel sustancial en el asentamiento del régimen político. De lo señalado se deduce claramente que en el Magreb el Derecho de familia es cada vez más plural. La codificación es señal de edificación de un derecho que obedece, desde luego, a una lógica propia.

En la totalidad de los países del Magreb, el respeto escrupuloso del Derecho Islámico, y el recelo percibido de este Derecho –en el mundo occidental- determinan las soluciones propuestas en materia de Derecho de familia. A lo anterior se añade que en este aspecto, el punto de vista de los juristas magrebíes es muy importante, y aunque se han mostrado abiertos, el mismo debe de ser subjetivo y necesariamente parcial. Como es bien sabido, el carácter religioso del Derecho marroquí se destaca más bien en materia de derecho de familia, que en otras ramas¹⁰¹.

La mayor parte de los Estados islámicos tras su independencia han optado por la edificación de un modelo de Estado moderno, con el objeto de desatarse de la situación nefasta en la que se encontraban en todos los planos. Para alcanzar esta meta, se han confeccionado varias legislaciones de carácter general, que comprenden todos los ámbitos, inspiradas tanto en el contenido como en la forma de los sistemas jurídicos de los países occidentales, por su desarrollo y su experiencia relevante.

Así, los países magrebíes han elaborado Constituciones basándose en los modelos occidentales, para determinar su sistema de gobierno, reparto de poderes, así como para concretar los principios generales de la política económica y social y

¹⁰¹ Véase, K. MEZIOU/A. MEZGHANI: «Les musulmans en Europe, l'application de la loi nationale au statut personnel: essai de clarification, Le Droit International Privé dans les pays Maghrébins, les conflits de lois: le statut personnel», *Cahiers des droits Maghrebins*, vol. I Janvier-Juin 1995, pp. 67 y ss. Véase sobre este particular, M. CHARFI: "L'influence de la religion dans le Droit International Privé dans les pays musulmans", *RCADI*, 1987- III, pp. 35 y ss.

otros ámbitos. En relación con el Derecho privado, se han adoptado leyes civiles, penales y comerciales también inspiradas en el Derecho positivo de los países europeos. En la misma línea, como otras, las reglas del estatuto personal islámicos han experimentado, a su vez, importantes cambios. Sin embargo, el resultado de dichas reformas ha variado de un Estado a otro, en función de distintos factores, entre ellos, la recepción que tuvo en cada país¹⁰².

En materia internacional se han establecido normas partiendo del DIPr comparado aplicado en el Occidente y se ha recurrido a la aprobación de códigos de nacionalidad basados en el criterio de la secularización/laicismo, principio totalmente desconocido en el Derecho islámico. Si bien los ordenamientos de los países citados se han esforzado para modernizar sus leyes, la huella de la religión es innegable, no sólo en los textos jurídicos sino también en su aplicación judicial e, incluso, en las grandes tendencias políticas y económicas de los países del Magreb¹⁰³.

b) Referencia en el Código de Familia de Marruecos a la interpretación del Derecho islámico de conformidad con la escuela Maliki

El Islam constituye una referencia importante en los sistemas jurídicos de los Estados islámicos, en general, y de los países magrebíes, en particular. Como se ha indicado *supra*, el Islam no es sólo una religión, sino una civilización, una cultura y unos principios, y evidentemente será muy difícil deshacerse de catorce siglos de la historia islámica. Es más, la religión islámica representa la identidad y la personalidad nacional y la pertenencia a la civilización islámica¹⁰⁴. Antes de la codificación, Marruecos, como

¹⁰² K. BARJAWI, *Alqanun Addawli Aljass Fi Maddat Alhwal Achajsiyya*, Univ. Mohammed V, Rabat, 2001, p. 36.

¹⁰³ Es interesante añadir que se trata de textos que reflejan la influencia del Islam de forma intencionada, por el hecho de que el legislador no va a abandonar totalmente las fuentes religiosas, dada la grave influencia que ello tendría para la sociedad.

¹⁰⁴ Ha de señalarse, en este sentido, que en algunos países, el propio legislador ha fomentado la aplicación de las reglas de Derecho islámico, como sucede en el caso del art. 2 del Código civil argelino, que prevé en caso de ausencia de un texto legislativo, que el Juez resuelva en virtud de la *Sharia'a*. Exceptuando a Túnez, que no ha realizado en su Revista del estatuto

la mayor parte de los países islámicos, aplicaba en materia de estatuto personal el Derecho Islámico clásico o *Fiqh*, una obra indudablemente doctrinal.

Dada su posición estratégica e importante en la zona magrebí, los ritos de la escuela *Maliki* están presentes fuertemente en la vida religiosa del pueblo presidida por el Rey. De hecho, tras la entronización del Rey Mohammed VI, el camino escogido compromete a Marruecos indudablemente en una reforma global de su espacio público, pero siempre dentro del “campo religioso que debe integrar esta gestión”¹⁰⁵. Se trata de una fórmula atractiva, que se emplea para definir los contornos del campo religioso marroquí, sus límites y sus especificidades. Así, la gestión religiosa no presenta más una privacidad, ajena a las instituciones, sino que forma parte de ellas¹⁰⁶.

Los primeros años de la era de Mohammed VI, en calidad de *Amir Almueinin*, han estado marcados por la promulgación de nuevas leyes en distintas materias¹⁰⁷. En efecto, desde 2002 el ritmo de las reformas se ha acelerado para incluir el reconocimiento de los derechos de la mujer. Entre ellas cabe citar el CT, el CPP y el 23 de enero de 2004 tuvo lugar en el Parlamento la aprobación por unanimidad del nuevo

personal ninguna remisión a las normas del *Fiqh*, el resto de los países magrebíes están marcados por el carácter religioso de sus normas, que regulan la vida personal de los ciudadanos. Los principales seguidores del Islam son los árabes (la mayor parte del norte de África y oriente próximo), pueblos turcos e iraníes, comunidades del sudeste Asiático y una pequeña parte de China. Durante la época moderna, el Islam ha continuado incorporando nuevos creyentes a sus fieles, de forma muy acusada entre los negros africanos y entre algunos grupos negros de Estados Unidos, atraídos por su igualitarismo fundamental y su estricto sentido de la solidaridad. En Europa, el Islam es la segunda religión más importante después del Cristianismo.

¹⁰⁵ Mohammed VI es Rey de Marruecos desde 30 de julio 1999 y ocupa el puesto veintitrés en la dinastía *Alaui*.

¹⁰⁶ Es más, el Estado tiene la obligación de responder a las cuestiones de carácter religioso de los ciudadanos y garantizar la quietud espiritual, que no puede realizarse sin tomar en cuenta la multiplicidad de los actores, sus diversidades, en especial su conexión tanto interior como exterior.

¹⁰⁷ La dinastía *Alaui* y su evolución histórica ha sido objeto de estudio por varios autores, no sólo marroquíes como Larbi Essakali cuya obra *Mémorial du Maroc*, se ha convertido en una fuente oficial de la historia, sino también extranjeros, que han sido cautivados por esta institución (p.ej. MICHEL ABITBOL, *Histoire du Maroc*, Perrin, 2009). Véase S. BENCHEIKH: “La vraie Histoire des Alaouites”, *Telquel*, nº 408, 23-29 Janvier, 2010, pp. 40 y ss.

CF¹⁰⁸. Destaca por la influencia directa del rito *Maliki* y, como se sabe, deroga el Estatuto Personal y de las Sucesiones o la *Mudawwana*, vigente desde 1957¹⁰⁹.

Se trata de una legislación, que regula los distintos aspectos de la vida personal y familiar, conformada de 400 artículos repartidos en seis Libros: el matrimonio (Libro I), las formas de disolución del contrato matrimonial (Libro II), el nacimiento y sus efectos (Libro III), la capacidad y la representación legal (Libro IV), el testamento (Libro V) y las sucesiones (Libro VI). Por último, el Libro VII recoge un conjunto de disposiciones transitorias y finales¹¹⁰. La nueva coyuntura política y económica del país, -y de otros países cercanos- ha exigido poner en marcha mecanismos y medios para su mejor comprensión¹¹¹.

De otro lado, partir de la idea de que el Estado marroquí pertenece al mundo islámico obliga a que toda interpretación deba respetar el contenido religioso que preside el CF. Es más, se trata de una característica destacada por el propio Rey del Reino en su aparición ante el Parlamento¹¹². Si bien la referida legislación forma parte del Derecho positivo marroquí, que tras la independencia, siguieron vigentes en ella, algunos de los Códigos que habían sido adoptados durante la dominación extranjera

¹⁰⁸ El 5 de febrero de 2004 se publicó en el *BORM* (núm. 5184).

¹⁰⁹ Para la impronta del Derecho islámico en el actual CF véase, en particular, G. ESTEBAN DE LA ROSA/E. GOMEZ VALENZUELA: «El Código de Familia de Marruecos y la religión islámica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (Creencias religiosas y Derecho), nº 11, 2008, pp. 157 y ss.

¹¹⁰ Véase, H. EL GHISSASSI, *Regard sur le Maroc de Mohammed VI.*, Ed. Michel Lafon, Neuilly-sur-Seine, France, 2006, p. 145, y M. TAZI, *Histoire Diplomatique du Maroc*, Muhamadiya, 1990, p. 18.

¹¹¹ En particular en el extranjero y, por ello, el MJ ha elaborado una traducción en francés comentada de cada una de las disposiciones, con el objeto de facilitar la tarea a cualquier operador acerca del sentido de la mencionada reforma. Véase, *Guide pratique du Code de la famille*, ADJJ, Ministerio de Justicia, Rabat, 2005, p. 86.

¹¹² Evidentemente, todo análisis del CF ha de realizarse tomando en cuenta que la religión oficial del Estado es la islámica, reconocida en la Constitución de Marruecos, reformada en 2011.

(Protectorado francés), y que no fueron sustituidos ni reemplazados por otros textos, actualmente repercute en esta Ley el Derecho Islámico.

Por ello, el CF no queda fuera de la órbita de lo religioso en Marruecos, sino que el Rey Mohamed VI se ha erigido como el único intérprete del citado Código (en su condición de Príncipe de los Creyentes), aunque su aprobación haya sido sometida al Parlamento. Y, en la medida en que el Rey se erige como máximo intérprete de sus disposiciones, las autoridades del orden judicial tendrán que seguir con su labor de *lytihad*¹¹³.

Además, sus disposiciones son de aplicación personal, esto es, a los marroquíes (que profesan la religión islámica), con independencia de que ostenten otra nacionalidad, siempre que se trate de personas residentes en Marruecos -lógicamente- o en el extranjero¹¹⁴. No obstante, los judíos marroquíes se someten a las reglas del estatuto personal hebreo (art. 2). En este sentido, si bien el art. 2 del CF no se recogía en la antigua *Mudawwana*, su contenido no puede considerarse nuevo, dado que Marruecos es un Estado islámico y el objetivo del Código, ha sido regular las relaciones homogéneas que tienen lugar entre musulmanes marroquíes, refugiados y apátridas.

Dado el carácter islámico del país, se basa para la interpretación del Derecho, en la doctrina *Malikí*, lo que se aprecia en la mayor parte de sus disposiciones¹¹⁵. Por tanto, es oportuno señalar algunas especialidades del Derecho Islámico en relación con

¹¹³ *Imarat Almueminin* o comandante de los creyentes, la otra faceta de la institución Real que gestiona el marco religioso, y el Ministerio de *Habous* y Asuntos Islámicos es la institución ejecutiva de toda acta aprobada al nombre del Rey.

¹¹⁴ En este último caso, la aplicación extraterritorial de sus disposiciones permite que las relaciones de Derecho de familia que están reguladas en el nuevo CF disciplinen también las relaciones de los/as marroquíes, a pesar de que residan en el extranjero, porque el Derecho religioso se aplica a toda persona, con indiferencia de su nacionalidad, por el hecho de ser creyente o fiel.

¹¹⁵ Partiendo de este principio, ha de tomarse en cuenta que las revelaciones del Profeta constituyeron realmente un cambio de gran envergadura, en la comprensión de las relaciones sociales y pueden servir hoy en día, como punto de partida para desarrollar y fomentar el proceso de reconocimiento de los derechos vinculados a las relaciones familiares, en especial, al estado de la mujer.

la configuración de las instituciones del Derecho de familia, tal como están reguladas por el legislador en el actual CF¹¹⁶.

De otro lado, no hay que olvidar que Marruecos, tras la independencia, rompió con el sistema judicial tradicional. Los tribunales de *Shra'e* han sido objeto de una reorganización en 1956. De hecho, han perdido su autonomía para transformarse e integrarse en una jerarquía judicial marroquí. Esta reforma judicial explica -en parte- la codificación del estatuto personal. En paralelo a esta reforma, el CN de 6 de septiembre de 1958, ha introducido una tendencia en la territorialidad del estatuto personal marroquí¹¹⁷.

Pese a esta ruptura post-independencia en la Constitución de Marruecos de 1996, se ha tomado en cuenta explícitamente el factor del Islam para establecer que es la religión del Estado¹¹⁸. En este aspecto, la codificación del “estatuto personal” en cada uno de los países islámicos –genéricamente- ha venido siempre precedida de un intenso debate, incluso de impetuosas controversias, entre las diferentes tendencias políticas acerca de si la *Sharia'a* había de respetarse escrupulosamente tal y como quedó fijada hace un milenio o si, por el contrario, debía completarse o, incluso, modificarse para adaptarla a las nuevas circunstancias.

¹¹⁶ Véase, A. OURKIA: “Las fuentes del Derecho Malekí...” *loc. cit.*, pp. 325 y ss.

¹¹⁷ De conformidad con el art. 3 de este Código, el estatuto personal islámico se aplica a los nacionales, excepto a los marroquíes de confesión judía, con la siguiente limitación: “*sin embargo, las disposiciones infra no se aplican a los marroquíes musulmanes ni israelíes, 1; la poligamia se les prohíbe, 2; las reglas que rigen la lactancia no se les aplican, 3; su divorcio debe de pronunciarse judicialmente después de un intento de conciliación que permanece infructuoso y una averiguación de los motivos de la demanda de separación. En caso de conflicto, la ley del marido o aquella del padre prevalecerá*”. Véase, S. MERNISSI: “El estatuto de la mujer en Marruecos”, AAVV, *El islam jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 114 y ss.

¹¹⁸ Asimismo, la Constitución mauritana de 1991 prevé que el Islam es la religión del pueblo y del Estado. Se ha consagrado la importancia del Islam en la Convención de Unión del Magreb Árabe, corroborando que entre los objetivos de dicha unión está la conservación de los principios espirituales inspirados en la religión. Véase, J. SCHACHT, *An introduction to islamic law*, Oxford, Clarendon Press, 1964.

Prueba de ello es la última reforma del CF -que requirió más de tres años-, tras un largo debate y varias peticiones, reclamaciones y protestas ha visto la luz, aunque hoy en día, tras ocho años, aún existen lagunas y disposiciones ambiguas¹¹⁹. Por tanto, el sistema marroquí reivindica una doble legitimidad, de un lado, la relativa a una institución Real fundada en la historia del país encarnando el estado, apoyándose en un consenso del pueblo acerca de ella, renovada y confirmada anualmente por la Aliación *Bayea'a*, hecha al Rey, según la tradición marroquí¹²⁰. De otro, la institución parlamentaria, que permite la expresión democrática del pueblo para elegir a aquellos/as que asumen las grandes orientaciones, en particular, el interés general de los ciudadanos¹²¹.

Por último, no cabe duda de que el Islam y, en particular, el rito *Maliki*, constituye la referencia por excelencia. La antigua *Mudawwana* en el art. 297 indicaba al Juez la vía a seguir en caso de carencia, convocándole a considerar la opinión la más fundada y la mejor conocida de dicho rito, incluso la jurisprudencia en curso. Retomando la misma idea, si bien el legislador de 2004 va más lejos abriendo al Juez la vía de la interpretación mediante "*Aliytilhad*", como indica el art. 397, que acota y delimita dicho poder.

Así, su intervención permanece anclada en la escuela *Maliki*, incluso en la jurisprudencia que origina, lo que conduce a una verdadera esclerosis del "*Aliytilhad*", a pesar de que el art. 400 del CF invita a un "*esfuerzo jurisprudencial que tiene en cuenta la materialización de los valores del Islam en materia de justicia, igualdad y buenas relaciones de la vida común*". Se destaca -de una parte- que el legislador asocia el esfuerzo jurisprudencial con el Islam y no solo con el rito *Maliki*. Además, el Juez

¹¹⁹ Véase, S. SAADI.: "Tatbiq Mudawwanat Alusra Yai'erifu Ta'athuran", en *Assabah*, nº 1861, el 1-2 de abril de 2006, pp. 7-8.

¹²⁰ La *Bayea'a* establecida en la CM, es una práctica que sobrevive desde los siglos pasados (doce siglos), su fundamento está en el libro sagrado, y en la tradición del Profeta. Se trata de una reunión anual de todos los gobernantes de las provincias, en la cual expresan mediante su inclinación ante el Rey montado en caballo, su lealtad.

¹²¹ Véase, H. EL GHISSASSI, *Regard sur le Maroc de Mohammed VI...*, op, cit, p. 17.

mismo puede apoyarse en otros ritos, siempre que se encuentre ante una situación imprevista en el CF.

De otra, el legislador indica al Juez los criterios que debe tener en cuenta, en el esfuerzo de interpretación o de “creación” de derecho. Criterios como la justicia, igualdad y buenas relaciones en el seno de pareja, los mismos valores acreditados por el Islam. Siendo ésta la vía trazada por el legislador, conviene garantizar la ampliación del campo de investigación, e integrar en su referencia otras fuentes tales como los acuerdos internacionales ratificados por Marruecos¹²².

En el mismo sentido deben interpretarse las palabras del Rey, en el discurso pronunciado ante los representantes de la nación (el 10 de octubre de 2003), con el fin de ampliar el ámbito de intervención del Juez en esta materia. Se puede, igualmente, leer en la introducción del nuevo CF que: *“no deben de ser percibidos como textos perfectos, ni comprendidos con fanatismo. Se trata más bien de abordarlos con realismo y perspicacia, desde el momento que finalizan con un esfuerzo de “Aliytihad” válido para Marruecos de hoy, abierto al progreso que seguimos con sabiduría, de manera progresiva, pero decidida”*. Una decisión tomada con la finalidad de adaptar el nuevo CF a la evolución de los distintos ámbitos.

Por otra parte, se trata esencialmente de averiguar si el Juez aplica para fundamentar sus decisiones el CF o aún le resulta difícil deshacerse de la moral, la religión o, incluso, el contexto social. Si bien la referencia al CF es suficiente, el análisis de la jurisprudencia revela que, junto con magistrados que muestran cierta apertura de espíritu, se encuentran otros, que utilizan una pluralidad de argumentos, dando la impresión de que no es suficiente la cita del CF para fundamentar sus decisiones, sino que añaden otras explicaciones, en especial, de carácter religioso.

En efecto, más allá del versículo 35 de la *Surat Annisae* (las mujeres) relativo a *“Chiqaq”*, ciertos magistrados citan *Ahadith*, e, incluso, en ocasiones, llegan a citar al

¹²² La escuela *Malikí*, está presente fuertemente en los distintos ámbitos de Derecho de familia, tal como está reflejado en la primera parte de este Capítulo.

Imam Malik, o la abreviación del Imam Khalil¹²³. Esta necesidad de inspirarse en las fuentes es destacable, por la referencia religiosa de muchos magistrados. En este sentido, conviene realizar algunas indicaciones para verificar con mayor exactitud cómo practican los magistrados su nueva labor asignada por el legislador marroquí en el CF de 2004¹²⁴.

En esta línea, ciertas leyes conceden al Juez un poder de intervención en las relaciones entre esposos, en particular, en materia patrimonial¹²⁵. Se trata de que el Juez marroquí, junto con la función general de garantizar los intereses familiares –que puede ser desempeñada en Marruecos por el TPI-, pueda actuar como Juez de derecho común en materia de estatuto personal, a pesar de que el Derecho marroquí no conozca este tipo intervención en las relaciones entre esposos marroquíes. El Juez no se desvía ciertamente de su papel a la hora de desempeñar una tarea que no es, habitualmente la propia, cuando los litigantes sean marroquíes. Debe -sin duda- realizar cierta reconversión de espíritu, de manera que introduzca técnicas y prácticas judiciales diferentes, de aquellas a las que está habituado.

B) Escuela *Malikí* y su vínculo con el Derecho marroquí de familia

a) El nuevo art. 400 del Código de Familia de 2004

En Marruecos, la práctica del Islam está regulada mediante la escuela *Malikí*, cuyas reglas fueron recogidas tras su independencia en el CEP, conocido como *Mudawana*, así como en el actual CF de 2004, en concreto, en el art. 400. Una tendencia fuertemente asentada, a la cual dedican varias instituciones estatales su

¹²³ Véase, STPI de Kenitra, de 14 de diciembre 2005 (núm. 690/05) y de 26 de enero 2006 [*Dossier* núm. 333/05(Inéditas)].

¹²⁴ Véase, R. ZEIDGUY : «Analyse de la jurisprudence», *Le code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, 2007, pp. 264 y ss.

¹²⁵ En el ordenamiento francés, el Juez puede prescribir todas las medidas que correspondan, a pesar no estar definidas por la ley, si uno de los cónyuges incumple gravemente sus deberes y perjudica los intereses de la familia (art. 220 *Code civil*).

tarea de investigación y difusión de sus principios. De hecho, el Consejo Científico Superior ha determinado en 2005 el itinerario de su labor en: “*definir los orígenes del rito Maliki y divulgar su cultura*”. En efecto, la escuela *Maliki* tiene profundas raíces en todo el Magreb –en especial en Marruecos-, un ilustre sabio llamado Alqadi A’yyad ha dado a conocer al país en el Oriente islámico, y en su libro *Kitab Al Madarik*, describe los orígenes del rito *Maliki* en Marruecos así como su personalidad y su particularidad.

Los redactores de la *Mudawwana* han abordado el estatuto personal –de conformidad con la tradición de Derecho Islámico- en sentido amplio. Si bien la interpretación combinada de algunos artículos permite afirmar que solo están vigentes las soluciones *Malikitas* compatibles con el CF, la escuela *Maliki* sigue siendo la fuente común, a la que los jueces recurren cada vez que la *Mudawwana* no se pronuncia, expresa o implícitamente, para buscar dichas soluciones¹²⁶. Así cabe decir, que Marruecos optó finalmente por no romper con el Derecho Islámico, en especial, con el rito *Maliki*, para conservar la doctrina de esta escuela reformándola tímidamente, en determinados aspectos¹²⁷.

Es uno de los países, que han manifestado esta fidelidad a la escuela mediante un modelo jurídico de familia tradicional, compatible siempre con la concepción *Maliki*. Así, la familia se basa únicamente en los lazos de sangre, la organización de la filiación en el Derecho marroquí reposa sobre los tres principios fundamentales de derecho clásico. Con lo cual la filiación no se establece más que hacia el padre y siempre en el marco de la legitimidad mediante las relaciones de sangre¹²⁸. Esta

¹²⁶ Se ha intentado responder a una doble preocupación en la codificación del estatuto personal, facilitar la tarea del Juez –para que elija una opción- y restablecer la pureza y la autenticidad de algunos principios de Derecho Islámico que la práctica anterior había deformado, con el fin de preservar la fidelidad a las reglas fundamentales de este Derecho. Véase I. BAHMANI, *Ala’amal Alqada’i Fi Qadaya Alusra, Murtakazatuh wamustayaddatuh Fi Mudawwanat Alahwal Achajsiyya wamudawwanat Alusra*, Rabat, 2009, p.63.

¹²⁷ Véase, F. SARHANE: «Le nouveau Code marocain de la Famille », *Gazette du Palais*, 2004-2, pp. 2 y ss.

¹²⁸ En este sentido, cabe mencionar que el Derecho positivo marroquí no autoriza el acto sexual fuera de la relación de matrimonio, de hecho el CP reprime los delitos de fornicación y adulterio (arts. 490 y 491).

filiación legítima puede tener lugar por matrimonio o por reconocimiento de la paternidad.

Otro aspecto que permite apreciar esta vinculación con el rito *Malikí* es el periodo de embarazo, fijado en un mínimo de seis meses y un máximo de un año (art. 135). La fijación de dicho plazo encuentra su fundamento en el Derecho islámico, en los versículos del Corán (233 de la *Surat* II y el versículo 15 de la *Surat* XLVI)¹²⁹.

Asimismo, aparece la *Wilaya* como una figura creada en el seno de la escuela *Malikí* y que –pese a la reforma de los arts. 24 y 25- sigue regulada en el CF. Se trata de la persona que representa a la mujer a la hora de contraer matrimonio. No es quien expresa el consentimiento, pero sí participa en exteriorizar esta decisión ante los dos adules como representante de la mujer. Su génesis está relacionada con la protección de la mujer en tiempos pasados, cuando todavía estaba subordinada a la figura de un hombre sea hermano, padre u otro pariente. Por ello, la finalidad de la reforma es adaptar esta figura a la situación actual, que lógicamente ha cambiado en la actual sociedad¹³⁰.

La dote, como requisito y necesario para la validez de un matrimonio celebrado entre dos musulmanes, tiene su origen en el Corán. Dada la situación existente anteriormente –en especial, en algunas regiones del país-, cuando el padre se beneficiaba de la totalidad o de gran parte de la dote, el CF ha dado una respuesta sensata a esta cuestión, al indicar que es un derecho de la mujer, sin que otra persona pueda interferir en su administración, sea el marido, el padre u otra (art. 29).

De otro lado, la *Nafaqat* como una obligación que pesa sobre el marido, una vez que contrae matrimonio con la mujer, abarca la manutención, la vestimenta, la

¹²⁹ El periodo de seis meses, fue establecido estrictamente por la Comisión encargada de la preparación de la *Mudawwana*, para exigir que hayan de contarse desde la fecha de la consumación efectiva del matrimonio, y no desde aquella de celebración del acta.

¹³⁰ Esta figura, p.ej., no existe en la escuela *Hanafi*.

atención sanitaria y todo lo considerado como indispensable para cualquier persona. El principio del cual emana este derecho es que el hombre asume mantener a su esposa, con independencia de su fortuna o medios económicos, que le permitan cubrir sus necesidades. La *Nafaqat* está inspirada en la *Sharia'a*, cuya finalidad es proteger y garantizar una vida digna y cómoda a la mujer¹³¹.

Por último, uno de los aspectos más destacados y que vincula al Derecho de familia marroquí con el Derecho Islámico –en concreto, con el rito *Malikí*- es la poligamia, que se ha mantenido desde la primera *Mudawwana* hasta el actual CF de 2004. Un derecho del cual goza el hombre, siempre y cuando le apetezca volver a contraer matrimonio con otra mujer. Esta situación, que ha cambiado tanto con el paso de los años debido a varias circunstancias –económicas y sociales-, está presente y vigente todavía en el actual CF, aunque bajo estrictas condiciones¹³².

Cabe señalar que la propia ideología del Derecho islámico atribuye, por regla general, distintas funciones al hombre y a la mujer en la sociedad. Esta diferencia de roles queda reflejada, consecuentemente, en la institución del matrimonio. La propia Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos, reconoce que: “*en el seno de la familia, los hombres y las mujeres deben repartirse las obligaciones y derechos de*

¹³¹ Si bien ha habido alguna modificación en cuanto al reconocimiento de este derecho en el CF, cuando se prevé en el art. 51 que los dos esposos gestionarán igualmente los asuntos del hogar, la falta de manutención o *Nafaqat* permite a la mujer solicitar *Tatliq*, siempre en determinados casos y según lo que se indica en el art. 102 del CF. Véase Capítulo Segundo.

¹³² Son éstos algunos de los temas que traducen la sólida relación del Derecho marroquí –en concreto, el estatuto personal- con el Derecho Islámico (*Fiqh Malikí*). No obstante, para la comprobación de la influencia de esta escuela en el Derecho de familia marroquí, pueden consultarse dos partes de un libro, cuyo autor y erudito muy conocido en Marruecos, Abdallah IBN ATTAHAR ASSOUSI ATTANANI, explica la fuente de inspiración en cada artículo del CF (*Mudawwanat Alusra Fi Itar Almadhab Almaliki Wa Addilatihí, Alkitab Alawwal Azzaway, Addar Albida'e*, 2005 y *Mudawwanat Alusra Fi Itar Amadhab Almaliki Wa Addilatihí, Alkitab Attani Attalaq, Addar Albida'e*, 2007). Véase también J. SHASHT, *Introduction a l'étude du droit musulmán*, Maisonneuve et Larose, 1983; A. COLOMER, *Droit musulmán, les personnes, la famille*, Ed. Laporte, Rabat, 1983, p. 78.

*acuerdo con su sexo, sus aptitudes, talento e inclinaciones naturales, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes respecto a sus hijos y padres*¹³³.

La Declaración especifica cuáles son los derechos de la esposa dentro del matrimonio: residir en la vivienda de su marido, recibir los medios necesarios para mantener el mismo nivel de vida que su esposo, beneficiarse de subsistencia económica en caso de divorcio, solicitar y obtener la disolución matrimonial, heredar conforme a la Ley, y la reserva de confidencialidad por parte de su esposo. No obstante, son innegables las revelaciones que plasmó el Profeta Mohammed en el Corán y que supusieron una verdadera revolución para la sociedad donde vivía¹³⁴. A diferencia de otras religiones, el Islam no ha experimentado una gran evolución, especialmente en lo referente al fuerte vínculo que une al poder civil con el religioso¹³⁵.

El año 1992 marca un periodo importante en Marruecos, porque en este momento se comenzaron a demandar los cambios en el CEP, que regulaba todos los asuntos de familia, reclamando una ley más igualitaria, así como una sustancial mejora en la condición de la mujer en su papel de esposa y madre. En 1993, como primer paso, se establece una reelaboración del CEP de 1957. Si bien la sociedad marroquí evolucionó a pasos agigantados desde esta primera reforma, no lo es menos que las disposiciones aún eran insuficientes para alcanzar una verdadera igualdad entre hombre y mujer¹³⁶.

¹³³ El hombre, p.ej., desempeña la función de cabeza de familia, para proteger y velar por la esposa, le entrega la dote, vela por su sustento económico y el de sus hijos. Por su parte, la mujer es la beneficiaria de las obligaciones que corresponden al hombre (manutención, dote, etc), pero a la vez asume otras responsabilidades (p.ej., el cuidado del marido y de los hijos).

¹³⁴ En ellas se reconocieron importantes derechos a la mujer, reconocerse por vez primera su personalidad. Atrás se dejaba a la mujer concebida como un objeto, sometida a su padre o a su marido tras el matrimonio, para convertirla en un miembro de la sociedad con capacidad de tomar decisiones y administrar su propio patrimonio.

¹³⁵ Esta unión llega hasta tal punto que, en múltiples ocasiones, las limitaciones entre uno y otro no se distinguen con claridad.

¹³⁶ Véase estos cambios en, S. ALAJRASSI: "Min mudawwanat Alhawal Achajssiya ila mudawwanat Alusra: masar Attaadilat Wamataleb Alharaka annisaiya", *Tabatu I*, Rabat, 2005,

Tras nuevas y constantes reclamaciones sociales, tal como se menciona *arriba*, se aprueba en 2004 la vigente *Mudawwana*, que aún conservando determinados aspectos que mantienen a la mujer en situación de desventaja respecto al hombre, no cabe menospreciar los logros de esta nueva disposición, constituyéndose en uno de los primeros marcos legales, que tratan de equilibrar la posición de la mujer respecto al hombre¹³⁷.

Ahora bien, para que sean una realidad todas estas peticiones procedentes de la sociedad civil, es imprescindible el rol de la institución más importante del estado *Alaui*, denominada *Imarat Al Mueminin*, considerada como fuente de la legislación de toda acción religiosa en el seno de la sociedad, y presidida por el Rey que ha heredado el calificativo de *Amir Almueminin* de sus antepasados.

Es más, la institución única que confiere la estabilidad religiosa al país y sitúa la cuestión sensible del Islam lejos de las críticas políticas e ideológicas. Por último, ante la multitud de expresiones políticas en nombre de la religión y con el fin de proteger la unidad cultural del Reino, el soberano, en su discurso, de 30 de abril de 2004, recordó que le corresponde únicamente a él conciliar política y religión para la salvaguardia de la cultura islámica, que debe permanecer ajena a la influencia de la disidencia de los diversos grupos¹³⁸.

pp. 82 y ss, y A. N. AIT ZAIT: "Révolution tranquille au Maroc: le principe d'égalité consacré en partir dans la Mudawwana", en *CIDDEF magazine* nº1, janvier-mars 2004, pp. 4 y ss.

¹³⁷ Véase, V. COBANO DELGADO PALMA, *Repercusiones Socioeducativas...op. cit.*, p. 401.

¹³⁸ Véase, H. EL GHISSASSI, *Regard sur le Maroc de Mohammed VI*. Ed. Michel Lafon, Neuilly-sur-Seine, France, 2006, p. 35.

b) Influencia de otras escuelas

Como se ha señalado, el ámbito jurídico en Marruecos, en particular, el estatuto personal, está marcado por una doble pertenencia, de una parte, resalta su pertenencia a la comunidad internacional y, de otra, a la comunidad islámica. Por ello, es importante partir de este doble carácter para analizar, estudiar y, sobre todo, entender los puntos claves de un Derecho como es el marroquí. En lo que concierne a su pertenencia a la comunidad islámica, cabe mencionar dos dimensiones destacadas que muestran dicha relación o pertenencia. En primer lugar, la protección del estatuto marroquí. Para ello, el derecho positivo protege el estatuto personal, mediante el requerimiento de su respeto y la dotación de su privilegio. Por tanto, en una relación cuya parte sea marroquí prevalece el estatuto marroquí¹³⁹.

En segundo lugar, el privilegio de nacionalidad. En caso de divergencia de nacionalidad en una relación mixta, en la cual esté implicada una parte marroquí también prevalece el estatuto marroquí. Así mismo cuando uno de los cónyuges ostenta la nacionalidad marroquí, los efectos del matrimonio se regulan por la ley marroquí¹⁴⁰. Por último, no se ha seguido en todo caso la escuela *malikí* en el actual CF, sino que, en determinadas instituciones existe también una clara influencia de otras escuelas, como sucede con la *hanafí*, y, de otro lado, la escuela *malikí* es de consenso, de tal forma que, en ocasiones, la solución de una concreta cuestión la da, como resultado de las respuestas que otorgan todas las escuelas.

¹³⁹ El proyecto de reforma de DCC responde a la misma preocupación. De otro lado, para la validez formal de un matrimonio entre un marroquí y un extranjero, el Derecho marroquí exige el respeto de lo que indica el *Dahir* de 4 de marzo de 1960 (*BORM* 1970).

¹⁴⁰ La protección del estatuto marroquí destaca también en el Proyecto de reforma del DCC, elaborado en 1981 por el MJ. Incluso en el mencionado proyecto resalta la misma lógica, para tomar en consideración dicha protección en el sistema marroquí, que sitúa a la religión islámica en un nivel privilegiado. Véase, A. MOULAY RCHID: «Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel», *Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 143 y ss, y en especial respecto al matrimonio mixto, veáse M. ZLAYJI: «Tanazu'e Addaf'e Bilihala Watharuhu A'la Alijtisas Alqada'i Fi Munaza'at Azzawaje Almujtalit», *Bahth Manchur Fi Almayyala Almaghribya Liddirasat Addawliya*, Kuliyyat Alhuquq Uxda, Octubre, 2003, pp. 131 y ss.

II. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MARROQUÍ

1. FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MARROQUÍ

A) Estudio histórico del Derecho internacional privado marroquí

a) Antecedentes

La génesis del actual sistema de DIPr de Marruecos no es distinta de la de otros países, en la medida en que todos parten del mismo tipo de consideraciones históricas y de una evolución parecida desde la perspectiva de la política jurídica, así como de la filosofía política¹⁴¹. Ahora bien, un rasgo característico del citado sistema es el derivado de la supeditación de Marruecos a una potencia extranjera, señaladamente, durante la época del Protectorado francés. Por tal motivo, cabe decir que existe un DIPr marroquí anterior a la colonización, durante la vigencia del Protectorado y tras la independencia, que se comenta de forma breve a continuación¹⁴².

Antes de exponer de forma sucinta cada uno de estos períodos de la evolución del sistema marroquí de DIPr, es preciso realizar una aproximación histórica a sus antecedentes remotos, que -como se ha señalado- comparte con otros sistemas del entorno. Si bien la unión musulmana a nivel territorial no duró mucho tiempo, en los primeros siglos del Islam se constituyeron varios Estados independientes políticamente -entre ellos figura Marruecos-. Sin embargo, a los musulmanes no les afectó dicha

¹⁴¹ Véase M. GUTZWILLER: "Le développement historique du Droit international privé", *RdC*, 1929-IV, tomo 29, pp. 291 y ss; E. MEIJERS: "L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du moyen age, spécialement dans l'Europe occidentale", *RdC*, 1934-III, vol. 49, pp. 547 y ss.

¹⁴² Ahora bien, autorizada doctrina señala que sólo puede hablarse de un sistema marroquí de DIPr desde la adopción del *Dahir*, de 12 de agosto de 1913, sobre la condición civil de los extranjeros (DCC). Véase J. DÉPREZ: "Bilan de vingt cinq années de Droit international privé au Maroc", *RJPEM*, 1981, vol. 10, pp. 125 y ss.

división territorial, porque el musulmán allá donde se desplazara en *Dar Alislam* -los países en los que prevalecía el Islam- fue tratado como un ciudadano más, gozando de los derechos y asumiendo las responsabilidades propias de cualquier habitante.

Sin embargo, respecto a las personas no musulmanas, se distinguía entre *Harbi*, aquél cuyo Estado estuvo en guerra con los musulmanes y, por consiguiente, no se le reconocían derechos; y *Almustaman*, cuyo país mantenía una relación de paz y gozaba de determinados derechos privados. A los anteriores se añaden dos minorías, que seguían viviendo en el Oriente medio y que fueron tratadas de forma especial: los cristianos y los judíos denominados *Addimiene*¹⁴³. Así, el trato de las personas de distintas confesiones fue regido por un estatuto especial, diferente al de los musulmanes. Es un régimen cuyas reglas consistían en que el musulmán no podía someterse a un Juez no musulmán.

Los conflictos entre los no musulmanes de similar confesión se resolvían, en principio, por los jueces religiosos (*Chra'e*), de conformidad con su legislación religiosa. Sin embargo, esa regla no era aplicada de forma rigurosa, sobre todo, en los llamados delitos de sangre. Los no musulmanes, aunque pertenezcan a la misma religión, pueden acordar litigar ante un Juez musulmán que tiene la opción de resolver el caso. En cuanto al conflicto cuyas partes son de distintas religiones, la competencia para su resolución corresponde al Juez musulmán. Por tanto, un Juez no puede imponer su religión a la otra parte de religión diferente¹⁴⁴.

¹⁴³ Antiguamente, en la doctrina Islámica no existían reglas de DIPr, tal y como se conoce hoy en día. Según esta doctrina, el mundo estaba dividido en: *Dar Alislam*, y *Dar Alharb*. El primero es el país del Islam y de los musulmanes, una zona unida territorialmente y se aplican a su población las reglas de la *Sharia'a*. En cambio, los judíos y cristianos se someten a sus respectivas religiones en todo lo que dispongan con respecto al estatuto personal.

¹⁴⁴ Lógicamente, no se abordaban los litigios entre los musulmanes, porque se aplicaba en todo caso la ley islámica (*Sharia'a*), sin excepción. Sin embargo, con posterioridad a esta época, tras la división de los países y determinación de las fronteras políticas, cada país musulmán ha optado por un sistema jurídico distinto. En esta materia se observa que todos los estudios tratan la relación con los Estados occidentales, en concreto, la situación jurídica de la población musulmana en dichos Estados. En cambio, no existen apenas estudios sobre el funcionamiento de los sistemas de DIPr en los países árabes y musulmanes.

Evidentemente, el Juez musulmán juzgaba de acuerdo con las disposiciones de la *Sharia'a*. Aunque las partes o una de ellas sean de confesión no musulmana -incluida la minoría judía-, se les aplicaban estos principios. Si bien en esa época las citadas reglas ordenaban algunos aspectos relativos a personas extranjeras, no existía un régimen especial que contemplara su situación, dada la dificultad y escasa comunicación entre los Estados durante largos siglos.

Sin embargo, a partir del s. XI se entablaron relaciones comerciales entre las repúblicas italianas y los países de Oriente medio, lo que permitió la aparición de la noción de extranjero¹⁴⁵. Ahora bien, en las civilizaciones antiguas, como es sabido, el extranjero no gozaba de una serie de derechos, en particular, los civiles y políticos, que correspondían con carácter exclusivo a los propios nacionales del Estado en cuestión¹⁴⁶. Dicha intolerancia procedía, en parte, de la diversidad de creencias religiosas, que representaba un elemento imprescindible en la ciudad antigua¹⁴⁷.

Ahora bien, con el transcurso del tiempo, la cercanía de los pueblos exigió que se entablasen relaciones entre ellos, lo que atenuó la rigidez de las costumbres existentes en la época. Una de estas figuras, que supuso un intento de aproximación, fue el “patronato”, que consistía en colocar al extranjero bajo la protección de un ciudadano, de conformidad con los convenios concluidos entre ciudades y naciones, cuyo punto de encuentro era la lengua o el género¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Se trata de un relato general de la situación jurídica en los países islámicos, que ayuda a entender la génesis de las leyes actuales de DIPr aplicadas en los citados Estados. Véase de forma detenida, M. ABOUD, *Alwajize fi alqanoune addawli aljasse almaghribi*, Ed. Almarkaze Athaqafi Alarabi, 1994, p. 181.

¹⁴⁶ Por ello, no podía contraer matrimonio, ni adquirir un inmueble, ni tan siquiera demandar ante los tribunales una indemnización a consecuencia de haber sufrido un daño o un perjuicio, entre otras cuestiones.

¹⁴⁷ En la medida en que el extranjero no compartía la religión de los habitantes de la ciudad, estaba desposeído de los derechos básicos.

¹⁴⁸ P.ej., los convenios concluidos entre diferentes ciudades griegas o entre Roma y las ciudades latinas, etc.

De otro lado, si bien la configuración política del Estado moderno, que tiene reminiscencias de la tradición romana, ha mejorado el trato hacia los extranjeros, como es sabido, el Derecho romano distinguía tres grupos o categorías de personas, en función de cuál fuese su relación con el imperio: en primer lugar, los ciudadanos romanos sujetos al Derecho civil, que disfrutaban de todos los privilegios; en segundo extremo, los latinos, a los que se les aplicaba dicho Derecho, pero no se les reconocían otros derechos; y, finalmente, los extranjeros, habitantes de las provincias del imperio, que se sometían a su “derecho de origen”.

La nota más destacable de aquel momento fue la creación del Juez de extranjeros (año 242 a.C.)¹⁴⁹, que tenía la obligación de aplicar las distintas leyes de cada cual en función del origen de la persona a los litigios en los que intervenía. Puede considerarse que se trata genéricamente del momento histórico en el que puede situarse la génesis del DIPr, en la medida en que se trató de la primera ocasión, en la que se planteó la necesidad de otorgar una respuesta (de fondo) distinta a las situaciones privadas en las que se encontraban presentes personas que no ostentaban la ciudadanía romana¹⁵⁰.

No obstante, como es sabido, el emperador *Karakala* promulgó en el año 212 un edicto que reconoció el estado de la ciudadanía a todas las personas que residiesen en el imperio. De otro lado, más adelante, con el emperador Justiniano (año 528) tuvo lugar la redacción del Derecho romano. Así, se logró una unidad jurídica, que fue generalizada en todas las provincias del imperio. Sin embargo los estatutos de Justiniano no incluyeron las soluciones aplicadas por el “Juez de extranjeros”. Por

¹⁴⁹ En caso de Marruecos destaca la creación en el periodo anterior al Protectorado, -dentro de los Consulados que pertenecían a los países extranjeros-, de tribunales que resolvían los litigios entre sus ciudadanos aplicando su ley nacional, véase S. BELMIR: « Arrawabit Al’ailiya Fi Alqanun Addawli Aljasse Almaghrebi », *Manchurat Jam’iyat Tanmiyat Albuhuth Waddirasat Alqadaiya* 1988, pp. 10 y ss.

¹⁵⁰ Ahora bien, la noción de “conflicto de leyes” es posterior en el tiempo, en la medida en que responde a una concreta concepción de filosofía política reinante en el siglo XIX, momento en el que se divulga la noción a través de la obra “Sistema de Derecho romano actual”, elaborada por el F.K. de Savigny.

tanto, no se difundió entre las generaciones posteriores. Y, por ello, vuelve a suscitarse el problema de las relaciones entre los ciudadanos romanos, habitantes del imperio y los beréberes, a pesar de la generalización del régimen del patronato, al intensificarse la entrada de los beréberes en el imperio e instalarse definitivamente en él.

En dicha época, se reconoció la posibilidad de someterse a sus respectivos derechos personales. Tras la desaparición del imperio romano, entre los siglos V y X, nacieron los Reinos germanos, en los que convivían dos grupos de personas: el primero incluye las tribus germanas gobernadoras; y el segundo, constituido por los habitantes del territorio de los distintos reinos. En todo caso, los conquistadores no quisieron imponer sus leyes, sino que cada grupo se sometió a un Derecho distinto, el grupo germano a la costumbre y el grupo romano al Derecho romano.

En otros términos, se trató de la creación del régimen de la “personalidad de las leyes”, un principio que se ha mantenido en Marruecos respecto a los judíos, de un lado, y a los cristianos y a los musulmanes, de otro, en los asuntos relacionados con el estatuto personal, pero el ámbito de tales leyes se limitaba a las cuestiones pertenecientes o reguladas por el Derecho privado. Sin embargo, las reglas de Derecho público aprobadas por los Reyes de cada territorio se aplicaban a todos¹⁵¹.

Evidentemente, la aplicación del señalado régimen tiene su impacto sobre el “Derecho aplicable” a cada grupo. No obstante, se desconocían las soluciones dadas a las diferentes situaciones, debido a que en el mencionado periodo, empezaron a mitigarse las leyes de un grupo con el otro, hasta llegar a aplicar un régimen jurídico local general para todos los habitantes de una unión provincial o distrito. En concreto, cuando aparecieron en Francia, España o Italia las unidades locales, cuyo sistema jurídico -sobre todo, en algunos de ellos- prevalecían las costumbres germanas -como el norte de Francia-, y en otros prevalecía el Derecho romano, como sucedió en el Sur.

¹⁵¹ Véase H. SADEQ, *Tanazu'e Alqawanin*, Attaba'a Athalitha, Manchaat Alma'arif 1974, p. 165.

A comienzos del s. IX se debilitó la autoridad central, particularmente en Francia y, en su lugar, nacieron autoridades locales como las feudales, de modo que los Reinos estaban divididos en feudos, correspondiendo a cada uno un régimen especial¹⁵². De esta forma, la personalidad de las leyes fue sustituida por la territorialidad, habida cuenta de la tendencia independista que revestía estos sistemas, que no admitían la aplicación de leyes de otros feudos, con independencia del origen de los litigantes. Por tanto, a principios del siglo X desapareció por completo el principio de la “personalidad de las leyes” y las soluciones planteadas en materia de conflicto de leyes y costumbre de los dos grupos.

En definitiva, las leyes feudales tenían un carácter puramente territorial. Lo que consagró estos regímenes fue, en especial, el estado económico que predominaba en cada feudo, cuyos ingresos particulares se generaban por la agricultura. En cambio, el comercio era escaso y la comunicación entre los distintos poblados casi inexistente, por el riesgo que suponía este tipo de actividades para su seguridad. Sin embargo, el estatuto personal -como ley que ordena las relaciones personales- se configura como una noción amplia en función de los derechos garantizados por la misma. Las reglas de estatuto personal proceden de los convenios internacionales, de las normas y de la jurisprudencia¹⁵³.

El criterio de la nacionalidad fue asimilado -en efecto- sin dificultades por los sistemas islámicos, por razón de la herencia de la personalidad de la ley, cuyo espíritu es tolerante. Gracias a su difusión homogénea en la mayor parte de los países europeos, la ley nacional ha llegado a ser el fundamento de un orden pluralista de regulación de situaciones familiares internacionales. Tal como indica Rerruccio Pastore, en su aplicación en los contextos coloniales o respecto a las comunidades

¹⁵² Véase entre otros, P. BONASSIES: “Structure Fédérale et Conflits interne de lois”, *RCDIP*, 1953, pp. 289 y ss.

¹⁵³ Véase, M. ABOUD, *Alwayize fi alqanoune addawli aljasse almaghribi*, Almarkaze athqafi ala’arabi, 1994, p. 174, y también, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial: cinco cuestiones clásicas*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 190.

emigradas, su función política y sus efectos prácticos se han ido modificando a lo largo del tiempo.

De ahí que la vieja regla de conflicto, que emplea la conexión “nacionalidad”, atraviese en el momento actual una etapa de crisis, tras haber conocido una “edad de oro”. Se encuentra cada vez más desgastada y, por ello, no se emplea con tanta frecuencia, porque permite que se apliquen reglas materiales, que pueden ser incompatibles con el ordenamiento del foro. De otro lado, su aplicación hace que se plantee de una forma, quizás, más aguda, el denominado “conflicto de civilizaciones”¹⁵⁴.

b) Formación del DIPr marroquí

Ante todo para tratar el tema de DIPr, hay que tener en cuenta, que para la aplicación de una ley perteneciente a otro país, es imprescindible su reconocimiento en el lugar donde se pretende aplicar. Se trata en concreto del respeto de las fronteras políticas, y del reconocimiento internacional de soberanía de otro país. La misma condición que fallo, indudablemente en Marruecos cuando tuvieron lugar las primeras reglas de este derecho, -ya que no se puede hablar de un DIPr en su última fase-, lo que se analizará *infra*¹⁵⁵. Si bien las condiciones necesarias para la formación de un DIPr marroquí moderno no se encontraron reunidas con la aparición del imperio *Cherifi*¹⁵⁶, como miembro de la comunidad de naciones, tampoco fue el caso con la presencia de las autoridades extranjeras –Protectorado-.

¹⁵⁴ El tema de la relación entre Derecho internacional privado e identidad cultural, así como de la posible transformación del conflicto de leyes en conflicto de civilizaciones, desde hace años es el objeto de profundos estudios doctrinales. La integración de la problemática de los derechos humanos dentro del Derecho internacional privado brinda la oportunidad de volver a leer la tradicional técnica de conflictos a la luz del método elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de realizar un balance de los intereses contrapuestos. Véase en este sentido, C. CAMPIGLIA, “Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar”, *Caudernos de Derecho Transnacional CDT*, octubre 2012, Vol. 4, nº 2, pp. 56 y ss, J. D. OLIVA MARTÍNEZ, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Univ. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 240.

¹⁵⁵ Véase M. ATTEGDWINI, *Alwasit Fi Alqanun...*, *op. cit.*, p. 245.

Además en esta época en todos los países islámicos, así como en el Magreb, no se había dado cuenta del efecto o de la reacción, que pueda tener el orden jurídico interno sobre el orden jurídico externo. La idea de comunidad en sí, revestida – lógicamente- de un carácter religioso, no era suficiente para el desarrollo de la noción del Estado en el sentido actual de la palabra. Así, toda persona ajena a la creencia quedaba excluida tanto de la vida religiosa, como de la vida jurídica. No tenía derecho ni al reconocimiento ni a la protección que brindaba la ley coránica/islámica, no obstante, la situación de los llamados “infiel” no generó ninguna complicación sea en lo que concierne a la nacionalidad o al domicilio, y por tanto la cuestión de su condición civil no se planteaba, y por consiguiente, la ausencia absoluta de términos y conceptos propios del DIPr, como puede ser el conflicto de ley o el conflicto de jurisdicción.

Cabe mencionar en este sentido, que la “infidelidad” a los ojos del derecho islámico primitivo, no tenía existencia, y no constituyó un tema de derecho¹⁵⁷. Había que esperar varios siglos para que una concepción institucional del Estado empiece a tener cierta existencia y, más adelante, autonomía para que su aplicación esté siempre vinculada con los extranjeros. Con lo cual, en el desarrollo paralelo de las relaciones comerciales –incluidos los conflictos armados- con Europa, los países islámicos concibieron la necesidad de crear un estatuto específico para los “infiel”, por no ser susceptibles de someterse a la ley islámica, por tanto, deben de sostener su estatuto personal.

La evolución de esta etapa termina cuando este principio se apoya en un fundamento contractual, mediante la conclusión de los primeros tratados de comercio entre los países islámicos y los cristianos. Así, dos principales sectores de DIPr, la nacionalidad de una parte, y la condición civil de otra, fueron establecidos en el

¹⁵⁶ La constitución del imperio *Cherifi* se remonta a la dinastía de Idrissi.

¹⁵⁷ Véase A. ABEL, *L'étranger dans l'Islam classique*, Recueil de la Société Jean Bodin, t. X, “L'étranger”, 1^{er} partie, Bruxelles, Librairie Encyclopédique, 1958, pp. 331-351.

régimen capitular¹⁵⁸, y aparecen como “la expresión positiva, en el ámbito de hechos internacionales del sistema de la personalidad de leyes”. Hay que destacar en este aspecto que, la realidad histórica, explica la capitulaciones por la imposibilidad radical, ante la cual se encontraban los estados islámicos, para aplicar a los extranjeros “infieles” el estatuto personal de sus propios ciudadanos o nacionales.

Posteriormente, cuando las concepciones occidentales de la soberanía nacional han penetrado en estos países, estos últimos fueron forzados a restringir, después a eliminar su sistema, con el objeto de limitar su autoridad interior y exterior. Respecto a Marruecos, -al cual no se aplicó nunca el régimen general del imperio Otomano-, las capitulaciones fueron introducidas mediante numerosos tratados suscritos por el Sultán con diversas potencias europeas¹⁵⁹.

Hay que destacar a propósito, que Francia y España concluyeron el 27 de noviembre de 1912 una convención, que consolida su situación en el seno del Imperio *Cherifi*. España desde el momento de la firma de esta convención, ha iniciado un auto reconocimiento de una situación llamada “bajo-Protectorado”, a través de la cual afirma su influencia exclusiva. Mientras tanto, se acuerda la delimitación del estatuto internacional de Tánger, cuya vigencia se aplaza a un momento posterior, en concreto a la fecha de firmar la Convención anglo-francesa-española en Paris el 18 de diciembre de 1923.

Marruecos a partir de 1912 pierde su independencia y su unidad, para someterse a tres regímenes jurídicos de distinta índole, la zona francesa/zona Sur, la zona española/zona Norte, y la zona internacional de Tánger. Si bien la soberanía del Sultán en este tiempo continuó de subsistir, al menos en un principio, su autoridad ha ido perdiendo fuerza, hasta encontrarse muy limitada y restringida, con una capacidad de decidir que se veo atada y paralizada, incluso transferida al

¹⁵⁸ Régimen capitular es la etapa anterior al Protectorado marcada por la conclusión de varios tratados, bajo los cuales se rendía aceptando determinadas condiciones.

¹⁵⁹ El más significativo, entre otros, es el tratado entre Marruecos y Estados Unidos de América, firmado en Meknes el 16 de septiembre de 1836.

Protectorado. Es una situación que afectó, en especial a los asuntos extranjeros, cuya gestión y decisión correspondió por completo a Francia, en todo el territorio del Imperio *Cherifi*.

Pese a esta situación “ficticia” de que Marruecos seguía existiendo como un Estado soberano, anunciada por el Protectorado, no se excluyó el asentamiento de un sistema marroquí de DIPr. Así, los principios anteriores, basados en la noción de personalidad de leyes, se han prosperado durante este periodo, para dar paso a una intervención del Protectorado, que ha tomado un conjunto de medidas con el fin de renovar las instituciones del Estado *Cherifi*, y dotarles de una legislación equiparable a aquella adoptada en los países europeos¹⁶⁰.

Evidentemente, se trata de un proyecto cuya realización se consigue mediante la subordinación del orden jurídico neo- *Cherifien* al de los países extranjeros, a quien le pertenezca su organización. Por ello, la principal originalidad del DIPr durante el Protectorado, se deriva de su carácter convencional. Así mismo, la voluntad de las potencias extranjeras en reformar algunas instituciones, alcanza la institución del Makhzan, de modo que convierten a Marruecos en un país de “puertas abiertas” (BURELAY), al cual todos los extranjeros tendrán libre acceso, es más, estarán situados a pie de igualdad, sea en el plano jurídico, o en el plano económico con los nacionales.

Para que el objetivo diseñado por el Protectorado tenga eficacia, necesita un marco legislativo legal, en el cual podrá alcanzarse. De hecho, Francia fue la primera en tomar la iniciativa de elaborar un texto legislativo cuya aplicación fue restringida a su zona geográfica, para permitir así a España –más adelante- seguir el mismo camino, pero en su caso va a inspirarse en las normas legisladas por el Protectorado francés, y que aplicará también en la zona que domina. En definitiva, Marruecos se encontraba bajo un régimen legislativo pluralista, -sin olvidar las reglas tradicionales internas, que rigen a los marroquíes musulmanes-.

¹⁶⁰ Véase, A. ACUAVIVA, *La condition civile des étrangers au Maroc*, Paris, 1937.

Para concluir, sin lugar a duda la construcción del sistema marroquí actual es fruto del conjunto de circunstancias y antecedentes relevantes. Ahora bien, si se considera que el *Dahir* aprobado en 1913, puede llamarse el Código marroquí de DIPr (BOURELEY), es una declaración atrevida, puesto que Marruecos no fue libre de edificar un DIPr equiparado a los estándares internacionales. Así mismo, se critica a la citada legislación su carencia de unos principios esenciales, -en cualquier Derecho internacional-, como puede ser la “teoría de conflicto de leyes”.

c) Importantes novedades tras la adopción del Código de Procedimiento Civil de 1974

La independencia de Marruecos en 1956 supuso un importante hito en la configuración del sistema de DIPr, en la medida en que dejó de tener la marcada impronta colonial para comenzar a desarrollarse un sistema propio y particular del nuevo país¹⁶¹. Tras la unificación de la jurisdicción marroquí en virtud de la Ley, de 26 de enero de 1965, se derogaron (a partir del 1 de enero de 1966) los dos Códigos, y entró en vigor el *Dahir* de 1913 en todo el territorio marroquí¹⁶². Por ello, se partía de la aplicación del *Dahir* de 1913, con la citada reforma¹⁶³. Se trata de una norma más amplia de lo que indica su título, dado que no sólo se refería o regulaba el goce de derechos por los extranjeros en Marruecos, sino que recogía algunas reglas de DIPr y, en concreto, normas de conflicto.

¹⁶¹ Véase, M. BOURELY: “Le Droit international privé du Maroc indépendant”, *RCDIP*, 1962, pp. 212 y ss.

¹⁶² Si bien el MJ en los primeros años tras la independencia puso en marcha un nuevo proyecto de ley respecto a la situación civil de extranjeros y después lanzó el segundo proyecto (entre los años 1967 y 1968, además de la aprobación de otro *Dahir* en 1973) el legislador marroquí no ha regulado este tema de forma concisa que a partir de *Dahir* promulgado en 2003.

¹⁶³ Véase, entre otros, A. SALAMA, *Mabadi’e Alqanun Addawli Alkhasse Alislami Almuqaran. Dar Annahda Ala’rabiya*, Alqahira 1989, p. 87; A. BELMIR: “Alahwal Achaksiya Lilajanib Fiattachri’e Almaghrebi; Arrawabit Ala’aaliya” *Manchurat Jam’iyat Tanmiyat Albuhuth Waddirasat Alqadaiy*, Matba’at Assahil, Rabat, 1989, pp. 2 y ss.

Tras la independencia, tuvo lugar de forma progresiva la normalización del sistema, a través de un retorno a la territorialidad¹⁶⁴. Otra norma interesante es el CPC de 1974¹⁶⁵, a pesar de que sus disposiciones sobre el estatuto personal tienen carácter genérico¹⁶⁶. En Marruecos, como en gran parte de los países arabo-islámicos, la organización judicial ha sido sometida a diversas circunstancias –como se verá *infra*–, lo que ha dado lugar a sucesivas reformas con la finalidad de concordarla y adaptarla al nuevo proceso de democratización que atraviesa el país. Con lo cual, la reforma en materia de organización judicial y del procedimiento civil merece ser comentada en el análisis del DIPr.

Ahora bien, el nuevo texto se ocupa sólo de forma tangencial de esta materia, pues, con independencia de los arts. 430-432 del CPC relativos al *exequátur*, no hay ninguna disposición que se refiera de forma directa a la materia internacional¹⁶⁷. Así desaparece en el plano de la competencia internacional la diferencia entre marroquí y extranjero, de tal forma que se restableció la aplicación territorial de las reglas procesales.

Descartada bajo el Protectorado, a nombre de una concepción particularmente invadida por la personalidad de leyes -que imponía entonces el respeto integral de

¹⁶⁴ En cuanto a las cuestiones relacionadas con el estatuto personal, sólo se utilizaba el razonamiento conflictual cuando se trata de extranjeros, que no profesaban la religión islámica, porque, si estaban implicadas personas musulmanas y no musulmanas, se consideraba que primaba la *Umma* sobre la nacionalidad y su aplicación trataba de salvaguardar los principios del Islam, tomando en cuenta que un musulmán no se someterá nunca a una ley extranjera en tierra del Islam. Véase, A. ZOUGARI, *Ahkam Alqanun Addawli Alkhas fi Tachri'e Almaghrebi, Aljuz'e Athani "Tanazu'e Alqawanin"*. Dar Tubqal linachre, Addar Albida, 1992, p. 145.

¹⁶⁵ *Dahir* por el que se aprueba la Ley nº 1.74.447 de 24 *Jumada II* 1394 (15 julio 1974), que aprueba la organización judicial del Reino (*BORM* de 17 julio de 1974, p 1081). *Dahir* por el que se aprueba la Ley nº 1.74.447 de 11 *Ramadan* 1394 (28 septiembre 1974), que aprueba el Código del procedimiento civil (*BORM*, de 30 septiembre de 1974, p. 1305).

¹⁶⁶ Así, los arts. 179 a 268 se aplican a todos los marroquíes, con independencia de su confesión (esto es, sean o no musulmanes).

¹⁶⁷ Véase Y. ALFASI ALFIHRI, *Alqanun Addawli Lihuquq Alinsan Min Khilal Dasatir Doual Almaghreb Ala'arabi*, Outruhah, Qanun A'am, 1990/1991, Rabat, p. 87.

instituciones extranjeras-, la territorialidad del procedimiento referente a la materia de estatuto personal, adquiere por primera vez la oportunidad de aplicarse en Marruecos sin ninguna restricción¹⁶⁸. Indudablemente, se trata de una etapa importante en la evolución de la teoría del conflicto de leyes, que marca el abandono de una concepción absoluta y probablemente excesiva de la personalidad de la ley, de un lado; y de otro, un retorno a la territorialidad mucho mejor percibida.

De otro lado, si bien se mantuvo el principio de personalidad de la ley, se interpretó de acuerdo con otros criterios, más ajustados y adaptados a la especificidad de la ley islámica, en la que también ha tenido una fuerte impronta. De esta forma, se fueron resolviendo anomalías heredadas de un pasado colonial reciente, en la medida en que la ley extranjera, en especial, en materia de estatuto personal, gozaba de una condición particularmente favorable y un respeto casi absoluto, en nombre de una aplicación exorbitante del criterio de la personalidad. Dicho criterio, que era tradicional en el Islam, regía en Marruecos a consecuencia de un concreto contexto político, vinculado a la dominación extranjera durante la época del Protectorado y con el estatuto internacional, que tenía Marruecos en dicha época¹⁶⁹.

Un sistema como el marroquí cuyas características son relevantes, y en el cual las huellas del pasado se han marcado fuertemente hasta 1974, lógicamente aporta novedades que ha de resaltar. La primera concierne a la competencia jurisdiccional, por primera vez extranjeros y marroquíes se recogen al mismo tribunal de estatuto personal¹⁷⁰. Así, el TPI se convierte en el Juez de derecho común, que se encarga de

¹⁶⁸ Se deduce de éste apartado que, a la espera de una reforma del CPC, la antigua legislación se ha mantenido por tanto tiempo. Véase, entre otros, CH.ALMADKURI: "Markaz Alqanun Alaynabi Amam Alkada'e Almagrebi", *Mayyalat Alqanun wa Aliqtisad*, Kuliyyat Alhuquq, Fés, nº 6, 1990, pp. 81-115.

¹⁶⁹ Tras la independencia, este principio no apareció más que de forma puntual, así como en forma de tendencia durante los años sesenta del pasado siglo, tanto en el plano legal como jurisprudencial. No obstante, no ha de olvidarse que la transición se realizó mediante soluciones puntuales y fragmentarias, al mismo tiempo que subsistieron en más de un ámbito posiciones tradicionales heredadas de la época del Protectorado.

¹⁷⁰ En otras materias, la asimilación se había realizado desde la unificación de jurisdicciones introducidas en 1965.

examinar los asuntos, civiles, concernientes al estatuto personal, sucesorios, comerciales, administrativos y sociales¹⁷¹. De hecho, el CPC, que no recoge distinción alguna entre nacionales y extranjeros, pone –aparentemente- punto y final a una evolución iniciada desde 1965, y tiende a igualar la condición del extranjero y la del marroquí ante la justicia¹⁷².

Otros cambios que también se produjeron en 1974 son infinitamente más importantes y reveladores de las actuales tendencias en las que se encuentra el DIPr marroquí. Ante todo, el abandono en el nuevo Código de la disposición exorbitante del antiguo art. 394, según el cual los procedimientos previstos en materia de estatuto personal (divorcio, tutela, inhabilitación, adopción, etc.) se aplicaban a los extranjeros siempre que fuesen compatibles con su ley nacional rectora del estatuto personal¹⁷³.

Hay que tener en cuenta en esta línea, que la aprobación de un nuevo CPC fue una buena oportunidad para deshacerse de todo lo heredado del pasado, que se mantenía todavía, por ausencia de un fundamento jurídico sólido para regular distintos ámbitos de carácter internacional. Así, cabe decir, -desde un punto de vista crítico-, que aunque en Marruecos se inició tras la independencia una tarea de reforma y de modificación, la misma no sirvió de tamiz para eliminar todo lo vinculado con la etapa colonial. Por tanto, no se produjo ninguna revolución que transformase el sistema conflictual vigente durante la época del Protectorado, sino que se mantuvieron

¹⁷¹ Art. 18 del Código Civil.

¹⁷² En efecto, en virtud de la división del Tribunal en secciones, y de carácter específico de estatutos religiosos marroquíes, los asuntos de estatuto personal islámico o hebraico, están siempre divididos por los jueces especializados en estas materias, y esto es no conoce de los asuntos de estatuto personal extranjero que se derivan a otros jueces. Ahora extranjeros y marroquíes se recogen en el mismo Tribunal pero no de los mismos jueces.

¹⁷³ Se atribuía, así, al procedimiento un papel subsidiario, subordinado al respeto integral del estatuto personal extranjero, el antiguo Código comportaba un grave perjuicio a la regla común de los sistemas de DIPr, en general, que prefieren la aplicación por el Juez competente de las reglas procesales propias, en nombre del principio de territorialidad universalmente reconocido.

algunas prácticas ya establecidas, que condujo al legislador a optar por prolongar la vida de las codificaciones anteriores¹⁷⁴.

La tradición de la personalidad de la ley es, por cierto, inmemorial en el caso de Marruecos y anterior a la época colonial, pero se consolidó durante este período, así como posteriormente, que –de otro lado– explica, al menos en parte, su actual retroceso¹⁷⁵. Ahora bien, aunque las reformas posteriores no modificaron directamente el citado sistema, se introdujeron algunas enmiendas de forma progresiva, tanto por vía legislativa como jurisprudencial.

De otro lado, el poder de revisión, evocado en el antiguo CPC de la época del Protectorado, fue incorporado a la teoría marroquí del *exequátur* por influencia de las soluciones francesas, que admitían la posibilidad de que el Juez revisase las decisiones extranjeras por razones de conveniencia y oportunidad de tipo político y estratégico. Ahora bien, como se sabe, la jurisprudencia francesa evolucionó conforme a la práctica internacional, suprimiéndose el citado control o poder de revisión tras la célebre Sentencia de la *Cour de Cassation* en el Asunto Muzer¹⁷⁶. Si bien este cambio del TS francés no ha sido motivo suficiente para que el legislador marroquí sacrifique la ley de la limitación, que mantuvo en un principio, la tuvo que suprimir en la primera ocasión.

¹⁷⁴ Si bien es evidente que con el tiempo se mantengan ciertas reglas exageradamente personalizadas, el papel “excesivo” reconocido a la ley extranjera en el conflicto de leyes, se ha vuelto eminentemente cuestionado, al menos, ante los ojos de aquéllos que ven, en el sistema heredado del Protectorado un legado del período colonial, del que era conveniente desembarazarse lo más pronto posible.

¹⁷⁵ Las ilustraciones múltiples de este reflujo, residen en soluciones difundidas que todas van en el mismo sentido, el retroceso del principio de la aplicación integral de la ley personal extranjera: preponderancia de estatuto marroquí sobre el estatuto extranjero en los conflictos concerniente a los matrimonios mixtos, cabe citar en este sentido, la sentencia del TS, de 5 de julio de 1967, sobre la competencia de los tribunales marroquíes en materia de separación de españoles, opción doctrinal propuesta por el Presidente del TS en su discurso, de 5 de octubre de 1967, y tendente a reconocer al Derecho marroquí musulmán las funciones propias de una ley extranjera (*lex fori*).

¹⁷⁶ Véase J. DEPREZ: “La réforme de l’organisation judiciaire... », *loc. cit.*, pp.49 y ss.

En todo caso, el control o posibilidad de revisar el fondo de la decisión extranjera, como se ha señalado, fue en Marruecos producto de la influencia de las teorías francesas importadas a partir de 1913, sin que contase con ninguna tradición local anterior. Por este motivo, no tenía otra justificación, que tratarse de la influencia francesa del legislador de la época. Lógicamente, en 1974 ya no existían motivos para conservar una solución de estas características en el Derecho positivo marroquí, que, de otro lado, está ahora ausente en la mayoría de los sistemas de DIPr.

Así la eliminación del poder de revisión, -calificada como otra de las novedades aportadas en la codificación de 1974-, que tiene el Juez sobre la decisión extranjera supone -indudablemente- la apertura del *exequátur*. No obstante, constituye también un alineamiento con el Derecho común de la mayoría de los sistemas modernos de DIPr, al traducir, en definitiva, el sentido profundo de las actuales tendencias del DIPr marroquí, y la opción por realizar determinados cambios -recientemente introducidos- a través de las nuevas leyes sobre el procedimiento y la organización judicial. Y, todo ello, con el objetivo primordial de liberar el sistema de ciertas reglas, que habían llegado a ser inútiles y, por consiguiente, inaceptables, volviendo al Derecho común de los sistemas de DIPr, en el cual se resuelven las singularidades que recordaban claramente un pasado -en adelante- cumplido.

En este sentido, las novedades introducidas por las recientes codificaciones se sitúan directamente en la misma línea de la tendencia seguida por el DIPr marroquí, desde hacía una veintena de años, e ilustran -de nuevo- la convergencia de todas las fuerzas creadoras de Derecho, para elaborar un sistema despojado de las particularidades de antaño, que se considera ahora el origen de la incompatibilidad con las actuales bases del orden jurídico y político marroquí. Razón por la cual, los retoques realizados en 1974, en relación con la competencia, el procedimiento y el tratamiento de la ley extranjera, no han planteado dificultades particulares.

En otros aspectos, la independencia fue el momento idóneo para realizar una actualización de toda la codificación sobre la condición de los extranjeros, y desvincularse de este modo con toda regla cuyo origen retrocede a la etapa del

Protectorado. Ha de mencionar, con esta ocasión, que el procedimiento civil está estrechamente vinculado con la administración de la justicia y claramente marcado como el Derecho público y el Derecho penal, por un carácter fuertemente territorial, que deja poco margen a la apertura sobre el extranjero o hacia el exterior.

Evidentemente, no sorprende que el CPC marroquí establezca las reglas aplicables a todo proceso y a cualquier litigante, sin distinción de su nacionalidad. Sin embargo, la situación cambia, si se limita a estas constataciones, en cuanto a los nuevos textos que dan importancia al “internacionalista” en más de un título¹⁷⁷. Ha de corroborarse que en Marruecos, como en el resto de los Estados, la organización del servicio público de la justicia responde, ante todo, a una necesidad del orden interno. Traduce, en concreto, una concepción de la justicia y una política legislativa en la que las consideraciones del orden internacional no ocupan el primer lugar.

Cabe recordar que los tribunales estatales son competentes respecto tanto a los extranjeros como a los nacionales. Es más, en el sistema jurídico actual, ninguna regla en la asignación de competencias está dedicada al extranjero, de modo que ya no existe ningún vestigio de épocas pasadas, en las que la nacionalidad del litigante era elemento clave para determinar el tribunal competente¹⁷⁸.

Tras la exposición de estos antecedentes, ha de reconocer que numerosas implicaciones, aunque sean indirectas están conociendo profundas transformaciones e influyen actualmente en el DIPr marroquí. Por ello, un observador atento, deseoso de analizar la evolución jurídica internacional, tendrá la oportunidad indudablemente de descubrir numerosos índices interesantes. En este sentido, la promulgación de un

¹⁷⁷ Consúltese en este sentido, CH. BRUNO, *Partage de compétences et conflits de juridictions au Maroc*, Alger, Imp. La tipo et Jules Carbonnel réunis 1944, p. 45; CH. ALMADKURI: “Ichkaliaat riqabat almajlise ala'ala a'ala tatbik wa tawil alqanoun alajnabie”, *Almayyala almaghribiya liqanoun waiqtisad attanmiya*, núm. 17, Universidad de Ciencias Jurídicas y Económicas de Casablanca, 1988, pp. 169 y ss.

¹⁷⁸ No fue sólo durante la época del Protectorado, sino también tras la independencia hasta la unificación de los tribunales adoptada en 1965, como se ha señalado y se analiza de forma más detenida *infra*. Consúltese M. MOREDE, *Une symbiose juridique au Maroc: la condition civil des étrangers*, Rabat, Imprimerie Officielle, 1955, p. 120.

nuevo Código constituye un motivo excelente para ampliar el debate y presentar un balance completo de la evolución reciente del DIPr marroquí o, al menos, algunas reflexiones relativas a un ciclo evolutivo confirmado, no obstante, latente en las recientes reformas legislativas¹⁷⁹.

En definitiva, las novedades que respectan de un modo o de otro el estatuto personal de los extranjeros ante la justicia marroquí, confirman cada una a su manera y a grados diversos, el abandono de la tradición personalista, que siempre ha marcado en Marruecos, como en todas las tierras del Islam las soluciones relativas al estatuto personal. Si se deja de lado la cuestión del *exequátur*, a la cual influye la reforma del Código -pero no le concierne esa evolución “antipersonalista”-, pueden considerarse tres innovaciones principales aportadas a través de los recientes textos tal como se analiza *supra*.

Las mismas coinciden en el sentido, actualmente deseado y seguido en Marruecos no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia y en la legislación, que ha de liberar el DIPr marroquí de los tabúes del pasado, y desmarcar respecto a los acontecimientos anteriores en los cuales se han detectado varias confusiones, no solo respecto a la tradición Islamista de la personalidad de leyes, sino también a las anomalías del sistema impuesto por el Protectorado.

Por último, estas disposiciones se aplicaron en paralelo a las reglas generales de remisión, así como a las disposiciones de procedimiento civil relativas a la competencia, a las vías de recurso y al *exequátur*, sin omitir la conclusión por Marruecos de un gran número de acuerdos bilaterales en materia de cooperación judicial y reconocimiento de sentencias extranjeras. Los componentes citados se activaron en el marco de dos regímenes de reconocimiento de decisiones extranjeras

¹⁷⁹ Véase, J. DEPPEZ, “La réforme de l’organisation judiciaire et la procédure au Maroc (Dahirs de 15 juillet et 26 septembre 1974) et le Droit international privé », *RJPEM*, 1977, vol. 3, pp. 45 y ss.

en Marruecos: uno pactado -convencional- y otro ordinario, cuyo origen está en el Derecho interno del Estado¹⁸⁰.

B) Objeto, contenido y fuentes del Derecho Internacional Privado marroquí

a) Objeto y contenido del Derecho internacional privado marroquí

El ámbito del DIPr ha suscitado gran controversia en el ordenamiento marroquí, no sólo en lo relativo a la identificación de su contenido, sino también en lo que respecta a la caracterización de su objeto, que procede de la posible incompatibilidad entre su contenido y su denominación, de un lado; y, de otro, de la naturaleza de sus normas, a caballo entre el Derecho privado y el Derecho público (según la doctrina)¹⁸¹. Así, surge la duda, en la medida en que, en gran parte, el sistema de DIPr está constituido por normas de origen internacional (recogidas en convenios o elaboradas por instituciones internacionales), que regulan situaciones privadas relativas a las personas físicas y jurídicas.

En este sentido, un sector doctrinal no emplea la denominación “Derecho internacional privado”, porque algunas de las cuestiones que forman parte de su contenido pertenecen claramente al Derecho público y, en particular, el ámbito de la nacionalidad, pues se trata de una relación directa entre el Estado y el particular, siendo el primero el que delimita las condiciones o requisitos que es preciso reunir para su atribución o concesión¹⁸². En cambio, determinados asuntos se regulan por

¹⁸⁰ Véase de forma más detenida el Capítulo Tercero.

¹⁸¹ Para una visión general acerca de la evolución del DIPr marroquí tras la independencia del país véase, entre otros, J. DEPREZ, “Bilan de vingt cinq années de Droit international privé au Maroc”, *RJPEM*, 1981, vol. 10, pp. 125 y ss; A. ABDELLAH, *Alqanun Addawli Aljass, Alyus’e Athani*, Tab’e Alhay’a Ala’amma Lilkitab, 1986, p. 56.

¹⁸² Tales reglas no pertenecen al Derecho privado, sino al público, al vincular al Estado con los particulares de forma directa. Del mismo modo sucede en el caso de la extranjería, dado que el

normas de Derecho privado, como sucede cuando se trata de las relaciones entre particulares en las que existe un elemento extranjero, que se resuelven en cuanto al fondo, por el sector del “Derecho aplicable”.

Se plantea el denominado –tradicionalmente- “conflicto de leyes”, al ser preciso determinar la ley que ha de aplicarse en un concreto caso, como sucede cuando se trata de la celebración de un matrimonio, la conclusión de un contrato de compra-venta, el otorgamiento de un testamento ante autoridad marroquí por personas extranjeras o por marroquíes en el extranjero. En este sentido, si bien la doctrina propone sustituir la expresión DIPr por “Código de derechos personales en diferentes países”, se critica esta propuesta, por inducir a confusión, al permitir pensar que existe cierta primacía del DIPr sobre el sistema internacional (sin precisar, de otro lado, los criterios que permiten concretar la aplicación de las legislaciones interna e internacional en un concreto caso)¹⁸³. Y, en segundo extremo, porque tal expresión no concuerda con las características del DIPr y, en concreto, con su carácter internacional (véase *infra*).

Otros autores utilizan la expresión “Derecho de naturaleza privada aplicable a los particulares en sus relaciones jurídicas internacionales”. No obstante, a pesar de incluir el DIPr en el Derecho privado, no se salva de críticas, al no haberse concretado las relaciones privadas a las que se aplica, lo que puede generar dudas respecto a las mismas. De otra parte, este conjunto de propuestas ha conducido a otro sector doctrinal a considerar que las normas del sistema de DIPr forman parte del Derecho público y, por ello, se define este ámbito como el conjunto de normas que disciplina las relaciones entre individuos de diferentes nacionalidades.

Estado reconoce el goce por el extranjero de un conjunto de derechos en el país de su residencia.

¹⁸³ La doctrina considera que es, realmente, cuando se trata de este tipo de situaciones cuando es preciso acudir a las reglas del Derecho (internacional) privado, en concreto, al Derecho civil o al CEP. Véase entre otros N. MTIWI MACHKOURI, *Mabadi'e Alqanun Addawli Aljass, Kuliyyat Alhuquq*, Fés, 1997-1998, p. 78; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLES, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997, pp. 455-456.

Sin embargo, esta definición no resulta convincente, al limitar su contenido al ámbito de la nacionalidad, abandonando otras cuestiones importantes, como la determinación del ordenamiento aplicable al fondo de la situación (conflicto de leyes) o el ámbito de la extranjería. Para eludir tales críticas, se emplea una definición de DIPr entendido como el conjunto de reglas, que ordenan las relaciones privadas entre los extranjeros, que determina tanto la ley rectora de las relaciones privadas internacionales, como la competencia internacional de las autoridades (marroquíes) para ello.

Si se parte de esta definición, se deduce que el DIPr es independiente tanto del Derecho privado como del público, siendo cada legislador nacional competente para delimitar el tipo de relaciones que regula, de tal forma que se encuentra supeditado – al igual que otras disciplinas jurídicas- a la modificación de las circunstancias sociales, económicas y políticas, que tengan lugar a lo largo del tiempo y que considere el legislador. Así, el sistema de DIPr se caracteriza por tratarse de una materia nueva, que se ocupa de las situaciones privadas en las que existe un elemento extranjero, pero no por ello se trata de un Derecho internacional o que tenga que tener necesariamente carácter imperativo o de aplicación necesaria para los Estados.

Por ello, con independencia de la denominación que se emplee finalmente, el sistema de DIPr se ocupa de las relaciones entre particulares en las que existe un elemento extranjero, lo que hace que se trate de situaciones privadas internacionales. De otro lado, cabe señalar que parte de la doctrina marroquí comparte la definición, que consiste en entender que el sistema de DIPr se conforma por el conjunto de normas, que regulan las relaciones jurídico-privadas internacionales y, por ello, se establece la diferencia entre las situaciones estrictamente internas y las internacionales. De otro lado, su aplicación puede tener lugar con carácter extraterritorial, esto es, puede superar las fronteras de un concreto país¹⁸⁴.

¹⁸⁴Consúltense “Le droit International Privé au Maroc entre la fidélité à l’Umma et l’appartenance à la communauté internationale”, *Droit et environnement social au Maghreb*, Ed. CNRS/Fondation du Roi Abdulaziz Al Salud, 1989, pp. 281 y ss; M. W. ALMASRI, *Alwaysize Fi Charhe Alqanun Addawli Aljasse*, Dar Wamaktabat Alhamil Linnachr Wattawzi’e, Attab’a Aloula 2002; P. REUTER: «Droit International Public », 5 ème éd., Collection Thémis, 1976, pp.236 y ss.

Junto a ello, el DIPr determina la competencia de las autoridades de los Estados para resolver las situaciones en las que está presente el elemento internacional, al tener lugar en presencia de personas, físicas o jurídicas, extranjeras. Asimismo, forman parte de su contenido, las cuestiones relativas al goce de derechos de los extranjeros, la determinación de la ley aplicable a una concreta situación privada internacional y el tribunal competente, así como el reconocimiento (eficacia extraterritorial) de las decisiones pronunciadas por autoridades extranjeras (en Marruecos)¹⁸⁵.

b) Fuentes del sistema marroquí de Derecho internacional privado:
caracterización

En este estudio se analizarán dos temas importantes vinculados con el DIPr, el origen de las normas de DIPr marroquí, y la relación entre las normas de distinta procedencia o ámbito material (fuente, entendida en sentido material). Cabe señalar, en primer lugar, la independencia de las normas pertenecientes al sistema de DIPr, pues –como se ha señalado– la doctrina ha fracasado en su intento de catalogarlo dentro del Derecho público o del privado. Es más, se comenzó a prestar especial atención a las fuentes del sistema marroquí de DIPr a partir del momento en el que el legislador puso en tela de juicio la aplicación de las normas en relación con su fuerza obligatoria, que recogió el *Dahir* de 6 de septiembre de 1958¹⁸⁶.

De hecho, en el mencionado *Dahir* se indica que prevalecen los acuerdos internacionales (especial fuerza de resistencia) sobre la legislación interna, cuando se contradicen sus disposiciones (de ambas fuentes). Ello significa que la legislación interna no es la única referencia en cuanto al origen de las normas del ordenamiento

¹⁸⁵ Véase, entre otras referencias A.CHAFIQ, *Ala'alaqat Addawliya Fi Ala'sr Alhadith*, Rabat, 1985, pp. 24-26; H. SEFROUI, *La condition des étrangers au Maroc*, Dar Alkitab, 1973.

¹⁸⁶ *Dahir* núm. 1-58-250 relativo a la nacionalidad marroquí, en este sentido consúltese M. ATTEGDWINI, *Anadariya Ala'amma Lilqanun Addawli Aljasse –Alyinsiya-* 2002.

marroquí, sino que ésta integra el referido sistema, pero junto con las normas que proceden de los convenios. Por ello, de otro lado, en cuanto a su aplicación, no cabe aceptar que el Juez marroquí aplique tan sólo las normas aprobadas por el Estado marroquí (de origen autónomo), sino que las situaciones privadas internacionales también pueden regularse por normas de origen internacional.

Por tanto, el Juez marroquí no puede decidir de forma sistemática la aplicación de su propio ordenamiento a un concreto caso, sin tomar en cuenta el contenido de las legislaciones extranjeras. Si bien puede decidir la aplicación de las normas que proceden de ambas fuentes, de origen nacional o internacional, no puede aplicar -de forma arbitraria- unas con preferencia a otras, sino que la autoridad judicial ha de proceder de la manera en la que cada ordenamiento establece la citada relación entre las normas de origen interno (autónomo) y las de origen convencional. Tal criterio no puede incumplirse para dar preferencia a las reglas de origen interno, sean del campo del Derecho público o privado¹⁸⁷.

Ahora bien, ha de tomarse en cuenta la concepción existente en Marruecos acerca de la función del sistema de DIPr, que no tiene la finalidad de lograr la justicia entre los extranjeros en un país que no es el propio, lo que requeriría establecer de forma clara la relación entre las normas de distinto origen (esto es, el criterio que delimita su aplicación en un concreto caso), sino que consiste en brindar una tranquilidad o seguridad a las personas que no sean nacionales en el Estado en el que residen. Por ello, cuando se recurre en un país a la aplicación de la ley de otro, no se considera violación de los principios fundamentales del ordenamiento marroquí, sino que se está en presencia de la función propia del sistema de DIPr¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Véase *Almayyat Addawliya Lilqanun Addawli Aljasse* 1981, *R.I.D.I.P.*, p. 50; M. KAMAL FAHMI, *Osoul Alqanun Addawli Aljass*, Attaba'a Athaniya, Aliskandariya, 1980, p.65.

¹⁸⁸ Véase entre otros P. DECROUX, *L'application des lois nationales au Maroc*, LGDJ,- Institut des Hautes études marocaines- Centre d'études juridiques tome XLIII, 1955, p. 185; I. ADDAHAK, "Tatawer Fikrat Alyinsiya Bilmagreb", *Mayyat Almuhamat, Assadira A'an Yamia'yat Hayat Almuhamina Bilmagreb*, nº8-9, mars-yulious, 1971, pp. 53 y ss; N. LAHLOU, *La condition de la loi étrangère en Droit international privé. Essai d'étude comparative du Droit international privé*

En tercer lugar, se predica del DIPr su carácter internacional, lo que significa que cuando el legislador aprueba una ley que regula las situaciones privadas internacionales, no parte de las circunstancias locales, como es el caso de una ley interna privada o pública, sino que parte del contexto internacional para proteger los derechos de los extranjeros y conseguir regular sus relaciones y sus intereses de forma satisfactoria. Esta operación se realiza de una forma que no es objetiva, lo que permite indicar que no existe un DIPr único en todos los países, porque sus normas no se basan en las mismas fuentes, salvo excepciones, que se refieren a concretos casos.

De otro lado, según lo señalado, la aprobación de las normas del sistema de DIPr no es tarea exclusiva del legislador nacional, sino que corresponde también al legislador internacional, a través de la conclusión de convenios, que regulan ámbitos concretos o específicas parcelas del ordenamiento. Es más, en ocasiones, puede suceder que los Estados que firman los citados convenios no hayan participado en su elaboración. Para concluir y destacar, al mismo tiempo, el carácter internacional de las normas del sistema de DIPr, indudablemente, en diferentes Estados se recurre a la jurisprudencia y al esfuerzo jurisdiccional internacional y que hoy día se ha convertido en una fuente imprescindible. En definitiva, el DIPr es un Derecho nuevo, que está en proceso de desarrollo tras su reciente aparición¹⁸⁹.

c) Relación entre las normas procedentes de distinta fuente

Como se ha señalado, las normas del sistema DIPr marroquí se inspiran en fuentes tanto nacionales como internacionales. Son básicamente las mismas fuentes de otras ramas del Derecho: legislación, uso o costumbre como fuentes originales, y jurisprudencia y doctrina como fuentes complementarias, además de las fuentes

français et marocain, Doct. d'Etat en droit privé, Paris II 1981, cit en *Le droit international privé dans les pays Magrébins*, Vol. I, Janvier-Juin, 1995, p. 166.

¹⁸⁹ Véase M. ISSAD, *Droit international privé, I- les règles de conflits*, éditions publisud, Paris 1986, p. 174 ; M. ATTEGDWINI, *Alwasit Fi Alqanun Addawli...*, op. cit, pp. 8-14.

internacionales consistentes básicamente en Convenios, costumbre y jurisprudencia internacionales. Sin embargo, cuando las disposiciones del acuerdo sean contrarias a la legislación interna, se renuncia la aplicación de este último¹⁹⁰.

En cuanto a la legislación marroquí, si bien las leyes árabes concretan las fuentes, la legislación marroquí no contiene ningún texto general, que precise cuáles son las fuentes normativas, de un lado, y, de otro, aclare su índole y sus categorías, como sucede en el caso del Cc egipcio aprobado en 1948, sino que el ordenamiento marroquí tan sólo recoge alusiones a las fuentes de forma genérica, como sucede en el caso del art. 1 del Código de nacionalidad marroquí, los arts. 475 y 476 del COC y el art. 12 del Cc.

En concreto, el citado Código de la nacionalidad dispone en el art. 1 que: *“las disposiciones de convenios internacionales aprobadas y cuya publicación fue acordada tienen prioridad sobre las disposiciones del derecho interno”*. El texto sitúa los convenios internacionales en una categoría superior a la del Derecho interno, independientemente de que se trate de disposiciones anteriores o posteriores al Derecho interno o de origen autónomo. E, incluso, si se aprobó después de la entrada en vigor del convenio, tiene preferencia éste. Esto es, el acuerdo internacional, sea bilateral o multilateral, se aplica con preferencia frente al Derecho interno.

Por tanto, el Estado no debe denunciar un convenio o impedir su aplicación cuando se oponga a lo dispuesto por una ley nacional. Justamente esa posición fue corroborada por el TPJI, en la Sentencia, de 7 de junio de 1932: *“el Estado no debe a través de su legislación eludir su compromiso internacional”*. La ley es, ante todo, una realidad social como cualquier suceso social sometida a un avance constante. De hecho, traduce el concepto de orden público como una idea relativa, que evoluciona en función del tiempo y del lugar¹⁹¹. Ahora bien, la actual Constitución marroquí de

¹⁹⁰ Respecto a esta cuestión, cabe señalar que la Constitución española de 1978, establece la prioridad de la regla convencional sobre el Derecho interno de forma clara (art. 96).

¹⁹¹ Para un sector de la doctrina, el orden público está constituido por conjunto de ideas flexibles difíciles de determinar de forma minuciosa, refleja generalmente los principios

2006, tras la reforma operada en 2011 indica la primacía de las normas de origen internacional con respecto a las normas de origen interno¹⁹².

De otro lado, en cuanto a las fuentes formales, la falta de un criterio normativo general hace necesario recurrir a las decisiones judiciales para verificar qué indica la jurisprudencia marroquí sobre las fuentes de las normas. Cuando se consulta la jurisprudencia del TS sobre este particular, se observa que se trata el tema de las fuentes formales del ordenamiento de modo radicalmente distinto al que es propio de los países occidentales. Según la jurisprudencia marroquí, dichas fuentes son: en primer lugar, la ley; en segundo extremo, los principios y las reglas de la *Sharia'a*, en tercer término, el esfuerzo jurisprudencial; en cuarto lugar, la costumbre, y por último, los principios generales del Derecho. Junto a ellas, figuran otras, de carácter internacional, constituidas por los convenios, la jurisprudencia y la costumbre internacionales¹⁹³.

2. ORGANIZACIÓN JUDICIAL MARROQUÍ ANTERIOR Y POSTERIOR A LA INDEPENDENCIA

A) Organización judicial antes y durante la época del Protectorado

Pueden citarse tres etapas trascendentales en la organización jurisdiccional marroquí: la primera se sitúa antes de la instauración del Protectorado, época en la que se aplicaba exclusivamente el Derecho islámico o el *Fiqh Alislami*, salvo para el

económicos, sociales y éticos en los cuales se basa el orden social. Considerada la idea del orden público y la moralidad pública como elementos relevantes de la fórmula flexible de las reglas jurídicas. Ahora bien, no se refiere necesariamente a las reglas vinculadas con el orden público, a las creadas por el orden social, o las que tienden a conseguir el interés general, porque todas las reglas de derecho se aprueban en este sentido. Sin embargo, son las que aspiran al alcance del derecho básico al que no se puede renunciar, véase detenidamente el Capítulo tercero.

¹⁹² Eje III, de la CM aprobada el 29 de julio de 2011.

¹⁹³ Véase K. BARJAWI, *Alqanun Addawli Aljass Fi Maddat Alhwal Achajsiyya*, Univ. Mohammed V, Rabat, 2001, p. 36, y A. ZOUGARI, *Ahkam Alqanun Addawli Aljasse Fi Attachri'e Almaghrebi, I Alayinsiyya*. Ed. Dar Tubqal Linnachre, Casablanca, 1996, p. 26.

caso de una minoría de personas, a las que se les aplicaban reglas especiales, como sucedía en el caso de los judíos o de los cristianos¹⁹⁴. La segunda etapa comienza cuando Francia suprime la jurisdicción consular, para la constitución de tribunales, que concuerdan con su estructura jurisdiccional, en concreto, la creación de los tribunales *Share'iya*, de los tribunales hebreos, de los tribunales *Majzaniya* y de los tribunales franceses.

La tercera y última etapa comienza tras la independencia, que supone una transformación en la estructura de los tribunales, que comenzó por la abolición de todas las instancias incompatibles con la soberanía e independencia de Marruecos. En efecto, se constituyeron tribunales nuevos, como los tribunales ordinarios, los tribunales modernos, los tribunales laborales y el Tribunal Superior. Ello antes de la promulgación de la Ley de Unificación (o "*marroquinización*"), de 26 de enero de 1965, y que ha suprimido implícitamente los tribunales modernos, los tribunales *Share'iya* y los tribunales hebreos, para que la organización judicial incluya el tribunal de *Assadad*¹⁹⁵, los tribunales regionales, los tribunales de apelación y el TS.

No obstante, tuvo lugar una destacada evolución tras la aprobación del *Dahir*, de 15 de julio de 1974, mediante el cual se anulan todos los tribunales existentes en aquel tiempo, para la constitución de los tribunales de las comunidades, los tribunales provinciales, los tribunales de primera instancia, los tribunales de apelación y el TS. Junto a los señalados, dado el desarrollo de la sociedad marroquí, en general, y la jurisdicción marroquí, en particular, el legislador ha creado dos nuevas instancias,

¹⁹⁴ La presencia de los judíos en Marruecos es muy antigua, algunos de los estudios la remontan al siglo V antes de J-C. En función del periodo y de las circunstancias vinculadas con su estabilidad, han sido llamados de diferentes maneras, los *Toshavimos*, eran los habitantes autóctonos, los *Beldiyyines* (la gente del pueblo), descendentes de los judíos procedentes de la diáspora consecuente de la destrucción del templo de Jerusalén. De ellos proceden las grandes familias de Fés convertidos al Islam y que representan a los comerciantes *fasis*, o a los prestigiosos *Ulemas* de la Universidad Alqaraouiyyene fundada en 830 por Fatima Alfihriya, conocida también por Oum Albanine.

¹⁹⁵ Parece que el Juez en el Tribunal de *Assadad* resolvía no solo los litigios respecto de los marroquíes musulmanes, sino también de musulmanes no marroquíes, véase S. BELMIR: "*Arrawabit...*", *loc. cit.*, pp.78 y ss.

tribunales administrativos vigentes a partir del 10 de septiembre de 1993, y tribunales comerciales a partir del 12 de febrero de 1997 (véase *infra* de forma más detenida)¹⁹⁶.

En cuanto a la primera etapa indicada, resulta complementario el análisis de la etapa histórica y jurídica, consecuencia de la colonización extranjera en Marruecos. Un país cuya población es diversificada, los beréberes constituyeron la mayoría, los árabes impregnaron la identidad, y los africanos sub-saharianos confirieron la fortaleza, en el seno de este continente con el cual se ha confeccionado lazos espirituales muy importantes a lo largo de los siglos. Es más, la posición geoestratégica beneficia -sin duda- al estado *Alauí*, el Mediterráneo le ofrece una perspectiva europea, el Atlántico le abre amplios horizontes y, finalmente, la institución Real le garantiza una estabilidad, comprobada históricamente. Es el cimiento de estas identidades múltiples¹⁹⁷.

En un país diverso y multicultural como Marruecos se ha logrado consolidar la identidad paulatinamente, con el transcurso de los años y las eras, lo que se tradujo más adelante en una gran capacidad de integrar diferentes pueblos. En efecto, su influencia supera los límites fronterizos establecidos por el colonizador y la creación del Estado-nación. La tolerancia del Islam respecto a los estatutos cristianos y judíos, y el mantenimiento de jurisdicciones religiosas propias de cada comunidad forman una regla primordial en la personalidad de las leyes¹⁹⁸.

Como es sabido, el estatuto islámico rige la vida de las personas cuya confesión es el Islam. Lógicamente, el Derecho islámico de estatuto personal no juega el papel de

¹⁹⁶ Véase, A. ATTALAB, *Attandim Alqada'i Almaghrebiye*. Matbua'at Alma'erifa, Murrakuch, 2003, p. 11, sin embargo, debe de tomarse en cuenta la reforma de la Organización Judicial operada en 2007 (*BOEM*, núm. 5519), que mantiene a algunos de los tribunales anteriores para crear otros nuevos, por tanto, la OJ en Marruecos está formada por los TPI, TA, CS, TM, TP, TC, TAC, TA, TAA, TS, CSC, TF, ISJ, y del TM.

¹⁹⁷ La historia islámica de Marruecos está marcada por tres grandes tribus beréberes: los *Sanhayas*, los *Masmoudas* y los *Zeneteas*.

¹⁹⁸ Véase, M. TOZY: «Monarchie et islam politique au Maroc», *Presses de Sciences Po*. 1999, Ed. 1^o, pp. 87-95.

un derecho común, como puede ser un derecho civil unificado, aunque esto es cierto para *Addimiene*, que conservan su estatuto propio, y para extranjeros que no se someten nunca al Derecho islámico, incluso antes de las capitulaciones. Sin embargo, ello no impide que el mencionado Derecho tenga una vocación teórica de derecho común, en la cual la unión mixta entre musulmán y no musulmán podía ser regida perfectamente por el mismo. De hecho, no se presenta ninguna imposibilidad en aplicar el Derecho islámico a las personas cuya confesión no sea la musulmana. La observación es de una destacable importancia, en especial, en la actual reflexión sobre la aplicación del citado derecho en su relación con el DIPr marroquí.

B) Organización judicial actual

a) Unificación de jurisdicciones

Con la Ley, de 26 de enero de 1965, que realizó una unificación de la jurisdicción en Marruecos, mediante la instauración de una nueva organización judicial, habrá aportado el final de un sistema de competencia -incompatible-, basado en la nacionalidad del litigante¹⁹⁹. Ninguna razón justifica más, a partir de la fecha de promulgación de dicha ley, la distinción emanada de un espíritu capitular como herencia de la era del Protectorado. De otro lado, en el seno de un Estado moderno e independiente no puede, salvo en casos particulares -que no existen en el actual Marruecos-, instituir jurisdicciones para el uso exclusivo de extranjeros, o más exactamente como fue el caso antes, elaborar ciertas competencias jurisdiccionales edificadas en el criterio de nacionalidad²⁰⁰.

La unificación tanto de jurisdicción, como de condición de los pleitistas ante la justicia sin distinción de nacionalidad, constituyó la lógica de una política que se empleó no solo para deshacerse de las secuelas del pasado, sino también para

¹⁹⁹ *BORM* de 3 de febrero de 1965, p. 703.

²⁰⁰ Entre otros, consúltese en esta materia, A. SALAMA, *Mabadi'e Alqanun Addawli Aljasse Alislami Almuqaran*, Dar Annahda Ala'arabiya, Alqahira, 1989, pp. 55-75.

conservar lo adquirido moderno del heredado del periodo de la dominación foránea²⁰¹.

Con esta ocasión, cabe señalar, la importancia del concepto de la nacionalidad, pese a que fue totalmente desconocido en la tierra del Islam –incluido el Magreb-, es un concepto usado hoy día para distinguir entre la persona autóctona y otra que no lo es. Calificado como elemento puramente positivo cuya aparición es reciente, en concreto en el S. XIX, y un matiz que permite establecer una diferenciación en base de la pertenencia nacional no religiosa. Se trata de un vínculo político y jurídico, que traduce la relación psicológica y moral de una persona con un conjunto social discernido, denominado el estado²⁰². Si bien la nacionalidad fue desconocida en los países islámicos, en el presente se ha convertido en un factor clave para tener acceso a determinados derechos²⁰³.

En cambio, otros ordenamientos de conflicto de leyes han considerado la nacionalidad un determinante esencial de atribución en materia de estatuto personal, la tendencia que ha adoptado el legislador español en la legislación civil tal como fue reformada en 1974²⁰⁴. Se trata del inicio de la puesta en marcha de un orden jurisdiccional unificado, cuya regla establece que todo marroquí y extranjero, con independencia de su nacionalidad, será sometido a un orden único de jurisdicciones unificado, Tribunal de *Sadad*, Tribunal regional y Tribunal de apelación. Aunque es preciso en este sentido, advertir la existencia de un matiz -subsistente- entre marroquíes y extranjeros, en particular en marco de la jurisdicción competente para conocer de sus estatutos personales.

²⁰¹ Véase, J. DEPREZ: “La réforme de l’organisation judiciaire et la procédure au Maroc (Dahirs de 15 juillet et 26 septembre 1974) et le Droit international privé», *RJPEM*, 1977, vol. 3, pp. 45 y ss.

²⁰² Véase, E. JAYME: “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne” *Recueil des cours*, 1995, pp. 178 y ss.

²⁰³ Véase, A. ZOUGARI, *Ahkam Alqanun Addawli Aljasse Fi Attachri’e Almagrebi, I Alyinsiya Almuhamadiya*, 1996, p.9.

²⁰⁴ Véase, A. FELLOUS, *Ahkam Alusra Lilyaliya Almaghrebiya Biespaña*. Resala Linayl Diplome Addirasat Alu’liya Fi Alqanun Aljass, 1995-1996, p. 70.

Así la organización judicial actual destaca la configuración de los TPI en Secciones, cada una competente en una determinada materia, bien del ámbito de los extranjeros, bien de los musulmanes, hacen que aparezca ligeramente preterida la acción de la norma de conflicto, dado que la competencia legislativa aparece fuertemente ligada a la competencia judicial y, por ende, cuando autoridades religiosas aplican el Derecho islámico (en cuyo ámbito están comprendidas las materias que regula el nuevo CF) y a la inversa.

Ha de destacarse que desde principios del siglo XX la estructura judicial o jurisdiccional en Marruecos ha experimentado varias modificaciones. Las mismas tuvieron lugar cuando Francia ha logrado su colonización tras numerosas negociaciones, la más importante el acuerdo franco-alemán, de 4 de noviembre de 1911, cuyo art. 9, 2º estableció la supresión de los diferentes tribunales consulares, que se constituyeron en virtud del régimen de privilegios impuesto durante años sobre el Estado marroquí, y la sumisión a un sistema jurisdiccional unificado como el modelo europeo.

Sin duda, ha influido en la organización jurisdiccional el conjunto de las evoluciones, que se tradujo en una dualidad de reglas, algunas inspiradas de los principios del Islam, y otras de las normas europeas en concreto el Derecho francés. Lo que refuerza dicha influencia, es que la reforma en sí de la organización jurisdiccional se incluyó dentro de la política general del Protectorado francés en virtud del art.1 de la Convención del Protectorado, de 30 de marzo de 1912, *su Majestad Sultán y el Estado de la República francesa han acordado la constitución de un régimen nuevo en Marruecos incluye las reformas administrativas, judiciales, de educación, económicas, etc.*²⁰⁵.

²⁰⁵ Véase, A. ATTALAB, *Attandim Alqada'i...*, op. cit, p. 11.

Ha de subrayarse que el Protectorado tuvo una incidencia relevante. De hecho, con la finalidad de salvar lo restante de la herencia capitular, pero bajo otro aspecto institucional aparentemente más respetuoso con la soberanía local, no ha hecho que mantener, o hasta agravar la separación y la distinción entre marroquíes y extranjeros²⁰⁶. De modo que, mantenía los primeros bajo el imperio de jurisdicciones *Cherifiya* tradicionales, mientras sometía los segundos a los tribunales consulares que cedieron la función a los tribunales franceses del Protectorado. Se trata de la periferia del Protectorado francés, soluciones análogas han sido puestas en marcha en la zona española, y aquella internacional de Tánger, entre 1912 y 1956²⁰⁷.

Dada la situación política del país en aquel momento, concretamente tras la Convención franco-española, de 27 de noviembre de 1912, en la cual se practicó un autentico reparto del territorio, España ha quedado con la región de Ifni, la zona de Tarfaya, el Sahara y todo el Rif. En cambio, Tánger se ha convertido en una zona internacional el 5 de noviembre de 1914, más adelante tras la aprobación de la Convención firmada entre Francia, España y Gran Bretaña en diciembre de 1923 se neutralizo a la ciudad de Tánger²⁰⁸.

De la coexistencia de los dos órdenes jurisdiccionales separados, mencionados *supra* destaca, por lo que respecta al estatuto personal, que los asuntos familiares de extranjeros han dependido siempre de los tribunales del Protectorado cuya misión era,

²⁰⁶ La competencia de la jurisdicción *cherifiya* fue objeto de numerosas excepciones, ante todo, en los litigios "mixtos" (entre un marroquí y un extranjero), la competencia es necesariamente del tribunal francés por la presencia de una parte extranjera. De otra parte ciertas cuestiones dependían parcialmente de tribunales franceses (inmueble matriculado, sociedades y asociaciones, accidentes de automóviles, etc.), aunque las dos partes fueran marroquíes. Ahora bien, en materia de estatuto personal, aunque el estatuto de marroquíes continuaba dependiendo en principio de jurisdicciones religiosas *-qadis* y *rabbins-*, los tribunales franceses fueron reconocidos competentes en caso de matrimonio mixto entre marroquí y extranjero, y por consiguiente, han aplicado a menudo la ley personal del esposo extranjero. Con la excepción de las jurisdicciones británicas y estadounidense en las que los privilegios se mantuvieron hasta 1937 y 1956, respectivamente.

²⁰⁷ Véase, A. FELLOUS, *Ahkam Alusra Lilyaliya...*, *op. cit*, p. 8.

²⁰⁸ Véase, E. MOHA, *Les relations hispano marocaines*, Ed. Eddif, 1994, p. 65.

entre otras aplicar las leyes personales extranjeras en Marruecos²⁰⁹. En el momento en que el estatuto de marroquíes quedó en patrimonio, en principio exclusivo para jueces religiosos, *Qadis* y *Rabinos*. El respeto integral de estatuto personal de súbditos del *Sultán*, tanto a nivel jurisdiccional como legislativo, es uno de los principios que han presidido la organización judicial del Protectorado fijados por *Dahir*, de 12 de agosto 1913.

Si bien este respeto fue altamente afirmado por las autoridades del Protectorado -que defendían las instituciones tradicionales marroquíes-, ha sufrido graves alteraciones cuando se contraía matrimonio entre súbdito marroquí y ciudadano extranjero. Por ello, los tribunales franceses habían corroborado la competencia de su jurisdicción (solo por la presencia de un cónyuge extranjero), y la primacía del estatuto extranjero sobre el estatuto del cónyuge marroquí, lo que ha permitido especialmente reconocer la validez de matrimonios concluidos en violación de reglas de fondo y de forma, sin embargo imperativos, de estatutos religiosos marroquíes²¹⁰.

Ciertamente, las personas físicas y morales que conviven en la sociedad se ponen en armonía ante cualquier ley que consagra sus derechos, bajo la influencia de la conciencia social y del conocimiento previo de derechos de cada individuo, aunque ciertos factores impiden la aplicación de la regla de derecho, o se oponen a su puesta en ejecución. En un sistema que prohíbe la auto-justicia, resalta el papel esencial de tribunales en el respeto de la organización judicial, y en la protección de los derechos en determinadas situaciones, aplicando la regla de derecho en juicios que tienen la fuerza de la cosa juzgada.

²⁰⁹ Cualquiera que sea la exactitud de la formula "jurisdicción religiosa", se deduce que el *Qadi* aplica solamente el Derecho islámico y el tribunal rabínico el Derecho hebraico. Partiendo de las primeras funciones de estos tribunales, no estaban suficientemente preparados para convertirse en jueces de Derecho internacional privado habilitados para aplicar las leyes extranjeras.

²¹⁰ Véase J. DEPREZ: "La réforme de l'organisation judiciaire et de la procédure au Maroc (Dahir de 15 juillet et 28 septembre 1974) et le Droit International Prive", *RJPEM*, 1977, vol. 3, pp. 57 y ss.

Lo que pone de relieve que el sistema marroquí de DIPr se basa en la premisa de la visión religiosa del Derecho. Ahora bien -como se ha señalado-, tras la entrada en vigor de la Ley núm. 73-03, todas las secciones del TPI tienen competencia para reconocer decisiones extranjeras, sin que se tome en cuenta la distinción entre que se trate de un asunto que se refiere a un extranjero o a una persona que profesa la religión islámica²¹¹.

b) Consecuencias con respecto al estatuto personal

Si bien la distinción basada en la nacionalidad había desaparecido en cualquier otra materia, el estatuto personal continuaba de dependerse de un Tribunal diferente en función de la nacionalidad de los litigantes, Tribunal de *Sadad* para juzgar el estatuto personal de marroquíes, y el Tribunal regional para conocer de estatuto familiar de extranjeros²¹². Sería, sin embargo, impropio, valorar esta situación como una conservación del antiguo criterio de nacionalidad -en principio abandonado a partir de 1965-. Ahora bien, la jurisdicción de *Sadad* no fue exclusivamente representada en un “Tribunal para marroquíes”, y el Tribunal regional no fue concretamente una “jurisdicción para extranjeros”.

²¹¹ Véase M. LOUKILI: “Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las decisiones españolas relativas al estatuto personal y familiar” en, AAVV, *Inmigración e integración de los inmigrantes desde una perspectiva hispano-francesa en el contexto de las actuales políticas comunitarias sobre inmigración*, Comares, Granada, 2010, pp. 285 y ss.

²¹² Para más concreción, el criterio adoptado en 1965 no es el de nacionalidad del litigante, sino más bien, que pertenezca o no al campo de aplicación del estatuto islámico o hebraico. Es sabido que en virtud de *Dahir*, de 24 de abril de 1959, los extranjeros de confesión musulmana son justiciables ante los tribunales de *Shra’e*, por tanto regidos por la *Mudawwana*, esto es, aunque su ley nacional les somete a un estatuto civil. En el seno de *Sadad*, el *Qadi* fue competente no sólo respecto a los marroquíes musulmanes, sino también respecto a los extranjeros musulmanes asimilados en este aspecto a los marroquíes. Bajo esa excepción, consta que en la gran mayoría de los casos el Tribunal de *Sadad* fue la figura del Juez de estatuto personal de marroquíes, mientras que el Tribunal regional representaba la figura del Juez de extranjeros, salvo los musulmanes. Como, el criterio retenido es, más bien, en el ámbito de aplicación del derecho religioso (más que la nacionalidad).

Ambos tribunales le correspondía una amplia competencia, en particular en materia civil, comercial, administrativa y penal, respecto a todo justiciable sin consideración de nacionalidad. Lo que ha sobrevivido en materia de estatuto personal, es más bien una cierta diferenciación entre nacionales y extranjeros, no obstante el significado no era evidentemente el mismo que el anterior, cuando el propio sistema permitía la organización resueltamente discriminada de unos y de otros ante la justicia en distintos ámbitos de estatuto personal.

Tras la determinación de las atribuciones respectivas del Tribunal de *Sadad* y del Tribunal regional, el panorama es el siguiente: en primer lugar, además de las competencias que le han sido reconocidas por ley en diversos campos, el Tribunal de *Sadad* ha heredado la competencia de las jurisdicciones religiosas formalmente anuladas en 1965, mediante sus secciones de *Shra'e* y de asuntos rabínicos. Por este motivo, se especializó desde entonces en temas de estatuto personal de marroquíes.

Considerado bajo este último aspecto, el *Sadad* puede pues representar el derecho religioso y, por consiguiente, el “Juez de marroquíes”. De manera que la persistencia de la justicia “religiosa” en el seno de *Sadad* fue un hecho, del antiguo Tribunal religioso a la sección especializada de *Sadad*, la influencia es evidente. Es bien conocido que los *Qadis* y rabinos, integrados en el órgano jurisdiccional unificado, han sido los fieles de los jueces religiosos -los mismos en el régimen anterior-.

El legislador de estatuto personal marroquí había creado una competencia propia, evidentemente el Juez competente apareció como Juez exclusivo de marroquíes. Es el carácter religioso, sea real o pretendido, de una jurisdicción que no suponía que dicha interpretación. Ahora bien, este análisis no se ajusta que al único marco de estatuto personal, porque la jurisdicción de *Sadad*, considerada generalmente esta vez, en todas sus atribuciones, como las otras jurisdicciones unificadas, y por consiguiente, competente respecto a todo justiciable indiferentemente de su nacionalidad²¹³.

²¹³ Véase, S. BELMIR, « Arrawabit Al'aaliya Fi Alqanun Addawli Aljasse Almaghrebi », *Manchurat Jam'iyat Tanmiyat Albuhuth Waddirasat Alqadaiya*, 1988, pp. 10 y ss.

Para concluir, el Tribunal de *Sadad* no representa al Juez de marroquíes, sino al Juez de todos, similar a toda jurisdicción unificada. La limitación de su competencia respecto a litigantes nacionales en materia de estatuto personal no podía analizarse, bajo ningún concepto como voluntad de separar extranjeros y marroquíes ante la justicia. Por ello, se explicaba más bien por razones relacionadas con la estructura de los tribunales de 1965, y a las condiciones en las cuales se ha efectuado la transición a un nuevo orden judicial, que por otros motivos.

En cuanto al Tribunal regional, que ha heredado numerosas competencias antes atribuidas a los tribunales modernos -los mismos sucesorios de tribunales franceses-, se le han confiado entre otras, aquellas competencias relativas al estatuto personal extranjero, tal como figuraba entre las atribuciones de sus predecesores. Finalmente, con la instauración en 1974 del TPI y de la función del Juez de derecho común en materia civil, comercial, administrativa y social, la etapa de evolución habrá llegado a su fin, subrayando en materia de estatuto personal como en otras, la eficacia de que los extranjeros se recojan a la misma jurisdicción que los marroquíes²¹⁴.

III. SISTEMA MARROQUÍ DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACTUAL

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE INSPIRACIÓN ISLÁMICA

A) Influencia del Derecho islámico en la elaboración del Derecho internacional privado

La presencia del Islam como referencia existe, en realidad, en todos los ordenamientos de los países islámicos y no sólo en los del Magreb. El Islam representa no sólo una religión, sino un conjunto de principios a los que resulta difícil renunciar

²¹⁴ Véase, A. MOULAY RCHID: «Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel», *Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 143 y ss.

(como se ha señalado *supra*). Si bien los países árabes, tras su independencia, han intentado llevar a cabo una serie de reformas para revestir sus leyes de un aspecto más moderno y actualizado, es innegable el carácter religioso de esas normas²¹⁵. Así, los países magrebíes, en general, han aprobado normas en materia de DIPr y las han incluido en los Códigos, entre ellos, en el Cc, como sucede en el caso de Argelia, Libia y Mauritania, o en textos especiales, como en el caso de Túnez y Marruecos.

La incidencia de las circunstancias históricas, económicas, sociales y políticas es bastante evidente en la codificación de DIPr, en especial, en materia de estatuto personal en todos los países del Magreb y, en particular, en Marruecos. En un principio, estos textos han establecido la sujeción de los extranjeros respecto a su estatuto personal a su ley nacional, una respuesta que ha resuelto el conflicto en el DIPr comparado entre el Derecho nacional y el de origen en esta materia a favor del primero. Esta opción no fue casual, sino que se trataba de una tradición bien arraigada en el pensamiento del mundo islámico. Así mismo del principio de la personalidad de leyes, que dispone que los extranjeros se sujetan a su ley nacional, conocido en algunas etapas también por el derecho de la nacionalidad en las reglas del Derecho marroquí.

Los países islámicos no han sometido nunca los extranjeros a la ley de origen, de modo que la religión es el elemento que determina la ley aplicable a cada persona. La razón de la aplicación de este principio tiene su inspiración del Derecho francés, y después se sitúa el fenómeno de la inmigración, por el hecho de que los países magrebíes tienden a reservar la identidad de sus ciudadanos en la lucha contra la política de captación o de integración que aplican los países europeos. Independientemente de los sustantivos mencionados, ha de corroborar una cuestión interesante, aparte de la atribución principal al derecho nacional, los sistemas de DIPr magrebíes han incluido una regla de carácter nacional-y religiosa también-, que exige la aplicación del Derecho local en exclusiva en todas las relaciones en las cuales una parte sea ciudadana.

²¹⁵ Véase, K. BARJAWI: "Taqiim Mudawwanat Alusra Min Zawiat..." *loc. cit*, pp. 34 y ss.

Esta regla es conocida por la preferencia del “privilegio de la nacionalidad”, que permite la aplicación de las normas de su estatuto personal. Sin embargo, el legislador marroquí y tunecino no ha escogido esta regla explícitamente, aunque se lee en las obras de la jurisdicción o el esfuerzo intelectual de los jueces en varias ocasiones. Inciden en la aplicación de dicha regla consideraciones históricas y religiosas, cuyo origen se encuentra en el *Fiqh Alislami* y que obliga la sumisión de todas las relaciones de estatuto personal entre musulmanes y no musulmanes a las reglas del Derecho islámico.

Hay que resaltar que los jueces magrebíes intervienen para decidir sobre el privilegio, que exige -a su vez- la preferencia de la aplicación de un Derecho cuyo origen es islámico, en las relaciones mixtas cuya parte sea musulmana. Probablemente, los jueces no recurren en algunas ocasiones a las reglas de atribución, cuando se trata de la resolución de un asunto de estatuto personal de extranjeros musulmanes. Es más, descartan totalmente el uso del análisis conflictual, y acaban aplicando directamente las reglas del Derecho local²¹⁶.

La actitud de los jueces tiene su fundamento respecto al trato de los casos citados anteriormente, en los criterios del Derecho islámico, que distingue entre musulmanes y no musulmanes por religión y no por nacionalidad. Por ello cuando se trata de musulmanes, no valora recurrir al análisis conflictual, sino que se resuelve como cualquier caso interno. A partir de lo señalado, es notable que la respuesta del “conflicto de leyes” magrebí pueda variar en función del Juez que instruye el caso, y en función también de la nacionalidad o religión de los litigantes²¹⁷.

²¹⁶ Véase, A. BELQASEM, *Alqanun Addawli Aljass Aljazairi, Tanazu'e Alqawanin*, Dar Huma Aljazair, 2001, p. 63.

²¹⁷ Esto es, las respuestas son distintas en cada uno de los ordenamientos de los países magrebíes, Véase, K. BARJAWI, *Alqanun Addawli Aljass Fi Maddat Alahwal Achajsiya, Alhulul Almuqarrara Litanazu'e Alqawanin Fi Addawal Alislamiya Bayna Manteq Alintisab Ila Alumma Alislamiya Wamanteq Alintima'e Ila Alyama'a Addawliya*, Dirasa Muqarana Fi Arrawabit Addawliya Alkhassa Almagharibiya, Kulliyat Mohamed V, Rabat, 2001, p. 45.

Dada esta situación, caracterizada por la incoherencia en la respuesta en cuanto al trato de casos de DIPr magrebí en materia de estatuto personal, es totalmente contradictorio con los principios generales de DIPr comparado. El origen de todas las dificultades es el conflicto entre la antigüedad y la modernidad, puesto que los países islámicos se encuentran ante la elección entre lo tradicional cultural/histórico, y de otra parte la necesidad de apertura que exige la nueva etapa. Es el motivo de la dualidad que ha afectado a los sistemas jurídicos magrebíes de DIPr, algunas veces se toma en consideración las reglas del Derecho islámico, y en otras ocasiones se opta por la aplicación del Derecho positivo²¹⁸.

B) Carácter del sistema actual de Derecho internacional privado marroquí

a) La impronta colonial

El DIPr marroquí heredado, como es bien sabido, del DCC de 1913, es un legado jurídico del Protectorado francés, que se mantuvo después de la independencia en 1956, y se extendió al conjunto del Reino desde la Ley de unificación, de 26 de enero de 1965. Hay que señalar que, tanto el espíritu como el contenido de dicho Código se enmarcan en un contexto histórico muy preciso y actualmente superado. En efecto, el DIPr marroquí del Protectorado estuvo presidido por una coyuntura histórica excepcional, íntimamente vinculada con la resistencia de Marruecos frente a la codicia extranjera: la tradición de la personalidad de la ley en el Islam y la de la época capitular, las derrotas de Isly (1844) y de Tetuán (1860), la Convención de Madrid ,de 3 de julio de 1880, el Acta de Algeciras, de 7 de abril de 1906, el Acuerdo Franco-Alemán, de 9 de noviembre de 1911, el Tratado del Protectorado y el DCC, de 12 de agosto de 1913.

²¹⁸ Véase, A. MOULAY RCHID, "Les grandes lignes du droit international privé marocain en matière de statut personnel" *Revue de droit et d'économie*, n°7, 1997, pp. 45 y ss; K. BARJAWI, *Alqanun Addawli Aljass Fi Maddat Alahwal Achajsiya...*, op.cit, p. 14.

Cabe recordar que la tradición personalista es, en realidad, ajena al sistema conflictual. Se observó el paso del criterio de la personalidad de la ley asumido por la vía de la tolerancia y el respeto, a tratarse de una elección impuesta por las capitulaciones a través de los privilegios²¹⁹. El DCC tuvo la principal finalidad de salvaguardar los derechos de los franceses y de los extranjeros, se trataba entonces de elaborar un estatuto nuevo del extranjero, para edificar un régimen más adaptado a la nueva situación.

Además, Francia debía ofrecer garantías suficientes, sea respecto a la organización judicial, sea en lo que concierne al derecho aplicable para llevar a las potencias extranjeras a renunciar a sus privilegios consulares, y a la vida bajo una ley extra-territorialidad. Se trata de un texto liberal, de un internacionalismo que concilia a todos los nacionalistas, una legislación recogida en 20 artículos, cuyo prestigio en Marruecos fue igualitario al DOC, CC, con la pretensión de que represente realmente al Código de DIPr marroquí.

Excepto los arts. 1, 2 y 6, que se refieren al goce de derechos, los arts. 19 y 20 regulan el *exequátur*, el art. 7 respecto a la nacionalidad de las sociedades, el DCC aborda principalmente el conflicto de leyes, por tanto registra la etapa de nacimiento de esta teoría en Marruecos. Formula las reglas de conflicto para las relaciones más principales, favoreciendo o privilegiando las situaciones creadas y nacidas en Marruecos. El DCC ha servido de modelo para España, en la elaboración de su DCC de 1 de junio de 1914, y la ex zona de Tánger de 15 de enero de 1924. Además este Código, representa un soporte del sistema político, económico y jurídico, que consagra el principio de respeto integral de la ley extranjera de estatuto personal, del reconocimiento –excesivo- de derechos a personas extranjeras (arts. 1, 2 y 6).

El sistema de DIPr del Protectorado fue pensado y desarrollado, para una absoluta ruptura con ciertas particularidades de la sociedad marroquí. El rol del Islam

²¹⁹ Véase, M. HATIMI: “Le privilège de juridiction sous le régime des capitulations au Maroc”, *RJPFM*, nº 5, 1979, pp. 97 y ss ; M. ABOUD, *Markaz Alayanib Fi Almaghrib, dirassa qanuniya liwadiyat Alayanib fi Almaghrib qabla alhimaya wa jilalah*, matabi’e u’kad, Rabat, 1988, p. 130.

en la definición de la identidad estuvo completamente ausente. Si bien los componentes locales en todo Estado soberano, como es bien sabido, determinan la construcción de DIPr, el Islam no fue jamás incluido como componente de la ley del foro. Es más, se prescindió por completo de la idea de que Marruecos es un país islámico. Además, se consideró que el orden jurídico islámico se oponía al estado de los extranjeros. Durante el Protectorado, el principio de la personalidad de leyes se llevó al extremo y, a cambio, se redujo drásticamente el principio de territorialidad.

Insensible al Derecho islámico, el DIPr marroquí de la época se caracterizó por una teoría particular de la calificación, del reenvío, de la condición de la ley extranjera, de orden público. Y, de ahí que el DCC fuese admitido, alabado, respetado, justificado, comentado y criticado. Todo ello se ha reflejado en una doctrina vigilante, dinámica y una jurisprudencia abundante. Efectivamente, el legado jurisprudencial y doctrinal es impresionante y su importancia se mide desde el día siguiente a la independencia. Teórica y obviamente, el sistema de DIPr marroquí del Protectorado no puede parecer, o igualar al de un Estado en el que no se limita la soberanía.

b) Tendencias recientes

El actual sistema de DIPr es heredero del adoptado durante el Protectorado francés. No obstante, liberado, desde la independencia, de la hipoteca internacional que pesaba sobre él, el actual sistema de DIPr evoluciona de forma constante, pese al acoso de la herencia y las presiones exteriores. Esto es, un sistema en fase de construcción. Por ello, en su configuración actual resaltan las vacilaciones y, sobre todo, las contradicciones²²⁰. Sin lugar a duda, el desarrollo de la teoría del conflicto de leyes transcurrió en varias etapas, las circunstancias históricas, en particular, las distintas políticas han influido notablemente en su evolución.

²²⁰ No obstante, la “teoría del conflicto de leyes” se presenta en un nuevo marco en materia de estatuto personal. Véase A. MOULAY RCHID: “Le Droit International...” *loc. cit.*, pp. 145 y ss; R. BENATTAR: “Problèmes relatifs au DIP de la famille dans les pays de droit personnel”, *R.C.A.D.I.*, 1967, pp. 14 y ss ; J. MAUREY: “Règles générales des conflits de lois”, *Rec cours La Haye*, nº167, 1936.

Obviamente, tras la independencia, dejó de justificarse una concreta opción política, que había llevado a permitir la constitución de instituciones desconocidas para el foro. Si bien la situación anterior se mantuvo hasta 1974, la reforma del CPC no fue realizada muy pronto. Esta prolongación del antiguo estado durante un periodo de dieciocho años tras la independencia contribuyó también a mantener vivo en el Derecho positivo de Marruecos figuras que desaparecieron posteriormente en la nueva codificación, elaborada en una coyuntura política diferente a la de 1913.

Así, los procedimientos de estatuto personal preparados por el CPC de 1974 se refieren a instituciones familiares que existen actualmente en el Derecho del foro. Ha de indicarse, en este sentido, que un sistema crea reglas de procedimiento, ante todo, para el orden interno y en función de instituciones existentes en el Derecho interno²²¹. No asombra que el legislador marroquí, tomando su distancia respecto a la personalidad de la ley, haya querido borrar todo lo que estuvo ligado a un pasado que se desea olvidar²²².

La posición adoptada por el legislador adquiere una gran importancia, en especial, por el efecto que tendrá más adelante sobre la labor del Juez marroquí, que resolverá un conjunto de dificultades, las cuales escapaban bajo el imperio del antiguo CPC, como sucedía con la constitución de instituciones extranjeras desconocidas. Una dificultad que no es nueva en DIPr, pero sí en Marruecos, porque las disposiciones del CPC antiguo lo resolvían de un modo original.

²²¹ En cuanto a la teoría de conflicto de leyes, han existido tendencias diferentes de un país a otro. Sin embargo, los países anglosajones han optado por la aplicación del derecho de origen, y más tarde, incluso en Europa también se ha llegado a la prevalencia de este derecho frente a otros. Véase en este sentido, M. ABOUD, *Alwayize fi alqanoune addawli...*, *op. cit.*, p. 174.

²²² Bajo la intervención del orden público, los sistemas modernos de conflicto no rechazan acordar los efectos a las instituciones extranjeras desconocidas. Hay múltiples manifestaciones, porque un sistema flexible, tiene la capacidad suficiente para absorber, o recibir las instituciones extranjeras. No obstante la cuestión de orden público, el reconocimiento de una institución extranjera heterogénea deviene técnicamente difícil, a veces imposible, implicando las formas en las cuales los procedimientos por hipótesis inexistentes en el foro.

Por último, con independencia de la incompatibilidad con el orden público, todo sistema jurídico está técnicamente preparado para recibir las instituciones extranjeras, calificarlas y reconocerlas. Por tanto, todo sistema posee un aparato jurisdiccional y procesal para responder a las diferentes necesidades, que no sería posible solo mediante el juego de la equivalencia y de la analogía, que permiten a menudo las transposiciones necesarias²²³.

2. CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA MARROQUÍ DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A) Sectores del Derecho internacional privado

a) Sistema ajeno al tradicional “conflicto de leyes”

Como es sabido, en el momento actual, los sistemas de DIPr tienen una fuerte impronta conflictualista, resultado de una concreta concepción nacida en un momento histórico determinado (s. XIX) y recogida en la obra de F.K. von Savigny²²⁴. Y, en particular, procede de la adopción de la norma de conflicto como paradigma para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales²²⁵. Así, la construcción de Savigny

²²³ Un concreto ordenamiento refleja la diversidad de instituciones, pero también la permanencia y universalidad de la naturaleza humana, que permite apreciar, incluso en el caso de las más heterogéneas una similitud en cuestiones básicas o fundamentales. Véase, P. GANNAGE: “La coexistence des droits confessionnels et des droits laicisés dans les relations privées internationales”, *RCADI*, 1979, pp. 195 y ss.

²²⁴ Véase F.C. SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, Tomo 6, Libro III (Imperio de las reglas del Derecho sobre las relaciones jurídicas), trad. de J. de Messía y M. Poley, Madrid, 1875.

²²⁵ Como es sabido, la contribución de Savigny supuso un giro copernicano en la comprensión o tratamiento jurídico de tales situaciones, al situar el centro de atención en la propia relación jurídica y no en la norma. Así, a partir de dicho momento, la función del sistema de DIPr consiste en localizar la relación en el ordenamiento en el que se encuentre su sede, esto es, el más estrechamente vinculado, de acuerdo con el principio de proximidad. S. SÁNCHEZ LORENZO:

parte de que todos los ordenamientos se encuentran en pié de igualdad y, por ello, la norma de conflicto agota su función localizando aquél con el que la relación (o un concreto aspecto de la misma) se encuentra más estrechamente vinculada, sin que exista ninguna preferencia o primacía de ningún sistema sobre otro²²⁶.

La identificación del Derecho aplicable se realiza basándose en conexiones o criterios de política del Derecho que, en principio, tienen carácter objetivo (nacionalidad de las personas, su residencia habitual, el lugar de situación del bien, el lugar de cumplimiento del contrato, por citar sólo algunos ejemplos), de un lado, y, de otro, a través del estudio del concreto ámbito al que se trata de dar respuesta, para que la solución atributiva pueda dar una solución satisfactoria. En todo caso, la intervención del sistema de DIPr requiere la existencia de un elemento extranjero y la presencia de, al menos, dos ordenamientos, siendo necesario el empleo de un criterio general de equidad, respetar los derechos individuales y adecuarse al interés estatal²²⁷.

De otra parte, la metodología conflictual supone la división del mundo en países separados por fronteras geopolíticas, que delimitan su ámbito al área en la que ejercen su soberanía y, por ello, ejecutan sus decisiones. Y, en tercer extremo, si bien el sistema de DIPr, como marco de regulación de las relaciones privadas tiende a conseguir la coordinación entre los sistemas, ¿sigue cumpliendo esta función en el

“Globalización, pluralidad cultura y Derecho internacional de la familia”, *XXIII Congreso* 13-17 septiembre, 2004, Secretaria general, Madrid, 2004. pp. 8 y ss.

²²⁶ Dicha localización es objetiva, esto es, tan sólo existe un ordenamiento con el que la concreta situación se encuentre más estrechamente relacionada, en la concepción del autor (véase P.G. VALLINDAS: “La structure de la règle de conflit”, *RdC*, 1960-III, vol. 101, pp. 333 y ss). De otro lado, la norma de conflicto habría logrado la armonía de decisiones, esto es, que las autoridades de cada país otorguen la misma solución a un concreto caso, en la medida en que todas ellas contarán con las mismas normas de conflicto, que emplearán los mismos criterios como puntos de conexión. Sin embargo, el mito de la armonía de decisiones resultó ser una falacia, pues cada legislador es libre de elegir los criterios para realizar la citada remisión o localización.

²²⁷ En el marco del DIPr moderno, el método localizador de la relación es una aportación que se atribuye, como es sabido, al erudito alemán F.K. von Savigny en el siglo XVIII, a pesar de que se había ya creado con anterioridad por el jurista alemán Wächter. Su aplicación requería la pertenencia de los distintos sistemas jurídicos a la misma civilización jurídica, esto es, que existiese entre ellos cierta identidad, entendida en términos de su participación a la misma comunidad jurídica (órbita jurídica). Entre otros, véase, R. FRANÇAIS, *Droit International Privé T I théorie générale*, 1ª éd., 1977, nº 511, p. 178.

momento actual?²²⁸. Para responder a esta pregunta, ha de considerarse que el método localizador propugna –como se ha señalado- la igualdad entre los ordenamientos, de tal forma que todos pueden aplicarse al caso concreto²²⁹.

Sin embargo, en los países islámicos, las reglas pertenecientes al sistema de DIPr se asentaban en el *Fiqh Alislami*, que dividía el mundo en *Dar Alislam* y *Dar Alharb*²³⁰. Evidentemente, no se planteaba en aquel momento la existencia de un “conflicto de leyes” cuando se trataba de dar respuesta a una cuestión relacionada con una persona que profesaba la religión musulmana, dado que la *Umma* no conlleva divisiones ni contradicciones. Por tanto, se trataba por igual a todos los que profesaban esta fe y, por consiguiente, se sometían a las reglas de la *Sharia’a* (ley islámica)²³¹. No obstante, la dificultad se suscitaba cuando una de las partes no era musulmana.

Sin embargo, si bien esta situación primó en el pasado, posteriormente, al crearse los países arabo-musulmanes y delimitar cada uno de ellos sus fronteras políticas, surgió el conflicto –incluso- entre regímenes jurídicos de la misma índole (esto es, de

²²⁸ La doctrina ha destacado la evolución que ha experimentado el sistema de DIPr, en especial, a partir del momento de la codificación de las normas de conflicto en cada uno de los países, hasta el momento actual, destacando una concreta función del mismo, tendente a la coordinación de sistemas. Dicha función está relacionada con una concreta etapa histórica, en la que ya se había superado una concepción determinada de las relaciones entre los países, de pugna y confrontación, de forma que, tras la SGM, durante el período de la Guerra Fría, se desarrolla la idea de la coordinación de sistemas. Véase, entre otros, J. A. CARRILLO SALCEDO: “Le renouveau du particularisme en droit international privé” *RdC*, 1978-II, vol. 160, pp. 247 y ss.

²²⁹ Véase, B. ALAOU, *La loi personnelle dans les relations franco-marocaines en DIP français et marocain*, thèse pour le doctorat d’état, Paris II, 1978; A. FELLOUS, *Ahkam Alusra Lilyaliya Almaghrebiya ...*, *op. cit.*, p. 4.

²³⁰ *Dar Al islam* es la tierra en la que rige el Islam y en la que viven los musulmanes, en la que se aplica la ley islámica (*Sharia’a*). Permite a los cristianos y judíos regirse por las normas de su credo respecto a los asuntos de estatuto personal. En cambio, *Dar Alharb*, es la tierra de las personas ateas o agnósticas, con los que no existe ninguna relación, salvo la guerra y el conflicto continuo.

²³¹ Ha de mencionarse en esta sentido la diferencia entre la *Sharia’a* y el *Fiqh* como fuentes esenciales de Derecho islámico. La primera, como se ha señalado, se basa en el *Corán* y *Sunna* como fuentes escritas aceptadas en todos los países islámicos. El *Fiqh* es toda obra humana positiva, consecuencia de una larga evolución histórica, aunque hoy en día su interpretación se está siendo superado o evitado, dada su contradicción con la situación presente de los hechos.

base islámica)²³². Ha de subrayarse que, en Marruecos, hasta el final de la época del Protectorado, como en la mayor parte de los países islámicos, no existió un sistema de conflicto de leyes en sentido moderno, tal y como se conoce en la actualidad (véase *infra*). Ahora bien, si la técnica conflictualista no conoció el progreso prodigioso que sí se produjo en el occidente, surgió otra respuesta para las relaciones en las que estaba presente un extranjero²³³.

La condición del extranjero se regulaba por los tratados concluidos entre el *Sultán* y las potencias extranjeras, de forma que la renovación de los convenios se mantuvo con el transcurso de los siglos. Ahora bien, por último, cabe señalar que resulta precipitado indicar que el Islam ignora el conflicto de leyes y ello, con independencia de que Marruecos, como país islámico, se basó siempre en la distinción entre jueces consulares y locales, que aplicaban sus respectivos derechos, como se verá a continuación.

b) Sistema de Protectorado y régimen de privilegios

Tras la constitución del Protectorado, se aprobaron un conjunto de leyes en Marruecos y, en concreto, el *Dahir* sobre la condición civil de los franceses y de los extranjeros, de 12 de agosto de 1913 (DCC). Asimismo, el *Dahir khalifi*, de 1 de junio de 1914, relativo a la condición civil de los españoles y de los extranjeros, adoptado en la “zona califal” ocupada por España y, más adelante, se aprobó el Código relativo a la condición de los extranjeros en la zona de Tánger, de 16 de febrero de 1924.

Se deduce –históricamente– que el principal objetivo del *Dahir* de 1913 era consolidar –en la legislación interna– la situación en la que se encontraban los extranjeros en un momento anterior a la época del Protectorado. Aún más, Francia se comprometió a respetarlo, siempre que Marruecos formase parte de su proyecto de

²³² Por tanto, se estaba en presencia de los mismos elementos de análisis conflictual de Savigny. Véase, K. BARJAWI, *Alqanun Addawli Aljass...*, *op. cit.*, p. 6.

²³³ Véase, J. DEPRez, *Législation comparée droit international privé et conflits entre les status personnels historique, théorie générale des conflits de lois*, 1981, p. 8.

Protectorado. Por ello, en el art. 2 se intentó establecer el principio de igualdad en derechos entre franceses y ciudadanos de otros países extranjeros²³⁴.

En efecto, durante el régimen de Protectorado, el extranjero gozaba de un doble privilegio: de jurisdicción y de legislación. El propio sistema del Protectorado tuvo – incluso- que organizar el reparto de competencias entre la jurisdicción consular y la del Estado islámico, garantizando que el Juez asignado no aplique más que su propia ley²³⁵. En cuanto al privilegio de jurisdicción, el extranjero se encontraba sometido a la jurisdicción de su propio país, esto es, ante el Tribunal Consular de su nación, y al mismo tiempo, dicha autoridad aplicaba el derecho de su país (de origen).

De otra parte, en el siglo XIX, con la agravación de la dominación extranjera y por influencia de diversos Tratados, entre ellos, el de 9 de diciembre de 1856, con Gran Bretaña, se había planteado el principio de competencia del Tribunal del demandado y, por consiguiente, se obligaba a todo marroquí demandante a presentar su demanda ante el Tribunal Consular, siendo de este modo justiciable en su propio país ante una jurisdicción extranjera. Situación calificada de “anómala”, que hasta entonces no fue tolerada por el Derecho común de Protectorado.

²³⁴ De otro lado, los arts. 1, 2, 6 y 7 regulan, con carácter general, los derechos y, en particular, los art. 1 y 2 abordan asuntos relacionados con las personas físicas y los arts. 6 y 7 se refieren a las personas jurídicas. Otras disposiciones se ocupa del conflicto de leyes y del reconocimiento de decisiones extranjeras. Véase, M. ABOUD, *Alqanun Addawli Aljass...op. cit*, p. 149.; y A. BELMIR: «Arrawabit Al’ailiya Fi Alqanun Addawli Aljasse Almaghrebi», *Manchurat Jam’iyat Tanmiyat Albuhuth Waddirasat Alqadaiya*, 1988, pp. 50 y ss.

²³⁵ Si bien el conflicto de jurisdicciones eclipsa al conflicto de leyes o –por lo menos- condiciona su resolución, la relación entre la competencia judicial y legislativa es la línea dominante en un sistema, que ignoraba –en un principio- la noción moderna de conflicto de leyes. Como es sabido, dicha noción conlleva que la autoridad competente aplique un ordenamiento extranjero cuando sea reclamado por la norma de conflicto del foro, véase R. JAMBU MERLIN: “Essai sur l’histoire des conflits de lois au Levant et en Afrique du nord” *R.C.D.I.P.* 1958, pp. 1-35.

En segundo extremo, en cuanto al privilegio de legislación, suponía que cada extranjero se sometía a las leyes de su propio país²³⁶. Por último, la situación de los extranjeros se regulaba por el régimen de privilegios, que les permitía gozar de todos los derechos, como si estuvieran en su país, salvo algunas restricciones respecto a la adquisición de bienes muebles.

c) Situación tras la independencia

Para analizar el DIPr marroquí, es necesario abordar una doble perspectiva: de un lado, el hecho de que Marruecos pertenezca a la comunidad islámica, que conlleva determinadas consecuencias, que se han mantenido durante los siglos, como se ha señalado con anterioridad. De otra, su participación en la comunidad internacional, que cuenta con un bagaje histórico, sólidamente arraigado. De hecho, muchos juristas vinculan la ambigüedad del sistema de DIPr marroquí actual en materia de estatuto personal con esta doble pertenencia, como se verá a continuación.

Ahora bien, la independencia del país en 1956 supuso un importante hito en la configuración del sistema marroquí de DIPr, en la medida en que dejó de tener la marcada impronta colonial para comenzar a desarrollarse un sistema propio y particular del nuevo país²³⁷. Tras la unificación de la legislación marroquí en virtud de la Ley, de 26 de enero de 1965, se derogaron (a partir del 01/01/1966) los dos Códigos, y entró en vigor el *Dahir* de 1913 en todo el territorio marroquí. Si bien el MJ en los primeros años tras la independencia puso en marcha un nuevo proyecto de ley respecto a la situación civil de extranjeros y después lanzó el segundo proyecto entre los años 1967 y 1968, no llegó a aprobarse posteriormente ninguna normativa nueva

²³⁶ Ahora bien, el privilegio consular se aplicaba habitualmente en los litigios mixtos sea respecto a los extranjeros o sujetos subordinados del *Sultán*, los mismos hasta el final del siglo XVIII se sometieron siempre a la competencia de la jurisdicción marroquí. Los súbditos del Rey o del *Sultán* "*Ra'aya Assultán*", es la expresión usada para diferenciar a los marroquíes musulmanes de otros.

²³⁷ Véase, M. BOURELY: "*Le Droit international privé du Maroc...*", *loc. cit.*, pp. 212 y ss.

sobre esta materia, salvo algunas normas que reformaron de forma parcial cuestiones puntuales.

Por ello, se partía de la aplicación del *Dahir* de 1913, con la citada reforma²³⁸. Tal como se ha mencionado anteriormente, es una norma más amplia de lo que se entiende de su título, dado que no sólo se refiere o regula la cuestión del goce de derechos por los extranjeros en Marruecos, sino que también recoge reglas de DIPr y, en concreto, normas de conflicto²³⁹. Ahora bien, tras la independencia de Marruecos en 1956 tuvo lugar de forma progresiva la normalización del sistema, a través de un retorno a la territorialidad.

En cuanto a las cuestiones relacionadas con el estatuto personal, sólo se utiliza el razonamiento conflictual cuando se trata de extranjeros, que no profesan la religión islámica, porque, si están implicadas, personas musulmanas y no musulmanas, se considera que prima la *Umma* sobre la nacionalidad y su aplicación trata de salvaguardar los principios del Islam, tomando en cuenta que un musulmán no se someterá nunca a una ley extranjera en tierra del Islam²⁴⁰.

Otra normativa interesante es el CPC de 1974, a pesar de que sus disposiciones sobre el estatuto personal tienen carácter genérico. Así, los arts. 179 a 268 se aplican a todos los marroquíes, con independencia de su confesión (esto es, sean o no musulmanes). Con independencia del régimen jurídico del *exequátur*, que se analiza *infra* de forma más detenida y, en particular, en el Capítulo Tercero, el balance de las novedades que aporta al actual DIPr el citado CPC son menos profundas, y pueden calificarse incluso de superficiales.

²³⁸ Véase, entre otros, A. SALAMA, *Mabadi'e Alqanun Addawli Alkhasse Alislami Almuqaran. Dar Annahda Ala'rabiya*, Alqahira, 1989; A. BELMIR: "Alahwal Achaksiya Lilajanib Fiattachri'e Almaghrebi..." *loc. cit.*, pp. 2 y ss.

²³⁹ Ha de indicarse que dicho *Dahir* no fue el resultado de un proyecto legislativo previo elaborado en Rabat, como sucedió con otras leyes promulgadas en 1913, sino que fue preparado íntegramente por el Prof. A. Geauffre de Lapradelle (Universidad de Paris).

²⁴⁰ Véase, M. ZOUGARI, *Ahkam Alqanun Addawli Aljass fi Tachri'e Almaghrebi, Aljuz'e Athani "Tanazu'e Alqawanin"*, Dar Tubqal linachre, Addar Albida, 1992, p. 80.

En el caso de la competencia internacional, ha desaparecido la diferencia entre marroquí y extranjero, de tal forma que se restablece la aplicación territorial de las reglas procesales. De otro lado, si bien se mantiene el principio de personalidad de la ley, se interpreta de acuerdo con otros criterios, más ajustados y adaptados a la especificidad de la ley islámica, en la que también ha tenido una fuerte impronta.

Se trata de respuestas que siguen perteneciendo al núcleo de las cuestiones que aún proceden del pasado colonial y que, en concreto, en el caso del criterio de la personalidad de la ley, constituía claramente una “subordinación exagerada” al régimen colonial. Si bien las reformas posteriores no modifican directa ni fundamentalmente el citado sistema, se introdujeron algunas enmiendas de forma progresiva tanto por vía legislativa como a través de la jurisprudencia.

De este modo, se van resolviendo anomalías heredadas del pasado colonial reciente, en la medida en que la ley extranjera, en especial, en materia de estatuto personal, gozaba de una condición particularmente favorable y un respeto casi absoluto, en nombre de una aplicación exorbitante del criterio de la personalidad. Dicho criterio, que era tradicional en el Islam, regía en Marruecos a consecuencia de un concreto contexto político, vinculado a la dominación extranjera durante la época del Protectorado y con el estatuto internacional, que tenía Marruecos en dicha época.

Tras la independencia, este principio no apareció más que de forma puntual, así como en forma de tendencia durante los años sesenta del pasado siglo, tanto en el plano legal como jurisprudencial. Hay que tener en cuenta que la transición se realizó mediante soluciones puntuales y fragmentarias (tal como se analiza *supra*), al mismo tiempo que subsistieron en más de un ámbito posiciones tradicionales herederas del Protectorado²⁴¹.

²⁴¹ Consúltese V. A DE LAUBADERE: “Le statut international du Maroc et l’arrêt de la Cour Internationale de Justice”, *Revue Juridique et politique de l’Union Française*, 1952, Rabat, 12 de nov. 1952, pp. 76 y ss.

Por ello, tras la independencia, no se produjo ninguna revolución que transformase el sistema conflictual vigente durante la época del Protectorado, sino que se mantuvieron algunas respuestas ya establecidas, en nombre de un conservadurismo, que condujo al legislador a optar por prolongar la vida de las codificaciones del Protectorado²⁴². La tradición de la personalidad de la ley es, por cierto, inmemorial en el caso de Marruecos y anterior en el tiempo a la época colonial, pero persistió y recibió un apoyo importante durante este período, así como posteriormente²⁴³.

No extraña en el análisis del DIPr marroquí, por el motivo, de que la aprobación de un nuevo CPC fuese el momento para suprimir ciertas reminiscencias del pasado, que se habían mantenido tras la independencia. Así, cabe decir, que en Marruecos se opera una evolución, realizada a través de pequeños retoques y de forma discreta. En otros aspectos, la independencia ha sido la ocasión para realizar una actualización de toda la codificación sobre la condición del extranjero, para eliminar lo que aún pudiese permanecer vinculado o relacionado con el pasado colonial. El método adoptado por el legislador marroquí ha consistido en realizar una reforma silenciosa, menos llamativa, quizás, pero más eficaz de lo que se esperaba.

Un completo balance de estos acontecimientos requiere –naturalmente– que sean estudiadas las sucesivas reformas aportadas por la reciente codificación en materia de competencia, de procedimiento y sobre la condición de la ley extranjera, todo en materia de estatuto personal, analizando también las importantes reformas

²⁴² Si bien es evidente que, con el tiempo, se mantengan ciertas reglas exageradamente personalizadas, el papel “excesivo” reconocido a la ley extranjera en el conflicto de leyes, se ha vuelto eminentemente cuestionado, al menos, ante los ojos de aquéllos que ven, en el sistema heredado del Protectorado un legado del periodo colonial del que era conveniente desembarazarse lo más pronto posible.

²⁴³ Las ilustraciones múltiples de este reflujo residen en soluciones difundidas que van en el mismo sentido, el retroceso del principio de la aplicación integral de la ley personal extranjera: preponderancia del estatuto marroquí sobre el estatuto extranjero en los conflictos concerniente a los matrimonios mixtos. Cabe citar en este sentido, la STS, de 5 de julio de 1967, sobre la competencia de los tribunales marroquíes en materia de separación de españoles, opción doctrinal propuesta por el Presidente del TS en su discurso, de 5 de octubre de 1967, y tendente a reconocer al Derecho marroquí musulmán las funciones propias de una ley extranjera (*lex fori*).

introducidas respecto al *exequatur*, entre ellas, en particular, el abandono del poder de revisión de la decisión extranjera. Se ha denominado a éste “cambio teórico”, porque dicho control no se utilizó prácticamente en Marruecos, como puede comprobarse a través del análisis de la jurisprudencia²⁴⁴.

En este sentido, el citado poder de revisión, presente en el antiguo CPC de la época del Protectorado, se incorporó en la teoría marroquí del *exequatur* por influencia de las soluciones francesas, que admitían la posibilidad de que el Juez revisase las decisiones extranjeras por razones de conveniencia y oportunidad de tipo político y estratégico,-tal como se refleja en el apartado anterior-. Ahora bien, como se sabe, la jurisprudencia francesa en su evolución de acuerdo con los parámetros internacionales, optó por prescindir del citado control o poder de revisión, (en concreto tras la célebre Sentencia de la *Cour de Cassation* en el Asunto Muzer).

En todo caso, permanece patente que el control o posibilidad de revisar el fondo de la decisión extranjera, como se ha señalado, fue producto de la influencia de las teorías francesas importadas en Marruecos a partir de 1913, sin que contase con ninguna tradición local anterior. Lógicamente, en 1974 el panorama político y social es totalmente distinto, y por tanto, ya no existen causas que motivan la conservación de soluciones de estas características en el Derecho positivo marroquí, que, de otro lado, están ahora ausentes en la mayoría de los sistemas de DIPr. Este criterio fue una demostración de un conservadurismo inútil con respecto a un aspecto muy criticable del sistema heredado del Protectorado²⁴⁵.

²⁴⁴ Véase, entre otros, G. ESTEBAN DE LA ROSA/T. SAGHIR: “Reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio (en el marco de las relaciones hispano-marroquíes)”, en, AAVV, *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Difusión Jurídica y Temas de actualidad, Madrid, 2009, pp. 513 y ss; G. OURDET, *L’effectivité en droit international privé*, (thèse), Nice, 1978, p.120.

²⁴⁵ Entre otros consúltese, G. STEFANI, *Leçons en Droit International Privé*, Paris, 1974, p. 65 ; M. LOUKILI, *Durus Fi Alqanun Addawli Aljasse*, Matbu’a A’la Araqina, Kuliyyat Alu’ulum Alqanuniya Waliqtisadiya Waliytima’iya, Rabat, 1991-1992, p.2.

En esta línea, se confirma que el Derecho nuevo se aleja del modelo creado con anterioridad. La eliminación de la facultad de revisión de la decisión extranjera supone obviamente, la apertura del *exequátur*, pero constituye también un alineamiento con el Derecho común de la mayoría de los sistemas modernos de DIPr, al traducir, en definitiva, el sentido profundo de las actuales tendencias del DIPr marroquí y la opción por realizar determinados cambios -recientemente introducidos- a través de las nuevas leyes sobre el procedimiento y la organización judicial.

Y, todo ello, con un objeto clave de liberar el sistema de ciertas reglas, que habían llegado a ser inútiles y, por consiguiente, inaceptables, conectando con el Derecho común de los sistemas de DIPr, en el cual se resuelven las singularidades que recordaban claramente un pasado -en adelante- cumplido. En este sentido, hay que poner de relieve que las novedades introducidas por las recientes codificaciones se sitúan directamente en la misma línea de la tendencia seguida por el DIPr marroquí, desde hacía una veintena de años, y reflejan la unidad de todas las fuerzas creadoras del Derecho, para elaborar un sistema independiente y libre de las particularidades de antaño, que se considera ahora el origen de la incompatibilidad con las actuales bases del orden jurídico y político marroquí.

Razón por la cual, los retoques realizados en 1974, en relación con la competencia, el procedimiento y el tratamiento de la ley extranjera, no han suscitado complicaciones particulares. Ha podido realizarse un retorno al Derecho común, sin que haya sido necesario resolver los difíciles problemas teóricos, que plantea la normalización del DIPr en los sistemas jurídicos, cuyo estatuto personal es religioso. Habitualmente, los sistemas vinculados con la tradición de la personalidad de la ley, excluyen toda territorialidad en los ámbitos en los que se afirma y, por el contrario, el predominio de la ley del foro en el caso de los países de Derecho civil.

En este sentido, se ha considerado durante bastante tiempo que esta particularidad ha sido impuesta por la naturaleza religiosa y pluralista de los estatutos personales, pero no se considera exorbitante. Sin haber introducido cambios importantes en sus legislaciones internas, ciertos países islámicos ponen ahora en

práctica un sistema de DIPr ordinario, en el cual el papel que juegue la *lex fori* es una cuestión que decide el Estado islámico, considerado como ordenamiento común para resolver las cuestiones que se plantean en las situaciones privadas internacionales. Egipto, en particular, como país-modelo, ha llevado a cabo una evolución en este sentido.

En el caso de Marruecos, el Presidente del TS en su discurso, de 5 de octubre 1967, señaló que se ha modernizado y codificado el Derecho islámico, lo que hace que no se justifique ya su exclusión del círculo de los países que cuentan con un sistema propio de DIPr. La afirmación que realiza sobre el papel que desempeña el Derecho islámico respecto al estatuto personal apunta hacia un rol que no jugó anteriormente y que hace que sea necesario, ahora más que nunca, realizar una reflexión doctrinal, con el objetivo de crear un nuevo DIPr en Marruecos. Por último, no plantea ninguna dificultad específica para el legislador marroquí abandonar las anomalías del pasado, sino que, por el contrario, no ha dejado pasar la ocasión para realizar un “retorno a la normalidad”²⁴⁶.

B) Especial alusión a la situación de los extranjeros en Marruecos

La situación de los extranjeros está regulada actualmente en el *Dahir* 1.03.196 aprobado el 11 de noviembre de 2003, en aplicación de la Ley núm. 02.03 respecto a la entrada y residencia en el Reino de Marruecos y a la inmigración ilegal. El concepto de extranjero –según el art. 1-, congrega cualquier persona que no ostenta la nacionalidad marroquí, cualquiera que no tenga una nacionalidad conocida, y la persona cuya nacionalidad sea difícil de conocer. Se concibe a partir de esta definición, que el legislador marroquí ha utilizado la nacionalidad marroquí en la delimitación del concepto extranjero, y no lo contrario.

²⁴⁶ Como señala la doctrina, cabe esperar que se pronuncien otros países islámicos en el futuro, porque parece que se trata del hilo conductor esencial de la evolución seguida por el DIPr marroquí a finales del siglo pasado [véase, J. DÉPREZ, “La réforme de l’organisation judiciaire et la procédure au Maroc et le Droit international privé (première partie)”, *RJPEM*, 1977, vol. 3, pp. 45 y ss].

Por tanto, ha considerado a cualquier persona que no goce de la nacionalidad marroquí, como extranjero, de acuerdo con las disposiciones de *Dahir* de 6 de septiembre de 1958, que regula la nacionalidad. La lógica de esta definición reside en que el legislador ha procurado -en la medida de lo posible- simplificar dicha definición, para evitar que la comprobación de la nacionalidad sea por medios fraudulentos y, por consiguiente, desviar el control de las autoridades sobre la estancia de personas extranjeras en su territorio.

Asimismo, si el vínculo que mantiene el extranjero con el estado marroquí es mediante una residencia provisional o permanente, no cambia su estatuto ni su nacionalidad como tal, salvo si adquiere la nacionalidad marroquí de conformidad con lo previsto en el art. 9 del CN²⁴⁷. Es evidente que el objetivo primordial que quiere obtenerse, es eludir igualar el trato de un extranjero a un nacional, de modo que no sea equiparable²⁴⁸. Si bien, en la regulación de la situación de extranjeros en cualquier país, se parte de una base jurídica, la misma está revestida de un carácter político y social, lo que tiñe sus reglas de un sentido particular.

La importancia de destacar el carácter político y social de dichas normas, consiste en que la era de privilegios ha llegado a su fin, y no tiene más sentido, que un extranjero tenga preferencia sobre un autóctono sea cual fuere el caso²⁴⁹. Por tanto, el

²⁴⁷ La permanencia o estancia de los extranjeros en Marruecos, pasó de ser turística/ocio, a otros motivos de carácter político como la solicitud de asilo de personas cuya integridad física esté amenazada en el país natal, y por consideraciones socioeconómicas-más específicamente desde el inicio de la crisis económica en Europa- como terminar estudios, buscar empleo o ejercer actividad comercial.

²⁴⁸ El principio del trato igualitario, debe de aplicarse en dos casos, de acuerdo con lo establecido por las partes en los tratados suscritos, y cumpliendo el respeto de los derechos sociales edificados en las creencias religiosas y éticas, salvo estos aspectos, el Estado tiene libertad absoluta en la regulación de la situación de los extranjeros sea en el sentido negativo o positivo. En materia de nacionalidad, consúltense A. SALAMA, *Almabsout Fi Charhe Nidam Alyinsiya*, Attab'a Aloula, 1993; y A. A. BEN ABOUD, *Markaze Alayanibe Fi Murakuch*, Attaba'a Athaniya, 1980, p. 140.

²⁴⁹ Véase, F. SAREHANE: « Alqanun Alwayib Attatbiq A'ala Alahwal Achajsiya Lilayanib Wa'adimi Alyinsiya Fi Alqanun Addawli Aljass Amaghribi », *Almayyalat Almaghribiya Lilqanun* n°1, 1986,

Estado controla y posee los medios suficientes para la restricción, que repercute en la situación de los extranjeros, mediante la fijación de las condiciones que se les exige, sea para entrar o para residir, así como la enumeración de toda causa que puede conllevar su expulsión²⁵⁰.

pp. 63 yss. Permanecen excluidos de este ámbito los inversores extranjeros en Marruecos, que gozan de determinados privilegios.

²⁵⁰ Las dos condiciones establecidas que permiten la entrada, y permanencia de los extranjeros en Marruecos son, primero que la finalidad de entrada sea lícita, y segundo que se efectúe en los puestos fronterizos habilitados para ello. Para más información véase M. ATTEGDWINI, *Alwasit Fi Alqanun Addawli Aljass*, Matbaat Anfou, Fés 2009, p. 566, y otra referencia del mismo autor en materia de la nacionalidad, *Anadariya Ala'amma Lilqanun Addawli Aljasse – Alyinsiya-* 2002.

CAPÍTULO SEGUNDO
MATRIMONIO Y SU DISOLUCIÓN:
BREVE ANÁLISIS EN LOS DERECHOS MARROQUÍ Y ESPAÑOL

**I. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO MARROQUÍ Y EN EL
ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

1. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL NUEVO CÓDIGO DE FAMILIA DE
MARRUECOS Y EFECTOS

A) El expediente matrimonial

Como se ha señalado en la Introducción, en la realización de un estudio acerca de las condiciones y sistemas para el reconocimiento de decisiones extranjeras en Marruecos y, en especial, en las relaciones hispano-marroquíes, hay que comparar ambos ordenamientos, con la finalidad de indicar cuáles son las divergencias y similitudes entre sus instituciones, en orden al examen de las referidas condiciones. Y, muy en especial, cuando se trata de verificar la compatibilidad con el orden público marroquí de la decisión extranjera, como se verá de forma más detenida en el Capítulo Tercero.

Para ello, se hace a continuación una breve incursión en el ámbito del Derecho comparado, que se emplea de forma instrumental. Atendiendo a uno de los criterios de conformidad con los que se clasifica la finalidad de la comparación, se trata de un instrumento de política jurídica y también para el análisis estructural del Derecho. En este caso, se trata de la primera función, en la medida en que es preciso conocer la regulación de algunas instituciones del Derecho de familia (y, en particular, el matrimonio y su disolución) en ambos ordenamientos, como opción de política del Derecho.

Y ello para realizar el análisis del régimen jurídico del reconocimiento de decisiones en Marruecos, tanto su normativa como su aplicación. De otra parte, para realizar un

estudio comparado, es preciso señalar el método empleado, que es el funcional, pues se analiza la función que tiene una concreta institución en el interior de cada ordenamiento (a través del estudio de normas, jurisprudencia y doctrina).

Así, si bien existe una vasta variedad en los ordenamientos de los distintos países del mundo, acorde con cada una de sus tradiciones en el ámbito del Derecho y de la religión, la familia es un pilar de la sociedad y esencia de la vida humana. Por ello, su éxito depende de varios factores, que se corresponden con los distintos ámbitos: educación, ética y religión, entre otros. Si se parte de estos elementos, cabe pensar en un modelo de sociedad ideal mediante la creación de un núcleo familiar sano y sólido. El motivo mismo de la aprobación de nuevas legislaciones y la reforma de las antiguas –es el caso del CF- tiene la finalidad de llegar a establecer un “modelo de familia”, que perdure y que dé lugar a una estabilidad familiar y social²⁵¹.

En este sentido, cabe decir que el legislador marroquí de la actual *Mudawwana*, a diferencia del Código de familia tunecino y argelino (por citar algunos ejemplos de países islámicos)²⁵², ha optado –como es sabido- por definir el concepto de matrimonio como un “pacto” basado en el consentimiento mutuo, que constituye una unión legítima y duradera entre hombre y mujer, cuyos objetivos son la pureza, castidad y la constitución de una familia estable, mediante el cuidado mutuo de los esposos de conformidad con lo que indica el CF (art. 4)²⁵³.

²⁵¹ Para las distintas concepciones sociológicas acerca de los “tipos de familia”, véase una reciente aportación de S. DEL CAMPO: “Matrimonios y tipos de familia”, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 181 y ss.

²⁵² Ley argelina núm. 11 de 1984, modificada por Decreto núm. 05-02, de 27 de febrero de 2005; y Código tunecino, aprobado por Decreto de 1956, modificado en diez ocasiones, la última por la Ley núm. 74, de 1993.

²⁵³ La traducción de todas las disposiciones que se citan es la seguida en el Proyecto de Investigación: “Traducción anotada del Código de familia de Marruecos”, concedido por la DGCPM (Consejería de Empleo) de la Junta de Andalucía, cuya IP es G. ESTEBAN. Los resultados se han publicado en dos obras, en las que se reproduce el contenido íntegro del CF, traducido al castellano, anotado, concordado y acompañado de una introducción y un glosario, que facilitan su comprensión, así como amplían su contenido. Véase, G. ESTEBAN (dir.), *Código Marroquí de la familia*, Ed. Blanca, Jaén, 2009; y G. ESTEBAN (dir.): *La nueva Mudawwana*

Si otros Códigos -incluido el Cc francés- no definen dicha institución, simplemente es porque el legislador en cada país interpreta que el matrimonio se diferencia y varía en función del tiempo y del lugar²⁵⁴. Como se ha señalado, la definición que da el CF no es superficial, sino que se trata de un concepto, al mismo tiempo ambicioso y sutil, que traduce un compromiso entre dos partes, cuyos efectos son regulados por la referida normativa²⁵⁵.

Se analizan a continuación los elementos esenciales para la válida celebración del matrimonio en un país islámico como Marruecos²⁵⁶. A título de presentación, tal y como dispone el CF, es un pacto regulado por el Derecho de familia –y no por el Derecho de obligaciones y contratos-, que no tiene carácter formal, en el sentido de que no es requisito necesario para su válida celebración que se reúnan determinadas exigencias de forma, sino que tan sólo se requiere la expresión del consentimiento en los términos que indica el art. 10, la capacidad de ambos contrayentes (art. 19) y la ausencia de impedimentos²⁵⁷.

marroquí: entre tradición y modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004), Col. Materiales, Consejería de Empleo, Junta de Andalucía, 2010.

²⁵⁴ Para este autor, “*el matrimonio es sentimiento, obligación y procreación*” (véase A. HADDAD, *Imraatuna Fi Asharia’a Walmuytama’e*, Dar Alma’arif Litteba’a Wannachre, Attaba’a 4º, Túnez).

²⁵⁵ La bibliografía sobre la reforma de la *Mudawwana* es ya importante numéricamente hablando. Por este motivo, no es posible citar en esta sede todas estas referencias, pero sí algunas, que, quizás, ilustran en mayor medida el proceso que tuvo lugar con ocasión del referido cambio. Véase, C. GÓMEZ CAMARERO: “Algunas cuestiones en torno a la reforma de la *Mudawwana*”, *Miscelánea de Estudios Árabes y hebraicos. Sección Árabe-Islam*, vol. 45, 1996, pp. 49 y ss, y S. RAHA’IM, *Mudawwanat Alusra Bayna Aliytilah Wannas*, Matba’at Annayah Alyadida, AddarAlbida, 2004, p. 98.

²⁵⁶ Véase, M. ACHAFIE: “*Azzawaye Fi Mudawwanat Alusra*”, *Silsilat Albuhuth Alqanuniya*, nº 9-2005, pp. 285 y ss ; O. MOUNIR, *Le nouveau droit de la famille au Maroc, Essai analytique le sort des mariages mixtes les marocains à l’étranger*, Ed. Cheminements, 2005, p.17.

²⁵⁷ Si bien no puede considerarse que en el momento actual la dote sea un requisito esencial del matrimonio, no puede prescindirse de ella, ni cabe su renuncia, aunque tiene un valor simbólico, como se verá *infra*.

Si bien la intervención del tutor en la celebración del matrimonio no es necesaria (véase *infra*), en todo caso antes de su conclusión se exige la redacción del acta matrimonial (art. 65), que será posteriormente formalizada por los adules (notarios del Derecho islámico) adscritos al partido judicial en el que se archiva. De otro lado, antes de analizar los requisitos de fondo que enumera el CF en relación con la celebración del matrimonio, hay que señalar que es preciso que se reúnan un conjunto de formalidades administrativas previas a la conclusión del acta (art. 65).

Se trata de un dossier, que deben preparar los futuros esposos, compuesto esencialmente por: un formulario relativo a la petición de autorización para formalizar el matrimonio, cuya forma y contenido se fija por resolución del MJ. También hay que aportar un extracto de la partida de nacimiento, el encargado del RC mencionará al margen del acta en el Registro del Estado Civil, la fecha de expedición del extracto y que se concede con el fin de concluir el acta matrimonial²⁵⁸.

A los documentos anteriormente señalados, se añade un certificado administrativo de cada uno de los prometidos, que debe contener las indicaciones fijadas por el Decreto conjunto del MJ y del MI, el certificado médico, un documento imprescindible de cada uno de los prometidos, cuyo contenido y modalidades de entrega se fijan por el Decreto aprobado por el MJ y del MS.

En cuanto a la autorización del matrimonio, es un documento que se requiere solo en los siguientes supuestos: - cuando se celebra antes de alcanzar la capacidad jurídica; - en los casos de poligamia, siempre que se reúnan las condiciones previstas en el CF; - cuando se trata del matrimonio de una persona minusválida mental; - para el caso del matrimonio de las personas convertidas al Islam; y - cuando se trata de extranjeros.

²⁵⁸ La antigua *Mudawwana* exigía en el art. 42, entre otras menciones relativas al estado de la esposa, que fuese virgen. Esta exigencia ya no se recoge en el CF, sino que el actual art. 67 del CF ha sustituido al art. 42 del CEP.

Por último, el certificado de capacidad para el matrimonio o lo que proceda, para el caso de los extranjeros²⁵⁹. Todos estos documentos se presentan en un único expediente por los futuros esposos y serán examinados por el Juez de familia encargado del matrimonio para verificar su autenticidad y, así, conceder la autorización solicitada. El lugar en el que se encuentra o deposita el expediente, tras haber sido examinado por el Juez, es el archivador de la Secretaría Judicial, con un número de orden que se le asigna. La fase siguiente será que el Juez autorice a los *adules* concluir el acta matrimonial²⁶⁰.

B) Requisitos para la validez del matrimonio

a) Compromiso matrimonial

El legislador marroquí regula el compromiso matrimonial, que el art. 5 del CF define como una promesa de matrimonio entre un hombre y una mujer –sin consecuencias jurídicas- y cuya formalidad se realiza mediante la expresión del consentimiento de ambas partes por cualquier medio comúnmente admitido. La única estipulación exigida es la expresión del referido consentimiento, que refleje realmente dicha promesa, con la posibilidad de que se recite la *fatiha* y tenga lugar el intercambio de regalos, que es lo usual.

Si bien la *Mudawwanat Alusra* no restringe el compromiso matrimonial mediante ninguna condición formal u objetiva, el art. 400 remite al rito *Malikí*, que exige estipulaciones, que conciernen, en especial, a la prometida, algunas tienen carácter

²⁵⁹ En ocasiones, resulta difícil comprobar esta circunstancia cuando se trata de personas que se han convertido al Islam, al tratarse de una cuestión personal. En algunos casos, la conversión tiene lugar tan sólo con el fin de contraer matrimonio con una mujer musulmana. O en el caso de la *kafala*, cuando una pareja extranjera desea acoger a un niño marroquí, debe comprobar su conversión al Islam. Sin embargo, recientemente el MJ ha emitido una Circular que exige para la *kafala* que la pareja solicitante tenga residencia en Marruecos (véase Circular nº 40 S/2, de 12/09/2012, Ministerio de Justicia y Libertades marroquíes).

²⁶⁰ Véase, O. MOUNIR, *Le nouveau droit de la famille...*, op. cit., p. 47. Véase también de forma detenida, M. ACHAFIE, *Mudawwanat Alusra fi aliytihad alqada'i*, Matbaat Alwwaraqa Alwataniya, Murrakuch, 2011, p. 18.

obligatorio y otras no. Entre las condiciones hay, que citar la situación de la mujer que no debe estar en periodo de continencia o *Idda*, sea tras una disolución del matrimonio revocable, irrevocable o fallecimiento del esposo. Es la regla adoptada por todas las escuelas, cuyo fundamento se encuentra en el Corán²⁶¹.

En segundo lugar, figura otra condición inspirada en las palabras del Profeta, cuando se refiere a la invalidez del compromiso de un musulmán después de otro anterior. Hay otros requisitos que no son imperativos para ninguna parte, como el culto, aunque es preferible que sea una mujer u hombre practicante del Islam. También el Profeta aconsejó elegir fuera de la familia a los futuros esposos/as, para evitar el riesgo respecto a los hijos, tal como se ha comprobado científicamente²⁶².

De otro lado, el compromiso matrimonial no impide que alguna de las partes renuncie a la celebración del matrimonio, con motivo o sin él (art. 6 CF). Si bien la simple renuncia o la ruptura del compromiso no genera derecho a una indemnización, en el supuesto de que una parte realice un acto que cause daño a la otra, ésta puede reclamar dicha indemnización por el perjuicio producido (art. 7 CF)²⁶³. De otro lado, en cuanto a los regalos entregados en el periodo de los esponsales, el legislador ha establecido la misma regla conocida en la escuela *Malikí*, que obliga a devolver dichos regalos o su valor económico²⁶⁴.

²⁶¹ *Ayat 235 de la Surat Albaqarat.*

²⁶² Véase A. ALKHAMLI, *Min Mudawwanat Alahwal Achakhsiya Ila Mudawwanat Alusra, Alyuz'e Alawwal: Azzawaye*, Rabat, 2012, p. 78.

²⁶³ Una regla que se justifica en determinadas ocasiones, como sucede, en particular, cuando el hombre pide a su prometida que abandone los estudios o renuncie a su trabajo y, posteriormente, la abandona sin motivo. O cuando la mujer pide a su prometido, que cambie de profesión o que le entregue una cantidad irrazonable en concepto de dote y, posteriormente, renuncia a su compromiso de contraer matrimonio. Véase de forma detenida M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra*, Casablanca, 2011, p. 26, y otra obra del mismo autor *Mudawwanat Alusra, Silsilat Attachri'e Almaghrebi*, Casablanca 2004. AAVV, *Matrimonio y Divorcio en las relaciones hispano-marroquíes, y compilación de legislación de Derecho Privado marroquí*. Volumen II, Proyecto ADL 2005-2009, p. 18.

²⁶⁴ Así, si no se celebra el matrimonio tras la promesa y la entrega de la dote o de una parte, el hombre no tiene derecho a recuperarla o recuperar su valor. Por último, los herederos pueden

Por último, pueden surgir otras cuestiones durante el periodo de los esponsales, que resultan –en ocasiones- difíciles de resolver desde el punto de vista jurídico. Entre ellas, en particular, si la joven se queda embarazada durante este tiempo. La jurisprudencia se basa en el art. 156 del CF, que fija las condiciones precisas para dar respuesta a esta cuestión.

De hecho, el TS deniega el reconocimiento de la filiación de un niño nacido durante el compromiso matrimonial, por varias causas, entre ellas, la negativa del hombre de realizar la prueba de ADN, y la comprobación de que el TA de Casablanca no ha tomado en consideración el artículo citado²⁶⁵. Sin embargo, aunque el hombre o el novio confiese haber tenido una relación íntima y, por tanto, reconoce ser el padre del niño/niña, la mujer no tiene derecho a solicitar la prueba de ADN²⁶⁶.

b) Oferta y aceptación

Como es sabido, el contrato matrimonial exige el cumplimiento de determinados requisitos como cualquier contrato (civil o mercantil). Dichos elementos concurren con la presencia de las dos partes contrayentes y la expresión de la fórmula consagrada para ello u otras expresiones del lenguaje, admitidas por el uso, que signifiquen inequívocamente el citado consentimiento. No obstante, debido a que la expresión de la fórmula requiere –evidentemente- la presencia de ambas partes, los eruditos –de las distintas escuelas- se conforman con que la oferta y la aceptación, necesarias para la válida celebración del contrato matrimonial, se expresen -oralmente o por escrito- en

recuperar la dote o su equivalente económico tras el fallecimiento del prometido (art. 9 CF). Véase, M. ALMAHDI, *Almuqtadab Fi Ahkam Alusra, Aljuza'e Alawal Azzawaj*, Fés, 2004, p. 18.

²⁶⁵ Decisión del TS núm. 584, de 21 de diciembre de 2010 [Exp. núm. 680/2/1/2009].

²⁶⁶ Véase A. BOUZIDI: "Ichkaliaat Aljibra Fi Ithbat Annasab Aw nafih », en I. ALFAKHORI, *Mudawwanat Alusra Ba'eda Thalath sanawat Mina Attatbiq*, (Actas del Seminario internacional organizado por el Grupo de Investigación en Derecho y familia, 15 y 16 de marzo de 2007), Uxda, 2007, pp. 185-202; STPI núm.536 de 4 de noviembre de 2009 [Exp. 270/2/1/2008].

concomitancia, sin interrupción, y han de ser decisivas, sin que estén sujetas a un plazo o a una condición suspensiva o resolutoria (arts. 10 y 11 CF)²⁶⁷.

La jurisprudencia del TS interpreta la celebración de la boda y su anuncio como una prueba de la oferta y la aceptación. Asimismo, se reconoce la validez del matrimonio en circunstancias excepcionales, que hayan impedido certificar el acta²⁶⁸. Hay que subrayar que la antigua *Mudawwana* no preveía la penalización del fraude ni de la coacción, en el momento de redactar el acta matrimonial. En cambio, el actual art. 12 del CF ha remitido a los arts. 63 y 66 que, a su vez, condenan cualquier actuación fraudulenta, que debe ser castigada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 366 del CP.

De hecho, el marido o la mujer pueden solicitar la anulación del contrato matrimonial, sea antes o después de la consumación, en un plazo no superior a los dos meses a partir del día en que se conozca el fraude o del día en que desaparezca la coacción. La legislación ha reconocido, incluso, a la parte víctima de dicho fraude o coacción, el derecho a solicitar el resarcimiento por los daños materiales y morales ocasionados una vez que se anule el matrimonio (art. 63 CF).

De acuerdo con el Derecho islámico y el Derecho moderno, cualquier medio cuyo objetivo es modificar/camuflar la realidad es interpretado como engaño y fraude, y conlleva la nulidad del acta de matrimonio. Así, la discreción respecto a un hecho o dicho constituye uno de los motivos que suelen llevar a la discrepancia y, por consiguiente, a que el matrimonio se disuelva con todos los efectos que se derivan²⁶⁹.

²⁶⁷Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra*, Matbaat Annachre Almagrebiya, Casablanca, 2011, p. 77. La STA de Beni Mellal, de 21 de febrero de 2007 (inérita), desestima la demanda de una mujer, que solicitó el reconocimiento de su compromiso matrimonial con un hombre, que había fallecido, alegando que su relación con él fue de esposa.

²⁶⁸ STS, de 8 de febrero de 2004, núm. 582.

²⁶⁹ Véase, A. ALKHAMLI, *Min Mudawwanat Alahwal Achakhsiya...*, op. cit, p. 131.

La STS declaró nula el acta del matrimonio, al considerar la existencia de fraude²⁷⁰. Señala el Tribunal que el esposo tiene derecho a solicitar su anulación, de acuerdo con el art. 63 del CF, por el hecho de que la esposa lo engañó durante el periodo de los esponsales, indicándole circunstancias que lo condujeron a aceptar el matrimonio, al manifestar que era virgen, sin que este hecho fuese cierto. Por tanto, legalmente el marido puede obtener la anulación del matrimonio a petición propia.

c) Capacidad de ambos contrayentes

Con independencia de los aspectos señalados *supra*, el CF exige para la válida celebración del matrimonio el cumplimiento de otras condiciones, algunas de fondo y otras de forma, para que despliegue efectos legales. Respecto a las primeras, el art. 13 del CF prevé que el contrato matrimonial ha de reunir los siguientes requisitos: - la capacidad del esposo y de la esposa; - que no se haya establecido la supresión de la dote; - la representación de la mujer por un tutor matrimonial, en caso de necesidad; - la presencia de dos testigos (*Adules*) en el momento en que tiene lugar la declaración de la oferta y de la aceptación de los cónyuges; y su legalización; - todo ello, evidentemente, en ausencia de cualquier impedimento legal.

En primer lugar, la capacidad para contraer matrimonio significa que el futuro esposo/a es apto/a para hacerse responsable del matrimonio con todo lo que conlleva en cuanto a sus efectos legales, familiares y emocionales²⁷¹. El objetivo es garantizar que el/la contrayente contraiga válidamente un matrimonio. Por este motivo, el art. 19 del CF reza que la capacidad para el matrimonio la adquieren el joven y la joven, que gocen de facultades mentales, al cumplir los dieciocho años solares. En este sentido, el CF ha unificado, por primera vez, la edad a la que se alcanza la capacidad para contraer matrimonio del hombre y de la mujer, con la finalidad de que el/la contrayente sea

²⁷⁰ Sent. núm. 149, del TS, de 5 de abril de 2011 [Exp. núm. 292/2/1/2009].

²⁷¹ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op, cit, pp. 84-85.

maduro y esté preparado suficientemente de cara al importante compromiso, que constituye el matrimonio²⁷².

No obstante, no es una regla estricta, sino que el CF permite al Juez autorizar el matrimonio de un/una joven que no haya cumplido la edad de dieciocho años, siempre que sea necesario²⁷³. Es comprensible que el legislador no haya dado más indicaciones acerca de esta cuestión, para evitar detalles respecto a la posibilidad de que tengan lugar excepciones a una regla, que ha de ser interpretada de forma restrictiva, esto es, como una “excepción”. El Juez debe previamente oír a los padres, si no, al representante legal, pedir un informe médico y ordenar una investigación social, en función de la cual, tomará una decisión motivada. El CF precisa que dicha decisión es definitiva²⁷⁴.

El CF ha introducido un nuevo artículo sobre la capacidad referida al contrayente menor de edad (art. 22), que adquiere la capacidad civil en lo que concierne a todos los efectos del acta de matrimonio –derechos y obligaciones-, aplicando el principio de la ampliación espontánea de la capacidad de contraer matrimonio, a la ejecución de sus efectos²⁷⁵. En concreto, el art. 22, 1º del referido Código dispone que: *“los cónyuges casados de conformidad con el artículo 20 adquieren la capacidad civil para ejercer el derecho a litigar en todo lo relacionado con los efectos del contrato matrimonial tanto en derechos como en obligaciones (...)”*.

Si bien la reforma introducida respecto a la edad –tras la larga lucha de las asociaciones feministas- ha tenido lugar con el objetivo de reducir el número de

²⁷² Véase, *Dalil A’amali Limudawwanat Alusra*, Manchurat Yamiaat Nachr Alma’aluma Alqanuniya wa Alqadaiya, Silsilat Achuruh wa Adalail, nº 1, 2004, p. 7.

²⁷³ La situación más frecuente se presenta cuando tiene lugar un embarazo no deseado.

²⁷⁴ Véase, O. MOUNIR, *Le nouveau droit de la famille...*, op. cit, pp.27-30. Véase también en este sentido, R. ABDELKABIR/M. ASSEGHWARE, “Mustayyadat Mudawwanat Alusra Fi Mawdou’e Azzaway”, en I. BELMAHJUBE, *Mustayyadat Mudawwanat Alusra wa Tatbiqatuha Al’amaliya*, dicember, 2010, Rabat, pp. 113 y ss.

²⁷⁵ Véase, *Dalil A’amali Limudawwanat Alusra...*, op. cit, p. 7.

matrimonios que se celebraban de forma precoz, y que había permitido la antigua *Mudawwana* (15 años para las niñas), las solicitudes presentadas ante el Juez de familia siguen en aumento²⁷⁶. En algunas zonas rurales, incluso, la edad para contraer matrimonio desciende a once años, una situación preocupante para la sociedad, en general, y para las asociaciones feministas, en particular, que califican este tipo de matrimonio como una violación de la infancia.

Hay que resaltar una cuestión importante. A pesar de que los padres de la menor creen que el matrimonio de la hija garantizará su protección y solucionará sus problemas familiares, la realidad es bien distinta, en especial, cuando se trata de jóvenes sin trabajo y sin perspectiva de futuro laboral o profesional²⁷⁷. Y, por este motivo, llama la atención que el MJ acepte solicitudes de menores sin ocupación. Se trata de cuestiones sin respuesta, pero en todo caso, está claro que, en estas situaciones, la menor es víctima, tanto de las presiones familiares como de las disfunciones del sistema²⁷⁸.

Por último, un informe sobre la aplicación del CF, emitido dos años después de su entrada en vigor, presentado el 26 de abril de 2006, en Casablanca, hace referencia al matrimonio de los menores relativamente numeroso, y afirma que la autorización para estos matrimonios se consiente por los Jueces tras una “apreciación visual”. Sin

²⁷⁶ De hecho, las estadísticas del MJ han fijado el número de solicitudes de matrimonio de menores en todo el Reino, en 2007 en 33.596, y un 99% de ellas, para la formalización del acta de matrimonio, y que fueron presentadas por niñas, del conjunto de las que se presentaron ese año. Mientras que en 2009, se han registrado un total de 47.089 solicitudes, de las cuales 174 presentadas por jóvenes varones, y 46.915 por jóvenes mujeres. Se aceptaron del total, 42.741, esto es, un 90,77%. *Cit. en, A. ALKHAMLI, Min Mudawwanat Alahwal... op. cit, p. 183.*

²⁷⁷ Si bien las causas y las “excusas” de los padres que consienten casar a sus hijas se diferencian y varían de una zona a otra, en 2007, la jurisdicción de familia recibió un total de 38.112 solicitudes para la celebración del matrimonio presentadas por jóvenes menores de edad en paro. *Almuntaqa Min A’amal Alqada’e Fi Tatbiq Mudawwanat Alusra, Alyuz’e Alawal, Manchurat Yam’iyat Nachr Alma’eluma Alqanuniya Walqadaiya, Silsilat Achuruh Wadalail, nº 10, Fabrayr 2009, p. 35.*

²⁷⁸ Véase, S. LAAYAL: “Zaway alqasirat raghma quyud Mudawwanat Alusra, tifat yantaqlna mina alla’ib ila firach azzawiyia”, *Alahdath Almaghribiya*, nº 3496, de 3 de septiembre de 2008, pp. 11 y ss.

embargo el Código establece previamente a la concesión de dicha autorización, oír a los padres del/ la menor o a su representante legal así como se exige un informe médico y una investigación social²⁷⁹.

d) La dote, con especial referencia a la dote aplazada

La dote es un elemento (imprescindible) en el contrato matrimonial, es el bien (o su valor), que entrega el esposo a su futura esposa, constituyendo un requisito irrenunciable para el matrimonio. Es preciso recordar que la falta de determinación de la cuantía de la dote en el momento de la celebración del mismo no lo hace nulo, sino tan sólo si se acuerda su supresión (art. 13 en relación con el art. 57 del CF). Por ello, si bien la doctrina suele indicar que la dote conforma una condición esencial para la válida celebración del matrimonio, en el momento actual, no puede realizarse esta interpretación, al menos, en el sentido en el que usualmente se habla de “validez” en los ordenamientos occidentales y, en concreto, en el Derecho español.

De otra parte, el CF no establece una cuantía económica máxima o mínima como dote (art. 26), debiendo interpretarse esta omisión, en el sentido de que tiene un fin más bien simbólico, que –en todo caso- impide considerar que se trata de un precio que se paga por la mujer. Si bien en el mundo occidental -a menudo- se entiende que constituye un medio, por el cual el marido musulmán “compra” a la mujer²⁸⁰, el legislador en el art. 26 del CF precisa que: *“la dote es lo que ofrece el esposo a su esposa, como manifestación del deseo de contraer matrimonio, constituir una familia estable y consolidar las bases del afecto y de la convivencia entre los cónyuges...”*. Es

²⁷⁹ Se trata de un proyecto realizado de forma conjunta por la Liga democrática de los derechos de la mujer, en colaboración con el Centro de información y de observación de las mujeres marroquíes y la Red de centros de escucha y de consejo jurídico. Se emplearon toda una serie de indicadores: pensión, matrimonio de menores, expulsión del domicilio conyugal, poligamia, a través de estadísticas facilitadas por los Tribunales de Casablanca, Marrakech, Rabat, Beni Mellal, Mohammédia, Fquih Bensaleh y Guelmim. *Economiste*, 28 de abril de 2006.

²⁸⁰ Véase en este sentido, M^a. D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de familia marroquí. La mudawana 2004 desde el Derecho español*, Ed. Difusión, Madrid, 2010; esp. pp. 30-31.

más, añade, “*siendo su fundamento legal su valor moral y simbólico, no su valor material*”. Según este artículo, ya no cabe realizar este tipo de interpretación²⁸¹.

De otra parte, la dote (*Assadaq*) –como se ha señalado- no consiste necesariamente en la entrega de una suma de dinero -como sucede con frecuencia en la práctica-, sino que todo lo que puede ser objeto de una obligación servirá como dote, siendo legal la reclamación de su reducción (art. 28 CF). En cuanto a su cantidad y valor, el legislador ha llamado a la racionalidad. Y, por ello, no debe ser excesiva ni meramente simbólica, de acuerdo con lo establecido en la doctrina de la escuela *Malikí*.

Lo esencial en la *Sharia'a* es que sea entregada a la esposa en concepto de regalo con ocasión de la unión en matrimonio con el marido, siempre con la esperanza y la intención de que perdure, y la prohibición absoluta de que sea un medio para la especulación, como cualquier objeto que se vende o se compra²⁸². Ahora bien, está mal visto en la sociedad musulmana y árabe, en general, comenzar la relación negociando el valor económico de la dote e, incluso, puede ser motivo de renuncia.

Usualmente, se trata de una cantidad razonable, que se determina en el momento de la conclusión del matrimonio o anteriormente y, en caso de silencio, el art. 27 del CF dispone que se trate de un “matrimonio por apoderamiento” (*Tafuith*). Esta expresión no debe ser entendida en el sentido de que se delegue la celebración del matrimonio, sino la fijación del montante económico o de los bienes que constituyen la dote. Ello significa que, en caso de que los cónyuges, tras la consumación del matrimonio, no lleguen a un acuerdo sobre su valor, el Juez la determinará tomando en cuenta la situación social de los esposos -aunque pueden proceder de niveles

²⁸¹ Los autores más “flexibles” consideran que la dote consiste en la contrapartida que el marido ha de abonar a la esposa para poder “disfrutar de su cuerpo” (*ibíd.*).

²⁸² Como indica autorizada doctrina, la dote tiene la finalidad de compensar la pérdida de uno de los miembros del grupo en un sistema antropológico familiar en el que el matrimonio es patriarcal exogámico, es decir, se hace mediante la constitución de grupos, a través del intercambio de las mujeres. Véase, L. MILLIOT/F. P. BLANC, *Introduction á l'étude du Droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001, p. 272.

sociales distintos-. El legislador no ha previsto esta situación, pero si se plantea, el Juez tendrá como referencia para su determinación, la situación económica del marido.

Así, el CF permite tanto adelantar su pago, como aplazarlo a una fecha determinada. En lo que concierne al plazo, la dote se entrega en una fecha convenida en la práctica marroquí. No obstante, genéricamente, se divide en dos partes: una, que se entrega en el momento de la conclusión del acta; y otra, aplazada, siempre que el acta continúe y llegue a celebrarse el matrimonio. Si bien la dote (*Assadaq*) forma parte de los requisitos (de fondo) para la celebración del matrimonio (en el sentido *supra* indicado), el CF permite a la esposa exigir la parte a plazo vencido antes de la consumación. Una vez que se ha consumado, la cantidad aplazada se convierte jurídicamente (ya no se trata de la dote en el sentido *supra* indicado) en un crédito o deuda a cuenta del esposo, que puede ser reclamada, al menos teóricamente, por vía judicial, sin perjuicio del matrimonio y en todo momento (art. 31 CF)²⁸³.

Finalmente, la dote representa un privilegio para la mujer, en el sentido de que es un derecho imprescriptible, incluso después de una separación prolongada, por larga que sea, la ex esposa puede reclamar la parte de la dote que no le ha sido entregada por el marido. Una gran novedad, con una clara finalidad protectora, ha llevado a cabo el actual CF, si se compara con la *Mudawwana*, puesto que, en caso de divergencia o discrepancia entre los esposos respecto al pago de la parte adelantada, se establece un criterio para su resolución, que es el siguiente: cuando la divergencia tenga lugar antes de la consumación del matrimonio, prevalecerá lo sostenido por la esposa; en cambio, prevalecerá lo sostenido por el esposo tras la consumación (art. 33).

Si los esposos discrepan sobre el pago de la dote aplazada, el esposo tendrá que demostrar por todos los medios el pago efectuado. Hay que mencionar en este sentido, que no corresponde ni al padre ni a la madre de la mujer percibir la dote, sino

²⁸³ Véase, entre otros, O. MOUNIR, *Le nouveau droit de la famille...*, *op. cit.*, pp.27-30. El citado art. 31 dispone que: “*la dote se pagará al vencimiento del plazo acordado. La esposa podrá pedir el pago establecido en la dote antes del inicio de la cohabitación conyugal. Si tiene lugar la cohabitación conyugal antes del pago, la dote se convertirá en una deuda a cuenta del esposo*”.

que es propiedad de la futura esposa. De conformidad con el art. 29 del CF, la dote es propiedad de la mujer y puede disponer de ella como quiera, el esposo no tiene derecho a reclamarle enseres u otros bienes a cambio de la cantidad entregada²⁸⁴.

De hecho, tiene libertad para gestionarla según su voluntad, sin estar obligada a invertirla en los gastos del hogar o en los muebles. El compromiso de invertir la dote en la realización de tales gastos es voluntario para la mujer²⁸⁵. No obstante, el marido no está obligado a compensarla por el gasto realizado en los enseres y muebles, que compra la esposa en el momento de su boda para el hogar común, siempre que se comprometa a hacerlo por escrito²⁸⁶.

e) El tutor matrimonial

Otro requisito para la celebración del matrimonio es la presencia del “tutor matrimonial”. En el Derecho Islámico, la corriente o escuela *Malikí*, en particular, hasta la precedente *Mudawwana*, preveía que la mujer debía estar representada en el momento de la conclusión del contrato matrimonial por un tutor de sexo masculino, conocido por el nombre de *wali*. Esta institución se ha considerado por los autores occidentales y el mundo europeo, una representación de la mujer menor de edad, habiendo despertado siempre multitud de críticas, respecto a la mayor de edad. Sin embargo, en teoría –y no en la práctica-, el *wali* no es la persona que autoriza el

²⁸⁴ Cabe señalar la posición del TS, que corrobora la decisión del TA, que reconoció a la mujer divorciada antes de la consumación del matrimonio la totalidad de la dote, empleando el argumento de la pérdida de la virginidad probada a través de un certificado médico y el testimonio de doce personas. Decisión núm. 226, de 8 de diciembre de 1975 [Exp. núm. 47508], comentada por A. ALKHAMLI, *Min Mudawwanat...*, *op. cit.*, p. 198.

²⁸⁵ Véase, M. ALMAHDI, *Almuqtadab Fi Ahkam Alusra, Aljuza'e Alawal Azzaway*, Fés, 2004, p. 44. Y, entre otros, M. ACHAFIE, *Mudawwanat alusra fi aliytihad alqadai'e...*, *op. cit.*, p. 21.

²⁸⁶ STS núm. 984, de 18-10-2000 (*Revista de jurisprudencia del TS* nº 57, 58, p. 164). Véase en este mismo sentido, la STS, de 8 de octubre de 2008 [*Revista de jurisprudencia del TS* núm. 71-2009, p. 180].

matrimonio de la joven, ni quien acepta o rechaza en su lugar, sino un simple representante²⁸⁷.

Actualmente, la *Wilaya* es un derecho de la mujer, que ejerce de acuerdo con sus intereses, de manera que puede designar a una persona para que la represente en su matrimonio, así como puede ella misma contraer matrimonio, sin necesidad de designar a nadie (arts. 24 y 25 CF)²⁸⁸. Hay que señalar que, en el pasado, en particular, en la sociedad musulmana tradicional, el tutor jugaba el papel de informador, que recababa todos los datos de interés respecto al futuro marido, pudiendo, incluso, asumir responsabilidad si la información facilitada resulta equívoca²⁸⁹.

La antigua *Mudawwana* no expresaba directamente la obligación de la *Wilaya*, y por consiguiente, la prohibición de casarse sin *wali* se deducía del texto²⁹⁰. Esta cuestión permanece vigente en el nuevo CF. El art.25 reza que: “*pertenece a la mujer mayor de edad concluir su matrimonio ella misma o delegar en su padre o alguno de sus parientes*”. En este sentido, la novedad reside en que la institución de la *Wilaya* ya no es un requisito para la validez del matrimonio, sino que constituye -más bien- una facultad para la mujer que la acepte, y se ha eliminado sólo para el caso de la mujer suficientemente instruida y consciente de que se trata solo de una posibilidad, que puede utilizar, si lo desea²⁹¹.

²⁸⁷ Antiguamente, el *wali* tenía una autoridad significativa. De hecho, podía aceptar o rehusar casar a la mujer que se encontraba bajo su *Wilaya*.

²⁸⁸ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, p. 86.

²⁸⁹ En cambio, la mujer en las sociedades occidentales (Europa o Estados Unidos) no puede disponer de información veraz respecto al hombre que ha elegido (si está perseguido por la justicia o si estaba casado anteriormente), salvo si contrata a un detective, que le puede ofrecer este tipo de servicios, véase, H. ZEKRI: “El nuevo Código de Familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano-marroquíes”, *REDI*, 2004-1, Universidad de Granada, pp. 310 y ss

²⁹⁰ Art. 12 de la antigua *Mudawwana* tras su reforma en 1993 establecía que: “*la mujer mayor de edad huérfana de padre tiene el derecho de concluir ella misma el matrimonio o de delegar con esta finalidad a alguno de los tutores matrimoniales*”.

²⁹¹ En este sentido, un índice significativo de mujeres no está al corriente de las novedades introducidas, sobre todo, de los derechos que ahora se reconocen, que no existían con

Por tanto, la institución de la *Wilaya* ya no es obligatoria. Sin embargo, no se ha suprimido del CF, sino que es facultativa para la mujer, de forma que le corresponde -consciente de cuáles son sus derechos- decidir si desea contar con la presencia de un *Wali* en el momento de celebrar el matrimonio. Y, en este sentido, cabe decir que el legislador ha optado por tomar en cuenta la diversidad social, puesto que la supresión de la *Wilaya* hubiera suscitado las críticas del colectivo de los islamistas, pero, al mismo tiempo, mantener esta figura hubiera supuesto un enfrentamiento con la corriente modernista. No obstante, según las costumbres y la tradición, los padres continuarán eligiendo al marido que estimen conveniente para sus hijas o, al menos, la opinión del padre seguirá siendo importante en la decisión del matrimonio, y también seguirá ejerciendo presión sobre la joven, aunque no sea directa²⁹².

Finalmente, si bien en Marruecos la polémica de “a favor” o “en contra” de la figura del *Wali* está presente desde hace varias décadas y lo sigue estando en la actualidad, es un Estado en cuya población activa existen dos tipos de jóvenes: las emancipadas, que tienen un buen nivel intelectual y una buena posición social, por lo que no utilizan esa figura; y las tradicionales –más numerosas-, sin nivel de estudios y subordinadas -a menudo- al padre y al hermano, que, lejos de ser capaces de liberarse de la tutela familiar, se someten voluntariamente a las decisiones patriarcales²⁹³.

anterioridad. Por ello, es importante difundir el CF en árabe y en francés, así como en los distintos dialectos arraigados en Marruecos.

²⁹² Pese a todo, la joven marroquí dispone de un marco legal que le permite un margen de libertad en el momento de elegir al futuro marido, pero su vecina argelina –por citar un ejemplo cercano- se encontraba –al igual que en la actualidad- en una situación de desamparo. El padre, de conformidad con el art. 12 del antiguo Código, puede imponer el matrimonio a su hija. La ley no prevé ninguna vía de protección, sino que socialmente se convierte en una “peso” para el padre, en caso de que no sea virgen. Si bien la citada disposición ha sido derogada, el actual art. 11 dispone que la mujer mayor de edad concluye por sí misma el contrato matrimonial, pero siempre en presencia de su tutor.

²⁹³ Véase, C. RUIZ ALMODÓVAR, *El Derecho privado en los países árabes, Código de Estatuto Personal*. Ed. Universidad de Granada, Granada, 2005, p.13.

f) Presencia de los testigos. El “matrimonio por poderes”

Respecto a la presencia de dos testigos (*adules*) en el momento de la declaración de la oferta y de la aceptación de los cónyuges y su legalización, ninguna persona está obligada a contraer matrimonio contra su voluntad. Por ello, el consentimiento debe ser expresado verbalmente, en los términos sagrados o utilizando cualquier expresión admitida en el uso. El CF contempla la situación de las personas incapaces de expresarse, ofreciéndoles la posibilidad de que su consentimiento no se realice por escrito, sino mediante cualquier señal -que signifique el consentimiento-, que pueda ser comprendida por la otra parte y por los *adules*.

Así mismo, el CF exige la concomitancia de la oferta y de la aceptación, de modo que deben prestarse en el mismo lugar, debiendo ser decisivas y estar exentas de toda condición suspensiva o resolutoria. La primera es aquella que estipula, que el matrimonio no llegará a desplegar efectos, salvo si se cumple un concreto suceso; y resolutoria es la condición que indica que el matrimonio está sujeto a un plazo o a que tenga lugar un acontecimiento futuro²⁹⁴.

Al contrario de lo que sucede en el Derecho francés, en el que el matrimonio es un acto solemne, que requiere la presencia física de los futuros esposos, el Derecho marroquí reconoce el “matrimonio por poderes”. Uno de los esposos puede estar impedido para estar presente en la conclusión de su matrimonio, de forma que es suficiente –en tal caso- con que esté representado por una tercera persona, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: - la autorización del Juez de familia encargado del matrimonio, - la existencia de un caso de fuerza mayor, que impida al esposo representado concluir el matrimonio por él mismo y, - en tercer extremo, la elaboración de un documento de apoderamiento de matrimonio en un formulario oficial, que incluye la firma legalizada del esposo representado²⁹⁵.

²⁹⁴ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, *op. cit*, p. 86.

²⁹⁵ Fuerza mayor no es cualquier tipo de impedimento, sino que ha de tratarse de alguna circunstancia imprevisible e irresistible.

Cabe indicar que, cuando el tutor matrimonial de la futura esposa es el mandatario, debe cumplir las condiciones exigidas para la tutela matrimonial. En cuanto al poder, debe incluir la identidad de la esposa, la cantidad de la dote y las modalidades de pago, así como las condiciones especiales a insertar en el acta de matrimonio y las admitidas por la otra parte (art. 17 CF). Respecto a la posibilidad de que el matrimonio tenga lugar por apoderamiento, el CF precisa, que no corresponde al Juez casar a quien esté bajo su tutela, sea por sí mismo, sus ascendientes o descendientes. Un tutor debe ser designado por la presidencia del Tribunal²⁹⁶.

g) Impedimentos: temporales y perpetuos

El CF regula los impedimentos del matrimonio, que pueden ser temporales o permanentes (perpetuos). En cuanto a los segundos, se trata esencialmente de impedimentos por causa de parentesco. En este sentido, el art. 36 del CF prevé que: *“está prohibido, por causa de parentesco el matrimonio del hombre con sus ascendientes y descendientes, las descendientes de sus ascendientes de primer grado y las descendientes de primer grado de cada ascendiente hasta el infinito”*. Así, tanto el Derecho positivo, como la *Sharia’a*, y los ordenamientos occidentales, prohíben – rotundamente- el matrimonio de un hombre con sus ascendientes y descendientes, las descendientes de primer grado de sus ascendientes y las descendientes de primer grado de cada ascendiente hasta el infinito²⁹⁷.

Al igual que el anterior texto, el art. 37 del CF recoge las prohibiciones para el matrimonio que establece el Derecho islámico, de manera que el hombre no puede contraer matrimonio con su suegra, su abuela o su nuera, ni con la ex esposa de su padre ni de sus descendientes (*“se prohíbe, por causa de parentesco por alianza, el*

²⁹⁶Véase, O. MOUNIR, *Le nouveau droit de la famille...*, op. cit, pp. 38-40. Para más información véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, p.32.

²⁹⁷ Véase, M. ALMAHDI, *Almuqtadab Fi Ahkam Alusra...*, op. cit, p. 52, y V. COBANO DELGADO PALMA, *Repercusiones Socioeducativas de las Reformas del Código de Familia en Marruecos*. Foro de Educación, nº 10, 2008, Univ. Sevilla, p. 401.

matrimonio del hombre con las ascendientes de su esposa desde la conclusión del matrimonio y con las descendientes de la esposa a condición de que el matrimonio con la madre se haya consumado y, en todos los grados, con las ex – esposas de ascendientes y descendientes desde la celebración del matrimonio”).

Tras un largo periodo de divergencia entre los eruditos, respecto a la lactancia, con la finalidad de clasificarla como impedimento permanente del matrimonio -había algunos que vinculaban dicha prohibición al número de veces en las que el niño había tomado la leche y otros a su absorción-, se estableció finalmente en el Derecho islámico, que efectivamente, la lactancia constituye un impedimento para el matrimonio durante los dos primeros años antes del destete²⁹⁸. Con independencia de ello, la lactancia en los países islámicos tiene una importancia relevante. De hecho, amamantar a un niño crea una relación especial entre el bebé, la nodriza y su marido, hasta llegar a situar a estos dos últimos en calidad de padres del bebé y, por consiguiente, se prohíbe contraer matrimonio con los padres, los hermanos/as y con los hijos “por lactancia”²⁹⁹.

Respecto a los impedimentos temporales, se trata principalmente de los vinculados con el matrimonio y duran el tiempo que éste dure. Así, el art. 39 del CF prohíbe todo matrimonio simultáneo con dos hermanas o con una mujer y su tía paterna o materna, sea de parentesco o de lactancia. Hay que destacar, entre dichas prohibiciones fijadas en el Derecho islámico, que no se permite contraer matrimonio con un número de esposas (poligamia) superior al establecido legalmente.

Y, a propósito del número de las esposas que pueden autorizarse, el legislador de la *Mudawwana* no ha precisado que puede ser un máximo de cuatro, sino que el párrafo segundo del art. 39 enumera los impedimentos de matrimonio, en concreto, el

⁴⁸STPI del Fqih Bensalah, de 25 de septiembre de 2007 (inérita).

²⁹⁹ Para evitar cualquier confusión o duda, el art. 38 del CF establece que la lactancia entraña los mismos impedimentos que la filiación y el parentesco por alianza. De hecho, el niño amamantado es considerado como hermano e hijo de la nodriza.

matrimonio con un número de mujeres superior al autorizado por la *Sharia'a*, la doctrina y el *Corán*. No precisa un número concreto y no se hace alusión al *Corán*, fuente principal del Islam –como se sabe-, que autoriza el matrimonio simultáneo con cuatro mujeres. No obstante, la *Sharia'a* limita este número a cuatro³⁰⁰.

Con independencia de ello, el legislador ha dejado claro los supuestos en que puede autorizarse la poligamia, con la finalidad de proteger a la mujer de los efectos negativos que tiene sobre la familia y la sociedad, en general (art. 40 CF). De hecho, el CF ha introducido cambios significativos, en comparación con la regulación anterior, en lo relacionado con las condiciones a las que se supedita la posibilidad de que el hombre contraiga matrimonio con varias mujeres. Así, la autorización del Juez de familia sólo tendrá lugar en casos excepcionales, lo que pone de relieve -de forma implícita- cierto desacuerdo del legislador con esta institución, con carácter general.

El art. 40 del CF supedita la práctica de la poligamia a una decisión judicial, basada en la equidad entre las esposas y en la ausencia en el contrato de matrimonio de cualquier cláusula que la prohíba. Pese a la exigencia de justicia y equidad, el Profeta Mohammed afirmó –por experiencia propia- la imposibilidad de tratar a todas por igual³⁰¹. El TA de Nador desestima la solicitud de poligamia por el hecho de que se ha comprobado que el motivo excepcional y objetivo no se cumple, puesto que el solicitante no dispone de medios económicos suficientes para mantener a ambas familias y, por consiguiente, no se garantiza la igualdad entre ambas en todo lo que respecta a la vida cotidiana.

Esta prohibición comprende también el matrimonio entre dos personas, cuya unión esté disuelta a través de *Talaq* pronunciado tres veces de forma sucesiva,

³⁰⁰ A pesar de que se puede solicitar la autorización para practicar la poligamia, el número de matrimonios de este tipo disminuye de forma constante en Marruecos, a consecuencia de la situación económica y del cambio de mentalidad social. En 2007 sólo suponían un 0,29%. Véase F. RIAD, “Ta’addud Azawyat Bayna Addin Walqanun”, en *Mudawwanat Alusra bayna annasi wa almunarasa, silsilat anadawat wa alayam addirasiya n°25*, los días 27 y 28 de enero, Murrakuch, 2006, pp. 17-38.

³⁰¹ Véase, M. BENCHRIF: “Azzaway wa Attalaq Bayna Ahkam Alfiqh wa Nusus Mudawwanat Alusra”, *Almunathara* n° 11, pp. 21-30.

cuando no haya transcurrido el periodo de retirada legal (*Idda*), consecutivo al matrimonio concluido y consumado legalmente con otro esposo. Sin embargo, el matrimonio de la mujer, cuyo primer matrimonio ha sido disuelto por *Talaq* con un tercero, anula este impedimento y el nuevo matrimonio también puede disolverse mediante *Talaq* pronunciado tres veces consecutivas.

Como es sabido, el Islam prohíbe el matrimonio de una mujer musulmana con un hombre que no sea musulmán, y el matrimonio de un hombre musulmán con una mujer no musulmana, salvo si profesa alguna de las religiones del libro. La regla en los contratos es la validez si no se comprueba lo contrario³⁰². Por último, el CF no permite el matrimonio contraído con una mujer casada o en período legal de continencia (*Idda e Istibra'e*).

Ha de añadirse otro impedimento temporal, que el legislador no ha señalado de forma expresa. Se trata del impedimento referente a la posibilidad de contraer matrimonio nuevamente con el mismo esposo, por motivo del incumplimiento del deber de manutención, porque es una obligación, que se regula en el art. 102 del CF, en los términos en los cuales la esposa puede solicitar la disolución del matrimonio mediante *tatliq*, en las situaciones que se indican (véase *infra*)³⁰³.

C) Efectos del matrimonio

a) Efectos del matrimonio válido

Si bien el acta de matrimonio, tras comprobar el cumplimiento de los requisitos *supra* indicados y la ausencia de impedimentos, se considera válida y despliega efectos

³⁰² STA de Kenitra, de 6 de febrero de 2007, *Mayyalat Alich'a'e*, pp. 284 y ss.

³⁰³ Si bien hoy en día la mujer es partícipe en las cargas económicas del hogar y el porcentaje de mujeres que se han incorporado al mercado de trabajo ha ido en aumento -lo que ha tenido una incidencia muy positiva en el hogar y en el ámbito laboral-, ello no ha supuesto liberar al marido de su responsabilidad en relación con la manutención de su esposa. Véase, o. MOUNIR, *Le nouveau droit de la famille...*, op. cit, pp. 38-40.

legales, produce efectos familiares y emocionales que, en ocasiones, no se toman en cuenta. El legislador garantiza que únicamente se deriven obligaciones y derechos entre los esposos o entre éstos y sus hijos de carácter legal, siempre y cuando sea el matrimonio válido. En cambio, permanece excluido todo matrimonio nulo o viciado. La diferencia entre ambos es importante en relación con la determinación de sus efectos.

En este sentido, cabe distinguir entre un matrimonio válido y otro que no lo es. El primero, que reúne los requisitos de fondo y forma expuestos anteriormente, crea derechos y obligaciones entre los esposos, hacia los hijos, hacia los padres e, incluso, hacia los parientes³⁰⁴. En primer lugar, entre los derechos y obligaciones básicos de los esposos, se encuentra la cohabitación, lo que implica una vida común basada en la equidad y la igualdad –incluso en caso de poligamia–, la fidelidad conyugal y la sinceridad recíproca, la obligación de mantener la pureza y la preservación del honor y la descendencia (art. 51)³⁰⁵.

La cohabitación debe ser benévola, condescendiente y siempre con respeto mutuo, tomando en cuenta la defensa de los intereses de la familia, que priman sobre otros. A diferencia de la antigua *Mudawwana*, los esposos son co-responsables de la buena gestión de los asuntos de la familia y de los hijos, estando –incluso– obligados a consultarse para adoptar cualquier decisión que concierne a la familia, a los niños y a la planificación familiar.

El buen trato hacia los respectivos padres por cada cónyuge, así como a sus prójimos, respetándolos, visitándolos y recibéndolos, dentro de los límites de la convivencia, con independencia de que sea una obligación establecida en el Derecho islámico, constituye un principio de buena educación de cualquier persona, sea o no musulmana³⁰⁶. Así mismo, el matrimonio despliega efectos que se extienden a los

³⁰⁴ Véase, Z. ALHURR: “Azzawaye”, *Alayyam addirasiya hawla mudawwanat alusra*, Rabat, 2004, pp. 27 y ss; M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat...*, op. cit, p. 184.

³⁰⁵ El CF destaca la importancia de la fidelidad en tres ocasiones: primero de forma directa, después por la expresión “pureza” y, finalmente, por la idea de la “preservación del honor”.

familiares del cónyuge, entre los que destacan, los impedimentos para el matrimonio por razón de parentesco, lactancia o por simultaneo, esto es, la imposibilidad de que el hombre contraiga matrimonio a la vez con dos hermanas o con la sobrina y la tía materna o paterna, sean por parentesco o por lactancia³⁰⁷.

Hay que mencionar que el legislador ha intentado equilibrar los derechos y obligaciones entre los esposos, como una novedad de la nueva legislación. En efecto, ha determinado, en primer lugar, los derechos recíprocos entre los esposos y, en segundo extremo, los derechos de la esposa hacia el esposo y viceversa. Así, algunas de estas disposiciones han sido incorporadas a este artículo pero se han mantenido los derechos de la esposa, como la pensión alimenticia, que se recoge en los arts. 194 a 196 del CF³⁰⁸.

En el marco de la relación de derechos y obligaciones de los cónyuges, figura el derecho de sucesión recíproco³⁰⁹. Se trata de una cuestión de orden público, con la excepción de la esposa no musulmana. Así, el marido tiene derecho a heredar a su esposa si fallece estando casada con él, o si está en el periodo de continencia (*Idda*), tras la disolución del matrimonio por un *Talaq* revocable, a condición de que no exista

³⁰⁶ En el sagrado *Corán*, varios versículos se refieren al buen trato hacia los padres (*Wabilwalidayni Ihsana*,) y la religión musulmana, en general, prevé el respeto, la ayuda y el buen trato a cualquier persona mayor de edad, sea progenitor o no.

³⁰⁷ Véase, O. MOUNIR, *Le nouveau droit de la famille...*, op. cit, p. 51, y M. ACHAFIE, *Mudawwanat alusra ...*, op. cit, p. 217.

³⁰⁸ Entre las novedades aportadas por el CF figura la posibilidad de redactar un acta independiente del matrimonio, para la gestión de los bienes de ambos esposos, que poseen en el momento de su celebración, o los que pueden adquirir en el futuro. Independientemente de la capacidad plena de la mujer en el Islam para la gestión financiera de lo adquirido -por su trabajo o por herencia-, se ha intentado regular este aspecto para evitar los conflictos que puedan surgir durante la relación matrimonial. Así, en el art. 49 del CF se ha procurado dar una respuesta a la supuesta diferencia entre los esposos acerca de los bienes comunes. Para más información véase, A. ALMALKI, *Nidam Alkadd Wassia'aya*, Rabat, 2002, p. 98.

³⁰⁹ Véase detenidamente, G. ESTEBAN/K. OUALD ALI: "El Derecho de sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes", S. ÁLVAREZ GONZALES (ed.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Univ. de Santiago de Compostela, 2009, pp. 159 y ss.

ningún impedimento legal para la sucesión, como sucede en el caso de la muerte por asesinato.

La mujer hereda de su marido la cuarta parte de sus bienes tanto si tiene hijos como si no los tiene. No obstante la esposa que tiene un hijo, pero no es musulmán, queda excluida de este derecho. En caso de que fallezca el marido casado con varias mujeres, comparten el cuarto de su fortuna. No obstante, la mujer puede heredar el octavo, si el marido tiene un hijo, sea varón o hembra. Se aplica esta misma regla si tiene varias mujeres. En tal caso, comparten el octavo. De otro lado, cuando fallece la esposa, el marido tiene derecho a la mitad, si no tiene hijos, o los tiene, pero permanecen excluidos por una razón o por otra. En cambio, tiene derecho al cuarto si la esposa tiene hijos³¹⁰.

Si bien las obligaciones entre los esposos, tal como se han definido, traducen en realidad una cuestión de cortesía y de buenos modales, constituyen el conjunto de compromisos, cuyo incumplimiento puede conducir a la disolución del matrimonio por desavenencias (*Chiqaq*), de conformidad con los arts. 94-97 de la actual *Mudawwana*. Otro derecho concebido como obligación y al cual el legislador ha reservado un artículo completo por su importancia, es el derecho a no ser expulsado del hogar conyugal (art. 53 CF)³¹¹. Se trata de una regla, que se aplica a ambos³¹².

En caso de expulsión sin razón, interviene el MP para acompañar al esposo/a expulsado tomando todas las medidas necesarias para su seguridad y protección. Aunque dicha expulsión puede ser justificada, es una situación delicada y cuya

³¹⁰ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, pp. 186-190.

³¹¹ El art. 53 del CF prevé que: “cuando uno de los cónyuges expulsa al otro de la residencia conyugal sin justificación, el Ministerio Público interviene para que regrese de forma inmediata, adoptando al mismo tiempo las medidas que garanticen su seguridad y su protección”.

³¹² Véase, O. MOUNIR, *Le nouveau droit de la famille...*, op. cit, p. 51; A. ALKHAMLI, *Min Mudawwanat Alahwal Achajsiyya...*, op. cit, p. 305.

apreciación está en manos del Juez, que debe decidir tras examinar una serie de circunstancias -sobre todo, si la pareja tiene hijos menores de edad-³¹³.

En segundo lugar, los efectos del matrimonio más destacados en el CF, se refieren a la protección de los derechos del niño, de modo que el interés del menor impregna todo el Derecho de familia. Así, los derechos que enumera el art. 54 del CF respetan básicamente la protección de la vida y de la salud desde el estado fetal hasta la mayoría de edad, la consolidación de la identidad, en particular, respecto al estado civil, la pensión alimenticia, la lactancia, el crecimiento, la orientación religiosa y la formación en el valor de la buena conducta³¹⁴.

El CF presta una atención especial al niño minusválido, de modo que se le reconocen los mismos derechos, pero acorde a sus especiales necesidades y su “desventaja”, con el objetivo de facilitar su inserción social. Se trata de una novedad, que se suma a otras respecto a la situación de la mujer³¹⁵. Por tanto, la protección del niño está garantizada en el nuevo CF mediante el reconocimiento de varios derechos, como el derecho a la lactancia. Es más, si bien es una labor que corresponde

³¹³ Esta cuestión despierta numerosas dudas por el hecho de que, en realidad, cualquier causa no justifica la expulsión del cónyuge del domicilio conyugal y, por consiguiente, existen – actualmente con la reforma del CF- varias alternativas para evitar que las divergencias lleguen a este extremo. Véase, A. ALMUMNI: “Taamulat Hawla A’amal Wawaqi’e Anniyaba Ala’amma Min Jilal Alfasl 3 Min Mudawwanat Alusra”, *Alqustas Ala’adad* 5, yuniyu 2005, pp. 5 y ss.

³¹⁴ Marruecos ratificó el Convenio de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989, el 14 de junio de 1993.

³¹⁵ Se deduce la importancia y el interés con el cual el legislador marroquí ha tratado la situación del niño, en orden a consagrar sus derechos y brindarle la protección que sea necesaria. Ello, tomando en cuenta que el niño de hoy será el hombre de mañana, contribuirá a la construcción de una sociedad, avanzada y contemporánea en todos los sentidos. Véase, P. LAGARDE: “La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs”, *Revue critique de DIPr*, nº2, 1997, pp. 217 y ss, y A. SALIM: « Alhimaya almaddiya littifle fi mudawwanat alusra », en I. ALFAKHORI, *Mudawwanat Alusra Ba’ada Thalath Sanawat Mina Attatbiq*, (Actas del Seminario internacional organizado por el Grupo de Investigación en Derecho y familia, 15 y 16 de marzo), Facultad de derecho, Uxda, 2007, pp. 229-263.

esencialmente a la mujer, los padres están obligados a “alimentar” al niño desde su nacimiento hasta que sea capaz de satisfacer sus necesidades por sí solo³¹⁶.

Ha de ponerse de relieve que si bien el derecho de lactancia es responsabilidad de los padres del menor, el legislador hace referencia en el art. 54 del CF, a que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas oportunas para dar eficacia a dicha protección. A partir de esta disposición, parece que el legislador restaura la participación del Estado en su deber de garantizar la protección de los niños, en general, y el derecho de lactancia, en particular. De hecho, el art. 161 del CT prevé que toda mujer trabajadora tiene derecho a una hora durante el día para amamantar a su hijo/a durante un período de un año, tras su incorporación de la baja maternal³¹⁷.

Otro efecto resultante del matrimonio válido es la pensión alimenticia, una obligación para cualquier padre, de mantener económicamente a sus hijos hasta que alcancen la edad de dieciocho años, y para las jóvenes este periodo se amplía hasta el momento de contraer matrimonio (art. 198). Si continúan estudiando, se prolonga hasta que finalicen la carrera –veinticinco años-. Dada su importancia, es una deuda que no se suprime solo por su entrega, renuncia o por la muerte. Además, se trata de una deuda que tiene preferencia, en comparación con otras, de conformidad con lo que indican los arts. 1244 y 1248 del COC. Tomando en cuenta la necesidad de la pensión alimenticia en la vida de cualquier menor, el legislador ha determinado un plazo de un mes para resolver las causas pendientes sobre este tipo de derechos³¹⁸.

Sin embargo, el legislador marroquí ha adoptado una posición flexible respecto al padre insolvente e incapaz de mantener a los hijos, de forma que ha transferido esta

³¹⁶ El Corán establece explícitamente la obligación de la madre de amamantar a su niño/a en un periodo máximo de dos años.

³¹⁷ Si bien constituye un reconocimiento importante para la mujer, es difícil llevarlo a cabo en un país en vías de desarrollo, en el cual las oportunidades de trabajo son escasas, en especial, para las mujeres.

³¹⁸ La pensión alimenticia es una obligación correspondiente al esposo hacia su esposa y sus progenitores, está establecida en el Corán, en la *Sunna*, y por consenso.

obligación a la madre –en caso de que sea solvente, evidentemente-. En cambio, no ha dado una respuesta eficiente a la familia, cuyos padres no tienen recursos para hacerse cargo de los/as hijos/as, con todo lo que comprende esta responsabilidad. En estos casos, la intervención del Estado para protegerles es imprescindible. Por ello, muchos menores en Marruecos deciden buscar vías de supervivencia, ayudando incluso a los padres, sin que la autoridad competente muestre interés ni preocupación por los medios usados por estos niños (la mayoría se dedican a robar o a mendigar)³¹⁹.

Por último, tanto el derecho del menor a ser representado por sus padres en lo que respecta a sus bienes, como su derecho a la herencia en caso de que fallezca alguno de ellos, constituyen otros deberes que los padres han de asumir. El CF corrobora que el matrimonio exige el cumplimiento de determinadas obligaciones hacia los parientes en términos de efectos y menciona, en especial, los impedimentos para el matrimonio, sean permanentes o temporales (tratados *supra*)³²⁰.

b) Efectos del matrimonio nulo o viciado

La nulidad del matrimonio tiene lugar en tres situaciones, de conformidad con lo que indica el art. 57 del CF: primero, si falta el intercambio de la oferta y de la aceptación entre los prometidos, de acuerdo con las expresiones admitidas en el uso. Se entiende que se trata de la situación referente a cuando no existe el factor de la voluntad, que funda cualquier contrato, como sucede en el caso del matrimonio pactado por las familias para casar a los hijos contra su voluntad.

En segundo extremo, cuando se comprueba o se declara la existencia de un impedimento permanente, que prohíbe el matrimonio de dos personas (en los supuestos que regulan los arts. 35 a 39 del CF). Y, en tercer término, cuando no existe

³¹⁹ Véase, A. SALIM: “Alhimaya Almadiya Littfl...”, *loc. cit*, pp. 229 y ss.

³²⁰ Véase, O. MOUNIR, *Le nouveau droit...*, *op. cit*, p. 51, y M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, *op. cit*, p. 217.

concordancia entre la oferta y la aceptación. En particular, se trata, p.ej., del error en la identidad de la esposa³²¹.

El matrimonio que no sea válido puede ser también un matrimonio viciado o imperfecto, de conformidad con el art. 59 del CF. A diferencia del matrimonio nulo, el viciado tiene existencia jurídica y despliega entre los esposos y hacia los hijos y parientes los efectos propios de un matrimonio válido. En la práctica, el matrimonio viciado puede tener lugar en dos situaciones: antes o después de la consumación. El matrimonio viciado permite que sea anulada el acta, si las condiciones de la dote no se han cumplido, como sucede en el caso de que su objeto sea ilícito.

De otro lado, si la nulidad se descubre antes de la consumación, el matrimonio no da derecho a la entrega de la dote, pero puede ser válido después de la consumación por el pago de una dote de conformidad con la ley³²². En caso de litigio en relación con el pago de la dote, la ley autoriza al Juez a que reconozca a la esposa la “dote de paridad”, tomando en cuenta el nivel económico de los esposos (art. 60 CF).

Otra situación incluida en el supuesto del matrimonio viciado o imperfecto tiene lugar si se celebró cuando uno de los esposos padecía una enfermedad que ocultó y que aún padece. El matrimonio viciado anula también el acta, si se contrae durante una enfermedad temible de uno de los cónyuges, esperando que se cure después del matrimonio. La última situación es aquella en la que el matrimonio se celebra sin presencia del tutor matrimonial, cuando la ley lo exija (art. 61 CF).

Si los efectos que se han tratado en este apartado son los que se derivan de un matrimonio válido, el matrimonio que no es válido –sino nulo o viciado- también

³²¹ El motivo que llevo al Profeta Mohammed a permitir al prometido visitar a la mujer con quien desea casarse, una visita condicionada por la presencia de un pariente de la prometida. Respecto a los efectos del matrimonio viciado, consúltese I. BAHMANI: “Maqal Nasab Alabnae Fi Azzaway Alfasiid”, *Mayyalat Alqadae Walqanun*, n° 149, pp. 39 y ss.

³²² En la jurisprudencia del TA, el acta se considera viciada, cuando la contrayente está embarazada, esta acta se anula sin necesidad de pronunciar el *talaq*, dado que el estado de la mujer embarazada es un impedimento para la celebración del matrimonio. Sentencia del Tribunal de Kenitra núm. 15/6/1990, *Revista Icha'ae*, n° 5, pp. 171 y ss.

despliega efectos, de conformidad con los arts. 56 y ss del CF. En este sentido, cabe decir, en primer lugar, que el matrimonio nulo no tiene existencia jurídica, pero sí de hecho. Así, la existencia jurídica significa que el matrimonio despliega todos los efectos previstos por la ley y por los principios generales del Derecho. No obstante, la declaración de nulidad del acta es competencia exclusiva del Tribunal, incluso tras la consumación del matrimonio, de un lado.

Y, de otro, conlleva el derecho de la mujer a la dote e implica la obligación de observar el periodo de continencia -siempre que se haya consumado el matrimonio-. En caso de buena fe (pero sólo en tal caso), el matrimonio nulo permite el reconocimiento del vínculo de filiación paterno y del impedimento de lactancia (art. 58 CF). Por tanto, es posible que el matrimonio se disuelva por *talaq* o por *tatliq* pronunciado en los casos señalados antes de que el matrimonio sea anulado (art. 61, 2º CF).

Por último, la disolución del matrimonio como consecuencia de los tres casos citados requiere que la mujer esté en el periodo de continencia antes de que el Tribunal pronuncie la anulación. Si bien el matrimonio anulado por causa de un vicio no conlleva ningún efecto antes de la consumación, después de la consumación despliega los mismos efectos que el matrimonio válido, mientras que el Tribunal no haya pronunciado la anulación³²³.

³²³ Véase entre otros, N. ALWAHLI: “Rasde Liba’ede Alichkaliyat Ala’amaliya Allati Afrazaha Tafi’ile Muqtadayat Mudawwanat Alusra A’ala Mustawa Almahkama Alibtidaiya Bi Rramani Ba’ed Sit Sanawwat Wa Nisfe Mina Attatbiqe”, en I. BELMAHJUBE, *Mustayyadat Mudawwanat Alusra wa Tatbiqatuha Al’amaliya*, dicember, 2010, pp. 90 y ss, y O. MOUNIR, *Le nouveau droit de la famille...*, *op. cit.*, p. 55.

2. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EFECTOS

A) Introducción

En la sociedad y cultura españolas hasta la aprobación de la polémica Ley 13/2005, de 1 de julio, que permite el matrimonio de personas del mismo sexo, ha sido, como en el caso de Marruecos o de cualquier otro país -indiferentemente de que sea árabe y musulmán-, la unión estable entre un hombre y una mujer con entrega mutua para toda la vida como expresión del Derecho divino y humano que la rige³²⁴. Por ello, la idea contemporánea del matrimonio sigue siendo idéntica a la ofrecida por el jurista romano Modestino hace varios siglos³²⁵.

Si es cierta la existencia en la sociedad de diversos modelos matrimoniales con grados diferentes de vigencia y cada uno con su propia lógica, en España el matrimonio fue una institución “cerrada” en cierto sentido, pero, en especial, por su carácter divino³²⁶. Así, tras la introducción del divorcio en el sistema jurídico español, se puede hablar en primer lugar, del modelo tradicional o institucional, cuyo fin es asegurar la supervivencia de los individuos a través del apoyo de las generaciones, primero de los padres a los hijos y más tarde de los hijos a los padres. De hecho, el pilar más importante en este modelo es la transmisión del patrimonio de la pareja tanto material como simbólica, así como la continuidad del orden social.

³²⁴ Como se sabe, el TC ha declarado recientemente que el matrimonio entre personas del mismo sexo es compatible con el texto constitucional, en respuesta al recurso presentado por el Partido Popular, tras la aprobación de la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Cc en materia de derecho a contraer matrimonio, *BOE* núm. 157 [STC, de 6 de noviembre de 2012].

³²⁵ Véase, C. LASARTE, *Derecho de familia, Principios de Derecho civil VI*. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 23.

³²⁶ Véase, L. BARDAJI MUÑOZ/A. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ: “Derecho Civil, (Carrera Judicial)”, *Centro de Estudios Financieros*, Madrid, 1993, pp. 84 y ss; M. ALBADALEJO/S. DIAZ ALBERT, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo I, Vol. 2, *RDP* 1995, p. 312.

En segundo lugar, figura el matrimonio-alianza, como una flexibilización del institucional, en el cual se reduce la importancia del factor económico y aumenta la de la felicidad. Las personas ya no contraen matrimonio para establecer una familia, engendrar hijos y transmitirles un patrimonio y un patronímico, sino para lograr la felicidad deseada por ambas partes. Pese a los dos modelos anteriores, en el mundo occidental, hoy en día, prevalece el matrimonio-fusión. En este tipo, el peso institucional se centra en una ceremonia y determinados ritos externos, cuya importancia en el matrimonio institucional es altamente valorada³²⁷.

Por último, se encuentra el matrimonio-asociación o “de compañía”, en él no es indispensable el casamiento, por motivo de que se define como cohabitación. Pese a que en la mayoría de los casos se trata de una relación duradera, no se distingue la situación de hecho de la de Derecho³²⁸.

Se tratará a continuación el matrimonio, con todos los requisitos y condiciones estipuladas para su validez, de acuerdo con el Cc español. Para ello, es importante determinar el concepto (general) de familia. Partiendo de su consideración sociológica y biológica, es un grupo de personas vinculado afectivamente y originado de forma natural y espontánea. No ha sido creada por el Derecho, ni necesita de él para su existencia³²⁹.

Ahora bien, una vez que surge, está contemplada por el ordenamiento, que la regula. Tradicionalmente, la familia estaba constituida por el grupo de personas unidas por lazos afectivos y de sangre, de modo que se incluían los padres, hijos, abuelos, nietos, tíos, primos, sobrinos e, incluso, la familia de cada uno de los esposos –que

³²⁷ En este tipo de matrimonio la desaparición no solo de la autoridad del cónyuge sino también de toda obligación de sostener económicamente a la familia.

³²⁸ Además, el término legitimidad desaparece totalmente de la lógica de este matrimonio. En efecto, no existe diferencia entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Y la disolución de este modelo depende siempre de la voluntad de la pareja. Véase, S. DEL CAMPO: “Matrimonios y tipos de familia...”, *loc. cit.*, pp. 181 y ss.

³²⁹ Véase J. ANTONIO XIOL (dir.), *Código Civil, comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Colección Tribunal Supremo, Madrid, 2010, p. 171.

pasa a ser familia política del otro-. Se trata de la “familia-linaje” o familia en sentido amplio.

Actualmente, está en proceso de modificación o de desaparición, estrechándose los lazos. Ha pasado de considerarse a la familia como el grupo constituido por un gran número de miembros, a ser representada por un grupo reducido, es decir, la formada por los padres e hijos, que conviven en un mismo hogar. En concreto, los hijos que estén bajo su potestad o, si están emancipados, pero aún no hayan abandonado el hogar paterno. Es la llamada “familia nuclear”³³⁰.

Ahora bien, esta familia nuclear -como modelo moderno- no significa que el ordenamiento haya dejado de considerar los vínculos familiares más amplios. Esto es, las relaciones entre hermanos, tíos y sobrinos no han dejado de desplegar efectos (legales). Así, genéricamente, el Derecho de familia presenta determinadas características de naturaleza peculiar, sus normas están revestidas de un carácter ético, procedentes, más bien, de la ética, que del campo del Derecho. Dada su constitución como una institución social, que el Derecho acepta y reconoce, se ha convertido paulatinamente en jurídica.

Es más, es un Derecho marcado por el interés público, que supone una intervención estatal constante a través del MF. En este sentido, el art. 39 de la CE establece que: “*los padres públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”. Además, está regulada –como otros derechos- por normas imperativas³³¹. Junto a ello, se trata de una legislación que rige tanto las obligaciones como los derechos de las personas que forman parte de dicho núcleo. Por último,

³³⁰ Véase, entre otros, B. MORENO QUESADA/ I. BUSTOS VALDIVIA/M^a. I. TRUJILLO CALZADO, *Derecho civil de la persona y de la familia*. Comares, Granada, 2006, p. 119.

³³¹ El matrimonio como institución jurídica es de carácter complicado, por varias causas: primero por los diferentes significados de matrimonio, a veces se refiere a la institución y en otras al vínculo entre los cónyuges. Segundo, por la controvertida naturaleza jurídica del matrimonio, el matrimonio como acto jurídico en él concurren tres voluntades diversas, los dos cónyuges y la institución jurídica. Tercero, la existencia de diferentes modelos matrimoniales en el mundo en función de la cultura, la ley y situación de cada país.

tanto los derechos como los deberes familiares son indisponibles, esto es, no cabe renunciar a ellos, ni pueden transmitirse.

El Derecho de familia español comprende el Derecho matrimonial, el Derecho de las relaciones paterno-filiales y el Derecho de las instituciones protectoras de los menores e incapacitados. En cuanto a los principios que establece este Derecho son: la igualdad entre los cónyuges (art. 32,1 CE) y, la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación (art. 39, 2º y 3º CE)³³². La pertenencia a una familia y la integración en ella, ocupando una posición u otra, genera un conjunto de efectos.

En este marco, el matrimonio constituye (aún) una de las células de la familia. Como es sabido, la relación conyugal adquiere gran trascendencia jurídica como consecuencia de que genera una serie de derechos y obligaciones mutuos entre las partes. De otro lado, el matrimonio es único, pero la expresión del consentimiento puede tener lugar de una pluralidad de formas: civil y religiosa. Por ello, cabe decir que la actual regulación de la forma de celebración del matrimonio en el Cc español es fruto de una evolución, manifestada también en el plano legislativo, de las relaciones Iglesia-Estado³³³.

Ambos despliegan los mismos efectos, pero el primero se regula por la normativa del Cc, mientras que el segundo por las leyes de las respectivas Iglesias correspondientes a los párrocos ante los que se celebra. En el ordenamiento español, el matrimonio religioso puede celebrarse con arreglo a la confesión católica, musulmana, judía y evangélica, de conformidad con lo indicado por los respectivos Acuerdos suscritos por el Gobierno con estas confesiones³³⁴. En todo caso, para la

³³² Estos principios han propiciado reformas sucesivas del Cc, siendo el sector del Derecho de familia la parte del referido Código que más modificaciones ha experimentado hasta la actualidad.

³³³ Véase, entre otros, F. MARTI GILBERT, *El matrimonio civil en España. Desde la República hasta Franco*, EUNSA, Pamplona, 2000, p. 236; R. COLOMA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Barcelona, 1990, p. 136.

³³⁴ En concreto, en 1979 con la Santa Sede y en 1992, con las representaciones territoriales de cada una de las tres últimas. Como se sabe, hasta el momento son cuatro las confesiones

válida celebración del matrimonio, es necesario que se hayan reunido los requisitos que requiere el Cc, en la medida en que sus efectos -como se ha indicado- son los que establece la legislación civil (sistema matrimonial único con dualidad de formas de expresión del consentimiento).

De otra parte, es importante hacer una breve referencia a la evolución de la institución matrimonial en el Derecho español, como comunidad entre los cónyuges, cuya gestión fue atribuida únicamente al marido, de modo que se restringía absolutamente la capacidad de la mujer casada.

De hecho, su actuación jurídica estaba sometida a la licencia marital. Una situación que perduró hasta que el Cc, reformado por la Ley, de 2 de mayo de 1975, declaró en su art. 62, párr. 1º que: *“el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges”*. Así, se consagra en la CE de 1978, precisamente en los arts. 14 y 32, la igualdad entre los cónyuges, en cuanto a los deberes y derechos³³⁵. Antes de abordar las condiciones del matrimonio, ha de señalarse que se trata de una institución (jurídica) que se define comúnmente por la doctrina como *“el acto por el cual se constituye la unión estable entre dos personas y que tiene por objeto formar una comunidad de vida”*.

religiosas legalmente reconocidas por el Gobierno español en virtud de acuerdo con las Iglesias respectivas. Se trata del Acuerdo, de 3 de enero de 1979, con la Iglesia Católica (BOE núms. 299 y 300, de 14 y 15 de diciembre de 1979); Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, aprobados por Ley núm. 24, 25 y 26 (respectivamente), de 10 de noviembre de 1992 (BOE núm. 272, de 12 de noviembre). Véase extensamente, I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 175.

³³⁵ La reforma del Cc supuso la supresión de la representación de la mujer por el marido, de forma que, hoy en día, ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro, sin que le haya sido conferida de forma voluntaria (art. 71 Cc). Véase, entre otros, B. MORENO QUESADA, *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 96. Algunas definiciones del matrimonio, además de considerarlo un negocio jurídico, lo tratan como una figura social cuyo significado, los fines que le son atribuidos, y en consecuencia, su regulación, son determinados en función de la particular concepción que exista en la sociedad de cada Estado, en cada momento concreto. Y aunque la situación de los contrayentes se caracterize por su internacionalidad, no pueden contraer un “matrimonio internacional”, sino que solo pueden ejercer su derecho en un ordenamiento determinado.

El art. 32 de la CE lo define como derecho reconocido, tanto a la mujer como al hombre con plena igualdad jurídica, y establece que la ley regulará las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación, disolución y sus efectos³³⁶. Como puede apreciarse, este concepto de matrimonio coincide en algunos aspectos con la definición establecida por el ordenamiento marroquí³³⁷.

Dicha relación tiene genéricamente dos caracteres primordiales, que se deducen de las normas que regulan las relaciones maritales. El primero es que se trata de un derecho que recoge la CE (art. 32) y, por consiguiente, ninguna ley puede restringirlo sea cual sea el motivo: religión, raza, nacionalidad, etc. Otro carácter es la solemnidad, que consiste en que la validez de un matrimonio está vinculada con el cumplimiento de una serie de requisitos formales establecidos por ley y, en concreto, que se celebre en presencia de una autoridad.

Ahora bien, autorizada doctrina ha puesto de relieve que la forma no es un elemento constitutivo para el matrimonio, sino meramente integrativo, lo que significa que no es *conditio sine qua non* para su validez, sino que, más bien, expresa que en el Derecho español no se admiten los matrimonios *solo sensu*, es decir, consensuales, sino que el consentimiento es preciso prestarlo –en todo caso- ante una autoridad, sea del orden civil sea religioso³³⁸. En cuanto a las simples uniones o uniones de hecho, no constituyen –naturalmente- un matrimonio³³⁹.

³³⁶ Las consecuencias de la promulgación del texto constitucional sobre la celebración del matrimonio aparecen claramente en la Instrucción de la DGRN, de 26 de diciembre de 1978, sobre el matrimonio civil (BOE de 30 de diciembre de 1978).

³³⁷ Para la comparación entre ambos ordenamientos véase de forma detenida, M^a D. CERVILLA GARZON/I. ZURITA MARTIN, *El Derecho de familia marroquí...*, op. cit; G. ESTEBAN (coord.), *Nuevo Código de Familia marroquí y su aplicación en España*, Ed. Difusión, Madrid, 2009, p. 45.

³³⁸ Y para las consecuencias de la consideración de la forma como requisito integrativo en el sistema español de DIPr, véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La forma del matrimonio como requisito integrativo de su válida celebración y sus consecuencias con respecto al reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero. Los arts. 49 y 50 del Código civil”, AAVV, *Temas actuales de Derecho Civil*, Ed. Normas legales, Trujillo, Perú, 2007, pp. 769 y ss.

Si bien el vínculo matrimonial tenía dos caracteres destacables, la unidad y la indisolubilidad, cuyo sentido era la unión entre un hombre y una mujer mientras viviesen, desde la reforma del Cc operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio (denominada Ley del Divorcio) desapareció la indisolubilidad en vida. De manera que, desde su entrada en vigor se admite el divorcio³⁴⁰. Es más, la reforma, de 1 de julio de 2005, ha permitido que el matrimonio se revista de un tercer carácter, cuando se celebre entre personas del mismo sexo.

B) Los esponsales

En la nueva redacción del Cc, lo que tradicionalmente había sido denominado esponsales, se llama promesa de matrimonio. Con independencia de su denominación, nadie duda de que se trata de una promesa recíproca de matrimonio entre los novios que, pasarán a ser técnicamente cónyuges si se llega a celebrar el matrimonio. Ha de subrayarse que, en España, los esponsales tienen un pasado glorioso, un presente dudoso y un porvenir ceniciento, dado el desarraigo de todo lo formal y ritual³⁴¹.

³³⁹ Véase, M. ALBALADEJO, *Compendio de Derecho civil*, Madrid, Edisofer, 2007, p. 501.

³⁴⁰ BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981. Posteriormente, este régimen se modificó por Ley 35/1994, de 23 de diciembre, en materia de celebración del matrimonio civil por los alcaldes (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1994). Cabe señalar que el divorcio existe en el Derecho estatal, pero no así en el Derecho canónico. De hecho, se disuelve el matrimonio en el Derecho civil por el divorcio, y es matrimonio también la unión homosexual, tras la entrada en vigor de la Ley de 1 de julio de 2005. Así mismo, se disuelve también por el divorcio el matrimonio canónico (art. 85 Cc). Sin embargo, para el Derecho canónico, el divorcio no extingue la relación personal entre los cónyuges, sino que seguirán ligados hasta que sea declarada la nulidad del matrimonio por la Iglesia.

³⁴¹ Como señala la doctrina, el pasado glorioso se manifiesta en su continua presencia en la historia y en el desarrollo normativo y doctrinal de que han sido objeto, sobre todo, por los canonistas en los siglos medievales, así como por distintas disposiciones de la Iglesia Católica encabezadas por las diversas redacciones del *Codex iuris canonici* (véase C. LASARTE, *Derecho de familia...*, op. cit, p. 39).

Si bien en el Derecho de familia marroquí los esponsales -como figura- despliegan determinados efectos, históricamente en España tuvieron más importancia y se celebraron con mayor frecuencia en la práctica. No obstante, hoy en día, han caído en desuso. Los esponsales consisten en la promesa de futuro matrimonio expresada por el hombre y aceptada por la mujer. Después de varios años, actualmente en el Cc tienen poca eficacia respecto a la obligación de cumplir el matrimonio prometido³⁴². Por tanto, ya no tienen protagonismo en el ordenamiento español, sino que sólo obligan al resarcimiento de los gastos que se hubieran hecho, así como a las obligaciones que se hubieran contraído por la falta de celebración del matrimonio prometido³⁴³.

En todo caso, los esponsales no obligan por sí solos, sino sólo cuando se rehúsa sin una causa justa su cumplimiento, y la promesa se hubiere hecho por una persona mayor de edad o emancipada (art. 43, 1º Cc)³⁴⁴. Antiguamente, desde los viejos precedentes romanos, la libertad matrimonial de los contrayentes ha estado siempre a salvo hasta el preciso momento de celebración del matrimonio, dada la coercibilidad del consentimiento matrimonial. En parecida línea, se pronunciaba el art. 43 de la redacción originaria del Cc y el mismo principio sigue estando establecido en el vigente art. 42, cuyo primer párrafo prevé que la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo, ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su falta de celebración.

Por tanto, los esponsales no obligan a los futuros cónyuges a cumplir con su obligación de matrimonio. Si bien no conllevan efectos jurídicos, según el Cc español

³⁴² En concreto, el art. 42 del Cc dispone que la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo, ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su celebración, ni se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento. Para el estudio de éste tema véase, entre otros, F. J. SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de familia y Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2009, p. 59.

³⁴³ Tienen que reclamarse en el plazo de un año que comienza desde la negativa a casarse, dado que la acción tiene este plazo de caducidad (art. 43, 2º Cc).

³⁴⁴ Véase, M. ALBALADEJO, *Compendio de Derecho civil...*, op. cit, p. 504, y también J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2002, p. 167.

(art.43.1), el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio, hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado, producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos producidos, y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

Por ello, el único efecto de la falta de celebración del matrimonio prometido es la indemnización al futuro esposo/a que ha actuado de buena fe y que ha confiado plenamente en la otra parte. La quiebra de tal confianza constituye un motivo para reconocer el resarcimiento de la parte perjudicada, pero siempre que se pruebe el daño ocasionado. Por ello, en el art.43 del Cc se determina un plazo de un año para la caducidad de la acción de resarcimiento, a contar desde el día de la negativa a celebrar el matrimonio.

Respecto a los esponsales en el caso de las personas extranjeras que desean contraer matrimonio en España, no existe una regulación en el sistema español de DIPr, por lo que dicho silencio ha creado un auténtico conflicto de calificaciones. La doctrina considera que la promesa de matrimonio puede ser calificada como contrato, relación de familia, cuestión matrimonial o hecho del que deriva responsabilidad no contractual. Esta última calificación es la más solvente y sostenida por numerosos autores³⁴⁵. En consecuencia, la ley aplicable a una eventual responsabilidad derivada de la ruptura de dicha promesa, se fija a través del art. 10.9.I del Cc³⁴⁶.

Por tanto, se aplica ley del país en el que se produjo el hecho del que deriva la responsabilidad. Si bien esta Ley despeja la duda en este aspecto, la confusión puede tener lugar cuando la ruptura sucede en un país, pero surte efectos en otro. En tal

³⁴⁵ Véase en la doctrina, entre otros, C. LASARTE, *Derecho de familia...*, op. cit, p. 38, y X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6ª ed., La Ley, Madrid, 2008, p. 15.

³⁴⁶ De otro lado, en cuanto a la competencia internacional de los jueces españoles se determina por el Reglamento nº 44/2001 (RCE de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución publicado en el DOUE serie L, núm. 12, de 16 de enero). En estos supuestos la ruptura de la promesa de matrimonio origina responsabilidad no contractual. En defecto de la aplicación del Reglamento 44/2001, se aplica el art. 22 de la LOPJ.

caso, la ley aplicable será la del país donde la pareja había fijado su primera residencia habitual común en el caso de haberse celebrado el matrimonio, al tratarse del país en el que la ruptura de la promesa produce sus efectos principales. Y si no se determina el país de residencia habitual, se acude al país en el que realizaron los gastos de cuyo resarcimiento se trata³⁴⁷.

P.ej., un alemán que reside en Alemania, realiza una promesa de matrimonio a una mujer marroquí residente en España, habiendo ambos convenido que el domicilio conyugal posterior a la celebración del matrimonio, se ubicaría en España. Si dicha promesa se rompe en Alemania por el sujeto alemán y la mujer reclama una indemnización, de acuerdo con lo establecido en el art. 10.9.I del Cc, se resuelve en función del país en el que se ha producido el hecho del que deriva la responsabilidad (España). Además, la pareja había acordado fijar su residencia habitual en España³⁴⁸.

En otros casos vinculados con la promesa de matrimonio, en algunas sentencias, cuando hay arraigo en territorio español, a efectos de declarar procedente la suspensión de un acuerdo de expulsión, se exige que exista unión marital de hecho, estable y continuada. Pero, la promesa de contraer matrimonio, unida al compromiso de sufragar los gastos para atender a la prometida, no es equiparable a la convivencia marital estable para deducir que se está ante una unión de hecho que, al igual que el matrimonio, supone arraigo familiar y justifica la suspensión cautelar de la orden de expulsión de España³⁴⁹.

³⁴⁷ Véase, entre otros, N. BOUZA VIDAL: "Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho internacional privado español", *La Notaria*, 2007-1, pp. 11-40, y A. MOTILLA (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, Universidad de Córdoba 2003.

³⁴⁸ Véase, A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCO GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 11ª ed., 2010-2011, Comares, Granada, 2010, p.72.

³⁴⁹ Razón por la cual no se suspende la ejecución de la expulsión, por no haberse justificado que los perjuicios irrogados a la recurrente son prevalentes frente al interés general de que se cumpla la orden. De otro lado, la dificultad de defenderse en el proceso para un extranjero obligado a salir de España, no tiene por sí sola un valor decisivo para suspender la ejecución de la orden de expulsión o la conminación de abandonarlo, por lo que, si no se acreditan otros perjuicios, el mero alejamiento del proceso carece de relevancia para suspender la salida.

C) Expediente previo a la celebración del matrimonio: capacidad y ausencia de impedimentos

a) Capacidad

La válida celebración del matrimonio requiere la presencia de las dos partes, así como el cumplimiento de un conjunto de requisitos, que establece el Cc en los arts. 44 y ss. Y, en concreto, se trata de los siguientes: en primer lugar, se han de reunir los requisitos de forma previa, en el momento en el que se inicia la tramitación del expediente, que constituye el conjunto de actuaciones tendentes a indagar si los sujetos que desean contraer matrimonio pueden celebrarlo válidamente. En otros términos, consiste en acreditar que los futuros esposos reúnen la necesaria capacidad para celebrar un matrimonio civil y válido³⁵⁰.

En segundo extremo, respecto a la modalidad de tramitación del citado expediente, el Cc remite a las normas del RRC. Genéricamente, se inicia a petición de las personas que quieren contraer matrimonio, que deben presentar un escrito al Juez encargado del Registro, ante el Juez de Paz o ante el encargado del RC consular. En el expediente figuran los datos relativos a los contrayentes. Tras la presentación del escrito o de la solicitud, el funcionario competente procede a su examen, solicitando a los interesados su ratificación con la finalidad de la publicación de los edictos y las proclamas, y la publicidad del matrimonio, para que alguna persona que tuviera

Sentencias, de 2 de diciembre de 1995, de 25 de septiembre de 1999 [SAP de Madrid 3ª, Sección 6ª] y de 13 de enero de 1999. Entre otros véase, F. J. SANCHEZ CALERO (coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de Familia y Sucesiones*. Tirant lo Blanch, 2009, p. 101; C. LASARTE, *Derecho de familia...*, op. cit, p.38.

³⁵⁰ El expediente no forma parte del acto de la celebración del matrimonio, ni afecta a su validez. Su ausencia no es causa de nulidad (art. 65 Cc). Véase, A. CAZIÑARES LASO (dir.), *Código civil comentado*, Madrid, Thomson Reuters, 2011, p. 130.

conocimiento de la existencia de cualquier impedimento, lo comuniqué al Encargado del RC³⁵¹.

El art. 56, 2º del Cc exige un dictamen médico sobre la aptitud, en caso de que alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas. La fase definitiva de dicho expediente tendrá lugar con el pronunciamiento por el Juez encargado del Registro de un auto por el que se autoriza o deniega la celebración del matrimonio (art. 247 RRC). El auto puede recurrirse en vía gubernativa (247, 2 RRC).

Si bien la regla general exige la tramitación del expediente matrimonial, existen situaciones en las que se renuncia a dicho requisito, como sucede en el caso de los matrimonios contraídos de forma religiosa (art. 63 y 65 Cc) y de los celebrados en situación de riesgo de muerte (art. 52). Por último, cabe mencionar el matrimonio secreto (art. 54 Cc), en él se requiere la presentación del expediente previo, aunque no se le dará publicidad mediante edictos y proclamas.

Es interesante este requisito en el caso de los matrimonios religiosos. De otra parte, las autoridades israelitas y evangélicas están obligadas a diligenciar el acto de la celebración, cuando dispongan del certificado de capacidad expedido por el instructor del expediente. Este matrimonio carecerá de validez civil si no se tramita previamente, y por consiguiente, no se aporta el certificado de capacidad matrimonial correspondiente. La situación es similar a un matrimonio celebrado en España ante los ministros de culto de cualquier otra religión inscrita.

En lo que al matrimonio islámico se refiere, el Acuerdo con la CIE suscita numerosas dudas, en cuanto a la interpretación de sus disposiciones. Por ello ha sido criticado por varios motivos. Entre ellos, está el hecho de que hubiere sido preferible la equiparación de los requisitos con cualquiera de las otras formas religiosas no

³⁵¹ El expediente matrimonial constituye un requisito formal del matrimonio civil, junto a las reglas de competencia y lugar de celebración.

canónicas³⁵². Sin embargo, el Centro Directivo, en vez de aclarar los términos de una normativa de por sí confusa, ha añadido ambigüedad a la situación³⁵³.

Ello mediante la interpretación consistente en que los contrayentes que profesan la religión islámica están dispensados de la obligación de tramitar el expediente y, por consiguiente, de obtener el certificado de capacidad matrimonial con carácter previo a la celebración. Así, cabe concluir que el Acuerdo con la CIE ha asimilado, en cierto modo el matrimonio islámico al canónico. Por tanto, ambos desplegarán efectos desde el momento de su celebración y la intervención obligatoria de la autoridad civil solo servirá para el mero trámite de la inscripción del vínculo, necesario para la plena producción de efectos jurídicos³⁵⁴.

De otro lado, respecto a los requisitos que han de reunirse en el momento de la celebración del matrimonio, han de concurrir los siguientes: - tener capacidad matrimonial, - que exista consentimiento matrimonial y mostrarlo de una concreta forma, establecida legalmente. En cuanto a la capacidad, se refiere, en primer lugar, a la edad. El art. 46 del Cc establece que el menor emancipado y el mayor de edad pueden concluir su acta de matrimonio sin ninguna estipulación. Ahora bien, la excepción a esta norma surge cuando el contrayente es mayor de catorce años, y

³⁵² Ahora bien, la falta de tramitación del expediente por parte de la autoridad civil no incide en la eficacia jurídica del matrimonio canónico, sus efectos civiles surgen desde el momento de su celebración, lo que significa que no está sujeta a ninguna formalidad específica. Sin embargo, si el legislador no exige el expediente prematrimonial, no se puede interpretar como que se prescinde de todo control previo a la celebración, sino que se trata de una tarea que se confía a las autoridades eclesiásticas, de acuerdo con sus normas.

³⁵³ Véase en este sentido, A. MOTILLA (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, Universidad de Córdoba, 2003, p. 125, y J. C. FERNANDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Civitas, 2011, p. 400.

³⁵⁴ Dicho Acuerdo firmado en 1992 requiere una actualización para moldearlo a las novedades aportadas, tanto en la sociedad española como en la marroquí (a modo de ejemplo, sería precisa su adaptación al nuevo CF, así como a las reformas operadas durante las últimas décadas en el Cc español). Véase, P. OREJUDO, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 33. Entre otros, véanse, R. RODRÍGUEZ CHACÓN: "El matrimonio religioso no canónico en Derecho español", *ADEE*, X (1994), pp. 369-425, y J. M^a. PAZ AGUERAS: "El matrimonio en forma religiosa en los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones no católicas", *BIMJ*, núm. 1661 (1993), pp. 714-722.

quiere concluir el acta matrimonial, pero siempre previa dispensa motivada y otorgada por el JPI tras la audiencia del menor y sus padres (art. 48 Cc)³⁵⁵.

Sin embargo, de acuerdo con la regla que establece la emancipación no puede obtenerse antes de haber cumplido dieciséis años (arts. 317, 319 y 320), cuando la mayoría de edad se encuentra fijada en los dieciocho (arts. 12 de la CE y 315 Cc). La circunstancia de que la reforma de 1981 no haya optado por fijar de forma positiva una edad hábil para contraer matrimonio, debería llevar a la conclusión de que la edad núbil es tendencialmente la de dieciocho años, adelantándose a los dieciséis en caso de que se dé alguno de los supuestos de emancipación³⁵⁶.

Para el sentir actual, representan topes cronológicos excesivos por defecto. Si bien ha de presumirse a los cónyuges, como parece necesario, la formación intelectual y la capacidad de vida independiente, así como la iniciativa de generación de una familia estable, con las responsabilidades de todo tipo que conlleva su creación. No obstante, el requisito de la edad sigue siendo susceptible de dispensa por el JPI, siempre que el menor que pretenda casarse (con independencia del sexo) haya cumplido catorce años, tal y como establece el art. 48.2 del Cc.

b) Ausencia de impedimentos

En segundo lugar, se exige que no exista un vínculo matrimonial con otra persona, de acuerdo con el art. 46, 2º del Cc. A diferencia de los países islámicos, en la legislación española contraer un segundo matrimonio con otra mujer constituye un delito de bigamia, tal y como establece el art. 471 del CP. Se incluye también la

³⁵⁵ Véase, B. MORENO QUESADA, *Derecho civil de la persona y de la familia...*, op. cit, p. 138, y J. C. ERDOZAIN LÓPEZ/R. B. RODRÍGUEZ CANO (dir.), *Código civil*, Tecnos 2012, p. 375.

³⁵⁶ Parece que el mencionado planteamiento es preferible al existente con anterioridad a la reforma de 1981, cuando el derogado art. 83.1º del Cc permitía el matrimonio a los varones con catorce años y a las mujeres de doce años cumplidos, discriminación sexual aparte (aunque el tema sería discutible en términos psíquicos y fisiológicos, dada la anterior formación sexual de la mujer). Véase entre otros J. L. LACRUZ BERDEJO/F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA/A. LUNA SERRANO/J. DELGADO ECHEVERRÍA/F. RIVERO HERNÁNDEZ/J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 112.

relación con los parientes, de manera que el Cc impone una serie de prohibiciones o impedimentos a determinados familiares, como los parientes en línea recta, por consanguinidad o adopción y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.

Si bien en el parentesco en línea recta por consanguinidad no cabe dispensa, en línea colateral sí es dispensable –solo en el tercer grado p.ej., puede contraer matrimonio el tío con la sobrina carnal-. En la capacidad o la aptitud en general, se incluyen también condiciones de orden psíquico. Así, anteriormente a la reforma efectuada en 1981, el derogado art. 83.2º del Cc prohibía el matrimonio a cualquiera que no estuviera en pleno ejercicio de su razón en el momento de contraer matrimonio. Una disposición que provocó una importante disputa doctrinal en torno al rechazo o admisibilidad del matrimonio contraído por las personas enfermas mentales en intervalo lúcido³⁵⁷.

Por último, se recoge como prohibición o impedimento haber sido condenado como autor o cómplice en la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos (art. 47, 3º Cc). Este impedimento también es dispensable por el MJ, a petición de la parte interesada. No pueden contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, y los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Con anterioridad a la reforma, a tales supuestos se le conocía como impedimentos (calificación de origen canónico). La misma denominación que la redacción del Cc anterior se utiliza en el art. 48, hablando de dispensa de impedimentos, aunque en general ha tratado de evitarla. La doctrina en los supuestos del art. 47 trata las prohibiciones matrimoniales u obstáculos del matrimonio.

³⁵⁷ En la actualidad, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, el art. 56.2 del Cc prevé que, en el expediente matrimonial previo se exigirá dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento. Véase, L. M.VÁZQUEZ DE CASTRO, *El concepto de matrimonio en el Código civil*, Civitas, Madrid, 2008, p. 223.

Por último el parentesco puede ser un impedimento y hay que señalar que las reglas relativas a la prohibición del matrimonio entre parientes cercanos responden también a parámetros culturales asentados, tanto en el Derecho civil como en el canónico. Históricamente, está comprobado el grado de parentesco colateral que generaba el consiguiente impedimento, pero era mucho más amplio y lejano que el actualmente establecido por el Cc, que prohíbe casarse a cualquier persona con quien sea su tío o sobrino carnal, salvo que exista dispensa. El parentesco en línea recta, sea por consanguinidad o por adopción, determina la prohibición de contraer matrimonio sin límite de grados³⁵⁸.

D) El consentimiento matrimonial

El nuevo art. 45 del Cc prevé que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, pero no sería lícito deducir de ello que el consentimiento determina por sí solo el matrimonio. Así mismo, la importancia del consentimiento no vale por sí, sino la forma en la cual se presta, porque en el Derecho español no puede considerarse matrimonio aquel que carezca completamente de forma. Al ser elemento esencial y básico el consentimiento matrimonial, se quiere corroborar también que son irrelevantes los motivos por los que se ha llegado a su prestación, y que no se exige la consumación como requisito del matrimonio.

Se trata, en realidad, del único requisito, sin el que el matrimonio no es válido. El consentimiento consiste en la declaración de voluntad emanada de forma explícita de ambas partes, que desean unirse en matrimonio. Es un requisito irrenunciable, de forma que, sin su realización, no hay matrimonio. Ahora bien, para que sea válido, ha de ser puro y libre de cualquier condición, término o modo (art. 45, 2º Cc). Ha de haberse formado sin ningún vicio, esto es, en ausencia de error, coacción o miedo grave. Lógicamente, tiene que ser un consentimiento consciente, sabiendo los efectos y las consecuencias que genera su prestación.

³⁵⁸ Véase, C. LASARTE, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI (Jornadas Internacionales)*, UNED-El Derecho, Madrid, 2006, pp. 45- 47.

En la misma línea, el párrafo 2º del art. 45 del Cc señala que, no hay matrimonio sin consentimiento, la condición, el término o el modo del consentimiento se tendrán por no puestos. Sin embargo, la solución que se ha dado al consentimiento como una condición imprescindible en el momento de contraer matrimonio, es discutible. Si el consentimiento ha de ser puro, es obvio que el que esté sometido a condición o a término no lo es. Ahora bien, sostener la nulidad del consentimiento supondría conceder a los contrayentes un arma para destruir el matrimonio cuando quieran. Pero esto no debe ser ningún obstáculo para un legislador que ha privatizado en gran medida el matrimonio y sus efectos, sobre todo, para un legislador que permite el divorcio por el mero consentimiento o por la voluntad unilateral de uno de los cónyuges³⁵⁹.

La condición y el término prohibido abarcan a cualquiera de sus clases (condición de presente o de futuro, término inicial o final, etc.). Resulta extraña la mencionada alusión, dado que el modo es figura exclusiva de los negocios jurídicos *inter vivos* gratuitos (donación) o testamentarios (institución de heredero o legado), por la que el favorecido se obliga a realizar una determinada prestación. Es evidente que el matrimonio no encaja en ninguno de esos negocios, por lo que, si se quiere buscar un significado análogo del modo en él, sería el de que ninguno de los contrayentes puede pretender que se realicen determinadas prestaciones por otorgar el consentimiento³⁶⁰.

De otro lado, el Cc permite que el consentimiento tenga lugar a través de un apoderado, siempre que esté autorizado por el contrayente. Se trata del denominado “matrimonio por poder” (art. 55). La sustitución opera exclusivamente en la fase de emisión de la voluntad, ya formada por el poderdante de una manera íntegra. El apoderado viene a ser su mero portavoz, aunque puede gozar de iniciativas en el ejercicio de su misión dentro de las precisas instrucciones del poderdante (p. ej., dar el

³⁵⁹ Véase, F. J. FERNANDEZ URZAINQUI, *Código Civil*, 12ª ed., Aranzadi, Madrid, 2002, pp. 59-70.

³⁶⁰ Véase, C. ODRIZOLA IGUAL, *La celebración del matrimonio en forma ordinaria en el sistema matrimonial español*, Serv. Pub. Univ. del País Vasco, 2000, p. 102.

consentimiento o no según concurren ciertas circunstancias o situaciones), que serían válidas³⁶¹.

En cuanto a los vicios que pueden vincularse con el consentimiento, de conformidad con el art. 73, figura en primer lugar. Es nulo cualquier matrimonio celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubiesen sido determinantes del consentimiento. El error sobre la identidad se reduce al supuesto de confusión entre personas, y más problemático resulta aquel de cualidades, que se enuncia genéricamente.

En segundo lugar, el error no tiene que reunir la característica de ser excusable, a diferencia de lo que ocurre en los contratos, porque no ha de protegerse la confianza, porque no hay interés en pugna. Fundado el *status matrimonial* exclusivamente sobre la voluntad (la de cada cónyuge), ha de prevalecer ante cualquier otra consideración, libre de todo vicio.

En definitiva, como vicios que pueden afectar al consentimiento, está la coacción y el miedo grave. El art. 73 del Cc enuncia ambos vicios que pueden anular el matrimonio, pero sin determinar sus requisitos, lo que obliga a aplicar (con las necesarias matizaciones) las condiciones que se exigen para que tengan trascendencia anulatoria. No obstante, no tienen efecto anulatorio el dolo, salvo si conduce a uno de los contrayentes a un error sobre la identidad o cualidades del otro en los términos ya vistos³⁶².

³⁶¹ Se requiere lógicamente que el consentimiento matrimonial ha de ser puro, y el legislador lo entiende como puro en todo caso (art. 45), pero la condicionalidad inadmisibles afecta a la fase de formación del consentimiento, no a su emisión.

³⁶² Véase, L. DIEZ PICAZO/A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pp. 78-81, y F. J. FERNANDO URZAINQUI, *Código Civil y ley y Reglamento del Registro civil*, Madrid, Colex, 2011, p. 630.

Por último, en el sistema español de DIPr, no figura ninguna norma de conflicto que regule este requisito y que indique la Ley aplicable al consentimiento matrimonial. Habido varias tesis, aunque la jurisprudencia española y la DGRN aplican la ley nacional de los contrayentes³⁶³. Así, se deniega la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero, al considerar la existencia de fraude, por la ausencia de verdadero consentimiento matrimonial, en la medida en que el matrimonio se celebró con la única finalidad de evitar la aplicación de la normativa de extranjería española³⁶⁴.

De otro lado, de acuerdo con el Cc, el consentimiento podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado³⁶⁵. Por último, cabe reconocer cualquier matrimonio contraído conforme al “ordenamiento competente”. Y ello, con independencia de las formalidades que se lleven a cabo. De hecho, los contrayentes gozan de libertad para elegir la forma de celebración y no es necesario que reúna los requisitos del Derecho español –a pesar de que adquieran carácter esencial ante las autoridades españolas-³⁶⁶.

³⁶³ El Derecho español no debe aplicarse para la comprobación de dicho consentimiento, simplemente porque los asuntos que conciernen al estado civil de los contrayentes deben regirse por la Ley nacional de ambas partes (art.9.1 Cc). Véase, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCO GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, op. cit, p. 96.

³⁶⁴ Se trata de los conocidos matrimonios de conveniencia, que han dado lugar a la adopción de un conjunto de criterios por la DGRN para orientar a los Encargados del RC acerca del control del consentimiento, tanto en el momento de la preparación del expediente previo como en el momento del reconocimiento del ya celebrado en el extranjero, en especial, si uno de los esposos ostenta la nacionalidad española, aunque no sólo. Para un detenido análisis de la jurisprudencia del citado Centro Directivo véase, S. SÁNCHEZ LORENZO, “La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia”, AAVV, *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, IAM, Sevilla, 2008, pp. 181 y ss.

³⁶⁵ Véase, J. ANTONIO XIOL RIOS (dir.), *Código Civil, comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Colección Tribunal Supremo, Madrid, 2010, p. 171.

³⁶⁶ Sin embargo, si el matrimonio tiene lugar en otro país, es imprescindible, con indiferencia de la forma escogida, respetar ciertas condiciones, en especial, el consentimiento y la capacidad, véase, P. OREJUDO, *La celebración...*, op. cit., p. 273.

E) Formas de celebración del matrimonio e inscripción en el Registro civil

a) Forma civil y forma religiosa

Como se ha señalado *supra*, la intervención de una autoridad civil o religiosa ante la que se presta el consentimiento constituye un requisito integrativo, que consiste en el intercambio del consentimiento entre los cónyuges ante la autoridad competente y los dos testigos³⁶⁷. Dada la importancia del matrimonio como acto formal, su celebración se somete a las exigencias de forma que establece el Cc. A pesar de esta exigencia, el matrimonio sólo requiere el consentimiento para su válida celebración³⁶⁸.

En todo caso, el consentimiento ha de expresarse ante el Juez o el funcionario (matrimonio civil) y el párroco o autoridad religiosa legalmente reconocida (matrimonio religioso). El primero exige que el consentimiento se preste ante el funcionario competente y en presencia de dos testigos mayores de edad (art. 57 Cc). En caso contrario, el matrimonio será nulo³⁶⁹. Por último, la forma civil de celebración del matrimonio incluye determinadas formas especiales, como sucede en el caso de peligro de muerte, matrimonio secreto o matrimonio por poderes³⁷⁰.

³⁶⁷ Véase, entre otros, C. ODRIOZOLA IGUAL, *La celebración del matrimonio en forma ordinaria en el sistema matrimonial español...*, op. cit., p. 105; D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El sistema matrimonial español, matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Serv. Pub. Univ. Complutense de Madrid, 1995, p. 181.

³⁶⁸ El art. 45 del Cc lo indica expresamente: “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”. Véase en este mismo sentido, F. AZNAR GIL/M^a. E. OLMOS ORTEGA, *La preparación, celebración e inscripción del matrimonio en España*, Serv. Pub. Univ. Pontificia de Salamanca, 1996, p. 207. En concreto, se ha señalado que la forma de celebración del matrimonio carece de valor constitutivo, en el sentido de que nada añade al consentimiento, que puede exigirse como modo normal de emitirlo suficientemente, con posibilidad de dispensa y de que su omisión sea subsanada o como requisito *sine qua non* para que el Derecho reconozca el matrimonio. Véase, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2002, p. 53.

³⁶⁹ El funcionario competente podrá ser el Juez encargado del RC o el alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o el concejal en quien éste delegue, o el funcionario diplomático o consular encargado del RC en el extranjero.

³⁷⁰ Pese a que el consentimiento debe prestarse por cada contrayente que concurre al acto de celebración del matrimonio, en determinadas situaciones, de acuerdo con el art. 55 del Cc, se

En el Cc español -a diferencia del CF marroquí-, junto a la forma civil ordinaria regula, como formas excepcionales, el matrimonio secreto y el matrimonio en peligro de muerte. Por diferentes razones, los contrayentes quedan dispensados del cumplimiento de alguno de los requisitos de forma expuestos. Cuando concurren causas suficientemente probadas, el MJ podrá autorizar el matrimonio secreto (art. 54 del Cc). En este caso, el expediente será tramitado reservadamente sin la publicación de edictos o proclamas. Su inscripción se realiza en un Libro Especial.

Sin embargo, el carácter secreto del matrimonio no impide que se desplieguen entre los cónyuges todos los efectos y no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas, sino desde su publicación en el RC (art.64)³⁷¹. De otro lado, la inscripción tiene una publicidad restringida a los propios cónyuges y su traslado al RC correspondiente ocurrirá en los casos del art. 79 de la LRC. Constituye una obligación para ambos cónyuges guardar secreto sobre la celebración e inscripción del matrimonio, hasta que no consientan su divulgación y de igual forma sucede para los que han intervenido en el acto³⁷².

En el caso del matrimonio en peligro de muerte, su función consiste en favorecer que, en el momento de la muerte, el fallecido y otra persona se consideren casados, tomando en cuenta la existencia de la relación matrimonial. De acuerdo con el art. 52 del Cc, el matrimonio del que se halla en peligro de muerte puede ser autorizado por el Juez encargado del RC, por el delegado, o por el alcalde, independientemente de que los contrayentes residan o no en la circunscripción respectiva. Se levanta el acta de matrimonio, que se inscribe posteriormente en el RC, siempre que no haya dudas

permite que en el expediente matrimonial se autorice que uno de ellos actúe mediante un apoderado, siempre que asista el otro contrayente, Véase, *Compendio de Derecho Civil, Derecho de Familia* Tomo IV, Dykinson, Madrid, 2005, p. 80.

³⁷¹ La inscripción es el medio por excelencia que prueba el matrimonio y que le da publicidad frente a todos.

³⁷² Como fase final, la celebración de los matrimonios secretos se documenta en acta, que será remitida, inmediata y reservadamente, al Registro Central (art. 267 RRC).

acerca de la realidad del hecho y de su legalidad (art. 256.1º RRC). También puede serlo mediante expediente, si no se ha levantado acta (R. de 18 de febrero de 1995)³⁷³.

Se celebra ante dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada, para encontrar a estos últimos. Se requiere –lógicamente- el consentimiento, lo que significa que no se levantará acta cuando el enfermo no tenga capacidad para expresar su voluntad de forma inteligible o cuando -más bien- se deduzca su voluntad contraria³⁷⁴.

En cuanto a la forma religiosa, de conformidad con la ideología de la sociedad y con la CE, el art. 32 de esta última prevé que: *“los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”*. Por tanto, para la regulación de esta cuestión, se han firmado varios acuerdos. Entre ellos, el Acuerdo del Estado Español con la Iglesia católica, cuya finalidad es reconocer los efectos civiles al matrimonio contraído de conformidad con las reglas del Derecho canónico³⁷⁵.

b) Inscripción del matrimonio en el Registro civil

Tras la celebración del matrimonio, para que despliegue efectos frente a todos, es preciso su inscripción en el RC. No obstante, se diferencia la inscripción en función de

³⁷³ Cuando se trata de militares en servicio, si existe peligro de muerte, puede ser autorizado por el oficial o jefe superior inmediato si falta el encargado de RC, a bordo de las naves o aeronaves, autoriza el matrimonio al capitán o el comandante.

³⁷⁴ Véase, L. DIEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit, p. 88, y A. CARRASCO PERRERA, *Derecho de familia, casos, reglas, argumentos*, Ed. Dilex, 2006, p. 44.

³⁷⁵ Como se sabe, se suscribieron otros acuerdos de cooperación entre el Estado español con otras tres confesiones religiosas más. En concreto, comunidades evangélica, israelita e islámica (el 28 de abril de 1992, publicados en al *BOE* núm. 272 de 12 de noviembre de 1992), otorgando efectos civiles a los matrimonios celebrados según las normas de dichas confesiones. Para más información consúltese, A. MOLINA MELIA, *La regulación del matrimonio, Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Salamanca, 1994, pp. 159-188.

la forma de celebración. En el caso del matrimonio civil con expediente previo, el Juez o funcionario extenderá inmediatamente al mismo tiempo que se celebra, la inscripción correspondiente con su firma y la de los contrayentes y testigos (art. 62). Si se celebra el matrimonio civil, pero sin el previo expediente, el Juez o el funcionario, antes de su inscripción, comprueba que reúne los requisitos legales vinculados con la celebración del matrimonio³⁷⁶.

Si el matrimonio se ha celebrado de forma religiosa, se llevará a cabo la inscripción con la simple presentación de la certificación de la Iglesia, aunque el Encargado del RC ha de comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Cc *supra* señalados³⁷⁷. La Doctrina considera que el matrimonio canónico no es un matrimonio civil en forma canónica, sino un matrimonio al que se le requiere el cumplimiento de los requisitos del Cc, de modo que reúne requisitos por partida doble. Y, por tanto, desplegará efectos en ambos ordenamientos³⁷⁸. En definitiva, el matrimonio puede tener lugar en forma civil, que requiere el cumplimiento de una serie de condiciones, o el matrimonio religioso, que también conlleva un proceso especial.

Como observación final, no existen grandes diferencias entre la celebración del matrimonio en un país cuya confesión es el Islam (Marruecos) y otro aconfesional (España), sino que los requisitos básicos son los mismos, apreciándose la diferencia en relación con aspectos secundarios³⁷⁹. Ha de añadirse que, si bien Marruecos es un país

³⁷⁶ Véase, P. SALVADOR CODERCH: "De la inscripción del matrimonio en el Registro Civil", *Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia*, Madrid, Tecnos, 1984, Vol. I, pp. 280-281.

³⁷⁷ Véase, B. MORENO QUESADA, *Derecho civil de la persona y de la familia...*, *op. cit.*, p. 138, y A. L. CALVO CARRAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. 2, Granada, Comares, 2012, p. 80.

³⁷⁸ Véase, M. ALBALADEJO, *Compendio de Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 513.

³⁷⁹ Una de estas cuestiones es, sin duda, la poligamia, que sigue admitiéndose en el actual CF aunque –como ya es sabido– es incompatible con el orden público español. Véase detenidamente, J. V. GAVIDIA SANCHEZ: "Concepto constitucional de matrimonio, Código de familia marroquí y orden público internacional", J. V. GAVIDIA SANCHEZ (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 191 y ss, y A. RODRIGUEZ BENOT: "Tráfico externo derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español", en *AAVV la multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, 2002, pp. 21-27.

moderno, la mayoría de sus normas en materia de Derecho de familia se inspiran en el Derecho Islámico³⁸⁰. Ahora bien, ello no significa que sean reconocidos con facilidad en Marruecos los matrimonios civiles celebrados en el extranjero, como puede comprobarse en relación con la interpretación que realizan las autoridades marroquíes de los nuevos arts. 14 y 15 del CF³⁸¹.

c) Celebración del matrimonio en las situaciones privadas internacionales

Resulta de interés, en especial, tratar el efecto que tiene un matrimonio celebrado en Marruecos ante la autoridad española o el matrimonio celebrado en forma islámica en España³⁸². Como es sabido, se han registrado algunos cambios en el orden público, en consonancia con el concepto constitucional de matrimonio, pues antes de entrada en vigor de la CE sólo podía hablarse de un concepto legal de matrimonio. Posteriormente, ese orden público está integrado por los principios constitucionales y es entendido como la unión entre dos personas, no necesariamente de sexo diferente. De otro lado, si bien el respeto del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio (art. 53.1 CE), implica que no puede limitarse la libertad de

³⁸⁰ Véase, A. OURKIA: “Las fuentes del Derecho Malikí y su influencia sobre el Código de Familia de Marruecos”, J. MENOR TORIBIO y G. ESTEBAN DE LA ROSA (coords.): *Estudios e Informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén 2009-2010*, Comares, 2012, pp. 353 y ss.

³⁸¹ En principio, el matrimonio ha de ser reconocido a través del procedimiento de *exequatur*, en el que se verificará que la decisión extranjera reúne las condiciones que indican los arts. 430-432 del CPC de Marruecos. La interpretación que se realiza en el momento actual de los nuevos arts. 14 y 15 del CF no está permitiendo que el sistema de reconocimiento sea automático. Ahora bien, cabe apreciar cierta tendencia flexibilizadora en la jurisprudencia marroquí en el momento actual, que permite homologar los matrimonios celebrados en el extranjero sin la prueba inmediata, por ejemplo, de la confesionalidad islámica del cónyuge varón al contraer matrimonio con la mujer marroquí musulmana, entre otras cuestiones. Véase de forma más detenida el Cap. Tercero.

³⁸² Cabe indicar que los eruditos musulmanes interpretan las disposiciones del CF como una violación de la *Sharia'a*. Según este planteamiento, para confeccionar un Código moderno bastarían las fuentes auténticas del Islam y del Derecho islámico, en palabras de K. Meziou.

elección del cónyuge, dicha limitación sería válida siempre que tenga un fundamento constitucional³⁸³.

En tercer lugar, en la medida en que el ordenamiento español contempla la posibilidad de contraer matrimonio de distintas formas, se facilita la integración de los inmigrantes y que puedan contraer matrimonio fuera de las fronteras de su patria³⁸⁴. Una situación semejante a la existente en la mayor parte de los países europeos. De hecho, algunos otorgan eficacia a determinadas formas religiosas, pero en otros se impone un sistema de matrimonio civil obligatorio³⁸⁵.

Tal como indica el art. 59 del Cc, el Estado español otorga efectos civiles a la celebración religiosa del matrimonio. En especial, en lo que respecta a la población musulmana, esta vía se ha concretado en el mencionado acuerdo con la CIE de 1992. Sin embargo, el reconocimiento de algunas instituciones familiares sigue suscitando

³⁸³ Por ello, resulta imposible que una autoridad judicial española reconozca u homologue los matrimonios endogámicos o los poligámicos, de acuerdo con lo previsto en el art. 32 y 39.1 CE. Excluyendo el matrimonio entre quienes integran la familia nuclear, el legislador hace uso de un gran abanico de alegaciones para restringir la libertad de elección del consorte por motivos eugenésicos, siempre cuando estas restricciones no superan la línea de legitimidad. Véase, J. GAVIDIA SÁNCHEZ: "Concepto constitucional de matrimonio, Código de Familia marroquí y orden público internacional español", *Inmigración, familia y Derecho...*, loc. cit, pp. 196 y ss y, J. D. GONZALEZ CAMPOS: "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, t, IV, pp. 5.239-5.270.

³⁸⁴ La repuesta del actual DIPr español respecto al matrimonio polígamo se adapta a dos supuestos diferentes. En el primero, cuando se pretende celebrar un matrimonio polígamo en España, el orden público internacional español impide rotundamente la aplicación de las leyes extranjeras que consideran capaz a un sujeto ligado por un anterior matrimonio no disuelto, contraer otro en España, en el segundo supuesto, interviene el orden público atenuado para reconocer en España los efectos de un matrimonio polígamo celebrado en Marruecos, Res. DGRN (1ª) de 6 de mayo de 2010, otra respecto a este tipo de matrimonio, RDGRN (2ª) de 3 de enero de 2011, en este sentido véase, S. ALVAREZ GONZALEZ: "La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional", *REDI 2002-I*, pp. 205-223.

³⁸⁵ Véase, J. A. ALBERCA DE CASTRO: "El reconocimiento del matrimonio islámico por el ordenamiento español", *Inmigración, familia y Derecho...*, loc. cit, pp. 209 y ss; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Ed. Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, p. 69.

dudas³⁸⁶. De otra parte, cabe resaltar la riqueza de sentencias, que reflejan el complejo procedimiento que conlleva el reconocimiento de una institución perteneciente al ordenamiento marroquí³⁸⁷.

Así, se deniega el reconocimiento de un matrimonio coránico celebrado en 2002, porque la esposa estaba en esta época vinculada por un matrimonio civil celebrado en España, que no se había disuelto por sentencia de divorcio hasta 2004, por lo que dicho matrimonio debería considerarse nulo. Cuando los contrayentes pretenden entonces celebrar nuevo matrimonio civil, se les impide porque se considera la eficacia del matrimonio coránico, cuya validez está admitida de conformidad con la ley nacional del otro contrayente, que reconoce el matrimonio polígamo. La propuesta de la DGRN es instarles a solicitar la nulidad del primer matrimonio para luego volver a contraer matrimonio entre sí³⁸⁸.

La inscripción del matrimonio en el RC, celebrado conforme a la ley española o una ley extranjera implica una presunción de validez del matrimonio que puede ser impugnada en virtud de una sentencia. Si se trata de una sentencia extranjera, sus efectos en España, incluida su inscripción en el RC, exigen el *exequatur* (arts. 83 y 265 del RRC), con excepción de los casos en que, en virtud de los reglamentos comunitarios o de convenios bilaterales (Alemania, Austria, Rusia) se admite el reconocimiento automático.

Si el matrimonio celebrado en el extranjero no está inscrito o, simplemente, no es inscribible, se presumirá válido si se acredita mediante certificación del RC

³⁸⁶ En lo que respecta al reconocimiento de un matrimonio polígamo, tal como se indica *supra*, resulta interesante el análisis que se basa en su reconocimiento parcial, haciendo uso del orden público atenuado. Véase, entre otros, A. MOTILLA DE LA CALLE: "Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España": Problemas en la adaptación del derecho de familia al ordenamiento español, en AAVV *Globalización y derecho*, Madrid, 2003, pp. 381 y ss, y A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCO GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II. 11ª ed., Comares, Granada, 2010, p. 89.

³⁸⁷ Res. DGRN de 13 de junio de 2005, Res. (2ª) de 21 de noviembre de 2009, Res. (3ª) de 28 de octubre de 2009, Res. (1ª) de 11 de noviembre de 2009.

³⁸⁸ Res. DGRN de 12 de enero de 2007.

extranjero u otro medio de prueba admitido por ley que rige su forma, con independencia de que su validez pueda ser impugnada, en cuyo caso la sentencia del Juez español deberá declarar su validez, principal o incidentalmente, si cumple las condiciones de consentimiento.

Ha de tomarse en cuenta que el matrimonio religioso en España celebrado en forma islámica no necesita expediente matrimonial previo tramitado ante autoridades civiles españolas (señalado *supra*), ello permite la celebración islámica en España de dos sujetos no domiciliados en este último.

De otro lado, en cuanto a los matrimonios mixtos celebrados en el extranjero entre un español y un contrayente de otra nacionalidad (marroquí), su inscripción está supeditada a la obtención del certificado de capacidad matrimonial. Así, se deniega la inscripción de un matrimonio, porque no responde a la forma exigida por no presentarse el certificado de capacidad matrimonial³⁸⁹.

Esta decisión se fundamenta en que cualquier español puede contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49. II Cc). Pero para practicar la inscripción, es necesario comprobar que han concurrido los requisitos de fondo exigidos para la validez del vínculo, que puede hacerse mediante la calificación de la “certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración” (art. 65 Cc)³⁹⁰.

³⁸⁹ Se pretende inscribir un matrimonio celebrado en Marruecos, el 6 de mayo de 2005, entre una marroquí, española de origen (por ser hija de madre española y padre marroquí) y un español. Al no reconocer las autoridades locales su nacionalidad de origen, era marroquí al contraer matrimonio y, en consecuencia, no se le había exigido el certificado de capacidad matrimonial, obligatoria en el caso de los matrimonios mixtos. Por tanto, para el ordenamiento español, se trata de un matrimonio de español celebrado en el extranjero con extranjero y, presupuesta para tal caso la exigibilidad por parte de la ley marroquí de un certificado de capacidad matrimonial del extranjero, no cabe reconocer como título inscribible la mera certificación de la autoridad extranjera. Res. (1ª) de 1 de julio de 2009, Res. de la DGRN (RC) de 1 de septiembre de 2010, 1-2. Véase H. ZEKRI: “El nuevo Código de Familia marroquí...”, *loc. cit.*, pp. 310 y ss.

³⁹⁰ En este sentido, hay que destacar que en España ha crecido espectacularmente el número de matrimonios entre españoles y extranjeros. En 1993, sólo el 3% de los matrimonios inscritos en el RC eran contraídos entre españoles y extranjeros, en 2005 este índice ascendió al 14,24%

Así, con la finalidad del reconocimiento de un matrimonio celebrado entre español y marroquí en Marruecos, se ha denegado la inscripción en España por la falta de la legalidad de forma, en especial, la ausencia de certificado de capacidad emitido por la autoridad española cuando el contrayente es español. Ello tomando en cuenta la importancia que la inscripción adquiere en cuanto al reconocimiento de los efectos civiles que pueda surtir este matrimonio mixto en España. En otro caso, el TS ha reconocido la eficacia de una sentencia extranjera de divorcio respecto del matrimonio celebrado en dos formas civil y religiosa, el primero no está inscrito en el RC, pero el segundo sí. Por tanto, el matrimonio religioso -inscrito dos años después de su celebración-, es el que goza de pleno reconocimiento de efectos³⁹¹.

F) Efectos personales y patrimoniales del matrimonio

El matrimonio es, sin duda, una de las relaciones interpersonales más intensas y complejas en la experiencia del ser humano y, en consecuencia, genera toda suerte de efectos entre los cónyuges. Los aspectos relativos a la vida cotidiana, obviamente, no pueden ser regulados y recogidos por el legislador. Así, el conjunto de reglas dedicadas a la regulación de las relaciones entre los cónyuges atiende tanto a los aspectos puramente personales de la convivencia matrimonial, cuanto a aquellas cuestiones de índole patrimonial que, de una forma u otra y con mayor o menor alcance, se plantean en cualquier matrimonio³⁹².

En lo que concierne a los efectos que despliega el matrimonio celebrado de conformidad con la ley española, sean personales o patrimoniales, el principio el que rige todos los efectos es el de igualdad entre los cónyuges, que recogen los arts. 32 de la CE y 66 del Cc. De hecho, los cónyuges no sólo son iguales en derechos, sino también

(en cifras 29.783 matrimonios), y en 2006, alcanzó el 20% (33.984 matrimonios). Datos registrados por el INE (18 de octubre 2007). Véase, J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 245.

³⁹¹ ATS (1ª)-13/04/1999-3361/1995 (EDJ 1999/19217).

³⁹² Véase, C. LAZARTE, *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 65.

en deberes. En primer extremo y, al igual que en el Derecho marroquí, la obligación de convivencia. El art. 70 del Cc establece que los cónyuges han de fijar de común acuerdo su domicilio y, en caso de discrepancia, lo hará el Juez, siempre teniendo en cuenta el beneficio o el interés de la familia. En segundo lugar, el deber de ayuda y socorro mutuo, motivo por el cual cualquier incumplimiento de la asistencia necesaria legalmente establecida constituye un delito previsto en el art. 226, 1º del CP.

De otro lado, la Ley 15/2005, ha precisado más obligaciones relacionadas con la ayuda y el socorro mutuo³⁹³. En concreto, el art. 68 del Cc establece que los cónyuges comparten las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y de otras personas dependientes. Se trata de conceptos, cuyo significado es amplio y, por tanto, difícil de integrar en el sistema legal³⁹⁴. Si bien el texto permite varias interpretaciones, la jurisprudencia presenta otros determinantes. El TS analiza una situación de abandono de la esposa e, incluso, estima como causa de desheredación el incumplimiento del deber de ayudarse mutuamente. Ello permite ver la importancia que adquiere este derecho, cuya violación puede conllevar efectos graves³⁹⁵.

En cuarto lugar, el deber de respeto mutuo, así como la falta de intervención en decisiones personales que pertenezcan a la vida íntima. Se reconoce explícitamente en el art. 67 del Cc. Los derechos de la personalidad son individuales y no pueden sacrificarse -por principio- a la unión conyugal, más que en la medida en que el interesado lo decida. Ahora bien, la activación de este deber en el plano de las sanciones se encuentra sólo en los casos de infracción grave como: injuria y malos tratos.

³⁹³ Ley de 8 de julio por la que se modifican el Cc y la LEC en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, publicada el 9 de julio de 2005).

³⁹⁴ Véase, M. ALBALADEJO, *Compendio de Derecho civil...*, op. cit, p. 89; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil, comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2005, p. 134

³⁹⁵ STS (1ª), del 25/09/2003-4173/1997-EDJ2003/105027-.

En quinto extremo, el deber de fidelidad adquiere un carácter tradicional y se encuentra en el 68 del Cc. La fidelidad es -ante todo- sexual, aunque en el marco jurídico está ligada a la reprobación del adulterio. Es más, aunque se haya despenalizado, es un ilícito civil y puede conllevar la desheredación y pérdida del derecho a alimentos.

Por último, actuar en interés de la familia es una finalidad que deben tener ambos cónyuges. Sin embargo, dichos deberes establecidos por ley, constituyen -en realidad- principios y valores que pueda tener arraigados una persona, independientemente de que esté o no casada. Por tanto, la legislación no interviene para imponer -por ej.- a un cónyuge que sea fiel al otro, si éste no lo considera un deber o una obligación moral y ética³⁹⁶.

Ahora bien, el matrimonio no sólo genera efectos personales, sino que su influencia se extiende al ámbito económico. Así, el régimen económico del matrimonio (régimen jurídico de la economía conyugal) no sólo ordena los bienes del matrimonio, sino también, en ciertos aspectos, los privativos de cada uno de los esposos. Son diversos los sistemas planteados en esta materia, desde la máxima unificación -con algunos límites-, con la cual nace un sistema, que da lugar a una masa de bienes comunes para atender a las necesidades familiares, hasta la menor unificación, permitiendo a cada cónyuge un margen amplio de reserva de bienes³⁹⁷.

No obstante, entre ambos extremos, caben otras formas de regular la gestión económica de los bienes constante el matrimonio. En todo caso, el Cc recoge tres

³⁹⁶ Un principio establecido en el art. 67 del Cc, pero no obliga a que toda actuación deba estar guiada por este interés. La única consecuencia que contempla la ley es sobre el deber de fidelidad, estimar su ruptura como causa de separación matrimonial (art. 82 del Cc) pero sin establecer en contra del infractor efectos económicos, que no es posible comprender en la pensión compensatoria (art. 97 del Cc). Otra cosa conduciría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial permite solicitar una indemnización.

³⁹⁷ Véase, M. ALBALADEJO, *Compendio de Derecho civil...*, op. cit, p. 539, y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, (dir.), *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Madrid CGPJ, Centro de documentación judicial D.L, 2008, p. 156.

formas, a las que se denomina regímenes económicos del matrimonio, que son: sociedad de gananciales, separación de bienes y participación. Los cónyuges disponen de total libertad para elegir cualquiera de ellos, pues existe libertad de pacto (art. 1315 Cc) o bien pactar uno distinto. Ahora bien, si no optan por ninguno, el Cc establece el primero como supletorio (art. 1316)³⁹⁸.

De todos modos, la opción por uno u otro se realiza a través de capitulaciones matrimoniales que constituyen un negocio formal o solemne. Por tanto, para su validez, es necesario cumplir una forma específica, en concreto, la escritura pública³⁹⁹.

Sea uno u otro, puede alterarse, modificarse por otro o introducir cambios en el antiguo. Sin embargo, tal como es lógico y dispone el art. 1.317 del Cc, la modificación del régimen matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. Pero, mientras que estén casados y no separados legalmente, si ambos no acuerdan cambiarlo o modificarlo, se ejecuta el elegido en el momento de contraer matrimonio. Evidentemente, el sistema que sea elegido acaba cuando se disuelve el matrimonio y también cuando, aún subsistiendo, se produce la separación legal de los esposos, porque aunque estén todavía casados, el régimen pasa a ser el de separación de bienes, si no se decide otra alternativa⁴⁰⁰.

En este sentido, el TS ha admitido que los cónyuges pacten lo que consideren más conveniente para sus intereses, incluso para los casos de separación y divorcio, complementando los pactos del convenio. Así, se ha admitido la validez del documento privado, siempre que reúna las condiciones del contrato y no sea contrario a las normas imperativas. Cabe citar a la Sentencia, de 15 de febrero de 2002, que admitió

³⁹⁸ Hay que señalar que se trata de regímenes, que pueden formalizarse en cualquier momento, incluso antes de la celebración del matrimonio. Pero, si no se celebra en el plazo de un año, las capitulaciones pierden su validez.

³⁹⁹ Véase, B. MORENO QUESADA, *Derecho civil de la persona y de la familia...*, op. cit, p. 140, y J. R. POLO SABAU, *Matrimonio y constitución ante la reforma del derecho de familia*, Civitas, Madrid, 2006, p. 184.

⁴⁰⁰ Véase, M. ALBALADEJO, *Compendio de Derecho civil...*, op. cit, p. 541.

la validez de un pacto privado en el que se establecieron determinadas cantidades en pago de cargas y alimentos.

De otro lado, no se aplica la normativa matrimonial sobre régimen económico a las uniones de hecho, sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda unión estable de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, art. 10 CE) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada en una unión matrimonial (art. 39 CE). Dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla, en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes⁴⁰¹.

II. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA DE MARRUECOS Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. REGULACIÓN DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL ACTUAL CÓDIGO MARROQUI DE FAMILIA

A) Disolución del matrimonio por *Talaq* y procedimiento

a) Introducción

Al igual que en el caso del matrimonio, se realiza a continuación una sucinta exposición de la actual regulación (así como aplicación judicial) de la disolución del matrimonio en los ordenamientos español y marroquí, desde una perspectiva funcional, en la medida en que se trata de conocer qué papel desempeña en cada uno de estos sistemas jurídicos. Y todo ello, con la principal finalidad de verificar hasta qué punto es posible en el momento actual aceptar que dejen de ser reconocidas en Marruecos las decisiones españolas de disolución del matrimonio, por razones de

⁴⁰¹ STC 19/90, de 19-11 y Auto 156/87 del mismo Tribunal. Véase de forma más detenida, J. A. XIOL RIOS (dir.) *Código Civil, comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias...*, op. cit, p. 1472, y V. CAMARERO SUAREZ, *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 378.

orden público internacional o por tratarse de figuras que no presentan el más mínimo punto de contacto y, por ello, no puede considerarse que sean equiparables, como requiere el art. 128 del CF.

Como se ha señalado *supra*, el matrimonio en el Islam es un contrato indefinido. Su celebración no está condicionada a un plazo o a un hecho concreto y su finalidad es la creación de una vida marital continua. La legitimidad del repudio -término usado antiguamente en la lengua árabe y que significa “la libertad”- se inspira en la *Sharia’a*, a diferencia de otras religiones, como el cristianismo y el judaísmo, que lo prohíben (así como cualquier otra modalidad de disolución)⁴⁰². En este sentido, el Islam presenta una apertura y una flexibilidad, complaciendo a las personas que, tras contraer matrimonio, se encuentran ante la imposibilidad de seguir unidas.

Es la misma tendencia, traducida en el CF, mediante la posición del legislador marroquí, que considera al matrimonio un pacto de unión legítima de forma duradera (art.4), pero al mismo tiempo, prevé nuevas modalidades de extinción de dicho pacto. Explícitamente, está establecida en el CF y en la *Sharia’a* la finalidad del matrimonio y la relación que deben mantener los esposos. Una buena relación personal entre ambos es necesaria para garantizar su continuidad. Por ello, el legislador incentivó la relación de afecto y cariño, que debe existir entre ambos. Una vez que desaparezca dicha finalidad y la relación entre los cónyuges pierda su sentido, se autoriza la intervención de dos árbitros: uno de ellos tiene que ser pariente del esposo y otro, de la esposa. Si la reconciliación resulta imposible, el Juez acepta la disolución definitiva del matrimonio⁴⁰³.

Sin lugar a duda, el Derecho Islámico ha prestado especial atención tanto al matrimonio, como a su disolución, fruto del esfuerzo intelectual de los eruditos. No

⁴⁰² Véase, entre otros, L. MILLIOT/F. P. BLANC, *Introduction à l'étude du Droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001, p. 345.

⁴⁰³ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat Alusra, Aljuz'e Athani, Inhilal Mithaq Azzawjjiya*, Casablanca, 2006, pp. 23 y 116-125.

obstante, antes de llegar a dicho resultado y a un acuerdo entre todos, habido una gran divergencia de opiniones⁴⁰⁴. Así, el legislador, tras indicar en el art. 71 del CF, las situaciones de extinción de la relación matrimonial (que se indican a continuación), establece en el art. 72, que los efectos de la disolución del matrimonio comienzan a partir de la fecha de la muerte de uno de los esposos, debidamente declarada mediante sentencia judicial, anulación (*Fasj*) del matrimonio o su disolución por *Talaq*, por *Tatliq* o por compensación (*Jul'e*).

Así, el Libro Segundo del CF regula la disolución del pacto matrimonial y sus efectos, junto con la nulidad (art. 57) y la anulación (*Fasj*) del matrimonio por las causas previstas en el art. 61. Prevé que la disolución del matrimonio puede tener lugar a través de distintos procedimientos, atendiendo a si es solicitada por el hombre o por la mujer, atendiendo a la diversa función que este ordenamiento encomienda a ambos, en el marco de la vida conyugal y familiar. A pesar de que una de las novedades del CF ha sido, precisamente, haber situado a la mujer en una posición de igualdad -más bien formal que real- con respecto al hombre en el seno de la familia (art. 4), es imprescindible para comprender el sentido de la reforma, repasar de forma sucinta la evolución del contrato matrimonial en los países islámicos⁴⁰⁵.

De hecho, en el mundo occidental se desconocen muchas realidades creadas en la época del Profeta Mohammed, en especial, respecto a los derechos de la mujer. Trató de situarla como “parte” en el contrato matrimonial y no como objeto, tal como se concebía en la Arabia pre-islámica, en la que la intervención de un Juez para poner fin a la convivencia de los esposos fue considerada una expropiación de los derechos del marido. Ésta es la génesis y sentido del actual art. 98 del CF, que prevé los supuestos en los que la esposa puede solicitar al Juez la disolución del matrimonio por *Tatliq*.

⁴⁰⁴ Algunos/as autores/as han constatado que el *Talaq* se permite y otros/as consideran que, el criterio general es su prohibición, salvo caso de necesidad, véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, p. 218.

⁴⁰⁵ Respecto a la igualdad de la mujer en la *Sharia'a* y en la ley consúltese, M. A. ALHAJAWI, *Almara'a Bayna Achar'e Walqanun*, Attaba'a Alula 1967, pp. 5-115. Véase, I. BAHMANI, *Ala'amal Alqada'i Fi Qadaya Alusra, Murtakazatuh Wamustayadatuh Fi Huduthihi, Alahwal Achajsiyya Wamudawwanat Alusra*, Maktabat Dar Assalam, Rabat, 2008, p. 189.

Cabe decir, por último, que si bien la disolución del matrimonio en el Derecho Islámico es una actuación permitida y puede realizarse mediante *Talaq* o *Tatliq*, el *Corán* la califica de *abrade alhalal i'nda Allah*, o sea de “lo peor permitido por Allah”. Por ello, el art. 70 del CF refleja dicho principio, que prevé el carácter excepcional de la disolución del matrimonio, de modo que la autoridad judicial ha de tomar en cuenta que su ruptura conlleva un perjuicio para los hijos, en particular, y la desestructuración de la familia.

Actualmente, el *Talaq* en el CF consiste en la disolución del matrimonio solicitada por el esposo y/o por la esposa, de conformidad con las condiciones establecidas para cada caso. Sin embargo, la novedad es el control judicial, al cual se somete la decisión de disolución del matrimonio por *Talaq*, que limita la voluntad arbitraria del marido - que presidía la regulación dada por la antigua *Mudawwana*⁴⁰⁶. Dicho control se realiza a través de la necesaria petición de autorización al TPI, para que los *adules* puedan levantar acta del *Talaq* (art.138). Si el Tribunal no concede dicha autorización, previa instrucción de un expediente, no tendrá lugar la disolución del matrimonio de conformidad con el procedimiento de *Talaq*. En cuanto al uso de este derecho por la mujer, puede realizarse de tres formas: mediante *Talaq* por *Tamliq*, por *Jul'e* o por *Ittifaq*, que constituye una novedad, que se analiza a continuación⁴⁰⁷.

Como cualquier institución de carácter jurídico, el *Talaq* encuentra su fundamento en el *Corán* y en la *Sunna*. Ambas fuentes coinciden en que es un derecho que pertenece al hombre y puede ejercer de forma unilateral, siempre que pronuncie el término *Talaq* u otras palabras equivalentes. También puede expresarse por escrito, en caso de incapacidad, mediante signos inequívocos, que indiquen el propósito de éste (art. 73). Dadas las características de esta forma de extinción del contrato

⁴⁰⁶ Consúltese, A. ZOUGARI, *Azzaway Wattalaq Hasaba Assigha Alhaliya Limudawwanat Alusra*, Matba'at Dar Alqalam, Rabat 2002, p. 17, y A. MAALAMI: “Afaq atta'wil litatwir ahkam alusra fi almagreb: alustad ahmad alkhamlichi namujdayan, en M. MOUAQIT, *Imkanat attawil min ayle taadil yawhari liqanun alusra*, Almayyala Almagharibiya Lilikitab, nº4, pp. 53-67.

⁴⁰⁷ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, p. 15.

matrimonial, es el más controvertido. Incluso los eruditos contemporáneos del Derecho islámico lo describen como un acto discriminatorio para la mujer, por su exclusividad al hombre con carácter exclusivo, a pesar de que su fundamento reside en la obligación del esposo -como responsable de la familia-, de entrega de la dote y de cumplir otras obligaciones.

Es más, los eruditos defienden este derecho (facultad) al hombre (y no de la mujer) por la constitución biológica y sentimental, que tiende a distinguir entre el hombre, que goza de una estabilidad sentimental y emocional, lo que conlleva la creación de un ambiente bastante estable en la familia, y la mujer, que se caracteriza por su inestabilidad emocional, lo que afecta a las decisiones que adopta de forma impulsiva. Finalmente, parten también de que el hombre hace frente a las costas de *Talaq* y debe entregar la parte de la dote aplazada y todos los gastos materiales si desea volver a contraer matrimonio⁴⁰⁸.

En definitiva, la disolución del matrimonio por *Talaq*, además de ser una actuación de carácter jurídico, es un derecho y un privilegio que puede ejercer – preferentemente- el hombre. Aunque el legislador ha determinado las condiciones que deben cumplirse, no existe ningún impedimento para que el esposo ceda este derecho a su esposa o puede ser que la disolución del matrimonio tenga lugar mediante el *Jul'e*.

En este sentido, los eruditos usan el término disolución del matrimonio, en lugar de *Talaq*. En efecto, el significado de la disolución es más amplio, incluye el *Fasj* (anulación del pacto matrimonial) junto a todo tipo de disolución del matrimonio. La diferencia entre ambos regímenes consiste en que el *Talaq* es la extinción del matrimonio, en cambio, el *Fasj* tiene lugar cuando alguno de los requisitos del acta no se han cumplido por distintas razones, como que la esposa es hermana de lactancia del marido, entre otras⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, pp. 116-125.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 19.

Junto a este derecho del esposo de rescindir el contrato de matrimonio, si la esposa lo desea, dispone de otra posibilidad: tras la devolución de la dote puede solicitar su disolución ante el Juez, como sucede en caso de maltrato físico o psicológico. Además, el CF le permite tomar la iniciativa de disolver el vínculo matrimonial cuando le parezca necesario⁴¹⁰. En el marco de la Ley aprobada el 10 de septiembre de 1993 –ya derogada– el legislador ha ordenado al Juez, en el proceso de valoración de la cantidad de la *Muta'a*, tomar en cuenta el perjuicio (daño) moral y material causado a la esposa, a consecuencia de la disolución del matrimonio a instancia del marido. Y éste es el criterio que sigue el CF⁴¹¹.

En definitiva, parece que ha desaparecido tanto la denominación como el significado de “repudio”, lo que puede considerarse una novedad introducida por el CF. Así, el art. 78 del CF ha previsto que *“la disolución del matrimonio por Talaq consiste en la extinción del pacto del matrimonio a instancia del esposo o de la esposa, de conformidad con los requisitos establecidos para cada uno de estos casos, bajo control judicial y de acuerdo con las disposiciones del presente Código”*.

Los arts. 80-88 del CF establecen los trámites procesales para solicitar la autorización del Tribunal, para que el esposo pueda disolver el matrimonio ante dos *adules* que tendrán que levantar acta. Tras esta fase, se pronuncia la sentencia de disolución del matrimonio, cuyo contenido está determinado por el legislador y el Juez que ha instruido el caso. No obstante, el control del Tribunal sobre la disolución del matrimonio por *Talaq* no significa que lo decida, sino que, más bien, verifica las causas y motivos de la solicitud. Y por ello, a pesar de la reforma introducida respecto al *Talaq*, se critica el control jurisdiccional de la demanda de *Talaq*, y su injusticia hacia

⁴¹⁰ El Juez toma en cuenta la gravedad de los daños y perjuicios causados para pronunciar la sentencia.

⁴¹¹ Se trata de una cantidad que se ofrece a la esposa (dote de consuelo) tras la disolución del matrimonio por *Talaq* en concepto de indemnización por el perjuicio que le causa dicha disolución. Su montante lo determina el Tribunal en atención a los años de convivencia de los cónyuges y los motivos que alega el esposo para disolver el matrimonio (art. 84 CF), véase STS núm. 433, de 21 de septiembre de 2010 [Dossier 623/211/2009].

ambos esposos, acusando a dicha medida de contribuir al aumento de situaciones de des-estructuración de un importante número de familias⁴¹².

No cabe duda de que la nueva modalidad de *Talaq* constituye un logro, pero siempre que se realice una aplicación correcta y eficiente por las autoridades judiciales, cuyas facultades se han ampliado en el CF. La nueva regulación del *Talaq* comprende dieciséis artículos del Libro Segundo (arts. 78-93), que detallan el procedimiento que han de seguir los esposos y los derechos que les corresponden, así como a sus hijos.

El art. 78 del CF define la disolución del matrimonio por *Talaq*, que puede solicitar tanto el marido como la esposa, con la intención de esclarecer que ya no se trata de la misma modalidad del CEP. Ya no ha de emplearse –a diferencia de lo que sucedía con la antigua legislación- el término “repudio”, pues la actual regulación no permite que se trate de una decisión arbitraria y unilateral del esposo de renuncia al pacto matrimonial. No obstante, algunos/as autores/as e y autoridades del orden judicial aún emplea esta traducción de la expresión en árabe clásico (según Alazhar).

Por tanto, la disolución del matrimonio ya no constituye un privilegio para el hombre. El art. 79 del CF indica expresamente que cualquier cónyuge, que desee la disolución del matrimonio a través del procedimiento de *Talaq*, tiene que solicitar una autorización judicial, para que levanten acta dos *adules* adscritos al Tribunal correspondiente al domicilio conyugal, al domicilio de la esposa, su lugar de residencia o al lugar en el que se hubiera celebrado el matrimonio, por este orden⁴¹³.

⁴¹² La doctrina considera que se ha realizado este cambio para satisfacer al Juez europeo, cuya posición es totalmente opuesta al *Talaq*, que considera contrario al orden público (véase, en particular, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat...*, *op. cit.*, pp. 116-125).

⁴¹³ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, *op. cit.*, p. 20.

b) Procedimiento. Importancia de la fase de conciliación

Esta forma de disolución del matrimonio requiere la intervención de los *adules* (para dar fe), que actúan habitualmente en cuestiones del Derecho islámico. No obstante, y genéricamente, en lo que concierne al procedimiento, el hombre que desee disolver el matrimonio debe formular una solicitud dirigida al Tribunal (de familia). En cuanto a la solicitud presentada para la obtención de la autorización necesaria, se presenta de acuerdo con los arts. 31 y ss del CPC, junto con lo establecido en el actual CF, que requiere la apertura de un procedimiento específico.

Las condiciones del *Talaq* determinan los requisitos que deben cumplirse legalmente antes de formalizar la solicitud y presentarla ante el Juez. Así, deben concurrir un conjunto de requisitos, algunos conciernen al esposo y otros a la esposa y, por último, algunos se refieren a la fórmula empleada. El esposo debe ser consciente de su responsabilidad y que la decisión proceda de su propia voluntad. La esposa debe estar casada de forma válida o, incluso, en el periodo de la *Idda* después de un divorcio revocable. En cuanto a la fórmula empleada, ha de pronunciarse con los términos que expresen su sentido⁴¹⁴.

Como cualquier solicitud, la de autorización para que se levante acta de la disolución del matrimonio por *Talaq*, debe incluir los datos personales, la identidad, la profesión, la dirección de los cónyuges y el número de hijos, si procede. También los datos de estos últimos, su edad, estado de salud y la información relativa a su escolarización (art. 80 CF). Junto a los datos básicos, se exige adjuntar -por supuesto- a la solicitud: el documento que acredite el matrimonio (acta de matrimonio), así como las pruebas que demuestren la situación económica del esposo y sus cargas económicas, en orden a facilitar la tarea del Juez a la hora de fijar los derechos

⁴¹⁴ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, pp. 116-125, y M. CHARFI, *Charhe Mudawwanat Alusra*, Addarlbidia, 2011, p. 78.

pecuniarios, tanto de la esposa como de los hijos, la pensión alimenticia, la *Hadana*, entre otros⁴¹⁵.

De otro lado, cuando el Tribunal recibe una solicitud de *Talaq*, procede al inicio de la fase de reconciliación, de conformidad con lo que dispone el art. 81 del CF, que determina los trámites de notificación y la convocatoria de las partes, y todo lo que conlleva la ausencia del esposo o de la esposa, con independencia de lo que indica el primer párrafo del art. 38 del CPC.

Se deduce del art. 81 del CF, que la notificación ha de ser entregada personalmente a las partes y, si la esposa la recibe, pero no se persona, el MP se encarga de notificarla por segunda vez. En caso de que decida no personarse, debe presentar sus alegaciones ante el Tribunal por escrito. El Tribunal cuenta con la colaboración del MP si la dirección de la esposa es desconocida. No obstante, si se confirma que el esposo ha usado medios fraudulentos para que la esposa no reciba la notificación, será sancionado de conformidad con el art. 361 del CP, a instancia de la esposa.

Si las partes se personan, las conversaciones suelen tener lugar en la sala de deliberaciones, incluida la audiencia de los testigos, y de cualquier persona que el Tribunal estime útil escuchar (art. 82 CF). El Tribunal inicia el procedimiento con todas sus fases, como el nombramiento de dos árbitros o del consejo de familia o de toda persona que considere apta para la reconciliación. En caso de que haya hijos/as, el Tribunal ha de realizar dos intentos de reconciliación en un periodo no inferior a treinta días (art. 82, 2º del CF). Ahora bien, no está obligado a seguir de forma rígida este procedimiento, sino que puede decidir en cada caso cómo se tramita, porque puede encontrarse ante situaciones que no requieren la adopción de unas concretas

⁴¹⁵ Véase respecto a los derechos de la esposa y de los hijos I. ALFAKHORI, “Dawre Alqada’e Fi Tahdid Mustahaqat Azzawya Walatfal”, en I. ALFAKHORI, *Mudawwanat Alusra Ba’eda Thalath Sanawat Mina Attatbiq*, loc. cit, pp. 104-127.

etapas o recurrir, incluso, a otras distintas a aquéllas previstas en el CF, establecidas en términos de ejemplo⁴¹⁶.

Tras el inicio de la fase de reconciliación, que puede tener resultado negativo o positivo, ambas posibilidades conllevan determinados efectos⁴¹⁷. El intento de reconciliación puede realizarse por el propio Tribunal que designa dos árbitros, mediante el Consejo de familia o a través de cualquier persona que considere cualificada para llevar a cabo dicha iniciativa.

No obstante, el inicio del procedimiento de reconciliación no significa que vaya a terminar de forma exitosa. Si se reanuda la convivencia, se levanta un acta a tal efecto y la relación matrimonial continúa. El acta es un documento oficial, que no puede impugnarse salvo en caso de falsedad. Es más, tiene la misma eficacia probatoria que una sentencia. Si no es posible la reconciliación, el Tribunal determina una cantidad de dinero, que debe ingresar el esposo en la Secretaría judicial del Tribunal –sección de familia- en un plazo máximo de treinta días para abonar lo que le debe a la mujer y a los hijos, a los cuales está obligado a mantener⁴¹⁸.

Así, y de acuerdo con el art. 84 del CF, los derechos pecuniarios de la esposa consisten en: - la entrega de la dote aplazada, cuando proceda; y - la manutención

⁴¹⁶ Véase, A. FATHAWI: “Qira’a fi alkitab athani min mudawwanat alusra almuta’aliq binhilal mithaq azzawyia wa atharuh”, en *Alayyam Addirassiya Hawla Mudawwanat Alusra*, 2004, pp. 137-148.

⁴¹⁷ La reconciliación en el Derecho marroquí, iniciada por el Tribunal, se considera cuestión de “orden público” (procesal), según cabe deducir del art. 81 del CF: “*el Tribunal convoca a los cónyuges para realizar un intento de reconciliación*”. Esta afirmación puede tener trascendencia en relación con el reconocimiento en Marruecos de decisiones extranjeras, en las que se declara la disolución del matrimonio, en la medida en que no serán reconocidas, si no ha existido fase de conciliación previa al momento en que se pronuncia la disolución. Esto es, la conciliación matrimonial tiene la consideración de cuestión del orden público marroquí. Véase de forma más detenida el Cap. Tercero.

⁴¹⁸ El legislador ha obligado al padre a mantener a sus hijos hasta la edad de 25 años si prosiguen sus estudios y, en el caso de la hija, hasta que contraiga matrimonio.

(*Nafaqa*) debida durante el periodo legal de continencia (*Idda*)⁴¹⁹. A lo anterior se suma la indemnización por el daño ocasionado por el *Talaq* (*Muta'a*), que se determina en función de la duración del matrimonio, la situación económica del esposo, los motivos de la disolución del matrimonio por *Talaq*, y el grado de abuso (arbitrariedad) demostrado por el esposo al solicitar dicha disolución. Conviene señalar, que en la definición de los eruditos, *Muta'a* es todo lo que percibe la mujer, tras su divorcio (*Talaq*) como puede ser la ropa o una cantidad de dinero⁴²⁰.

Durante el periodo de la retirada legal (*Idda*), la esposa reside en el domicilio conyugal o, en caso de necesidad, en un alojamiento que le resulte apropiado y acorde con la situación económica del esposo. En su defecto, el Tribunal fija el importe de los gastos de alojamiento, que también se depositan en la Secretaría del Tribunal, en el mismo concepto que los otros derechos económicos de la esposa⁴²¹. Los citados derechos económicos no están taxativamente enumerados en el CF, sino que tan sólo ha recogido los más importantes, pero la esposa puede solicitar, p.ej., que le sea devuelto el ajuar o cantidades de dinero que haya prestado al esposo, etc⁴²².

⁴¹⁹ Si bien puede plantearse la duda acerca del inicio del cómputo del plazo de treinta días, se deduce del art. 83, que está vinculado con el tiempo de determinación, a condición de que el marido esté presente. En caso contrario, a partir de que sea notificado. Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat... op.cit*, p. 52.

⁴²⁰ Si bien no se ha fijado -ni en el *Corán* ni en la *Sunna*- un importe, los *Hanafitas* han determinado en la *Muta'a* un mínimo de cinco Dírham, y un máximo que no debe superar la dote de sus iguales. La *Muta'a*, como derecho reconocido a la mujer según lo establecido en el *Corán*, solo se permite en situaciones específicas. En concreto, cuando no se fija una dote y el matrimonio no llega a consumarse, el esposo tiene la obligación de pagar a la esposa la *Muta'a* (*Surat Al Baqara 237*), véase M. TAZI: "Attabia'a alqanuniya Lilmuta'a min jilal Atta'eliq A'ala Qarar Almaylis Ala'ela", *Almayyala Almaghribiya Littifl Walusra Albalabil*, nº443, Fés, 2011, pp. 143 y ss.

⁴²¹ El legislador establece que la *Idda* de la mujer divorciada debe de tener lugar en el domicilio conyugal (o en otro lugar conveniente), en el cual permanece hasta que finalice este período, lo que se explica por el hecho de que la esposa estará más cerca del marido, cuya obligación es cuidarla el tiempo que duran los lazos del matrimonio entre ambos. Así sucede cuando se trata de una de las modalidades revocables de disolución del matrimonio, que permite la posibilidad de conciliación y, por ello, revocación de la decisión extintiva del matrimonio.

⁴²² Véase, M. ACHAFIE, "Qira'a fi almadda 49...", *loc. cit*, pp. 69 y ss, y M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, *op. cit*, p. 240.

Como fase final, tras la autorización de *Talaq* -un documento emitido por el Tribunal-, que permite al interesado certificar la disolución del matrimonio ante dos *adules* autorizados para ello, el Juez lo válida, para que adquiera carácter oficial. Si bien el Tribunal puede incrementar la cantidad económica que corresponde a la esposa como estrategia para que el marido renuncie a su solicitud de divorcio, sería una injusticia y una contradicción, incompatible con el principio de igualdad, y, por consiguiente, la decisión judicial carecería de fundamento.

Por último, la aceptación de la solicitud de *Talaq* se supedita a la entrega por el esposo de la cantidad de dinero que ha de entregar a la esposa en concepto de “derechos económicos” a su favor así como a favor de sus hijos/as. Si no la entrega en un plazo de treinta días, se interpretará como una renuncia a su solicitud. Por tanto, sea por no depositar el importe exigido, o por otras circunstancias (entre ellas, que no tenga en su posesión dicha cantidad de dinero) el legislador indica que tales casos han de ser interpretados como una renuncia.

Así, el esposo habrá disuelto la relación matrimonial, tal como se indica en el Derecho islámico, puesto que se ha presentado la solicitud ante el Tribunal y la esposa ha sido notificada, pero desde el punto de vista jurídico, no tiene ningún valor, por el incumplimiento de los trámites. Por tanto, el legislador marroquí en la *Mudawwana* reformada ha hecho prevalecer el interés de la mujer y de los hijos/as sobre la consideración religiosa de esta cuestión⁴²³.

La formalización de la disolución del matrimonio por *Talaq* por los dos *adules* y su posterior validación por el Juez se regulan en el art. 87 del CF⁴²⁴. Pese a su claridad, se

⁴²³ Véase, A. GHAMJA, *Mawqif al maylis ala'ela min thunaiyati alqanuniyi wa alfiqhi fi masaili alahwali achajsiya*, Manchurat Yami'iat nachr almae'luma alqanuniya wa alqadaiya, Rabat, 2007, p. 256, y M. ALAZHAR, *Charhe...*, *op. cit.*, pp. 241-267.

⁴²⁴ El acta ha de incluir la fecha en la que se contrajo el matrimonio y su número en el extracto existente a tal efecto que regula el art. 68 del CF, el tipo de disolución de matrimonio por *Talaq* y el número de veces que sucede (art. 139), por el hecho de que si no es la primera, y llega a ser la tercera, el marido no puede volver con la ex esposa hasta que contraiga matrimonio con otro hombre. La esposa tiene derecho a poseer el documento por el que se establece la disolución del matrimonio por *Talaq*, ha de tenerlo en el plazo de los quince días siguientes a la

plantean cuestiones recientes ante la jurisdicción de familia, consistentes en que el marido tras recibir la resolución, no formaliza la disolución del matrimonio ante los dos *adules*, con la finalidad de humillar a la esposa o vengarse de ella. Para evitar estas situaciones, ha de concretarse un plazo para obligar al esposo a que asuma su responsabilidad.

Ambos supuestos (que el marido no deposite el importe exigido por ley en la Secretaria judicial, o que no formalice la disolución por *Talaq*) se explican por la renuncia de la solicitud, que permite a la esposa incoar el procedimiento de *Chiqaq*, sin que asuma ninguna responsabilidad. Pese a dicha respuesta, el legislador debe completar este vacío (legal).

La última fase o etapa del procedimiento de disolución del matrimonio por *Talaq* es la resolución del Tribunal, que ha de ser motivada. Debe incluir también –junto con los datos personales y las medidas adoptadas- la fecha en la que se ha levantado el acta de *Talaq* por los dos *adules* si la esposa está embarazada, el régimen de visitas, la fijación de los derechos previstos en los arts. 84 y 85 del CF, y los gastos de la *Hadana* después de que haya transcurrido el período legal de continencia (*Idda*)⁴²⁵.

Como cualquier sentencia, cabe recurrir la decisión judicial de *Talaq*, pues la decisión del Tribunal respecto a la autorización de *Talaq*, no es definitiva sino deja abierta la posibilidad de plantear un recurso de conformidad con el procedimiento ordinario. Si ha sido el esposo el que ha promovido la disolución del matrimonio, puede recurrir la cuantía económica en que se han cifrado los derechos económicos

fecha en la que se certifica la disolución por *Talaq*. El marido puede quedarse con una copia (art. 140).

⁴²⁵ La fecha de certificar la disolución del matrimonio se considera el dato más importante que debe incluir la decisión, ello porque sirve para fijar el periodo de finalización de la *Idda* y la acreditación de la filiación en caso de tener hijos.

reconocidos por el Tribunal a la esposa e hijos, si no es razonable, o carece de motivación⁴²⁶.

Si bien se trata de una autorización de disolución de matrimonio por *Talaq*, solicitada por el esposo ante el Tribunal, se entiende que la Sección de familia dicta una sentencia para poner fin al procedimiento de *Talaq*. Cabe plantear respecto al *Talaq* en el marco del art. 88, su ampliación a la disolución del matrimonio a petición de la esposa con el consentimiento del esposo (*Tamlik*), una modalidad reconocida en el Occidente (véase *infra*)⁴²⁷.

Por último, cabe señalar que el art. 90 del CF no establece la solicitud de autorización de *Talaq* presentada por el cónyuge en estado de completa embriaguez o cuando se trata de coacción o en estado de ira, lo que afecta al razonamiento y a la voluntad de la persona. De otro lado, se considera que la disolución del matrimonio por la realización de un juramento, con carácter general, o juramento de continencia, en particular, es nula, y por consiguiente, no produce ninguno efecto (art. 91). También se establece que el *Talaq* asociado a un número expresado por una palabra, por un signo o por escrito, solo valdrá por uno revocable (art. 92). Tampoco es válida la disolución del matrimonio por *Talaq* cuando se supedita a hacer u omitir algo⁴²⁸.

c) Cesión a la mujer del derecho de renuncia al pacto matrimonial (*Tamlik*)

Otras modalidades de disolución del matrimonio por *Talaq*, son: por mutuo acuerdo, por *Jul'e* y por *Tamlik*. En el art. 89 del CF plantea la posibilidad de que el

⁴²⁶ Véase, I. ALFAKHORI: “Dawre Alqada’e Fi Tahdid Mustahaqat Azzawya Walatfal”, en I. ALFAKHORI, *Mudawwanat Alusra Ba’eda Thalath....*, loc. cit, pp. 104-127, y M. ALAZHAR, *Charhe...*, op. cit, p. 248.

⁴²⁷ Véase, N. TURKI: “Ba’ed Alichkaliaat Almurtabita Bimawdoa’e Attalaq Wattatliq Fi Alqanun Almagribi Wahululiha Al’amaliya”, en I. BELMAHJUBE, *Mustayaddat Mudawwanat Alusra Wa Tatbiqatuha Ala’amaliya*, Mulhaq Biaham Mabadi’e Qararat Almaylis Aa’ela , Annas Alkamel Limudawwanat Alusra, Rabat, 2010, pp. 11 y ss, M. ALKACHBOUR, *Charhe...*, op. cit., pp. 116-125.

⁴²⁸ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe...*, op. cit., p. 65.

esposo ceda a la esposa la opción de disolver el matrimonio por *Talaq*, denominado *Tamlik*. En tal caso, la esposa tendrá que presentar la demanda ante el Tribunal, con arreglo a lo previsto en los arts. 79 y 80 del CF. El Tribunal verificará el cumplimiento de las condiciones del acuerdo, en virtud del cual le cedió la opción o la facultad de disolución del matrimonio a la esposa y realizará un intento de reconciliación, de conformidad con los arts. 81 y 82 del CF.

La reconciliación respecto a las demandas de *Talaq* y *Tatliq* adquiere una característica especial. Se considera una conciliación procedimental y no objetiva⁴²⁹. Así, cuando fracasa la iniciativa de reconciliación, el Tribunal autorizará a la esposa para que solicite la formalización del acta de disolución de *Talaq* por dos *adules*. La fase siguiente consiste en la decisión sobre sus derechos pecuniarios y de sus hijos, si procede, de conformidad con los arts. 84 y 85 del CF. De otro lado, el esposo no puede revocar la facultad de *Talaq* cedida a la mujer.

En realidad, *Tamliq* es una oportunidad que brinda el CF y el Derecho Islámico en general, a la mujer antes de contraer matrimonio, para que en el acta se estipule, que la decisión de la disolución del matrimonio estará en su mano, como derecho que puede ejercer siempre que lo estime necesario. Si bien esta posibilidad no priva al esposo de su derecho a extinguir la relación conyugal cuando lo desee, es una protección para la mujer en caso p. ej., de maltrato⁴³⁰.

d) Disolución del matrimonio por mutuo acuerdo

En el Derecho islámico, más allá de considerar que el fundamento del *Talaq* por mutuo acuerdo se encuentra en los acuerdos y convenciones, se trata del cumplimiento de un compromiso entre dos personas, que tiene un valor religioso más

⁴²⁹ Véase, S. AYT ARJDAL: "Assulhu fi Da'awi Attalaq wa Attatliq wifqa Mudawwanat Alusra", en *Mudawwanat Alusra bayna annasi wa almumarasa*, Silsilat anadawat wa alayam addirasiya nº25, los días 27 y 28 de enero, Murrakuch, 2006, pp. 251 y ss.

⁴³⁰ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe...*, op. cit., p. 248.

que jurídico. Como nueva modalidad de la extinción del matrimonio, el art. 114 del CF permite a ambos esposos ponerse de acuerdo sin o con condiciones, siempre que no sean incompatibles con las disposiciones del CF, sobre todo, que no perjudiquen los intereses de los hijos. Cuando se cierra dicho acuerdo, ambas partes o una de ellas presenta la solicitud de *Talaq* al Tribunal para que autorice su formalización.

Se trata de una forma civilizada de extinción del matrimonio, que no choca ni con los textos sagrados, ni con las normas jurídicas, cuya aplicación se basa en el contrato como ley entre los contrayentes que prevé el art. 230 del COC. Dicha posibilidad constituye una vía moderada y flexible, incluso liberal, que permite un margen de libertad a los esposos para poner fin a su unión, preservando los intereses tanto de las dos partes como de los hijos. Si bien la fórmula “consentimiento mutuo” adoptada por el Derecho de contratos propone que el acuerdo entre los cónyuges sea equilibrado y sus condiciones no favorezcan a ninguna parte sobre la otra, el art. 114 párrafo 1 del CF es tópico a este respecto⁴³¹.

En el *Talaq Bilittifaq* puede que concurren (o no) determinadas condiciones, en el primer caso, se trata esencialmente del respeto de ambas partes de las condiciones de contraer un contrato. Si bien es una técnica contractual, debe emanar de una voluntad libre e integral, que no contenga ningún vicio, como la demencia, o un defecto, como la coacción o el fraude (p., ej.). Hay que señalar que las condiciones de contraer un contrato forman parte del COC y pueden ser a favor de la mujer, del esposo o de los niños⁴³².

Sin embargo, cuando el *Talaq* es *Bilittifaq* no deben acordarse determinadas condiciones que lo convierten en *Talaq* por *Jul'e*, como que la mujer acepte entregar al

⁴³¹ Véase, R. ZEIDGUY : «Le juge et le divorce judiciaire par consentement mutuel», *Le code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, Janvier, 2007, pp. 250 y ss.

⁴³² Este tipo de *Talaq* por acuerdo puede realizarse mediante condiciones a favor de una parte u otra o a favor de los hijos. Entre las condiciones puede figurar la exigencia de la esposa para que se le entregue una cantidad económica adicional, o, incluso, que se multipliquen los derechos de los hijos, o que el esposo exija que sus hijos vengán a visitarlo dos veces a la semana, o que la madre no viaje con ellos sin su permiso.

marido un importe o que renuncie a la pensión alimenticia de los hijos a cambio de obtener su libertad⁴³³. Se trata aquí de la “adecuación”, técnica jurídica que se somete al control del TS. En el segundo caso, este tipo de *Talaq* puede tener lugar sin condiciones⁴³⁴.

Las condiciones que no deben acordarse, se indican claramente en la jurisprudencia, cuando la esposa interpone una demanda de disolución del matrimonio por consentimiento mutuo, al haber devenido imposible la vida en común. El esposo admite la demanda, a condición de que la mujer cumpla varias exigencias: que renuncie a la dote aplazada (*Assadaq*), a la *Muta’a*, a la pensión alimenticia durante el periodo de *Idda*, al importe de alojamiento durante este mismo periodo y la guarda de sus dos hijas gemelas.

Las exigencias del marido muestran –evidentemente– que está lejos de ser un acuerdo negociado sobre bases equitativas, sobre todo, cuando la esposa denuncia las injurias, el desprecio, las amenazas, lo que indica que fue sometida a una fuerte presión, para aceptar un acuerdo tan desventajoso. Ciertamente sucede en algunos casos, que la esposa cede o renuncia a sus derechos, y muestra su deseo de poner fin a su relación matrimonial, pero es algo extraño que una madre renuncie a la guarda de sus hijos. En estos casos, el procedimiento de disolución del matrimonio por causa de *Chiqaq* constituiría una alternativa⁴³⁵.

En esta línea, se hace hincapié en que el *Talaq bilittifaq* traduce la importancia del rol del Juez, que instruye el caso, con la finalidad de que el divorcio sea igualitario y

⁴³³ Cuando la esposa entrega una cantidad de dinero al esposo para la obtención de la disolución del matrimonio bajo amenaza, debe comprobar ante el tribunal la existencia de coacción, para recuperar de esta manera la cantidad entregada de acuerdo con el art. 117 del CF. Si no logra probar coacción, la mujer pierde toda posibilidad de recuperar el dinero, (véase STS, de 22 de noviembre de 2006).

⁴³⁴ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe...*, *op. cit.*, pp. 116-125.

⁴³⁵ Véase una sentencia citada *supra*, que resuelve la disolución del matrimonio por *Chiqaq* por motivo de maltrato, en vez de *tatliq* por perjuicio [STPI Berchid núm. 649, de 12 de julio de 2010].

proceda realmente de la voluntad de ambos esposos, para evitar que se transforme en un engaño. También hay casos en los que se respeta el espíritu de esta nueva forma de disolución del matrimonio, renunciando mutuamente a los derechos de uno a favor del otro o, llegando- incluso- a compartir las costas del juicio⁴³⁶.

En cuanto al procedimiento, tras la conclusión de dicho acuerdo, se presenta una solicitud ante el Tribunal competente, para que lo autorice (art. 114, 2º y arts. 79 y ss CF). Se trata de una solicitud, que ha de presentarse por escrito y acompañarse de un documento, que contenga el acuerdo⁴³⁷. El Tribunal a continuación inicia el procedimiento de reconciliación⁴³⁸.

La reconciliación es una cuestión de orden público y, por ello, es imprescindible - siempre que los dos esposos sean incapaces de lograrlo- que la intervención tenga lugar en más de una ocasión, con la finalidad de intentar que la familia permanezca unida (art. 82 CF)⁴³⁹. Si fracasa, el Tribunal autoriza la formalización del *Talaq* para que sea redactado por los *adules* autorizados. En caso de autorizar el *Talaq* por acuerdo, si bien lo usual es que estén presentes los esposos ante los *adules*, basta con la presencia de uno de ellos.

De otro lado, si no se presenta ninguno de los dos, no se ejecuta la disolución del matrimonio, con independencia de cómo se interpretará en la *Sharia'a*. De todas formas, el *Talaq* por mutuo acuerdo es irrevocable, de conformidad con el art. 123 del

⁴³⁶ Véase, M. NACER/M. MECHKOURI : “La religion et les droits familiaux de la femme marocaine residente à l'étranger”, *Revue Marocaine de l'enfant et de la famille*, Albalabil, Vol. 2, abril 2011, pp. 80 y ss.

⁴³⁷ La solicitud ha de estar redactada en términos jurídicos precisos, con el objeto de expresar la voluntad real y la finalidad del solicitante, de forma que una equivocación puede conllevar consecuencias perjudiciales para el solicitante.

⁴³⁸ El legislador ha establecido en el art. 1098 del COC, que la reconciliación es un contrato en virtud del cual se resuelve un conflicto mediante la renuncia por cada una de las partes, de algo que le pertenece o la entrega de dinero o la renuncia de un derecho.

⁴³⁹ Véase, S. AYT ARJIDAL, “Assulhu fi Da'awi Attalaq ...”, *loc.cit*, pp. 257 y ss.

CF. Los esposos han de concluir una nueva acta de matrimonio para volver a casarse, que reúna todos los requisitos establecidos en los arts. 10-34 del CF⁴⁴⁰.

Por último, el art. 114 del CF no remite a los arts. 84-85 relativos al depósito de la cantidad de dinero en concepto de derechos económicos de la esposa e hijos, ni al art. 86, que exige su depósito, ni al art. 88 respecto a la decisión que dicta el Tribunal, después de recibir el documento de *Talaq* validado por el Juez. Se trata de una modalidad de *Talaq*, que presenta ciertas especificidades con respecto al *Talaq* general, pero requiere la aplicación de todas estas disposiciones, pues, en caso contrario, no tendrá eficacia jurídica.

e) Disolución del matrimonio por compensación

Otro tipo de *Talaq* es por *Jul'e*, que consiste en que el matrimonio se disuelve mediante cualquier término, que refleje su sentido, a cambio de una cantidad de dinero entregada por la esposa al esposo. El *Jul'e* es un contrato, que requiere determinadas condiciones y que se contrae entre el esposo y la esposa. De acuerdo con el art. 115 del CF, los cónyuges podrán convenir la disolución del matrimonio por compensación, de conformidad con el art. 114. El *Talaq* por compensación es un acuerdo, que se efectúa entre las partes interesadas, cuya finalidad es poner fin al matrimonio por la esposa, a cambio de una cantidad de dinero que entrega al esposo. Esta modalidad de disolución del matrimonio se basa en una participación dual, no única, como sucede en el *Talaq* unilateral del esposo o el *Talaq por Tamlik*, que es un derecho exclusivo de la mujer⁴⁴¹.

Así, la validez de *Jul'e* depende de un conjunto de requisitos: en primer lugar, debe proceder de la esposa capaz, no siendo válido cuando es menor de edad, demente o deficiente mental. Si es demente, deficiente mental o pródiga, se anula su compromiso

⁴⁴⁰ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat...*, op. cit, pp. 116-125.

⁴⁴¹ No obstante, con las últimas modificaciones introducidas por el legislador en el CF, todo tipo de disolución del matrimonio por *Talaq* debe someterse al TPI.

de entrega de la cantidad de *Jul'e*, y, por consiguiente, el *Talaq* será irrevocable. Si la esposa está dotada de juicio y no ha alcanzado la mayoría de edad, como consecuencia de *Jul'e*, se disuelve la relación matrimonial por *Talaq* irrevocable, pero la esposa no se compromete a pagar dicha cantidad, salvo por consentimiento de su representante legal y con arreglo al art. 116 del CF.

En segundo extremo, la esposa debe estar casada válidamente o en periodo de *Idda* tras la disolución del matrimonio por *Talaq* revocable (el *Jul'e* es inválido cuando la esposa ha sido repudiada de forma irrevocable). Por último, para que un *Talaq* tipo *Jul'e* sea reconocido legalmente, la decisión debe ser libre. Si se comprueba que el esposo ha usado la coacción, la ley castiga con la resolución del matrimonio por *Talaq* irrevocable, pero no obliga a la mujer a pagar la cantidad en concepto de compensación. El legislador ha ido más allá en el art. 117 del CF, al permitir a la esposa recuperar dicha compensación, siempre que demuestre que fue víctima de coacción o de un perjuicio que le causó el esposo y ello, con independencia de la disolución del matrimonio, que tendrá lugar en todo caso⁴⁴².

Pese a la necesaria obtención de la autorización del Tribunal, en el marco de la antigua *Mudawwana* para la autorización del *Jul'e*, no se exigía su formalización ante dos *adules*. Tras la reforma de 1993, el legislador ha insistido en dicha autorización del Juez-notario, tanto para la formalización de *Talaq*, como para su redacción. En cambio, el actual art. 115 del CF prevé que los cónyuges puedan convenir la disolución del matrimonio por compensación, de conformidad con el art. 114.

Su segundo párrafo establece que, cuando tenga lugar dicho acuerdo, ambas partes o una de ellas presentará la demanda de divorcio ante el Tribunal, adjuntando dicho acuerdo, con el fin de obtener la autorización y, por consiguiente, tener lugar su formalización. El Tribunal intentará reconciliarlos, si es posible y, si resulta imposible,

⁴⁴² Véase, K. OUALD ALI: "La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí", J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 289 y ss, y M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat... op. cit*, pp. 116-125.

se autorizará la disolución y se levantará acta. De este modo, dicha autorización se convierte en una condición primordial en el procedimiento de *Jul'e*.

De otro lado, la cuestión que se plantea se refiere a la validez de la compensación (de que se trate). El art. 118 del CF señala que, todo lo que legalmente pueda ser objeto de una obligación, servirá de contraprestación, sin abuso o exceso. Analizar este texto, inspirado en los principios generales del Derecho Islámico, significa que la compensación del *Jul'e* no puede ser un objeto, un derecho o un hecho prohibido. Fuera de estos casos, el Juez pronunciará la decisión de disolución del matrimonio por *Talaq* irrevocable, eliminando la compensación.

En cambio, es válida toda compensación, sea un mueble o inmueble, adelantada o aplazada, una propiedad o una utilidad. Puede tratarse también del pago de una deuda o de la realización de un trabajo legítimo. Lo importante es que forme parte de una transacción que se efectúe con dinero. Así mismo, es válido que se comprometa el padre de la esposa o su abuelo e, incluso otra persona, al pago de la compensación, siempre que sea en un marco razonable y la determinación de la compensación sea por acuerdo y convicción de ambas partes⁴⁴³.

El nuevo CF ha tomado en cuenta la protección de los niños, que ignoraba la antigua legislación. En efecto, los derechos de los hijos están protegidos en este nuevo tipo de *Talaq*, así como en la regla general de la escuela *Malikí*, cuyo concepto de compensación por *Jul'e* admite la retribución de la lactancia, la custodia (*Hadana*) o el importe de la pensión. No obstante, el art. 119 del CF restringe esta regla. De hecho, prohíbe a la madre que no disponga de medios económicos, renunciar a cualquier derecho de sus hijos o su manutención, como compensación. Si la madre, cuyo matrimonio sea disuelto por contraprestación de la manutención de sus hijos, deviene insolvente, el sustento de los hijos será obligatorio para el padre, sin perjuicio de su derecho a reclamar su restitución a la madre⁴⁴⁴.

⁴⁴³ *Ibid.*, pp. 116-125.

⁴⁴⁴ Véase, A. FATHAWI: « Qira'a fi alkitab... », *loc. cit*, pp. 137-148.

Se deduce que la esposa puede legalmente aceptar como compensación los derechos económicos de sus hijos, así como la pensión y el derecho a la vivienda, la retribución de la lactancia y el material si ella es capaz de mantenerlos. De otro lado, se prohíbe que la compensación esté constituida por los citados derechos si no es capaz de mantener a los hijos. Así, si es insolvente, se anula el *Jul'e*, para que los niños recuperen su derecho nuevamente hacia los padres, siempre que los propios hijos o la madre compruebe la situación de insolvencia (art. 119 CF).

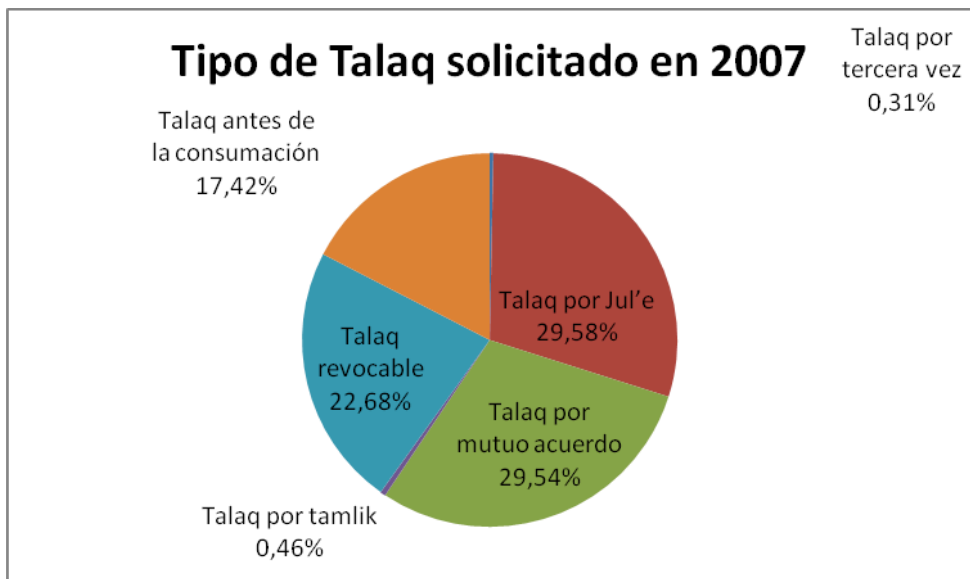
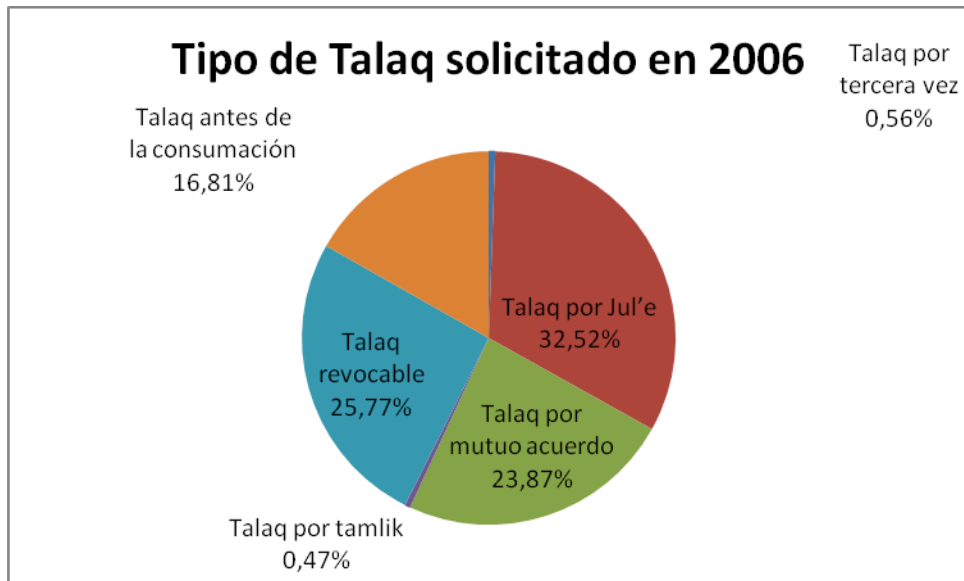
En cuanto a la tipología del *Jul'e*, en la escuela *Malikí* consideran que es una disolución del matrimonio por *Talaq* irrevocable. En cambio, la escuela *Hanafi* y *Chafi'e* la califican como anulación. Una de las cuestiones que presenta discrepancia es la existencia de un principio de acuerdo del *Jul'e*, pero se discute cuál es la contrapartida o contraprestación. En estos casos, el art. 120 del CF indica que, si las partes están de acuerdo sobre la disolución del matrimonio, pero discrepan sobre la contraprestación, el Tribunal realizará un intento de reconciliación. Si no da resultado, autorizará el *Jul'e* tras valorar la contrapartida⁴⁴⁵. Ahora bien, el Tribunal goza de amplia potestad para decidir esas cuestiones, siempre que no exista abuso ni exceso⁴⁴⁶.

Finalmente, tras analizar los tipos de disolución del matrimonio por *Talaq*, se indican a continuación los datos que elaboran los Tribunales y que reflejan -en parte- la eficiencia de la laboriosa reforma del Derecho de familia, sin olvidar las dificultades que van apareciendo con el transcurso del tiempo⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ La autoridad judicial puede tomar en cuenta la cantidad de la dote, la duración del matrimonio, los motivos por los que se solicita el *Jul'e* y la situación económica de la esposa, en la medida en que ella es quien entrega la contrapartida.

⁴⁴⁶ Si la esposa insiste en solicitar el *Jul'e* pero el esposo no está de acuerdo, la mujer puede recurrir al *Chiqaq* (arts. 94-97 CF), que permite la disolución del matrimonio sin necesidad de pactar una compensación, sino tan sólo por la existencia de desavenencias o desacuerdos profundos entre la pareja.

⁴⁴⁷ Véase, s. SAADI: "Tatbiq Mudawwanat Alusra Yai'erifu Ta'athuran", en *Assabah*, nº 1861, el 1-2 de abril de 2006, pp. 7-8.



Los datos de los gráficos, que se corresponden con los años 2006 y 2007 permiten apreciar el efecto de la reforma en los dos años posteriores a su entrada en vigor. Indican que el porcentaje de *Talaq por Tamlik* es el menos significativo, lo que se debe a que los contrayentes raramente optan por conceder la facultad de disolución del matrimonio a la esposa y ésta tampoco la reivindica. En cuanto al *Talaq* por mutuo acuerdo y al *Jul'e*, los casos son muy parecidos, lo que quiere decir que hay parejas que eligen la disolución del matrimonio mediante un acuerdo para el beneficio de todas las partes⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Véase, *Qada'e Alusra*, Mayyala Mutajassisa, Manchurat Jamiy'at Nachr Alma'eluma Alqanuniya wa alqadaiya n° 4, 5, 2009, p. 309.

B) Extinción de la relación matrimonial por disensión (*Chiqaq*) y procedimiento

a) Noción de desavenencias

Como se ha señalado *supra*, el actual CF establece la diferencia entre la disolución del matrimonio que solicita el hombre (con excepciones) y la disolución del matrimonio que pide la mujer (con excepciones). En este último caso, contrariamente a lo que indica la regulación de la disolución del matrimonio por *Tatliq*, las que regulan el “*Chiqaq*” no indican el significado de esa noción.

Se trata de una modalidad de disolución del matrimonio que se solicita a la autoridad judicial (por ambos cónyuges o por uno de ellos, sea el hombre o la mujer), introducida por vez primera en el Derecho de familia de Marruecos tras la aprobación del CF de 2004, que no exige la prueba de las circunstancias que alega la persona que lo solicita, sino sólo la existencia de las desavenencias o problemas profundos en la vida conyugal⁴⁴⁹.

En este sentido, el CF atribuye al Juez un amplio poder de apreciación⁴⁵⁰. Aunque el legislador no ha determinado en el CF el significado de la disensión, que permite iniciar el procedimiento de *Tatliq*, la guía práctica del MJ indica lo siguiente, “*Chiqaq es el conflicto grave y continuo entre los esposos de manera que dificulta la continuación de la relación matrimonial*”. Según algunos autores (Alkachbour), *Chiqaq* significa en el CF, la falta de respeto y de cariño entre los esposos, y el intento de abuso, lo que conlleva

⁴⁴⁹ El CF precisa en el art. 99 que, todo incumplimiento de las condiciones estipuladas en el acta de matrimonio se considera un perjuicio, que dará lugar a la disolución del matrimonio por *Tatliq*. Igualmente, el art. 107 del CF relativo al defecto, establece que cualquier enfermedad que puede comprometer la vida conyugal, tanto el defecto (*A'yeb*) -que impida la intimidad conyugal-, como aquellas enfermedades que ponen en peligro la vida del otro esposo o su salud -cuya curación requiere un año-, permiten solicitar *Tatliq*. Sin embargo, si bien el art. 94 habla de “controversia” que opone a los esposos y que pone en riesgo la convivencia, no concreta sus caracteres para justificar el *Tatliq*.

⁴⁵⁰ Véase, A. AAZIBU: “Da’ewa Attatliq Lichiqaq Walichkariat A’amaliya Almuthara Bichaniha”, en I. ALFAKHORI, *Mudawwanat Alusra Ba’eda Thalath Sanawat Mina Attatbiq*, loc. cit, pp. 145 y ss, y R. ZEIDGUY: «Analyse de la jurisprudence... », loc. cit, pp. 221 y ss.

la violación de derechos y de obligaciones recíprocas, y por consiguiente, complica la continuidad de la relación.

También se define como falta de todo sentimiento de respeto y de cariño, que une normalmente a una pareja⁴⁵¹. Pese a la ambigüedad sobre su definición, constituye una oportunidad valiosa para la mujer marroquí, que quiere poner fin a su relación de matrimonio. Es una respuesta del legislador a la situación de abuso y mal uso del *Talaq* por el hombre, lo que ha ocasionado graves perjuicios, no solo a la mujer sino a todos los miembros de la familia⁴⁵². Por ello, se han ampliado los motivos, que permiten considerar la existencia de desavenencias entre el hombre y la mujer. De hecho, el legislador concedió al Juez la potestad de valorar el perjuicio y fijar la *Muta'a* como castigo para el esposo que incumpla sus obligaciones matrimoniales⁴⁵³.

La lista de los motivos, para que los jueces argumenten sus decisiones de *Tatliq* por causa de "*Chiqaq*" indica la valoración y apreciación de esta institución. Se enumeran un conjunto de las que contempla el art. 98 del CF y otras, que traducen el objeto de las diferencias entre los cónyuges, como el incumplimiento por el marido de las obligaciones del matrimonio, maltrato hacia la esposa, falta de manutención, abandono o juramento de continencia, adulterio, entre otras⁴⁵⁴. La variedad y amplitud

⁴⁵¹ Véase, K. OUALD ALI: "La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí", J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 289 y ss, y M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat...*, op. cit, pp. 116-125.

⁴⁵² Véase, M. ALKACHBOUR/Y. AZZAHIR/H. FATTUKH: « Attatliq Lichiqaq Fi Mudawwanat Alusra », *Silsilat Addirasat Alqanuniya Attaba'a Aloula*, 2006, pp. 25 y ss.

⁴⁵³ Véase, H. TUTA: "Attatliq Bisabab Achiqaq fi Mudawwanat Alusra", en *Mudawwanat Alusra bayna annasi wa almumarasa*, Silsilat anadawat wa alayam addirasiya nº25, los días 27 y 28 de enero, Murrakuch, 2006, pp. 123 y ss.

⁴⁵⁴ Nuevas y curiosas causas, junto a las anteriores, se citan en las sentencias, como el esposo que denuncia a la esposa, que no aprecia su compañía, o su nivel social, que no es compatible con el suyo, o incluso él mismo confiesa que mantiene una relación con otra mujer. Otras causas son: la falta de respeto, maltrato físico y psíquico, golpes, lesiones, injurias, amenazas, difamación, incompatibilidad de carácter entre ambos, divergencia de costumbres y de modo de vida, privación a la esposa de sus derechos legítimos, imposibilidad de vivir bajo el mismo techo, presión sobre la madre para que renuncie sus derechos y a aquellos de sus hijos, esposa expulsada del domicilio conyugal con sus hijos, retirándole sus bienes [STPI de Kenitra núm.

de motivos recogidos en las sentencias reflejan la admisión de nuevas causas, para reconocer a la esposa su derecho a la disolución del matrimonio⁴⁵⁵.

Cabe citar, en este sentido, a una decisión del TPI de Rabat. La esposa interpuso la demanda de disolución del matrimonio por la existencia de discordia, haciendo valer que la cohabitación era imposible, al residir ella en Estados Unidos, y él en Rabat. Además, ninguno podía desplazarse, lo que impedía cohabitar o establecer cualquier relación⁴⁵⁶. Por consiguiente, dadas las circunstancias, no correspondía esta relación a los objetivos de un matrimonio, sino una fuente de inestabilidad y malestar. El marido aceptó la solicitud, afirmando que la reconciliación había fracasado y el Tribunal admitió la demanda.

El motivo del *Tatliq* es el distanciamiento de la esposa (y no el del esposo, como sucede normalmente), tomando en cuenta que ella inicia el procedimiento. La posición de la jurisprudencia es interesante en este caso, porque el Tribunal podía haber desestimado la demanda de la esposa y, en su lugar, podría haberla obligado a regresar al domicilio conyugal⁴⁵⁷. La jurisprudencia deja que aflore cierta apertura de espíritu de los jueces respecto a temas, de los cuales se mostraban conservadores bajo el imperio de la antigua *Mudawwana*, como la obligación de cohabitación. Una

3968, de 30 de diciembre de 2005 (Dossier núm. 3026/05/5)], esposo alcohólico y drogadicto, la prohibición a la esposa de la posibilidad de visitar a su familia o recibir a sus parientes, etc.

⁴⁵⁵ En ocasiones, van incluso más allá, puesto que ciertas decisiones incluyen frases atrevidas tales como: “*el maltrato del cual sufre la esposa convierte la vida en común en imposible*” o “*el esposo no cumple las obligaciones emanadas del matrimonio*” o todavía “*la situación ha devenido muy complicada*” para motivar y argumentar la disolución del matrimonio. Véase, R. ZEIDGUY : «Analyse de la jurisprudence...», *loc. cit.*, pp. 221-231.

⁴⁵⁶ TPI de Rabat de 17 de febrero de 2005.

⁴⁵⁷ De hecho, el Juez en el curso del procedimiento, mencionaba reiteradamente, la memoria presentada por la defensa de la esposa, que destaca el término de “*Chiqaq*”, cuyo contenido es amplio y comprende toda situación que hace imposible la continuidad de la relación conyugal: “*no existe un “Chiqaq” más grave que la falta de cohabitación entre los esposos*”. Sin embargo, hay que tomar en cuenta la singularidad que presenta esta decisión, que cuenta con dos elementos, que facilitaron la labor judicial. Por un lado, el marido, desde el inicio del procedimiento no se opuso a la demanda y, por otro, la mujer no ha renunciado a sus derechos vinculados con la disolución del matrimonio por *Tatliq*. Dossier núm. 32/277/04 (inédita).

obligación que reitera el nuevo art. 51 de CF pero, a diferencia del antiguo texto (que se conformó con mencionar la cohabitación), el nuevo CF la califica de “legal” y precisa todos los derechos y obligaciones que implica, en términos de relación estable de pareja: igualdad de trato en caso de poligamia, castidad, fidelidad mutua, preservación del honor y descendencia.

El *Chiqaq* es una noción inspirada en el Derecho Islámico, en general, y en la escuela *Malikí*, en particular, que permite a la mujer, en situaciones difíciles, recurrir a la justicia si desea disolver el matrimonio por *Tatliq* pese a la oposición del esposo, siempre que se aporte un motivo aceptable⁴⁵⁸. Así, el término *Chiqaq* inspirado en el *Corán* (“*Wain jiftum chiqaqan baynahuma*”) se menciona en más de un versículo y su significado es amplio, al incluir todo desacuerdo o conflicto continuo y profundo, que puede producirse entre los esposos⁴⁵⁹.

Basándose en el versículo 35 de la *Surat IV “Anissae”* (las mujeres), el legislador de 2004 ha introducido esta nueva forma de *Tatliq* en el Derecho de familia marroquí. Así, el versículo citado establece: “*si teméis que haya disensión entre los esposos, llamad entonces a dos árbitros uno de la familia del marido, y otro de la familia de la esposa. Si los dos árbitros quieren verdaderamente reconciliarlos, Allah les ayudará en su tarea y hará alcanzar sus tentativas*”. Esa nueva facultad, que constituye para las mujeres uno de los logros del CF, no corresponde sólo a ellas, sino que, tanto el título del Capítulo Primero del Título IV, que trata el *Tatliq*, como el art. 94 del CF, reservan esa posibilidad a ambos o a uno de los esposos, en función del estado de cada uno⁴⁶⁰.

Su base legal es el art. 94 del CF, que prevé lo siguiente: si ambos esposos o uno de ellos solicita al Tribunal resolver el conflicto existente entre ambos, del cual se teme el *Chiqaq*, deben tomarse todas las medidas para reconciliarlos de acuerdo con el art. 82. La idea de *Chiqaq* se basa en la reconciliación entre los esposos para eludir la

⁴⁵⁸ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, *op. cit.*, pp. 116-125.

⁴⁵⁹ Véase, H.TUTA: « Attatliq Bisabab Achiqaq... », *loc. cit.*, pp. 126 y ss.

⁴⁶⁰ Véase, R. ZEIDGUY: “Analyse de la jurisprudence...”, *loc. cit.*, pp. 221 y ss.

separación. De hecho, se considera un trámite preventivo y reconciliador. Partir del art. 94 del CF y optar por el procedimiento de *Chiqaq* refleja la conciencia de los esposos o uno de ellos, de la compleja relación matrimonial que mantienen, y por consiguiente, el deseo de ambos de solucionar sus conflictos con la ayuda de la autoridad judicial⁴⁶¹.

En tal caso, la obligación del Juez consiste en designar un consejo de familia o dos árbitros o cualquier persona que estime apta para esta labor de reconciliación. Si bien dicha reconciliación -en realidad- es un trámite más, el *Chiqaq* como motivo de *Tatliq* adquiere un carácter flexible⁴⁶². Por ello, se ha introducido el *Tatliq* por causa de *Chiqaq* regulado en los arts. 94-97 del CF, con independencia de los motivos tradicionales de *Tatliq* establecidos en el art. 98 del CF (véase *infra*)⁴⁶³.

En la misma línea, la posibilidad brindada a las mujeres para recurrir a la disolución del matrimonio por *Tatliq* existía en la antigua *Mudawwana* (arts. 53-58). Sin embargo, el inicio de su procedimiento por la esposa fue un verdadero recorrido de lucha, por la dificultad a menudo de aportar la prueba de sus alegaciones, y por la lentitud del procedimiento en sí. Es lo que privó de eficacia a esta modalidad de disolución del matrimonio, pese a su consideración como medio de protección contra los abusos del marido⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ En la actual legislación, la disolución del matrimonio por *Tatliq* se recoge en los arts. 94-113 del CF.

⁴⁶² Véase, H. TUTA: «Attatliq Bisabab Achiqaq...», *loc. cit.*, pp. 126 y ss.

⁴⁶³ Se trata de los siguientes: - por incumplimiento del marido de una de las cláusulas estipuladas en el contrato matrimonial; -por la causación de un perjuicio; - por falta de manutención; -por ausencia del cónyuge; - por la existencia de algún defecto y/o enfermedad de uno de los cónyuges que hacen imposible la vida íntima entre ambos; y - por juramento de continencia por parte del marido o desistimiento y abandono. Se deduce que están vinculados con el perjuicio en su concepto amplio, del cual puede ser víctima la esposa. Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat...*, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁶⁴ Véase, I. ALFAKHORI, *Ala'amal Alqada'e Alusari*, Matba'at Alamniya, Rabat, 2009, p. 162.

b) Posición de la jurisprudencia

Es interesante citar algunas sentencias, que nos acercan de la práctica del *Chiqaq*. Así, la esposa residente en Francia presenta una demanda de *Tatliq* por razón de disensión, por incumplimiento del contrato matrimonial celebrado en Marruecos y de viajar para vivir junto a ella en el mismo país. Independientemente del incumplimiento de dicho pacto, la esposa alega la falta de manutención y la existencia de maltrato⁴⁶⁵.

En la reconciliación, en presencia del marido -tal y como estaba previsto-, la esposa mantiene su posición declarando que la vida en común es imposible, además, de los conflictos continuos entre ambos, por su negativa constante a desplazarse a Francia. Precisa, de otra parte, que renuncia a todos sus derechos que derivan del *Tatliq*, puesto que su única petición ante el Tribunal es la extinción de la relación conyugal. El intento de reconciliación ha fracasado y la esposa ha declarado que la disensión persiste. El Tribunal, reconociendo que el objeto del matrimonio es el afecto, la indulgencia y el respeto mutuo, sin que se cumplan dichos objetivos en esta situación, pronuncia el *Tatliq* por disensión⁴⁶⁶. El Juez no exigió en cuanto a las alegaciones de la esposa –p. ej. maltrato-, ningún tipo de prueba, lo que indica la flexibilidad en la resolución de este tipo de disolución del matrimonio.

Es más, el CF propone un refuerzo del derecho de la mujer en este ámbito, reorganizando ciertas disposiciones, tales como las relativas a la falta de manutención, en especial, introduciendo nuevos modelos de *Tatliq* y fijando los plazos del procedimiento. Una de las particularidades del “*Chiqaq*” es que puede ser utilizado por la esposa o por el esposo, a diferencia de otras formas de disolución del matrimonio que recoge el CF, a las que no pueden acogerse la mujer. Junto al procedimiento de disolución del matrimonio por discordia o disensión, el legislador prevé que el

⁴⁶⁵ STPI (Rabat), de 31 de marzo de 2005 [Dossier nº 32/422/04, inédita]. Consúltense otras sentencias de *Chiqaq*, del TPI de Berchid núm. 649 de 12 de julio de 2010 [Exp. 12/10/369], y del TPI de Tetuán núm. 1162, de 13 de agosto de 2006 [Exp. 210/06/12], que atribuyen la indemnización al esposo, puesto que la esposa provocó la disolución del matrimonio por *Chiqaq*.

⁴⁶⁶ STPI (Rabat) de 24 de enero de 2005 [Dossier núm. 32/433/04, inédita].

incumplimiento por el marido de una de las condiciones establecidas en el acta matrimonial es una nueva causa de *Tatliq*. De hecho, establece una vinculación entre esa causa y el prejuicio, que reemplaza la noción degradante de “sevicias”, que recogía la antigua *Mudawwana*.

Así, la esposa en otra sentencia del TPI sobre disolución del matrimonio por *Chiqaq*, que reside en Francia y su marido en Marruecos tras el matrimonio, presenta la demanda por la negativa a viajar a Francia. Ahora bien, el marido no sólo incumple el acuerdo de desplazarse al extranjero, sino que le ordena regresar a Marruecos. Ella rehúsa esta petición. La reconciliación fracasa y la esposa declara que el conflicto persiste, renunciando a todos sus derechos resultantes de una disolución del matrimonio *Tatliq*. El Tribunal pronuncia la extinción del matrimonio por *Chiqaq*⁴⁶⁷.

En el presente asunto, la posición de los Jueces es todavía más explícita que en otros, porque el marido ordena a su esposa que vuelva a Marruecos, haciendo de este motivo una causa de disensión para justificar la disolución del matrimonio. No obstante, el Tribunal tuvo en cuenta el interés de la esposa que -sometiéndose a las exigencias de su marido-, pudiera perder sus derechos reconocidos en Francia, lo que afectaría negativamente a su vida personal y familiar⁴⁶⁸.

Ha de destacarse, que en este tipo de situaciones, la esposa casi siempre renuncia a sus derechos económicos, lo que encuentra explicación en el hecho de que la única aspiración de la mujer (en especial, la inmigrante) es poner un punto final a un procedimiento, aun perdiendo todos sus derechos. Una situación consecuencia, sobre todo, de la aplicación de la antigua *Mudawwana*, que requería esperar años para resolver cualquiera de los casos, en particular, de familias emigrantes, que sufrían doblemente, por un lado, la lejanía y los desplazamientos y la desesperación que conllevan y, por otro, los importantes gastos.

⁴⁶⁷ STPI (Rabat) de 24 de enero de 2005 [Dossier núm. 32/433/04 inédita].

⁴⁶⁸ STPI (Rabat), de 24 de enero de 2005 [Dossier núm. 32/433/04, inédita].

c) Procedimiento

El *Chiqaq* justifica la disolución del matrimonio por *Tatliq*. El art. 94 del CF establece que: “*en caso de que los dos cónyuges, o uno de ellos, pida al Tribunal que resuelva una controversia entre ellos que correría el riesgo de llegar a la disensión (Chiqaq), incumbe al Tribunal emprender todos los intentos para que tenga lugar la reconciliación entre los cónyuges, de acuerdo con las disposiciones del art. 82 (de este Código)*”.

El art. 97 prevé que cuando sea imposible la reconciliación y la discordia (*Chiqaq*) continúe, el Tribunal lo hará constar en un acta y declarará la disolución así como los derechos de la esposa con arreglo a los arts. 83-85 del CF. A tal efecto, el Tribunal tendrá en cuenta la responsabilidad de cada uno de los esposos para determinar las causas de la disolución, y por tanto, evaluar la reparación del perjuicio sufrido por el esposo o la esposa. El procedimiento llega a su fin mediante la sentencia en un plazo que no supere los seis meses, a partir del momento en que se presente dicha demanda.

Se observa que el legislador no ha exigido ninguna condición especial respecto a *Chiqaq* que conlleva la disolución del matrimonio por *Tatliq*. En relación con esta situación, se han planteado tres hipótesis: la primera, quien presente la demanda de *Tatliq* por causa de *Chiqaq*, tiene la obligación de acreditar que existe realmente la disensión, de manera que la discordia entre ambos sea insuperable y constante, como que el marido acredite la negativa de la esposa para ayudar a los padres o para mantener buena relación con ellos.

La segunda hipótesis consiste en que se deja en manos de las autoridades judiciales de familia (a su potestad valorativa) la constatación del *Chiqaq* entre los esposos, partiendo del conflicto y de sus declaraciones y de las pruebas presentadas durante la reconciliación. Ha de motivarse la decisión. La tercera hipótesis se basa en suponer la existencia del *Chiqaq* por el hecho de interponer la demanda. En realidad, parece ser

la más práctica, pues el hecho de presentar la demanda e iniciarse el procedimiento de reconciliación (art. 82), si fracasa, se procede a la disolución de la relación conyugal.

La jurisprudencia de familia considera la presentación de la demanda de *Tatliq* por *Chiqaq* en sí, una disidencia en la pareja, sobre todo cuando el demandante persiste en su petición⁴⁶⁹. Contrariamente a la antigua legislación, que no ofrecía a la pareja en conflicto ninguna alternativa -salvo poner fin a la vida conyugal de forma brusca por *Talaq* unilateral del marido o *Tatliq* de manera más limitada-, este nuevo procedimiento permite (a uno u otro) plantear ante el Juez la diferencia que le opone a su cónyuge y que corre el riesgo, si no se da ningún paso, de conducir a la disolución del matrimonio⁴⁷⁰. No cabe duda de que el procedimiento de “*Chiqaq*” constituye un arma legal para la mujer, puesto que el legislador permite que utilice este procedimiento cuando se enfrenta a dificultades que le impiden hacer valer su demanda de *Tatliq* basada en otros motivos previstos por el CF⁴⁷¹.

Ahora bien, las críticas se orientan hacia la eficacia de preservar los otros motivos de *Tatliq*, porque si el *Chiqaq* en sí puede ser solicitado por varias causas, algunas coinciden con el *Tatliq*⁴⁷². El legislador va incluso más allá, permitiendo al Tribunal aplicar de oficio el procedimiento de “*Chiqaq*” en materia de poligamia, cuando el

⁴⁶⁹ Así lo indica, en concreto, la sentencia del TPI de Marrakech, al señalar que la demandante no ha renunciado a su solicitud en todo el periodo de reconciliación, cuya finalidad es poner fin a su relación matrimonial mediante *Tatliq*. Ello significa que el estado de *Chiqaq* existe, lo que justifica la disolución [Sentencia, de 4 de agosto de 2005 (inédita)].

⁴⁷⁰ Una vez planteado el caso, el Tribunal inicia un intento de reconciliación designando a dos árbitros, el consejo de familia o cualquier otra persona calificada para resolver la diferencia que obstaculiza el transcurso de la normalidad matrimonial. Conviene decir que, en caso de que haya hijos, el Juez tiene que llevar a cabo un segundo intento de reconciliación en un plazo de treinta días a contar desde la primera. Si la reconciliación sea imposible y persiste la discordia, el Tribunal pronunciará la disolución del matrimonio.

⁴⁷¹ Éste es el caso, p. ej., cuando uno de los cónyuges falte a sus obligaciones previstas en el art. 51. Si la esposa no logra probar los hechos que demuestran el perjuicio (art. 100 CF) o simplemente cuando persiste su demanda de *Talaq* por *Jul'e*, y el marido se opone (art. 120 CF), o incluso si rechaza retomar la vida conyugal durante el periodo de continencia, en el caso de la disolución del matrimonio revocable (art. 124).

⁴⁷² Véase, H. TUTA: “Attatliq Bisabab Achiquaq...”, *loc. cit.*, pp. 128 y ss.

esposo insiste en solicitar la autorización para contraer matrimonio con otra mujer y la primera se niega. Por tanto, dicha intervención judicial no está sujeta a la solicitud de la esposa (art. 45 del CF). Esta última prerrogativa acordada por el legislador al Juez, constituye un progreso real e innegable, sobre todo, en término de restricción implícita de la poligamia⁴⁷³.

Ahora bien, el nuevo CF establece cierta igualdad entre los esposos ante la disolución del matrimonio, incluso ante la persistencia de la petición de *Talaq*⁴⁷⁴. Si bien los esfuerzos iniciados por el legislador con la finalidad de reducir la desigualdad entre los cónyuges en el seno de la célula familiar son loables, sólo se pueden alcanzar sus objetivos si el Juez se suma a esta misma lógica. Sin embargo, con independencia de la modalidad a través de la cual el Juez trate el procedimiento de "*Chiqaq*", parece interesante interrogarse sobre la utilización de esta nueva prerrogativa por las mujeres, que amplía su derecho de solicitar el *Tatliq*⁴⁷⁵.

El siguiente asunto se resume así. El marido presenta una demanda contra su esposa por abandono del domicilio conyugal con sus dos hijos menores, al instalarse junto con su familia en Francia, sin querer volver a Marruecos. El marido solicita en la demanda una condena con multa de 1000 Dh por día de ausencia, por no regresar al domicilio conyugal con los hijos comunes. Por su parte, la esposa hace valer que desde hace cuatro años la vida conyugal ha devenido complicada por causa del mal comportamiento de su marido, tanto con ella como con su familia. Además, indica que el marido ha sido incapaz de facilitarle un domicilio, de hecho, vivía con los padres de este último.

⁴⁷³ Sin embargo, esta modalidad de disolución del matrimonio no se utiliza aún en la práctica del modo que las mujeres podrían esperar.

⁴⁷⁴ Véase, M. BENRADI: "Genre et droit de la famille", *In Féminin Masculin: la marche vers l'égalité au Maroc*, 1993-2003, pp. 16 y ss.

⁴⁷⁵ Los jueces emplean -a menudo- en sus motivaciones la fórmula siguiente: el objetivo deseado de un matrimonio es el afecto y el respeto mutuo, no la discordia, el desacuerdo y el maltrato hacia la mujer de acuerdo con el versículo del Corán ("*wala tamsikouhouanna dararan lita'atadou*").

Añade que el maltrato del que fue víctima, la ha conducido a buscar una solución a su situación de daños materiales y morales, puesto que es ella quien sufraga las necesidades de sus dos hijos, con lo cual la vida en común ha llegado a ser imposible y por todas esas razones, solicita el *Tatliq* disensión. A pesar de que el marido negó las declaraciones de la esposa, corroborando que el procedimiento de “*Chiqaq*” fue infundado, porque no existía discordia en la pareja y que la demanda se basaba fundamentalmente en el deseo de la esposa de residir en Francia (en donde trabajaba en un local de venta de alcohol), los Jueces declararon la disolución del matrimonio por “*Chiqaq*”⁴⁷⁶.

Esta decisión representa un indicador relevante de la forma en la que resuelven este tipo de casos las autoridades judiciales y, sobre todo, la interpretación que hacen de los motivos de una disolución del matrimonio por *Chiqaq*⁴⁷⁷. Por el hecho de que la mujer salió del país junto a sus hijos menores de edad y rehusó regresar a Marruecos, se podía haber esperado que el Tribunal respondiese de forma favorable a la demanda del marido. Sin embargo, hay que subrayar la comprensión de los magistrados, tanto en esa sentencia como en anteriores, de la situación de la esposa, en especial, su vida conyugal, que se ha convertido en un calvario, lo que pone de relieve un cambio de actitud, cercana a la deseada y esperada por la mujer⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ STPI de Rabat (sección de familia), de 31 de marzo de 2003 [Dossier núm. 32/400/04 (inédita)].

⁴⁷⁷ El Departamento marroquí de justicia ha hecho esfuerzos reales en la formación de los magistrados especializados en los asuntos de la familia y la divulgación del nuevo espíritu del Código. No obstante, se constata una ineficiencia creciente detectada en los Jueces responsables en materia de conflictos familiares y la reticencia no disimulada del cuerpo judicial tradicional, ante todo cambio que tocará los principios clásicos de Derecho islámico. Véase, M. LOUKILI/ M. ZIRARI DEVIF: « Le nouveau Code Marocain... », *loc. cit.*, pp. 209-218, y M. SEHIMI: “La justice de bakchich”, *Maroc-Hebdo International* nº 576, 17-23 octubre, 2003, pp. 8 y ss.

⁴⁷⁸ Véase, M. SELOUANI, *Jususiyat almistara fi almadda alusariya: daw'e inhilal mithaq azaayiya, almaktaba wa alwwaraqa alwataniya*, Murakuch, 2011, p. 92.

En otro caso, la esposa presenta demanda de *Chiqaq* haciendo valer que el marido la maltrataba⁴⁷⁹. De hecho, fue víctima de violencia e injurias, junto al incumplimiento de las obligaciones del hombre como marido y padre de sus tres hijos y que la vida en común era imposible. El marido afirma que la demanda no tiene fundamento y que mantiene a su familia y solicita que regrese su esposa al domicilio conyugal. La reconciliación no tuvo resultado positivo y el marido presenta una demanda de responsabilidad civil (indemnización por los daños causados como consecuencia de la solicitud de la disolución por *Chiqaq*). El Tribunal, tras desestimar la demanda, porque el procedimiento de *Tatliq* se ha establecido a favor de los dos esposos y, por ello, la esposa no es responsable de haberlo incoado, declara la disolución del matrimonio por *Chiqaq* y evalúa los derechos de la esposa e hijos.

Sin embargo, pese a que la fase final de la mayoría de las demandas de *Chiqaq* es positivo, hay situaciones en las que se procede a su desestimación por falta de prueba, porque el Tribunal deduce, tras la etapa de investigación, de que el marido que solicita el *Tatliq* por *Chiqaq*, durante el proceso de conciliación ha protagonizado actuaciones que evidencian su aceptación implícita de la continuidad del matrimonio⁴⁸⁰.

En definitiva, las mujeres no dudan en recurrir a este nuevo modo de disolución de matrimonio, inexistente en la antigua legislación. Prácticamente, en un caso sobre dos, las mujeres renuncian a sus derechos derivados del *Tatliq* por *Chiqaq*, con sus consecuencias. Por último, se deduce que tras la entrada en vigor del CF, los Jueces aplican en sentido amplio la noción de "*Chiqaq*" y, por ello, hacen posible a un importante número de mujeres su empleo, resultado de una reforma cuyo impacto se observa en las decisiones y que está cambiando la realidad de la "tortura" que sufren miles de mujeres marroquíes⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ STPI de Rabat (sección de familia), de 7 de enero de 2005 [Dossier núm. 32/987/04].

⁴⁸⁰ Demanda de *Tatliq* por *Chiqaq* el 3 de marzo de 2009 presentada ante el TPI de Agadir.

⁴⁸¹ Efectivamente, los datos reflejan esta nueva realidad. Así, en 2006 ha llegado la resolución de este tipo de causas a 10.313, en el año 2007 a 18.562, y en 2009, 33.959 expedientes se presentaron por las mujeres. Véase *Qada'e Alusra*, Mayyala Mutajassisa, Manchurat Jamiay'at Nachr Alma'eluma Alqanuniya wa alqadaiya nº 4, 5, 2009, p. 318. Véase en el mismo sentido,

De otro lado, de conformidad con el art. 128, párr. 1º del CF, la sentencia relativa a *Tatliq* por causa de *Chiqaq* no es susceptible de apelación en la parte que pone fin a la relación matrimonial. Hay que poner de relieve que la sentencia de *Tatliq* se divide en dos partes, la primera ordena la extinción de la relación conyugal y la segunda se refiere a los derechos de la mujer e hijos, según la remisión que se hace en el art. 97 a los arts. 83-85 del CF. El *Tatliq* por causa de *Chiqaq* tiene carácter irrevocable en aplicación de la regla general que establece que: “*toda disolución del matrimonio por Talaq pronunciada por el Tribunal es irrevocable, salvo Tatliq por juramento de continencia y por falta de manutención*”.

No obstante, los derechos de la esposa, en especial, pueden afectarse positivamente o negativamente, en función de su responsabilidad y el grado de participación en la discordia que haya causado la disolución⁴⁸². De hecho el TS desestima una demanda, después de que el TA haya reconocido el derecho a la *Muta’a*, -en virtud de una sentencia de *Chiqaq*-, infringiendo las disposiciones del art. 84, puesto que la mujer goza de este derecho siempre que la demanda de *Talaq* o *Tatliq* sea incoada por el esposo y no por ella, como sucede en este caso.

En efecto, el TS opta por no reconocer a la esposa el derecho a la *Muta’a*, puesto que la demanda ha sido presentada por ella y no por el marido. En definitiva el derecho a la *Muta’a* corresponde a la esposa tras la disolución del matrimonio sea por *Talaq* o *Tatliq*, siempre cuando la demanda sea presentada por el esposo. Por tanto, el TA con el reconocimiento de la *Muta’a* a la esposa, -que ha incoado la demanda de *Chiqaq*-, habrá incumplido el art. 84 del CF y expuso su resolución a casación⁴⁸³.

S. ASBAN: “Dahirat Attatliq Lichiqaq –Alasbab Walhulul-“, en I. BELMAHJUBE, *Mustayyadat Mudawwanat Alusra Wa Tatbiqatuha Ala’maliya*, Mulhaq Biaham Mabadi’e Qararat Almaylis Aa’ela , Annas Alkamel Limudawwanat Alusra, dicember, 2010, Rabat, pp. 103 y ss.

⁴⁸² Cabe recurrir la parte de la sentencia relativa a los derechos y a la responsabilidad.

⁴⁸³ STS núm. 123, de 22 de marzo de 2011 [Exp. núm. 553/2/1/2009].

C) Otras causas de disolución del matrimonio por *Tatliq* y procedimiento

a) Por incumplimiento de la obligación de manutención

El art. 98 del CF indica las causas que puede alegar la mujer (y excepcionalmente, el hombre) para presentar una solicitud de disolución del matrimonio. En primer lugar, la falta de manutención que, como se sabe, es una obligación del esposo. En el Derecho Islámico, la consumación del matrimonio conlleva la obligación de manutención de la esposa de acuerdo con lo que indica el art. 194 del CF.

Dicha manutención comprende un conjunto de obligaciones como, el alimento, el vestido, la hospitalización y todo lo que pueda calificarse como necesario para el sustento de una persona. Dada la importancia de este derecho exigido por ley, el art. 102 del CF ha permitido a la esposa solicitar la disolución del matrimonio por su incumplimiento, siempre que concurren determinadas condiciones. El *Tatliq* por falta de manutención, reconocido por la escuela *Malikí* y *Chafi'e*, fue rechazada por la escuela *Hanafi* y *Dahiri*⁴⁸⁴.

El *Tatliq* por falta de manutención está regulado en los arts. 102 y 103 del CF, así como otras cuestiones vinculadas con este tipo de disolución del matrimonio. Se incluye la ausencia del esposo⁴⁸⁵. Si bien la manutención de la esposa es un derecho y un privilegio, debe ser ejercido y reclamado en el marco de las posibilidades del esposo. El Profeta Mohammed tuvo un enfrentamiento con sus mujeres por este tema, cuando le pidieron una manutención superior a su capacidad económica y, su

⁴⁸⁴ La manutención de la esposa desde la fecha de celebración del acta de matrimonio -antes de la consumación- es una obligación. Es más, su enfermedad no la priva de ser mantenida por el marido e, incluso, éste ha de hacerse cargo del coste de su hospitalización, si es necesaria.

⁴⁸⁵ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, pp.116-125, y Tel Quel, "Mudawwana: l'opinion de la rue", juillet 2004, pp. 15 y ss, y N. A. AIT ZAIT: « Revolution tranquille au Maroc: le principe d'égalité consacré en partir dans la Mudawwana », en *CIDDEF magazine* nº1, janvier-mars 2004, pp. 4 y ss.

enfadó llegó al punto de dejar de mantener cualquier tipo de relación con ellas por un período de un mes. Entre los seguidores del Profeta había ricos y pobres, pero no se comprobó ninguna consulta al Profeta Mohammed respecto a esta cuestión.

Así, el art. 102 del CF establece expresamente que la esposa tiene derecho a solicitar la disolución del matrimonio por *Tatliq* cuando el esposo incumpla su obligación de manutención exigible y debida, en tres casos concretos: en primer lugar, por falta de manutención cuando el marido posee bienes conocidos. En este caso, el Tribunal no admite la solicitud de *Tatliq* pero indica la manutención y la modalidad de obtención de la cantidad determinada, recurriendo al embargo, o cualquier otro medio que juzgue el Tribunal adecuado. Sin embargo, la ejecución de dicha sentencia requiere la colaboración de la esposa, al menos, para determinar la cantidad en función del tiempo, de convivencia con la ayuda del MP.

En segundo extremo, cuando la esposa solicita *Tatliq* por falta de manutención y el marido convence al Tribunal de su situación de insolvencia, consideró un plazo para que pague y, en caso contrario, dicta el *Tatliq*⁴⁸⁶. Asimismo, se deduce del texto la posibilidad de ampliar dicho plazo, siempre que el marido acredite una circunstancia de fuerza mayor o excepcional, que le impide mantener a la esposa y, que desaparecerá en el futuro. Se recuerda que dicho plazo en la antigua *Mudawwana* podía prolongarse hasta tres meses. Si bien el legislador no precisa qué significa la noción de “circunstancias imperiosas y excepcionales”, el Juez goza de un importante margen de maniobra, para determinar si las razones invocadas por el marido para justificar la falta de manutención pueden ser calificadas como tales.

En definitiva, el Tribunal tiene que supervisar las circunstancias excepcionales del marido, que podrán justificar la ampliación de dicho plazo. Tras el vencimiento de los plazos establecidos legalmente, si el marido no entrega la cantidad exigida, el Tribunal disuelve el matrimonio por *Tatliq*. En último lugar, cuando la esposa solicita el *Tatliq* por falta de manutención y el marido es incapaz de acreditar su insolvencia, a

⁴⁸⁶ Un plazo que no puede superar -de ninguna manera- los treinta días.

diferencia de la situación anterior, el Tribunal dicta el *Tatliq* en el momento, sin conceder al marido ningún plazo (art. 119 del CF)⁴⁸⁷.

Sin embargo, cuando el esposo no muestra ningún interés o, incluso, expresa su negativa en cumplir con su obligación, por el simple motivo de que es incapaz de mantenerla, el Tribunal, tras constatar que el esposo no tiene predisposición para cambiar su actitud, a pesar del plazo que se ha fijado, pronuncia el *Tatliq* revocable por la misma causa⁴⁸⁸. Para probar la falta de manutención, la esposa debe aportar, en calidad de demandante, todas las pruebas necesarias, de conformidad con la regla de Derecho Islámico que establece que la prueba y acreditación de los hechos corresponde siempre al demandante. La Escuela *Malikí* prevé otra regla, cuyo contenido consiste en tomar en consideración las declaraciones del esposo con la prestación de juramento cuando la esposa vive con él. En cambio, prima lo que manifiesta la esposa con prestación de juramento cuando no habita con el marido⁴⁸⁹.

De otra parte, hay que poner de relieve la existencia de determinados supuestos, en los cuales el marido justifica el incumplimiento de su deber, por el abandono de la familia por parte de la esposa. De hecho, el marido, tras ser condenado a entregar el importe de la pensión alimenticia, no acata su ejecución, sino que presenta una demanda contra ella, para poner de manifiesto que ha abandonado la familia. El Tribunal, evidentemente, no acepta la demanda, aún más, la esposa no se rinde y decide fundamentar sus alegaciones en el art. 102 del CF, de forma que solicita la disolución del matrimonio por falta de manutención con todos los derechos correspondientes, de acuerdo con el art. 84 del CF.

⁴⁸⁷ *Qada'e Alusra* Mayyala Mutajassisa, Manchurat Jamiay'at Nachr Alma'eluma Alqanuniya wa alqadaiya nº 4, 5, Fabrayr 2009, p. 76.

⁴⁸⁸ Sent. núm. 541, de 13 de enero de 2005 [Dossier núm. 32/643/04].

⁴⁸⁹ El TS ha establecido, que se tomen en cuenta las declaraciones del esposo presente -que niega la falta de manutención- con la prestación de juramento. Dicha regla se aplica en presencia del esposo en el país y si la esposa convive con él. Pero, si la esposa vive en un domicilio en el momento en que el esposo vive con la segunda esposa en otro, ello es prueba tajante de que no la mantiene. Sin embargo, se recurre a este criterio, solo cuando falten pruebas claras. Sent. de 22 de diciembre de 1992 [*Revista de los abogados* nº 25 y 26].

El marido no se presentó a la sesión de reconciliación, pese a la notificación del Tribunal, la esposa mantuvo su posición, y el condenado se abstuvo de conformarse con la sentencia que le ordenó el pago de la pensión. Por tanto, el Tribunal pronunció el *Tatliq* revocable por falta de manutención⁴⁹⁰. Es más, la esposa tras su expulsión del domicilio conyugal, presentó una demanda por la misma causa, el TPI de Rabat condenó al marido a la entrega de una pensión alimenticia (de 500 Dh al mes), y éste reclama su indignancia. Tras este suceso, y apoyándose en el hecho de que el esposo no ha acatado la sentencia al afirmar su insolvencia. El Tribunal pronuncia el *Tatliq* por falta de manutención. Pese a la resolución dictada a favor de la esposa, el marido fue condenado por expulsar a la mujer del hogar conyugal⁴⁹¹.

En cuanto a las tipologías de disolución del matrimonio resuelta por el Tribunal por causa de insolvencia del marido, o simplemente porque se ha negado a ello a pesar de su solvencia, se considera revocable si sucede después de la consumación, y por supuesto se exige que no complete el pronunciado tres veces, porque, en este caso, se convierte en irrevocable, como prevé el art. 122 del CF (*toda disolución del matrimonio declarada por el Tribunal (Tatliq) será irrevocable, excepto dos casos: la disolución por juramento de continencia y por incumplimiento de la manutención*). En la escuela *Malikí*, la esposa no puede volver con el esposo, salvo si dispone de medios para mantenerla⁴⁹².

La falta de manutención que figura entre las causas de disolución del matrimonio, tanto en la antigua *Mudawwana* (art. 53) como en el CF, brinda a la esposa la posibilidad de disolver el matrimonio, si él no dispone de medios suficientes para mantenerla (arts. 102 y 103). Conviene anotar que, el nuevo texto mantiene el derecho de la esposa a la manutención (art.194) y esto es, aunque el CF atribuye en otras disposiciones a los cónyuges la responsabilidad de la gestión conjunta de los

⁴⁹⁰ STPI de Rabat, núm. 227, de 27 de enero de 2005 [Dossier núm. 32/399/04].

⁴⁹¹ Sent. núm. 521, de 13 de enero de 2005 [Dossier núm. 32/249/04].

⁴⁹² Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, pp.116-125.

asuntos del hogar (art. 51). No obstante, se plantea la cuestión de la autoridad del Juez para compaginar o aproximar ambas disposiciones, y permitir al marido exigir a su esposa, que trabaja fuera de casa, su propia manutención⁴⁹³.

Los jueces hacen una aplicación estricta del principio enunciado por el CF, insistiendo en la obligación del esposo hacia su esposa en cuanto a su manutención desde la consumación del matrimonio, con independencia de que esté o no trabajando. Solo pierde el derecho a la pensión alimenticia si rehúsa volver al domicilio conyugal, después de haber sido condenada por el Tribunal. Hay que mencionar, que contrariamente al *Tatliq* por razón de discordia o por otras causas previstas en el Código, el *Tatliq* por falta de manutención es el único revocable, y el único que permite al esposo volver con su esposa durante el periodo de continencia (la *Idda*), lógicamente después de que el marido acredite disponer de medios materiales suficientes para sufragar las necesidades conyugales⁴⁹⁴.

Ahora bien, el conjunto de las novedades introducidas en el CF respecto al derecho de la mujer a la pensión alimenticia no alcanzará los objetivos fijados por el legislador, salvo si se crean mecanismos judiciales, tales como la constitución de una caja de la pensión alimenticia, en término de una garantía ejecutiva y real. Su función esencial sería sustituir al marido en caso de ausencia, muerte o indigencia, con la posibilidad de poder retirar sus fondos, cuando regrese o cuando sea capaz de mantener a la esposa. En este sentido, es interesante citar la experiencia de otros países como Túnez⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Véase, S. ARRUBIO: "Tadbir Alamwal Almuktasaba Athnaa Azzaway", en I. ALFAKHORI, *Mudawwanat Alusra Ba'ada Thalath Sanawat Mina Attatbiq*, loc.cit, pp. 85 y ss.

⁴⁹⁴ Véase, R. ZEIDGUY: "Analyse de la jurisprudence...", loc. cit, pp. 237-241.

⁴⁹⁵ Véase, H. HAMIDI : "Taamulat fi ahami alichkaliat alqadaiya lida'awi annafaqa". *Qadae Alusra, Manchurat yami'at nachre alma'aluma alqanuniya waalqadaiya*, nº 4, 5, febrer 2009, p. 57.

b) Por ausencia del marido

El legislador marroquí ha regulado igualmente la demanda de *Tatliq* interpuesta por la esposa, por la ausencia del marido, en los arts. 104, 105 y 106 del CF, de manera, que ha dedicado los dos primeros textos a *Tatliq* por dicha causa y su procedimiento judicial, y el tercer artículo a *Tatliq* por la reclusión del marido, -una de las novedades aportadas por el CF-. Para abordar la ausencia del marido del lugar conyugal que causa el *Tatliq*, hay que partir del contenido del art. 104, que establece que la ausencia del marido tiene que exceder de un año.

En todo caso, el Tribunal averiguará por todos los medios dicha ausencia, su duración así como el lugar donde se encuentra el ausente. Así mismo procederá a la notificación de la demanda presentada en instancia al esposo, cuya dirección se conoce, con el fin de que responda. En la notificación se le advierte que, si persiste en su ausencia, y no regresa ni lleva a la esposa con él, el Tribunal declarará la extinción de la relación conyugal. En el art. 105 del CF se hace referencia a que, si se desconoce la dirección del esposo ausente, el Tribunal incoará, con la colaboración del MP, los procedimientos que juzgue útil para hacerle notificar la petición de la esposa, incluida la designación de un curador (representante). Evidentemente, a falta de comparecencia del esposo, el Tribunal pronunciará la disolución del matrimonio por *Tatliq*.

Han de reunirse dos condiciones: que el marido esté realmente ausente del lugar conyugal, y que la ausencia supere un año. De otro lado, la esposa tiene la obligación de acreditar la ausencia de su marido por todos los medios, pero no está obligada a acreditar el perjuicio resultante de dicha ausencia, como sucedía en la antigua *Mudawwana*. Tiene que comprobar que no dispone de ningún medio económico facilitado por el esposo⁴⁹⁶.

⁴⁹⁶ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, pp.126-128.

Por otra parte, los magistrados de primera instancia realizan una aplicación estricta del CF en lo relativo a la prueba del perjuicio ocasionado, mientras que el legislador en la definición de la noción del perjuicio en el art. 99 párrafo 2 del CF, invita implícitamente a hacer una interpretación extensiva. Este artículo considera perjuicio todo acto o comportamiento infamante o contrario a las buenas costumbres emanantes del esposo, causando un daño material o moral a la esposa, la cual no puede tener una vida conyugal normal. En cambio, las decisiones de apelación se distinguen por su respeto, en función del término y del espíritu del CF⁴⁹⁷.

Puede citarse una sentencia que desestimó la demanda de la esposa, al no llegar a establecer la existencia de la relación matrimonial con el ausente⁴⁹⁸. En cuanto al procedimiento, en primer lugar, se interpone la demanda por la esposa. A continuación, se procede a la presentación de la prueba relativa a la existencia del lazo matrimonial con el ausente, después, verifica el plazo de la ausencia, que no sobrepase el año (este plazo varía entre dos y seis años) y, por último, se indican tres fechas de difusión, por radio de la demanda de la esposa, a menudo, con la aportación del testimonio de testigos que atestiguan la ausencia del cónyuge⁴⁹⁹.

En principio, los Jueces deben conformarse con la reunión de estos elementos para pronunciar el *Tatliq*. No obstante, en la mayor parte de los casos, exigen otra condición, que es el juramento de la esposa confirmando la ausencia del marido, de conformidad con la regla que establece “*todo hecho cuya apariencia esta atestada, no puede serlo, en cuanto al fondo, que por juramento*”. Esa exigencia que encuentra su

⁴⁹⁷ Véase, M. MOUAQIT: “Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille”, *Le code de la famille, perceptions et...*, loc. cit, pp. 143 y ss.

⁴⁹⁸ TPI de Rabat, de 6 de enero de 2005 [Dossier núm. 32/287/04].

⁴⁹⁹ La posición de la *Sharia'a* respecto a este tipo de *Tatliq* varía entre las distintas escuelas. Según la doctrina de la escuelas *hanafita*, *chafia'a*, *dahiriya* y *zaidiya*, la ausencia no constituye en sí una causa de *Tatliq*, basándose en que tanto la Sunna como el Corán no lo indican, tomando en cuenta que el *Talaq* es un derecho del marido. En cambio, las escuelas *Malikí* y *hanbali* lo permiten, siempre que se alargue dicha ausencia. Véase STPI de Rabat de 6 de enero de 2005, [Dossier núm. 32/736/04], STPI de Rabat de 13 de enero de 2005 [Dossier núm. 32/581/04], STPI de Rabat de 17 de febrero de 2005 [Dossier núm. 32/97/04] y STPI de 3 de marzo de 2005 [Dossier núm. 32/19/04] (inéditas).

fuente en la fórmula utilizada en el art. 104, párrafo 2º del CF, cuando permite al Tribunal asegurarse de la ausencia “por todos los medios”. Parece redundante y puede ser interpretado como una desconfianza hacia la esposa, mientras que en todos los casos analizados, la ausencia del marido está siempre comprobada. Además, en algunas ocasiones, se establece que reside en el extranjero y que fue debidamente notificado.

Sin embargo, es importante señalar un fallo que no menciona esa exigencia y parece conformarse con la declaración de la esposa. La esposa presenta una demanda de *Tatliq*, por ausencia ante el TPI de Sale, pero el marido manifiesta su desacuerdo. Recurre en apelación ante el Tribunal de Rabat y refuta la decisión de los jueces de Sale por violación del art. 105 del CF, que dispone que “*si la dirección del esposo es desconocida, el Tribunal obliga con el concurso del MP, los procedimientos que juzgue útiles para hacerle notificar la demanda de la esposa, e incluida la designación del curador. Por falta de comparecencia del esposo, el Tribunal pronuncia el Tatliq*”.

La esposa reivindica que el Tribunal, ante la imposibilidad de notificar al esposo ausente la demanda de instancia, hubiera encargado al MP iniciar el procedimiento de búsqueda necesario y que, por esa razón, solicita al TA de desestimar la decisión del TPI, y aceptar su demanda de *Tatliq* por ausencia del marido⁵⁰⁰. Pero, el Tribunal deniega la demanda de la esposa, porque había fundado su acción en el art. 105 del CF. Añade que los procedimientos planteados por el Tribunal, y por el MP en las acciones de *Tatliq* por ausencia, no tienen lugar más que una vez que la esposa haya justificado la ausencia de su esposo por todos los medios de prueba admitidos legalmente. Su simple pretensión o declaración no es suficiente. Además, debe convocar a testigos entre sus parientes o sus vecinos, que atestiguan la ausencia del esposo.

No obstante, el Tribunal no afirma expresamente que estas pruebas deban adjuntarse con juramento. Puede tratarse simplemente de una inadvertencia o puede

⁵⁰⁰ STA de Rabat, de 7 de febrero 2005 [Dossier núm. 156/2004/10, inédita].

ser una renuncia a esta exigencia en el procedimiento de resolver estos casos. La escasa cantidad de decisiones disponibles no permite responder de manera tajante a esa cuestión. Solo el estudio y análisis de la jurisprudencia ayudará a conocer si se conforma con las condiciones exigidas por el CF, o si va más allá, en adoptar una actitud de desconfianza “indebida” respecto a la esposa, sometiéndola al procedimiento de juramento, a pesar de la existencia de pruebas materiales que acreditan la ausencia del marido⁵⁰¹.

La principal innovación introducida explícitamente por el art. 106 del CF, es que la esposa, cuyo marido cumple una pena de reclusión o de encarcelamiento superior a tres años, puede solicitar el *Tatliq*, a condición de que transcurra un plazo de un año tras su detención. Si bien esta posibilidad parece positiva y favorable, en la medida en que permite a la esposa (especialmente en presencia de un crimen infamante cometido por su esposo), deshacerse de una unión que le puede ser perjudicial, la redacción de este artículo no parece acertada⁵⁰².

Hay que matizar que las escuelas *Hanafi* y *Chafi'e* no reconocen este tipo de *Tatliq*, independientemente de los años de reclusión. En cuanto a los eruditos de las escuelas *Malikí* y *Hanbali* no han abordado este tema, salvo la *Hanbali* que ha reconocido la posibilidad y el derecho de la mujer a solicitar *Tatliq*. En la antigua *Mudawwana* se reconoció a la esposa, cuyo marido hubiese sido condenado por un periodo superior a los tres años, el derecho a pedir la disolución del matrimonio por *Tatliq*, siempre y cuando haya transcurrido el primer año. El actual CF ha previsto la disolución del matrimonio cuando el marido esté implicado en una causa penal, que conlleva su reclusión, por un periodo superior a los tres años. En tal caso, la mujer podrá solicitar el *Tatliq* después de un año de su encarcelamiento⁵⁰³.

⁵⁰¹ Véase, F. BOUKAISSI : « Le déroulement des audiences à la Section de la justice », *Le code de la famille...*, *loc. cit*, pp. 189 y ss.

⁵⁰² Véase, H. ALBLAWI: “Attatliq Lisiyn Azzawy », en *Mudawwnat Alusra Bayna Annasi Walmumarasa, Silsilat anadawat wa alayam addirasiya* n°25, Murrakuch, 2006, pp. 109 y ss.

⁵⁰³ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, *op. cit*, p. 295.

Ahora bien, pese a la novedad aportada, hay dos exigencias: la primera, la esposa no puede interponer una demanda por la reclusión de su marido, salvo si ha sido condenado a más de tres años de cárcel. La segunda, la demanda no la puede presentar, hasta que transcurra un año después de la sentencia. De otro lado, el esposo debe estar encarcelado (no en libertad), o su causa en proceso. En definitiva, la admisión de la demanda está condicionada a que el marido esté condenado por cualquier causa, en ésta hipótesis, la esposa puede interponer la demanda de *Tatliq* siempre cuando haya una sentencia firme de la reclusión del marido. Hay que resaltar que la disolución del matrimonio por *Tatliq* por ausencia o por reclusión del marido tiene carácter irrevocable⁵⁰⁴.

c) Por la causación de un perjuicio

En cuanto al *Tatliq* por incumplimiento de una condición en el acta de matrimonio, o por perjuicio, hay que poner de relieve que es una causa independiente del perjuicio, aunque el legislador las consideró sinónimos, como indica el art. 99 del CF. Por ello, este tipo de *Tatliq* fue criticado por algunos autores (Alazhar), que no evalúan el incumplimiento de una de las condiciones estipuladas en el acta de matrimonio, como para causar el divorcio. Es más, consentir este tipo de disolución contribuye en el aumento de las situaciones de conflicto y divergencia en la pareja.

El legislador ha regulado el *Tatliq* por incumplimiento de una de las condiciones del acta de matrimonio, o por perjuicio en los arts. 99 a 101 del CF. Ha definido el perjuicio en el art. 99 del CF, de forma que todo incumplimiento de una de las cláusulas estipuladas en el contrato matrimonial, se considerará un perjuicio que justificará la solicitud de la disolución del matrimonio por *Tatliq*. Por tanto, cabe plantearse, ¿constituye un perjuicio todo acto o conducta ignominiosa, o que atenta contra las

⁵⁰⁴ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, pp. 134-135.

buenas costumbres realizada por el esposo? El legislador indica determinados tipos de perjuicios, pero deja a la autoridad judicial la labor de adecuación de otros tipos.

En todo caso, el perjuicio incluye dos elementos: el incumplimiento de una cláusula del contrato matrimonial, que se relaciona con la regla general del Islam, que significa que el contrato es la ley para las partes y, por consiguiente, el incumplimiento de dicha cláusula se considera un perjuicio suficiente, para que la esposa solicite el *Tatliq*. La esposa puede exigir en el contrato matrimonial cuestiones que no se determinan por el legislador (exigir que no se aloje con su familia o incorporarse al mercado laboral cuando lo desee)⁵⁰⁵. No obstante, la cláusula que ocasiona un incumplimiento debe ser legal y proporcionada a los arts. 47 y 48 del CF.

El segundo elemento consiste en el mal comportamiento que causa daños morales y materiales, que se deduce del art. 99 del CF. Se trata, en concreto, de la técnica de adecuación legislativa, que suelen usar los Jueces para definir y determinar el perjuicio que conlleva el daño moral o material y que convierte la vida matrimonial en imposible, por lo que la mujer opta por solicitar la disolución del matrimonio⁵⁰⁶.

En un asunto, la mujer presenta una demanda de *Tatliq*, a partir del art. 99 y ss del CF, por incumplimiento de una condición establecida en el acta y por la causación de un perjuicio⁵⁰⁷. Hace valer que, desde la consumación de su matrimonio (en diciembre 2003), ha permanecido en el domicilio familiar del esposo, sin tener un alojamiento propio, y el esposo no se ha preocupado por satisfacer sus necesidades. Además, muestra un comportamiento violento y la amenaza de forma continua. Los testigos confirmaron dichas declaraciones y, por todo ello, para poner fin al perjuicio causado, solicita la disolución del matrimonio, de conformidad con los arts. 99 y ss del CF.

⁵⁰⁵ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat Alusra...*, op. cit, p. 271.

⁵⁰⁶ Véase, A. BENTALAB: « Hasilat Alqiraa Alyama'ya Lilichkalyat », *Qada'e Alusra*, Mayyalat Mutajassisa nº 4, 5 febrer 2009, pp. 191 y ss, y M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat...op. cit*, pp. 134-135.

⁵⁰⁷ STPI de Rabat, de 13 de enero de 2005 [Exp. núm. 32/151/04 (inédita)].

El marido desmiente los argumentos de la esposa y la acusa de abandono del domicilio conyugal. Además, recusa la declaración de los testigos, por la existencia de parentesco con ella. La esposa afirma estar dispuesta a apoyar sus declaraciones por juramento y niega cualquier tipo de relación con los testigos. En la etapa de reconciliación, declara que mantiene la demanda, pero renuncia a sus derechos. No obstante, en la audiencia cambia su posición y manifiesta querer conservar todos sus derechos. Después de haber explicado que no poseía ningún bien (aunque trabaje en la misma empresa que la esposa), el marido acepta la disolución del matrimonio a condición que ella renuncie a sus derechos. La esposa termina por aceptar su oferta⁵⁰⁸.

En la demanda de *Tatliq* por incumplimiento de las condiciones del acta o por la causación de un perjuicio, los esposos elaboran un acuerdo sobre el inicio de una vía para poner fin a su unión. La posición del Tribunal, relativa a la conversión de la demanda de divorcio por incumplimiento de una de las condiciones estipuladas en el acta de matrimonio o perjuicio, iniciada por la esposa, en demanda de *Tatliq* por consentimiento mutuo, es relevante. Las declaraciones de la esposa, en especial, respecto al maltrato, probadas por el testimonio de dos personas y por su predisposición para prestar juramento, con el fin de comprobar la veracidad de dichas declaraciones, fueron suficientes para constituir un perjuicio en el sentido del art. 99, pár. 2º del CF.

La respuesta inestable manifestada por la esposa cuando, al inicio, declara querer beneficiarse de sus derechos, justo en el momento posterior de la sesión de reconciliación, renuncia a los mismos, refleja una indecisión cuya única explicación es haber aceptado forzada por el esposo. La renuncia de los derechos para obtener la disolución del matrimonio, es una práctica conocida por los jueces, y practicada por los esposos. Por tanto, la posición frágil de la mujer la conduce a rendirse ante dicha

⁵⁰⁸ El abono por el marido de una pensión alimenticia de 1500 Dh por mes a contar desde diciembre de 2003, fecha de consumación del matrimonio, y una cantidad de 2000 Dh para compensar el perjuicio ocasionado.

presión. Llama la atención que después de todas las reformas efectuadas la mujer sigue siendo vulnerable⁵⁰⁹.

Con independencia de los perjuicios, la jurisprudencia -en su tarea de adecuación- añade varios ejemplos como: la acusación a la esposa de infidelidad, los insultos, maltrato físico, las injurias, el acoso de un menor, la falta de equivalencia religiosa (por el hecho de que la mujer es religiosamente practicante y el marido no), etc.

Evidentemente, la prueba del perjuicio y su valoración es una de las cuestiones más complicadas a las que se enfrentaba la esposa en el marco, tanto de la antigua *Mudawwana*, como del actual CF. No obstante, la ley permite a la esposa que no consiga probar el perjuicio recurrir al procedimiento de *Chiqaq*, que establece el art. 100, pár. 2º del CF: “si la esposa no llegue a probar el perjuicio y persiste en su petición de disolución del matrimonio (*Tatliq*), podrá recurrir al procedimiento por disensión”⁵¹⁰.

La demanda relativa a *Tatliq* por perjuicio –como cualquier otra demanda- exige al Tribunal que adapte dos procedimientos, uno obligatorio y otro facultativo. En cuanto al primero, consiste en el intento de reconciliación entre los litigantes de acuerdo con el art. 113 del CF. Respecto al segundo, es un procedimiento que se refiere a todas las medidas que puede adoptar, siempre que sea necesario (art. 121 CF). El *Tatliq* por perjuicio es irrevocable (art. 122 CF)⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Consúltense respecto a la situación de la mujer tras la disolución del matrimonio, N. BATAL: “Hikaya maghribiya liaramil wamutallaqat sara’ena litarbiyat abnai’hinna”, en *Alitihad Alichtiraki* (periódico), nº 8963, 4/9/2008, pp. 4-5.

⁵¹⁰ Si bien la mujer tiene derecho a solicitar la disolución de su matrimonio en caso de que este perjudicada, la declaración de perjuicio impide a la mujer de mantener relaciones íntimas con su marido en caso de que surja, la demanda de *Tatliq* se archiva. Otro efecto de dicha demanda interpuesta por la esposa por perjuicio es, aplazar la resolución de la demanda relativa al regreso de la esposa a la residencia conyugal. Es una cuestión que no está reflejada ni en la *Mudawwana* ni en el CF, pero se aplica frecuentemente en la jurisdicción marroquí en el marco de la remisión a la doctrina *Malikí*. Véase, A. MEKAWI, *Alwasit Fi Charhe Mudawwanat Alahwal Achajsiya, Alyus’e Alawal, Attaba*1º, 1971, p. 125.

⁵¹¹ Existe consenso entre los eruditos, véase M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat...*, op. cit, p. 132; y M. ACHAFIE: “Azzawaye Fi Mudawwanat...”, loc. cit, pp. 285 y ss.

d) Por la existencia de un defecto

De otro lado, cuando se presenta una disolución del matrimonio por *Tatliq* debido a los “defectos” que afectan a la estabilidad de la vida conyugal, tiene que cumplir determinadas condiciones. Los defectos que permiten la presentación de la solicitud de disolución de *Tatliq*, son de dos tipos: los que impiden la cohabitación matrimonial. El legislador marroquí no ha determinado, ni en la *Mudawwana* ni en el CF los que impiden dicha cohabitación, por lo hay que basarse en el Derecho Islámico (art. 400 CF). Sin embargo, las cuatro escuelas, llegaron a un acuerdo, estableciendo como “defecto”, las enfermedades graves, que afectan tanto a los órganos sexuales femeninos, como a los masculinos, en especial las patologías que impiden a ambos mantener relaciones íntimas⁵¹².

Y ello, a pesar de que la mayoría están siendo superadas, hoy en día, por los avances científicos. Otro tipo de defecto, determinado por ley, es la enfermedad grave, que amenaza la vida de uno de los cónyuges. A diferencia de los defectos relativos a las enfermedades sexuales, que no ha mencionado la antigua *Mudawwana* (sólo se determinaron las enfermedades mentales y físicas como la demencia, lepra, elefantiasis y tuberculosis), el CF ha optado por definir las enfermedades que suponen un peligro para la vida de la esposa o del esposo.

En general, dichas enfermedades graves, la demencia, o las enfermedades que constituyen un peligro para la salud o las físicas contagiosas, como el sida, sífilis o la elefantiasis. El legislador ha empleado un término general para describirlas, porque se supeditan al diagnóstico médico. A las señaladas, se añaden enfermedades consistentes, en especial, en la acción y efecto de defecar durante el coito, que impide a uno de los cónyuges el disfrute sexual. La esterilidad constituye también una

⁵¹² Véase, *Qadae Alusra...*, *op. cit.*, p. 80.

enfermedad, que puede afectar tanto a la mujer como al hombre, aunque éste puede contraer matrimonio con varias mujeres⁵¹³.

Para admitir una acción de *Tatliq* por *A'yeb*, se exigen condiciones comunes (art. 108 CF). Se diferencia entre el desconocimiento del defecto antes del acta o durante el matrimonio. La solicitud puede presentarse por una parte que ha comprobado que aceptó el defecto tras tener conocimiento de su existencia, o de la incurabilidad de dicha enfermedad. La segunda condición es el plazo de un año respecto a las enfermedades peligrosas relativas a la vida de uno de los esposos o a su salud⁵¹⁴.

e) Por la existencia de un juramento de continencia o abandono

La siguiente modalidad de *Tatliq* es por juramento de continencia y abandono. Legalmente, el juramento de continencia se incluye en las situaciones de *Talaq* de acuerdo con el art. 112 del CF. Por tanto, el juramento de continencia es cuando el esposo pronuncia cualquier juramento, que signifique, no mantener relaciones íntimas con su esposa por un periodo superior a cuatro meses. Este hecho supone una humillación para la mujer, que la religión islámica ha situado en una posición muy digna en la sociedad. El origen de esta práctica procede de la época pre-islámica, cuando el marido abandonaba o pronunciaba el juramento de continencia para un año o dos, con el objeto de castigar a la esposa. Por ello, el Islam ha restringido este trato para que la mujer no se vea perjudicada⁵¹⁵.

⁵¹³ Los arts. 107-111 del CF regulan las condiciones para solicitar la disolución del matrimonio por defecto o por enfermedad. Algunas de ellas son compartidas entre los defectos que impiden la cohabitación, y entre las enfermedades graves amenazantes para la vida o para la salud de la otra parte, y otras relativas solo a estas últimas enfermedades señaladas. En todo caso, el médico es el profesional competente para su diagnóstico.

⁵¹⁴ Véase, N. TURKI: "Ba'ed Alichkaliaat Almurtabita Bimawdoa'e Attalaq...", en I. BELMAHJUBE, *Mustayyat Mudawwanat Alusra...*, loc. cit, pp. 15-26; M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat...*, op. cit, p. 151.

⁵¹⁵ Véase, M. ALAZHAR, *Charhe Mudawwanat...*, op. cit, p. 305.

Tomando en cuenta el art. 112 del CF y los principios del Derecho Islámico, el juramento de continencia no se realiza legalmente, salvo cuando se reúnan un conjunto de condiciones. El esposo ha de ser musulmán, consiente y capaz de mantener relaciones con la esposa. En caso de que sea demente o deficiente mental o que sufra una enfermedad grave, su juramento no es válido. En cuanto a la esposa, que esté, todavía casada con el esposo, o que no esté en el periodo de *Idda*, tras un *Talaq* revocable. Si es irrevocable por cualquier causa, no es válido el juramento legalmente. Respecto al esposo, pronuncia el juramento de continencia por un periodo superior a los cuatro meses, aunque sea de un día, según la escuela *Malikí*. En cambio en la escuela *Hanafi* tiene que ser dentro de cuatro meses. Existe consenso acerca de que el juramento de continencia no suceda en menos de cuatro meses.

No obstante, cuando el juramento de continencia surja para perjudicar a la esposa enferma (lo que le puede afectar negativamente) no hay continencia. Respecto a la escuela *Malikí*, las disposiciones de continencia se aplican tratándose de un juramento por Allah o no, incluso aunque el esposo no haya jurado, sino que haya recurrido a la continencia para perjudicar a la mujer. El juramento de continencia como causa de *Tatliq* debe tener lugar mediante una sentencia, que lo resuelve con arreglo al art 112 del CF⁵¹⁶.

Pueden citarse varios casos. En uno de ellos la esposa presenta una acción de *Tatliq*, contra su marido, por juramento de continencia *Alia'an*, abandono *Hayr*, y perjuicio, precisando que la obligó a abandonar el domicilio conyugal⁵¹⁷. El marido contesta a dichas acusaciones, afirmando que el abandono fue por su voluntad, y sin motivos válidos, -para instalarse y trabajar en Rabat-. Añade que ha presentado previamente una demanda de *Tatliq* por perjuicio, pero fue desestimada por falta de pruebas. Tras este suceso, ha rechazado regresar al domicilio, pese a la sentencia

⁵¹⁶ Para probar la existencia del juramento de continencia, en caso de conflicto entre la esposa y el esposo, la regla que se toma en cuenta es que prevalezca lo declarado por el esposo bajo juramento, salvo si la esposa aporta pruebas que indiquen lo contrario.

⁵¹⁷ Sent. del TA de Rabat de 4 de abril de 2005.

dictada en su contra. Por todo ello, solicita una indemnización (de 10000 Dh), por perjuicio provocado consecuencia de abandono y negativa a regresar al domicilio conyugal.

El TPI ha desestimado las dos demandas. La esposa presenta el asunto ante el TA de Rabat, reprochando a los jueces de primer grado haber inadmitido su demanda de perjuicio por falta de pruebas, mientras que dos testigos han testificado, que su marido no vive con ella, hecho confirmado por él mismo en la audiencia, lo que constituye una prueba irrefutable de su abandono y de su dejadez. Es más, ha declarado ante los jueces no mantener con ella ningún tipo de relación, incluso ha solicitado al Tribunal la autorización de casarse con otra mujer, lo que constituye en sí un gran perjuicio para ella. El Tribunal acepta la demanda de *Tatliq* de la esposa por perjuicio y no admite la demanda de reparación reclamada por el marido. Por último, el *Tatliq* por juramento de continencia es revocable, y la demanda de *Tatliq* se somete a los arts. 113, 121 y 128 del CF.

f) Procedimiento

En cuanto a los trámites de disolución del matrimonio por *Tatliq* (arts. 94-112 CF), si bien el *Tatliq* es la disolución del matrimonio pronunciada por el Tribunal mediante sentencia, la regla general exige la presentación de una demanda para que el Juez dicte su veredicto, salvo dos casos en los que la iniciativa puede proceder del esposo: *Tatliq* por causa de *Chiqaq* y la disolución del matrimonio por la existencia de un defecto⁵¹⁸.

⁵¹⁸ Por tanto, la demanda de *Tatliq*, de acuerdo con lo establecido en el art. 212 del CPC, es aquella que se presenta de conformidad con el procedimiento ordinario, mediante el escrito de *Tatliq* ante el TPI, en el ámbito territorial de su competencia, esto es, la residencia matrimonial, el origen del esposo, el origen de la esposa o donde se celebró el matrimonio. El citado artículo se refiere a la presentación del escrito por el demandante o su representante dirigido a la sección de la jurisdicción familiar del Tribunal y de la competencia territorial. No obstante, la causa de *Tatliq* se indica en el CF. Posteriormente, se practica la notificación a ambos esposos, para el inicio del intento de reconciliación, de acuerdo con las reglas generales previstas en los arts. 36-41 del CPC. Se trata de un trámite inicial establecido también en el art. 113 del CPC para todos los tipos de disolución de matrimonio. Por tanto, es necesaria dicha

Hay que señalar que la disolución del matrimonio por *Tatliq* conlleva la adopción de medidas provisionales, con el fin de proteger tanto a la mujer como a los hijos, establecidas en el art. 121 del CF, de las cuales se deduce: primero la adopción de las medidas provisionales, condicionadas por la imposibilidad de la convivencia entre los esposos. Si la convivencia no es imposible, el Tribunal no tendrá la obligación de aplicarlas, en función de la solicitud de quien esté interesado o perjudicado.

En segundo lugar, si bien la regla formal exige la intervención del Tribunal sólo cuando se solicite, el Tribunal debe tomar las medidas adecuadas de oficio, a condición de justificar su intervención. Tercero, las medidas provisionales que deben adoptarse según el art. 121 del CF tienden a proteger a la esposa y a los hijos o a ambos. No obstante, el legislador no ha tomado en cuenta la protección del esposo.

En cuarto lugar, entre las medidas provisionales establecidas por el legislador, se encuentra la posibilidad de acoger a la esposa por sus parientes o por los parientes del marido, en función de cada situación y de lo que valore el Tribunal (aunque permanezca como una medida opcional). El apartado 5º del art. 121 del CF se refiere a las medidas de protección previas a la sentencia, tomando en cuenta que no tendrá sentido la adopción de dichas medidas con posterioridad a la adopción de la sentencia.

Por último, se ejecutan las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal, mediante el MP inmediatamente. No obstante, terminan cuando se dicta la sentencia, que zanja el conflicto⁵¹⁹. La sentencia no es aceptable, como indica el art. 128, 2º del CF salvo en la parte relativa a los derechos económicos de la esposa y de los hijos. Sin embargo, se critica este artículo, que vulnera un principio esencial de la ley procesal, que descarta la equivocación de los jueces⁵²⁰.

etapa, salvo en el caso del *Tatliq* por ausencia. Sin embargo, se parte de lo dispuesto en el art. 82 del CF para la regulación de esta materia.

⁵¹⁹ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat...*, *op. cit.*, pp. 156-163.

⁵²⁰ *Ibid.*, pp. 156-163.

2. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

A) Extinción de la relación matrimonial mediante la nulidad y la separación

a) Presentación

Con el transcurso de los años surgen desavenencias y conflictos, que debilitan la institución del matrimonio y convierten la convivencia en imposible y, por consiguiente, desaparece la relación matrimonial. Si bien el matrimonio puede disolverse en cualquier momento, sus efectos respecto a los hijos continúan.

El Derecho español responde a la crisis del matrimonio a través de tres vías: la separación, el divorcio y la nulidad⁵²¹. Incluso, se denominan específicamente de la siguiente manera, “crisis latente”: cuando un matrimonio aparentemente válido, se manifiesta que nunca lo fue al declararse su nulidad. “crisis definitiva”: cuando un matrimonio plenamente válido, deja de serlo, disolviéndose el vínculo que lo había constituido por muerte o divorcio⁵²². Y “crisis coyuntural”: un matrimonio plenamente válido, sin dejar de serlo, cesa de funcionar como tal, interrumpiéndose la eficacia del vínculo, pero no desaparece (separación matrimonial)⁵²³.

⁵²¹ La nulidad no constituye -en realidad- una respuesta a una crisis conyugal, la cual sus causas transcurren desde el momento de la celebración del matrimonio. Véase S. PANIZO ORALLO/G. GARCÍA CANTERO/N. GIRALT/S. TAMAYO HAYA, *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia* CEU, Ed., Madrid, 2009, p. 141, E. LLAVADAR RASCÓN, *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del matrimonio*, Madrid, 1982, p. 234, y B. MORENO QUESADA, *Derecho civil de la persona...*, op. cit, p. 148.

⁵²² Los aspectos de la relación de pareja es una relación “patológica”, especialmente difícil de gestionar por el Derecho cuando la patología dominante es el odio. En ninguna otra relación de derecho es tan típico el odio como entre el hombre y la mujer que ya no conviven. Sin duda, porque, tal como lo afirmaba el gran moralista francés La Rochefoucault, “es mucho más fácil pasar de un gran amor a un gran odio, y viceversa, que pasar a un odio o un amor profundo desde una relación previa de indiferencia emocional o de simple simpatía”. Por ello, cuando la vida en común de un matrimonio no puede llevarse a cabo, por desavenencias entre los conyuges, tiene lugar una crisis matrimonial.

⁵²³ Véase, F. J. SANCHEZ CALERO (coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de Familia...*, op. cit, p. 88, y E. VALLADAR RASCÓN, *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del matrimonio*, Madrid, 1982, p. 234.

b) Nulidad del matrimonio: causas y procedimiento

La nulidad significa la cesación de los efectos del matrimonio. Hay que señalar que existe una doble naturaleza del matrimonio: por una parte, como acto jurídico y, por otra, como relación social continua, en la que se intercambian derechos y obligaciones entre las partes. Como acto jurídico, el matrimonio está sometido a los avatares propios, entre los que se encuentran los que inciden sobre su validez, la nulidad tanto por las causas generales de los actos jurídicos –manifestación de la voluntad- como por incumplimiento de las exigencias impuestas por el legislador, tal como se dispone el art. 6, 3º del Cc.

Cuando existe un incumplimiento de dichos requisitos, el matrimonio pierde su eficacia jurídica⁵²⁴. Así, la nulidad implica una anomalía en el acto jurídico matrimonial, que afecta a su validez y eficacia, aunque a veces pueda haberse creado una apariencia de validez. La actuación jurídica frente a ello consiste en solicitar la declaración de que, efectivamente el matrimonio fue inválido desde el principio o desde su celebración.

De acuerdo con el art. 73 del Cc, existe un elenco de causas de nulidad, estableciendo que el matrimonio es nulo independientemente de la forma de su celebración⁵²⁵. En primer lugar, la ausencia del consentimiento, que puede ser absoluta, de modo que el consentimiento es inexistente o, por el contrario, la nulidad se deriva de la existencia de vicios del consentimiento. En concreto, en caso de que

⁵²⁴ De hecho la definición que se suele dar a la nulidad matrimonial, es la ineficacia del matrimonio, por causa coetánea a su celebración, y con efectos retroactivos a tal momento. Véase, B. MORENO QUESADA, *Derecho civil de la persona...*, op. cit, p. 155, y M^a. A. ROMERO COLOMA, “Análisis y valoración de la reconciliación en la separación y el divorcio”, *RDF*, 2002/14, pp. 39 y ss.

⁵²⁵ El Cc español no diferencia la forma de celebración del matrimonio para poder declarar su nulidad (art. 73). Véase, F. J. SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de Familia...*, op. cit, p. 88.

surja un error, coacción o miedo grave. Si bien la ausencia del consentimiento, provoca la nulidad del matrimonio, en los casos de existencia de vicios, cabe su convalidación.

En segundo extremo, el defecto de forma. El incumplimiento o la inexistencia de la forma legalmente considerada conlleva la nulidad del matrimonio. Por ello el art. 73.3º del Cc prevé que es nulo todo matrimonio contraído sin la preceptiva intervención del Juez, Alcalde o funcionario competente, o sin la de los testigos. Si bien el supuesto anterior conlleva automáticamente la nulidad, en caso de que el Juez o Alcalde no sea competente, ello no afectará a la validez del matrimonio, de acuerdo con el art. 53 del Código⁵²⁶.

Por último, la nulidad puede ser por la existencia de impedimentos y de convalidación. En el primer caso, el art. 73 remite a los arts. 46 y 47 del Cc. se trata de reiterar que la celebración del matrimonio, cuando consta algún impedimento, conlleva la nulidad del mismo, salvo que siendo dispensables hayan sido objeto de dispensa efectiva. En cuanto a la convalidación, la versión actual del Código permite que, en algunos casos, los matrimonios con tacha de nulidad sean susceptibles de convalidación, siempre y cuando lo permita la ley.

Así, resultan convalidados los matrimonios celebrados bajo impedimentos dispensables, según el art. 48: muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de los contrayentes, tercer grado de parentesco colateral, y menores de más de catorce años. Aunque la dispensa se obtenga antes de que la nulidad haya sido instada judicialmente por las partes, la dispensa, afirma el art. 48.3º del Cc *“convalida, desde su celebración, el matrimonio”* y, en consecuencia, tanto la dispensa como la convalidación del matrimonio, tienen efectos retroactivos a la fecha de su celebración.

De otro lado, el art. 75.2º del Cc prevé que, al cumplir la mayoría de edad, sólo podrá ejercitar la acción de nulidad el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después alcanzada aquélla. En este caso, se

⁵²⁶ Si uno de los cónyuges ha actuado de buena fe, el matrimonio seguirá siendo válido.

considera que ha caducada la acción de nulidad, por la convivencia continuada de más de un año, tras haber llegado a la mayoría de edad el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor, que es válido desde el momento de su celebración⁵²⁷.

Se deduce que las causas de nulidad están relacionadas con el consentimiento, como requisito primordial para la celebración del matrimonio, lo que se añade que, para solicitar la nulidad de un matrimonio, la regla general concede esta facultad a los cónyuges, al MF, o a cualquier persona que tenga interés en ello –art. 74-⁵²⁸.

c) Separación matrimonial

La separación es la situación en la cual –aún subsistiendo el vínculo conyugal- se produce el cese de la convivencia, lo que supone el incumplimiento de uno de los deberes del matrimonio (art. 68 Cc)⁵²⁹. De otro lado, puede tener lugar de dos formas:

⁵²⁷ El art. 76.2º del Cc dispone que la acción de nulidad caduca y, se convalida el matrimonio, cuando los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo, véase C. LASARTE, *Derecho de familia...*, *op.cit*, p. 85.

⁵²⁸ Véase, F. J. SANCHEZ CALERO (coord.), *Curso de Derecho Civil IV...*, *op. cit*, p. 90. El TS declara la nulidad del matrimonio, al amparo del artículo citado (73.1º), al estimar falta el consentimiento de uno de los contrayentes, considerando que el matrimonio se produjo en plena crisis de una depresión grave, teniendo en tal fecha el recurrido sensiblemente reducida su capacidad de conocer y de querer, con pensamientos negativos e ideas autodestructivas aptas para abocarle a tomar decisiones contrarias a sus intereses. La Audiencia alega que en el momento de contraer matrimonio prestó su consentimiento teniendo gravemente afectada su inteligencia y voluntad, como consecuencia de su enfermedad, con lo cual es difícil que conociera el acto que estaba realizando, pues en tal momento sobrepasaba su capacidad [STS (1ª)-14/07/2004-4141/2000-EDJ 2004/82650-].

⁵²⁹ Existe en la mayor parte de los países europeos y, en particular, en el Derecho de familia de Marruecos, podrá observarse cierto parecido con las modalidades de disolución del matrimonio cuyo carácter es revocable, en la medida en que, para el caso de que se desee restablecer la convivencia entre los esposos, no es necesaria la celebración de nueva acta de matrimonio (siempre que la mujer esté en periodo de continencia, *idda*). Por tal motivo, no debería impedirse el reconocimiento en Marruecos de esta modalidad de disolución del matrimonio que, sin embargo, pese al parecido mencionado, no se reconocen en España las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio que tienen carácter revocable, al

una situación puramente fáctica (separación de hecho), cuando se suspende la relación matrimonial sin que haya intervenido la autoridad judicial. O una situación fundada en una sentencia judicial (separación legal en sentido estricto) que se trata de la resuelta por la autoridad judicial a instancia de uno o de ambos cónyuges, regulada en el art. 81 del Cc, la cual establece que la separación puede decretarse, sea cual sea la forma en que se haya celebrado el matrimonio, civil o religiosa.

Antiguamente, antes de la reforma de 1981, la regulación de la separación matrimonial, venía determinada por un doble juego de factores: la inexistencia de divorcio vincular y la consiguiente incorporación de aquélla a todos los motivos de agravio o frustración entre los cónyuges, y su consideración de derecho de un cónyuge calificado como inocente para reaccionar frente al incumplimiento de los deberes llevado a cabo por el otro, al que se calificaba como culpable⁵³⁰.

Tras dicha reforma, el panorama cambia por distintas razones. Ante todo con la introducción del divorcio, que permite la consideración autónoma de la separación como crisis matrimonial específica, caracterizada por no suponer una imposibilidad absoluta de vida matrimonial sino transitoria. También por la desaparición de la tajante separación entre cónyuge culpable e inocente como base de su regulación jurídica, configurándose así como remedio ante una crisis matrimonial. Bastaba con que el cónyuge estuviese incurso en alguna de las causas de separación que consignaba el art. 82 del Cc⁵³¹.

considerar la DGRN, que son incompatibles con el orden público español y, en concreto, con el principio de estabilidad y certeza del estado civil de las personas.

⁵³⁰ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Cc (*BOE* núm. 172).

⁵³¹ Véase, L. F. RAGEL SÁNCHEZ: "La guarda y custodia de los hijos", *RDPC*, núm. 15/2001, pp. 75 y ss y A. CARRASCO PERERA, *Derecho de Familia, casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006, p. 171.

En realidad, la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha introducido cambios significativos en la regulación de la separación judicial⁵³². Independientemente de la desaparición de todo vestigio de inocencia o culpabilidad de los cónyuges, la acción puede ejercitarse por ambos, por uno con el consentimiento del otro o sin él. Se eliminan las causas que permiten su ejercicio y se considera una figura completamente autónoma del divorcio, pues ya no es una etapa anterior y necesariamente previa. De otro lado, el art.81 del Cc autoriza a ambos cónyuges de común acuerdo, o a uno con consentimiento del otro, a pedir la separación, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio⁵³³.

No se enumeran causas legales de separación, sino excepciones a la exigencia legal del transcurso del plazo desde que el matrimonio se celebró, porque la petición de separación depende únicamente de la voluntad de los cónyuges. El art. 81 del Cc se expresa en términos imperativos respecto de la autoridad judicial: se decretará la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio.

En la separación solicitada por los cónyuges de mutuo acuerdo (separación judicial convencional) o por uno de ellos con consentimiento del otro (separación judicial unilateral), el Juez lo único que ha de controlar es si se dan los requisitos o presupuestos legales, que son: el transcurso del plazo legal desde la celebración del matrimonio hasta la petición de separación, y que a ésta se acompañe una propuesta de convenio regulador⁵³⁴.

⁵³² Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifican el Cc y la LEC en materia de separación y divorcio (*BOE* núm. 163).

⁵³³ De la misma facultad goza cada uno de los cónyuges para pedirla unilateralmente, una vez transcurrido el plazo fijado. Se exceptiona de este último requisito, para la interposición de la demanda, cuando se acredite la existencia de un riesgo grave para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante, o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

⁵³⁴ Cuando la petición se hace por ambos o propuesta fundada de las medidas que hayan de regular, los efectos derivados de la separación son los mismos si la petición se efectúa por uno solo.

Si bien la separación unilateral se lleva a cabo a través de un procedimiento contencioso, regulado en la nueva LEC en el art. 770, el otro cónyuge no podrá oponerse, aunque tiene derecho a reconvenir al actor por las causas que taxativamente fija el art. 770.2ª de la LEC, porque su estimación influirá en la decisión sobre la separación. La acción de separación posee un carácter personalísimo, pues su ejercicio depende de decisiones de los propios cónyuges. Por consiguiente, el fallecimiento de cualquiera de ellos debe dar lugar a la extinción del proceso incoado⁵³⁵.

Si bien la separación tiene lugar tanto en el caso del matrimonio civil como religioso, existe una diferencia, si se compara con la nulidad. Para la separación, no rige otro derecho que el del Estado: *las resoluciones de separación matrimonial dictadas por los Tribunales eclesiásticos no tienen, en la legalidad vigente efectos civiles*⁵³⁶. Así, la separación contemplada es un proceso anterior al divorcio, para que los cónyuges dispongan de un periodo de reflexión antes de tomar una decisión de mayor importancia⁵³⁷. Por último, a pesar de que subsiste la relación matrimonial, no se derivan los efectos del matrimonio⁵³⁸.

B) Disolución del matrimonio por divorcio

El capítulo VIII del Título dedicado al matrimonio en el Cc se rubrica “*Se la disolución del matrimonio*”. Por su parte, el primero artículo -no modificado por la Ley 15/2005- define la disolución del matrimonio, con indiferencia de la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los

⁵³⁵ Véase, L. DIEZ PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil...*, op. cit, p. 98.

⁵³⁶ STC de 26 de enero de 1981 y del TS, de 11 de octubre de 1982.

⁵³⁷ Véase entre otros, M. RAMÍREZ GONZÁLEZ, *Cuando los padres se separan*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003; p. 85 y F. J. SÁNCHEZ CALERO (COORD.), *Curso de Derecho Civil IV...*, op. cit, p. 90.

⁵³⁸ En el Derecho marroquí, no existe la separación matrimonial, tal y como se regula en el Derecho español, pero puede verse algún parecido respecto a las modalidades de disolución del matrimonio cuando es revocable en el Derecho marroquí, que determina la situación en la que declara esta posibilidad.

cónyuges y por el divorcio (art.85). El término “disolución” lo utiliza el Código tanto en relación con el matrimonio propiamente dicho, como en cuanto a los regímenes económico-matrimoniales, resultando, pues, que se trata de una calificación reservada por los textos de Derecho privado, de forma característica y particular, para el ámbito matrimonial.

El significado que ha de atribuirse a tal término coincide con la pérdida de eficacia de la institución considerada y, por tanto, en términos generales, disolución equivale a ineficacia sobrevinida del matrimonio o del régimen económico matrimonial preexistente que, llegado un determinado momento, deja de vincular a los cónyuges. En el mismo sentido, la equiparación entre nulidad y disolución del matrimonio arroja datos similares a lo que ocurría al enfrentar la invalidez (comprensiva de la nulidad y de la anulabilidad) y la ineficacia de los contratos⁵³⁹.

Al igual que en otras legislaciones europeas, el divorcio junto a la muerte y a la declaración de fallecimiento de alguno de los cónyuges, constituye una de las causas que ponen fin a una relación de matrimonio (art. 85 Cc). En caso de declaración de fallecimiento, si el declarado fallecido reaparece, el matrimonio no recobra su vigencia. Así, en cuanto al divorcio es la extinción del matrimonio tras una sentencia judicial, y en virtud de causas posteriores a su celebración. Su carácter destacado es disolver la relación matrimonial, a diferencia de la separación que solo da lugar a la suspensión de los efectos del matrimonio. Cabe mencionar que en el Derecho español no existió ese concepto hasta 1981, cuando se introdujo por la Ley 30/1981, de 7 de julio⁵⁴⁰.

⁵³⁹ En este caso, la nulidad matrimonial representaría la pérdida de eficacia de un matrimonio atendiendo a sus vicios estructurales y genéticos. Mientras que la disolución presupone la ineficacia del matrimonio, hasta entonces plenamente válido y eficaz, en virtud de una causa sobrevinida. La declaración de nulidad, por tanto, comporta la retroactividad de la ineficacia, con efectos *ex tunc*, desde la propia celebración del matrimonio, mientras que, la disolución implica en exclusiva la pérdida o decadencia de efectos, a partir del momento en que tenga lugar el evento o la declaración, a la que el legislador otorga la cualidad de provocar la ineficacia del matrimonio, véase C. LASARTE, *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁴⁰ El Estado español estuvo durante varios siglos bajo la influencia religiosa católica. De hecho, la regulación del matrimonio fue competencia de la ley canónica, cuyas reglas esenciales prohibían totalmente el divorcio (*BOE* núm. 163).

Respecto a las causas del divorcio, la reforma de 15/2005, 8 de julio, aportó una novedad reivindicada y deseada en esta materia, dado que ya no es imprescindible que haya una causa para poder solicitar el divorcio. Actualmente, en el nuevo art. 86 del Cc, el Juez ha de decretar el divorcio, sea solicitado por uno o por ambos cónyuges cuando se reúnan los mismos requisitos que se exigían para la separación. Básicamente el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo circunstancias de riesgo, en cuyo caso no es necesario cumplir este plazo, que se aporte un convenio regulador cuando lo haya, o bien propuesta de medidas que regulen los efectos del divorcio.

De otro lado, la acción de divorcio adquiere determinados caracteres. Es una pretensión de carácter personalísimo, que corresponde solo a los cónyuges, ya sea a los dos indistintamente o a uno de ellos. Tal como indica el art. 86, 2º del Cc, está legitimado el demandante de la separación por causa legal y, si lo hay, el reconviniente. En el art. 86, 3º del Cc se prevé que sólo el que esté en curso de causa legal de separación, es el cónyuge agraviado (art. 86, 5º). Dada la naturaleza personal de la acción, no se transmite a los herederos cuando fallecen los cónyuges, de manera que dicha acción permanece extinguida con la muerte de cualquiera de ellos, sea cual fuese la fase procesal en que se hallará. Igual sucede con la declaración de fallecimiento⁵⁴¹.

Hay que añadir que la acción no se prescribe. Esta acción da lugar a un nuevo estado civil, extinguiéndose el anterior. Por ello, se denomina “pretensión constitutiva”. De otro lado, la demanda de divorcio puede ser convenida entre ambos de mutuo acuerdo, sea originario o sobrevenido, de forma contenciosa⁵⁴².

⁵⁴¹ Véase, B. MORENO QUESADA, *Derecho civil de la persona...*, op. cit, p. 148; y E. VALLADAR RASCÓN, *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del matrimonio*, Madrid, 1982, p. 234.

⁵⁴² En el caso de que la demanda sea convenida, se exige la presentación de la propuesta del convenio regulador (art. 86 Cc), véase F. JAVIER SÁNCHEZ CALERO (coord)., *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de familia y Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2009, p.59.

En la misma línea cabe citar una sentencia de la AP, pone de relieve que al apelarse una sentencia de divorcio, ésta no es firme⁵⁴³. Y que la reconciliación en cuanto a forma extraordinaria de terminar el proceso ha sido objeto de regulación con mayor amplitud en la nueva LEC, de tal forma que la facultad de renunciar al proceso se reconoce a los litigantes también en fase de recurso (art. 19.1 y 3)⁵⁴⁴. En cualquier caso, carecería de todo fundamento obligar a los litigantes a contraer nuevo matrimonio, si se rechazaría su pretensión por unos motivos formales.

Por último, pese a los períodos determinados para el cese efectivo de la convivencia conyugal en relación con las causas de divorcio en el régimen derogado, el Código no se pronuncia respecto al plazo de ejercicio de dicha acción. La alternativa sería interpretarlo de forma genérica, cuando existe y persiste causa de divorcio, el cónyuge que desea incoar la acción (por lo común, los dos) tendrá la oportunidad de hacerlo en cualquier momento, aunque se hubieran superado ampliamente los plazos previstos en las causas anteriormente consideradas. No hay, pues plazo de prescripción señalado para la acción de divorcio, por tanto, puede iniciarse en cualquier momento.

Sin embargo, la alternativa propuesta fue motivo de divergencia entre algunos autores en relación con la condena penal, propugnando que una vez extinguida la condena, debía considerarse prescrita la acción de divorcio. Aunque parecía más seguro que, una vez declarada por la sentencia penal firme, la conducta atentatoria contra el cónyuge o sus familiares en línea recta, el cónyuge agraviado pudiera ejercitar la acción de divorcio en cualquier momento⁵⁴⁵.

⁵⁴³SAP de La Rioja, de 21 de marzo de 2001.

⁵⁴⁴Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica la LEC en separación y divorcio (BOE núm. 163), los arts. 770, 771, 775 y 777.

⁵⁴⁵Véase, C. LASARTE, *Derecho de familia...*, op, cit, p. 125.

C) La disolución del matrimonio en las situaciones privadas internacionales: el nuevo Reglamento 1259/2010

Desde hace una veintena de años, Europa presencia una ola de inmigración musulmana sin precedente, a pesar de que se ha reducido en el momento actual, tras la fuerte y persistente crisis económica⁵⁴⁶. Si bien el origen de estas personas difiere de un país a otro -en unos predominan los magrebíes, y en otros los paquistaníes o los turcos-, las dificultades que afrontan son comunes. Evidentemente, vivir el Islam en Occidente conlleva complicaciones y, sobre todo, retos. Algunos analistas indican que el origen de las dificultades es el choque cultural, religioso, social o, incluso, jurídico⁵⁴⁷.

La lejanía y el desconocimiento representan todavía dos vectores contrapuestos que liberan una tensión insoportable⁵⁴⁸. Dos elementos alimentados por el mismo fuego, que hoy ansían un equilibrio. Para conseguir esta capacidad generadora de ciudadanía, las identidades culturales precisan un contexto apropiado de crecimiento fundado en la libre voluntad de sus integrantes. En tanto que identidades culturales, todas gozan de la misma condición cualitativa. Ninguna identidad puede provocar discriminación sobre otra. Jerarquizar entre iguales implicaría deslegitimar el sistema.

⁵⁴⁶El número de marroquíes residentes en España ocupa desde hace años el ranking entre los inmigrantes de otro origen. J. MENOR TORIBIO, "Implicaciones territoriales y demográficas de la inmigración: fuentes y análisis", AAVV, *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Madrid, Difusión jurídica 2009, y para consultar cifras A. RODRIGUEZ BENOT, "El ordenamiento aplicable al estatuto personal de los extranjeros en España: a propósito de la inmigración marroquí y el nuevo Código de Familia (Mudawwana) de 2004", en M. BALADO RUIZ-GALLEGOS (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 250 y ss.

⁵⁴⁷ Véase, S. ALDEEB/A. BONOMI, (éds.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, 1999, p. 120.

⁵⁴⁸ Véase en este sentido, A. MORICE ET C. RODIER: "Ces migrants indésirables et tellement indispensables", *Monde Diplomatique*, L'Atlas, 2013, pp. 24 y ss.

El nacional de un Estado disfruta de los derechos que concede la cúspide de cada legalidad democrática liberal⁵⁴⁹. El choque de civilizaciones, en realidad, se inventó para aliviar la carga de los intrusos no nacionales y ubicarlos geográficamente en guetos estigmatizados por la intransigencia cultural. En realidad no existe un choque de civilizaciones, sino más bien de estructuras. La religión presenta un componente crucial, específicamente el Islam⁵⁵⁰.

A partir de 1978 fecha de la aprobación de la Constitución, España se convierte en un Estado aconfesional. Como es bien sabido, la Constitución consagra la libertad religiosa, de ideología y de culto, como derecho fundamental, lo que condujo más adelante a la aprobación de una Ley Orgánica (1980). La idea esencial es la posibilidad que abre el Estado español de cooperar con las distintas confesiones -lo que ocurre en algunos países europeos, pero no en todos-, lo que se describe también como un sistema de laicidad positivo o abierto.

Una cooperación traducida en forma de acuerdos con las confesiones religiosas, sobre todo, con aquéllas de notorio arraigo, no sólo por el número de sus fieles, sino por sus antecedentes históricos y culturales. Partiendo de esta primacía, se firmaron en 1992 los Acuerdos de Cooperación con las tres confesiones que se consideraron numerosas (señalados *supra*): musulmana, protestante y judía. Un acuerdo ratificado por el Parlamento y convertido en Ley⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ Véase, E. J. RUIZ VIEYTEZ, *Minorías, inmigración y democracia en Europa: una lectura multicultural de los derechos humanos*, Univ. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 345.

⁵⁵⁰ España es el único país europeo que ha firmado un pacto de carácter general con el "Islam español", particular y significativo, desde luego, por razones históricas y simbólicas. A. MANUEL RODRÍGUEZ RAMOS: "Identidad cultural y ciudadanía universal, la alianza de civilizaciones y la identidad como garantía de una globalización justa y solidaria", *Alianza de civilizaciones, Alianza por la paz*, Seminario Internacional celebrado en Córdoba, 18 y 19 de junio de 2007, pp. 30 y ss.

⁵⁵¹ Véase, M. RICO CARABIAS: "La libertad religiosa y la alianza de civilizaciones, El Proyecto Alianza de Civilizaciones: situación actual", *Alianza de civilizaciones, Alianza por la paz*, Seminario Internacional celebrado en Córdoba 18 y 19 de junio de 2007, pp. 87 y ss.

De acuerdo con los estudios sociológicos, la presencia de la población marroquí en territorio español es significativa, por el número mayor que representa. Evidentemente el aumento de las personas de dicha nacionalidad ha planteado cuestiones nuevas, relativas a su residencia en España, algunas de carácter social, otras educativas, no obstante, las jurídicas son más interesantes. Habitualmente esos temas generan incertidumbre y desconocimiento, no sólo en el entorno de los propios inmigrantes, -que mayoritariamente desconocen las leyes que regulan sus derechos y obligaciones-, sino también entre los profesionales⁵⁵².

Puesto que la mayor parte de los marroquíes residentes en España son musulmanes, la religión representa un símbolo personal y de vida imprescindible y, por consiguiente, cualquier trato con ellos ha de respetar estos principios⁵⁵³. Ahora bien, ha de insistirse en que las personas de origen marroquí, aunque residan en España, la relación y la vinculación con Marruecos es continua, y por consiguiente su vida personal y familiar se desarrolla a caballo entre ambos países. Resolver cuestiones relativas a la vida familiar y personal por las diferentes instancias entra en el marco de la relación que une a España con Marruecos que ha de regularse por los acuerdos⁵⁵⁴. Ahora bien, poco margen se dedica a los temas personales y familiares de los inmigrantes instalados en España, en comparación con las cuestiones de índole económica⁵⁵⁵. En particular, desde la perspectiva del sistema español de DIPr se

⁵⁵² Véase, S. ALVAREZ GONZALEZ: "La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional", *REDI* 2002-I, pp. 205-223.

⁵⁵³ En tema de nacionalidad marroquí véase, A. ZOUGARI: "Alyinsiyya Almaghribiya Alasliya Almaghribiya A'la Rabitat Annasab Min Yihat Alum", *Almayyalat Almaghribiya Liliqtisad waAlqanun*, Oujda, 2004, pp. 17 y ss.

⁵⁵⁴ Acuerdo de cooperación jurisdiccional, reconocimiento y aplicación de las decisiones jurisdiccionales en materia de *hadana*, derecho de visita y la devolución de niños (13 de mayo de 1999, publicado en *Qada'e Alusra* febrayer 2006).

⁵⁵⁵ Para más información consúltese A. SAEF (dir.): "Al'alaqat Almagrebiya Alispaniya", *Attaqirir Alistratiyi Almagrebi*, 2003-2005, pp. 86 y ss.

suscitan una pluralidad de cuestiones cuando se trata de la disolución del matrimonio, que no pueden ser tratadas en esta sede, dada su extensión y complejidad⁵⁵⁶.

Ahora bien, para completar al análisis de la regulación de las crisis matrimoniales en el Derecho español, cabe hacer una breve referencia a cuestiones puntuales, que tienen importancia en la práctica cuando se presentan estos casos ante las autoridades españolas, como se pone de relieve en la jurisprudencia y ha resaltado la doctrina en reiteradas ocasiones⁵⁵⁷. Cabe mencionar la recepción del repudio (*Talaq*) en el Derecho español, cuando se trata de una situación creada en el extranjero, en concreto, en Marruecos, al tratarse de una modalidad de disolución del matrimonio que regula el CF.

Como es sabido, el orden público es un instrumento para proteger los valores fundamentales del foro⁵⁵⁸. En general, la denegación de las decisiones de repudio por las autoridades de los países europeos se ha producido al considerar su incompatibilidad con el principio de igualdad, que prevé el art. 5 del Protocolo nº 7 del CEDH⁵⁵⁹. Por ello, en los países de Europa aún es difícil obtener el *Talaq*, a pesar de que algunos tribunales, como los franceses, admiten el obtenido en extranjero en función del grado de conexión entre la relación y el foro. No obstante, tal diferencia de tratamiento basada en la residencia y/o nacionalidad de las partes no parece

⁵⁵⁶ Véase, F. J. GARCIMARÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 2012, p. 178.

⁵⁵⁷ Véase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: "Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo", A. L. CALVO CARAVACA/J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.): *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid, Colex, 2000, pp. 39-63.

⁵⁵⁸ Véase, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, ed. Fund. La Caixa, Barcelona, 2000, p. 69. Véase de forma más detenida el Capítulo Tercero.

⁵⁵⁹ Véase, entre otros, C. STAATH: "Excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico", *Comunicación presentada en el V Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado*, Tendencias en la evolución del Derecho Internacional Privado, Madrid, 24 y 25 de marzo de 2011, pp. 378 y ss.

justificada cuando se trata de la protección de derechos humanos, especialmente, en los de alcance universal, como la igualdad entre los cónyuges⁵⁶⁰.

De otro lado, una cuestión que tiene trascendencia práctica, en particular, en las relaciones hispano-marroquíes, se centra en la aplicación de la ley nacional de los cónyuges, en especial, cuando ambos son marroquíes, que prevé el art. 107 del Cc tras su reforma de 2003. El citado art. 107 del Cc ha propiciado que los operadores jurídicos acudan a la legislación sustantiva española en más casos de los previstos inicialmente por el legislador, al haber abierto una vía indirecta que utilizarán para eludir la aplicación de la legislación nacional común de los cónyuges (de nacionalidad extranjera), sin haber verificado realmente su contenido.

Sin embargo, esta interpretación del artículo no sólo es contraria a su sentido literal, sino también a la voluntad del legislador, claramente indicada en la exposición de motivos de la LO 11/2003⁵⁶¹. Es más, la falta de homologación de esta sentencia que respecta al estado civil causará graves perjuicios, para mantener sus relaciones personales y familiares a ambos lados del Mediterráneo, habiendo sido posible conseguir un resultado distinto⁵⁶². La adecuada información y aplicación del Derecho marroquí hubiese permitido declarar la disolución del matrimonio de conformidad con la citada legislación, por desacuerdo entre los cónyuges (*Chiqaq*).

Así, la ley de residencia habitual queda reservada a los casos en los que no exista nacionalidad común, o a los casos en los que las leyes nacionales aplicables no

⁵⁶⁰ Véase, G. PALAO MORENO: "La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de identidad cultural", AC, núm. 15(2001), pp. 541, y ss. J. OUHIDA: "Almara'a almagrebiya almuhayira wa alhulul arrasmiya alhaliya alholandiya", Almayallat almagrebiya lilqanun wa assiyasa wa aliqtisad, *Mayyalat Tusdiruha Kuliyyat Alu'ulum Alqanuniya Aliqtisadiya wa Aliytimaiya Bi Rebat*, 1992, pp. 27 y ss.

⁵⁶¹ Sentencia del JPI de Nules, de 30 de diciembre de 2005.

⁵⁶² Véase, M. A. FELIX BALLESTA, *El régimen jurídico acordada en España sobre las peculiaridades culturales de las confesiones religiosas minoritarias*, "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", XVI 2000, notas 82 y 137, y J. M. ESPINAR VICENTE, *Elementos de Derecho Internacional privado español, vol. I: Introducción a la Teoría General*. Madrid, Mawijo 1991, p.157

establecieran la separación o el divorcio, o fuesen discriminatorias o contrarias al orden público. En especial, en la actualidad, tras la adopción del CF y, en concreto, del art. 128, que reconoce la eficacia de las resoluciones dictadas por los tribunales extranjeros en esta materia (véase Capítulo Tercero), siempre cuando toman en cuenta las causas de disolución del matrimonio que recoge dicho Código.

Por último, hay que señalar que el art. 107 del Cc ha sido sustituido por el Reglamento 1259/2010/CE, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁵⁶³. Por todo ello, no puede considerarse que exista una diferencia radical entre la regulación de la disolución del matrimonio en el Derecho español y en el Derecho marroquí. Por el contrario, existen similitudes, como sucede en el caso de la disolución unilateral o por mutuo acuerdo, que se regulan en el CF de Marruecos.

Por último, como se verá en el Capítulo Tercero de forma detenida, no debe impedirse el reconocimiento de las decisiones españolas de disolución del matrimonio en Marruecos, salvo cuando no se haya respetado el derecho de defensa de las partes o si la decisión española no reúne determinadas condiciones, entre ellas, que la autoridad judicial española sea incompetente o no se haya respetado el orden público marroquí.

⁵⁶³ *DOUE*, Serie L, núm. 343, de 29 de diciembre de 2010. Por último, cabe mencionar los casos que se han planteado en España, relativos con la solicitud de reconocimiento de la pensión por viudedad de las dos esposas del causante. Se ha considerado que, si bien el matrimonio poligámico no puede ser reconocido en España como tal, despliega determinados efectos y, en particular, los relacionados con la Seguridad social, en concreto, cuando se trata de estimar el cobro de la pensión de la viudedad. La amplitud de esta cuestión impide que pueda ser tratada con el detenimiento necesario en esta sede.

CAPÍTULO TERCERO
RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO Y DE LAS
DECISIONES EXTRANJERAS DE SU DISOLUCIÓN

I. PERSPECTIVA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECONOCIMIENTO DE
DECISIONES EXTRANJERAS EN MARRUECOS

1. SISTEMA Y CONDICIONES PARA RECONOCER DECISIONES EXTRANJERAS

A) Régimen jurídico anterior al Código de Procedimiento civil de
1974

El análisis del régimen jurídico del reconocimiento de decisiones extranjeras en Marruecos en el ámbito del Derecho de familia es clave en orden a la adecuada gestión de la inmigración, en la medida en que va en aumento el número de peticiones de homologación de sentencias extranjeras, en especial, durante el verano. Los/as marroquíes aprovechan los períodos de vacaciones para solicitar el reconocimiento en su país de origen de las relaciones personales y/o familiares que se han constituido en el extranjero⁵⁶⁴.

La mayor o menor flexibilidad con la que tenga lugar dicha homologación facilitará la continuidad de las relaciones de vida de los MRE, finalidad ésta que ha tratado de propiciar el actual CF, como se verá *infra*, y que han de procurar también los sistemas de DIPr (en especial, de los países de residencia de las personas que migran) para dar

⁵⁶⁴ Véase, A. OUNNIR: «La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Maroc», AAVV, *Estudios e Informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén (2005-2006)*, OPIJ, Comares, Granada, 2008, pp. 451 y ss; K. OUALD ALI: "La inmigración de la mujer marroquí a España en relación con el nuevo Código de Familia de Marruecos (2004)", AAVV: *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Ed. Difusión, Madrid, 2009, pp. 477 y ss. Para el específico caso de las relaciones hispano-marroquíes véase, en particular, G. ESTEBAN/J. OUHIDA: "Reconocimiento en España de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio", S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 765 y ss; y R. RUEDA VALDIVIA: "Las decisiones de divorcio y de separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos", S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *La integración...*, loc. cit., pp. 715 y ss.

adecuada respuesta a las actuales situaciones privadas internacionales teñidas por el factor socio-económico⁵⁶⁵.

Para comprender el alcance de las referidas reformas, así como del actual régimen jurídico sobre el reconocimiento de decisiones en Marruecos, en particular, las que se centran en el Derecho de familia (y, en concreto, el matrimonio y su disolución), se realizará a continuación una breve referencia a sus antecedentes, muy marcados – como es sabido- por el dominio francés durante la época del Protectorado⁵⁶⁶. Así, el análisis del régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de decisiones extranjeras requiere tratar la evolución del (sistema de) DIPr en este país en distintas etapas, entre ellas, desde la época del Protectorado hasta la independencia de Marruecos.

Es preciso tener en cuenta la influencia histórica en el sistema jurídico actual, resultante, sobre todo, de los años de la instauración del Protectorado francés, cuya importancia es destacable, en especial, del sistema francés respecto al trato dado a las sentencias extranjeras (en Francia)⁵⁶⁷. Y, de forma resumida, puede decirse que, con anterioridad a la entrada en vigor del CPC de 1974, el régimen relativo al reconocimiento de decisiones en Marruecos estaba regulado por el art. 290 del CPC, aprobado por *Dahir*, de 12 de agosto de 1913, que permitía el reconocimiento de las decisiones extranjeras en Marruecos en esta zona del país (bajo dominación francesa),

⁵⁶⁵ Para la configuración de un nuevo “Derecho internacional privado de la inmigración”, véase de forma detenida, G. ESTEBAN DE LA ROSA: “El nuevo Derecho internacional privado de la inmigración”, *REDI*, 2007-1, pp. 103 y ss; *Id.*, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Difusión Jurídica y Temas de actualidad, Madrid, 2009.

⁵⁶⁶ Véase, muy en particular, J. DEPRES: “La réforme de l’organisation judiciaire et la procédure au Maroc (*Dahirs* de 15 juillet et 26 septembre 1974) et le Droit international privé», *RJPEM*, 1977, vol. 3, pp. 45 y ss; *id.*, «La réforme de l’organisation judiciaire et la procédure au Maroc (et le Droit international privé) (deuxième partie)», *RJPEM*, 1978, vol. 4, pp. 49 y ss.

⁵⁶⁷ Cabe decir que el régimen jurídico del reconocimiento de decisiones extranjeras en Marruecos durante la época del Protectorado (francés) fue el mismo que se utilizaba en Francia. Véase, específicamente, A. OUNNIR, “La reconnaissance...”, *loc. cit.*, pp. 451 y ss; M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 285 y ss; M. ABDELHALIM, *Alqanun Addawli Aljasse*, Fès, 1979, p. 93.

tras ser examinadas por los tribunales competentes, que en aquel momento eran los franceses⁵⁶⁸.

Se trataba del régimen general u ordinario, en virtud del cual se verificaban todos los aspectos de la sentencia extranjera, lo que permitiría a la autoridad judicial competente (francesa) la realización de una revisión de fondo. En la zona Norte del país, sometida a la influencia española, se adoptó este mismo régimen⁵⁶⁹. Junto a éste, existía un régimen excepcional, constituido por el art. 19 del DCC, de 13 de agosto de 1913, (que aprobó el Código marroquí de Derecho Internacional Privado, obra de A. Geouffre de la Pradelle⁵⁷⁰), así como por el art. 24 del *Dahir*, de 1 de junio de 1914, relativo a la condición civil de los españoles y de los extranjeros, adoptado por la zona califal ocupada por España; y el art. 20 del Código relativo a la condición civil de los extranjeros en la zona de Tánger, de 16 de febrero de 1924.

Si bien el CPC de 1913 instauró en el art. 290 un régimen de *exequátur* basado en un sistema de revisión severo y rígido, que era el seguido de forma ordinaria en la época del Protectorado, el art. 19 del *Dahir* de 1913 sobre la condición civil de los franceses y de los extranjeros en Marruecos (DCC) preveía un sistema de control más flexible (régimen excepcional), aplicable a las decisiones procedentes de países, a los que les hubiese sido concedido el denominado “régimen de las capitulaciones”, bajo condición de reciprocidad⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ BORM nº 46, de 12 de septiembre de 1913.

⁵⁶⁹ Véase, M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 287 y ss.

⁵⁷⁰ Véase, P. DECROUX : «La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et á la coopération judiciaire», *JDI*, 1985, pp. 54 y ss.

⁵⁷¹ Como indica la doctrina, el referido “régimen de las capitulaciones” (régimen de privilegios) se estableció en Marruecos por la vía de los convenios bilaterales y tratados internacionales. Este sistema permitía a los Estados -y, entre ellos, a España- tener sus propios Tribunales consulares en Marruecos, que tenían la finalidad de resolver los asuntos relacionados con los extranjeros residentes en dicho país, incluso en el caso de que una de las partes fuese marroquí, y aplicaban únicamente la ley del Estado al que representaban [véase, M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 286 y ss (nota 1); Almayyala Addawliya Lilqanun Addawli Aljasse, *RIDIP*, 1981].

En su virtud, los tribunales en las tres zonas de Marruecos se conformaban con el control de las condiciones formales de la sentencia extranjera. De otro lado, la reciprocidad sólo se recogía en estas disposiciones, que constituían claramente un régimen excepcional, que quedó derogado tras la adopción del CPC de 1974⁵⁷². En todo caso, las decisiones francesas y españolas eran reconocidas de forma automática en Marruecos, como si se hubieran pronunciado en el citado país por sus propias autoridades⁵⁷³.

No obstante, el *Dahir* más importante fue el de 1913, el único que permaneció vigente tras la independencia del país. Es el *Dahir*, que incluye las normas de conflicto, aunque, tras la independencia, aparecieron nuevos factores que aportaron novedades en su aplicación. Así, de un lado, se aprobó en abril de 1959 el *Dahir* que atribuyó la competencia al tribunal de *Sadad* (que sustituyó al tribunal de *Chra'e*) en las cuestiones relativas al estatuto personal de los musulmanes extranjeros. Por consiguiente, el Juez marroquí no usaba la regla en virtud de la cual el estado y la capacidad del extranjero musulmán se sometían a su Derecho nacional, sino que aplicaba la *Sharia'a*⁵⁷⁴.

Esta situación perduró desde la independencia de Marruecos hasta la aprobación en 1974 del actual CPC⁵⁷⁵. No obstante, en 1965 se unificó la jurisdicción marroquí, así

⁵⁷² Véase, M. BOURAMDANE, *kayfiat tafiile qawaid alqanoun alajnabiye amama alqadaa bilmaghreb*, Simposio Euro-mediterráneo sobre "Conflicto de leyes y jurisdicciones en el marco de la cooperación judicial internacional en materia civil", Marrakech, 11-14 de diciembre de 2006, p. 65.

⁵⁷³ Véase, M. LOUKILI: "Régimen jurídico...", *loc. cit.*, p. 286, y N. LAHLOU, *La condition de la loi étrangère en Droit international privé. Essai d'étude comparative du Droit international privé français et marocain*, Doct. d'Etat en droit privé, Paris II, cit en *Le droit international privé dans les pays Magrébins*, Vol. 1, Janvier-Juin 1995, 1981.

⁵⁷⁴ Consúltese I. BAHMANI, *A'amal Alqada'i...*, *op. cit.*, p. 17, y P. DECROUX: "Le régime successoral en Droit International Privé Marocain", *RJPEM*, 1959, pp. 187 y ss.

⁵⁷⁵ Aprobado por el *Dahir*, que incorpora la Ley nº 1.74.447, de 28 de septiembre de 1974 (*BORM* nº 3230-bis, de 30 de septiembre de 1974).

como la legislación que se aplicaba (en cada una de las jurisdicciones existentes)⁵⁷⁶. Por tanto, se derogaron los textos vigentes en la zona *khalifiya* (califal) y en la zona internacional de Tánger, cuya vigencia se había mantenido tras la independencia, sustituyéndose por las normas que se aplicaban en la zona del Protectorado francés con anterioridad (DCC)⁵⁷⁷.

Así, el *Dahir* de 12 de agosto de 1913, su aplicación se efectuó respecto a los extranjeros a partir del 1 de enero de 1966. Su función fue instaurar el principio de igualdad entre los extranjeros en Marruecos. Además, constituyó la base de la regulación de la situación de los extranjeros mediante la “regla de remisión” a las legislaciones extranjeras⁵⁷⁸.

De otro lado, el *Dahir*, de 27 de septiembre de 1957, que crea el TS, establece en su art. 13 pár. 1º, entre los motivos de casación: “*la violación de la ley extranjera relativa al estatuto personal*” (véase *infra*). En cuanto al *Dahir*, de 24 de abril de 1959, atribuye la competencia a los tribunales de “*Sadad*” respecto a los litigios vinculados con el estatuto personal de los musulmanes extranjeros residentes en Marruecos. Por último, el *Dahir* de 4 de marzo de 1960 regula la celebración de los matrimonios

⁵⁷⁶ Tras la unificación de los tribunales que tuvo lugar en 1965, al Juez marroquí se le exigió asumir una gran responsabilidad: dotar de un nuevo contenido al orden público, lo que condujo, en algunas ocasiones, a dejar de lado el Derecho extranjero y, en su lugar, aplicar el Derecho marroquí. La solución alternativa que se propuso fue la regla convencional, que encuentra su fundamento en los acuerdos concluidos por Marruecos sobre cuestiones de Derecho de familia y, en especial, el matrimonio mixto. Cabe recordar que la CM incluye reglas de Derecho internacional. En el Preámbulo se proclama que: “*consciente de la necesidad de inscribir su acción en el marco de organismos internacionales, en las cuales ha devenido un miembro activo y dinámico, el Reino de Marruecos suscrito en los principios, derechos y obligaciones que conllevan las cartas de dichos organismos*”. Un principio que se mantiene en la nueva Constitución. Véase Addustur Alyadid Lilmamlaka Almaghribiya, promulgada por *Dahir* nº 1.11.91, de 29 de julio de 2011 (Dar Alinma’e Athaqafi, nº 52, 1ª ed., 2011, p. 17).

⁵⁷⁷ Véase, M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 286 y ss.

⁵⁷⁸ De otra parte, si bien la jurisprudencia sigue -de forma obligatoria- las reglas internas, en virtud de los convenios o en aplicación de la norma de conflicto, en ocasiones, se requiere la aplicación del Derecho extranjero cuando se trata de una situación privada internacional. Dada la importancia de la regla convencional en la resolución de conflictos de distinta índole, Marruecos ha procurado canalizar la normativa aprobada en materia de DIPr.

mixtos⁵⁷⁹. Estas legislaciones más destacadas en la época post-protectorado constituirán el marco legal que marcará la historia del DIPr marroquí.

B) Régimen jurídico actual

Como se ha señalado, tras la independencia de Marruecos, se trató de enfocar el DIPr desde un punto de vista actualizado. De hecho, se aprobaron varias leyes para la reforma judicial y del procedimiento y, entre ellas, en particular, la Ley de 26 de enero de 1965, relativa a la unificación de las jurisdicciones⁵⁸⁰; la Ley de 15 de julio de 1974, sobre la organización judicial del Reino⁵⁸¹; así como el actual CPC, aprobado por *Dahir*, de 28 de septiembre de 1974, cuyos arts. 430-432 unificaron el régimen relativo a la homologación de sentencias extranjeras en Marruecos⁵⁸².

En cuanto a la primera, desaparece la dualidad de jurisdicciones en atención a la nacionalidad de la persona o al asunto de que se tratase. De otra parte, si bien la resolución de los litigios en los que estaban implicados extranjeros en tiempos del Protectorado correspondía a los tribunales modernos en los territorios dominados por el Estado español o francés y el tribunal internacional de Tánger, según las reglas vigentes en cada territorio, tras la unificación, a partir del 1 de enero de 1966, la competencia se atribuyó a los tribunales unificados y a partir de septiembre de 1974, a los TPI.

No obstante, el sistema no ha perdido la impronta religiosa que caracteriza el ordenamiento marroquí, sino que sigue estando presente, a pesar de que la

⁵⁷⁹ De acuerdo con el art. 1 y 2 del citado *Dahir*, el musulmán puede contraer matrimonio con una mujer aunque no sea musulmana –cristiana o hebrea-, la mujer musulmana no se casa que con un hombre musulmán, y por último, el hebreo no puede contraer matrimonio que con una mujer hebrea (M. BOURAMDANE, *Kayfiat...*, op. cit, p. 24). BORM nº 247, p. 1031. Véase, M. ATTEGDWINI, *Alwasit Fi Alqanun Addawli Aljass*, Fés, 2009, p. 516.

⁵⁸⁰ BORM de 3 de febrero.

⁵⁸¹ BORM de 17 de julio de 1974.

⁵⁸² BORM de 30 de septiembre.

competencia judicial se haya unificado, correspondiendo en todo caso a los TPI. Dicha diferencia religiosa siguió existiendo y se manifestaba en las distintas secciones del TPI, en relación con las personas musulmanas, con las judías y también en las materias que se refieren al estatuto personal de un extranjero. No obstante, ha desaparecido esta distribución de asuntos tras la aprobación de la Ley núm. 73-03, que modifica la ley relativa a la organización judicial del Reino, aprobada por *Dahir*, de 3 de febrero de 2004⁵⁸³.

En este sentido, cabe subrayar la importancia de la organización judicial actual, en especial, por la configuración de los TPI en Secciones⁵⁸⁴, cada una de las cuales está especializada (de hecho) en materias, bien del ámbito de los extranjeros, bien de los musulmanes, lo que hace que sea ligeramente preterida la norma de conflicto, dado que la competencia legislativa aparece fuertemente ligada a la competencia judicial y, por ende, cuando conocen autoridades religiosas aplican el Derecho islámico (en cuyo ámbito están comprendidas las materias que regula el nuevo CF) y a la inversa⁵⁸⁵. Lo que pone de relieve que el sistema marroquí de DIPr se construye sobre la premisa de la visión religiosa del Derecho.

⁵⁸³ *BORM* de 5 de febrero de 2004. Ahora bien -como se ha señalado-, tras la entrada en vigor de la Ley núm. 73-03, todas las secciones del TPI tienen competencia para reconocer decisiones extranjeras, sin que se tome en cuenta la distinción entre que se trate de un asunto que se refiere a un extranjero o a una persona que profesa el Islam.

⁵⁸⁴ A diferencia de la opinión que propone reconocer la competencia para resolver el *exequatur* directamente al TA como lo establece el Derecho italiano y libanés. La regla es que la causa se interpone ante los TPI, considerado el más apto, siempre que sea firme, esto es, no sea susceptible de ningún recurso (cosa juzgada formal).

⁵⁸⁵ La elección de la ley más vinculada a un concreto caso a través de la norma de conflicto se realiza tomando en cuenta el criterio de la nacionalidad. Así, cuando la regla de conflicto prevé la aplicación del Derecho extranjero en materia de estatuto personal, se plantea la cuestión de la competencia del Juez para resolver ese asunto y, por tanto, del control que ejerce sobre su aplicación. Véase, K. BARJAWI, *Alqanun Addawli Aljass Fi Maddat Alhwal Achajsiyya*, Universidad Mohammed V, Rabat, 2001, p. 152, y A. ABDELLAH, *Alqanun Addawli Aljass, Alyus'e Athani*, Tab'e Alhay'a Ala'amma Lilkitab, 1986.

De otro lado, en ausencia de reglas en materia de competencia internacional, los asuntos cuya parte sea extranjera se plantean ante los tribunales marroquíes, de conformidad con determinados criterios⁵⁸⁶. En el ámbito convencional, entre los acuerdos relacionados con la competencia internacional, cabe citar el Convenio que establece un régimen de privilegios de las autoridades francesas, de 28 de mayo de 1767, cuyo art. 11 disponía que: “*el Rey de Francia puede determinar el número de consulados necesarios para representarlo en Marruecos con el objeto de ayudar y asistir a los comerciantes, los capitanes de navegación y los marineros, a conocer sus litigios, y estatuir, sin que sean impedidos por las autoridades locales*”⁵⁸⁷.

Junto a todo ello, se encuentran los acuerdos firmados a partir de los años noventa del pasado siglo, entre los que se encuentra el Acuerdo hispano-marroquí, de 30 de mayo de 1997, cuya finalidad es regular el reconocimiento en Marruecos de sentencias españolas del ámbito del Derecho de familia, siempre que reúnan las condiciones establecidas en el referido acuerdo⁵⁸⁸. Asimismo, se firmó entre estos dos países otro acuerdo de la misma fecha, que establece un “sistema especial” de reconocimiento y

⁵⁸⁶ En primer lugar, la resolución de un litigio entre el demandante y el demandado, corresponde al Tribunal de la residencia de este último, con el fin de permitir la ejecución de la decisión (en su contra). En segundo extremo, en el ámbito de los bienes inmuebles, la competencia se atribuye al Tribunal del lugar de situación inmueble, para facilitar la inscripción de la decisión. En tercer término, se reconoce la posibilidad de utilizar la sumisión, sea expresa o sea tácita, para que un tribunal se declare competente. Y, por último, con el objetivo de recoger las reglas establecidas en los convenios internacionales, se atribuye competencia al tribunal que corresponda de conformidad con tales acuerdos, como sucede en el caso de la prestación de alimentos, cuando la competencia respecto a los hijos menores de edad, corresponde al tribunal del lugar donde tienen residencia habitual, de acuerdo con la CLH de 1956 (Convenio que tuvo lugar en La Haya el 24 de octubre de 1956, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a los menores. *BOE* núm. 108/1974, de 6 de mayo de 1974).

⁵⁸⁷ Entre los convenios más antiguos concluidos por Marruecos se encuentra el de 17 de septiembre de 1631, firmado entre el Rey de Marruecos y el Rey de Francia (similar al convenio entre Turquía y Francia de 1535), que permite al cónsul francés resolver los litigios privados, que provienen de las jurisdicciones francesas en Marruecos, de conformidad con las reglas de Derecho privado de sus países. De otro lado, Marruecos ha firmado una constelación de convenios con los países europeos y con EEUU, con los que mantiene relaciones de amistad desde hace siglos. La doctrina considera que se ha tratado de canalizar por la vía convencional la situación familiar y personal de los extranjeros en Marruecos (véase, M. BOURAMDANE, *Kayfiat Tafi'il Qawai'd...*, *op.cit.*, p. 65).

⁵⁸⁸ *BOE* núm. 151 del 25 de junio de 1997.

ejecución de decisiones respecto a la custodia, derecho de visita y devolución de menores⁵⁸⁹. Las reglas de ambos acuerdos son compatibles con las relativas al reconocimiento de decisiones que prevén los arts. 430-432 del CPC y el art. 128 del CF, respecto a la homologación de sentencias extranjeras sobre disolución del matrimonio (véase *infra*).

Ahora bien, con independencia de la importancia que representa un acuerdo firmado por Marruecos, la jurisprudencia juega un papel crucial en la interpretación de las condiciones requeridas para el reconocimiento de una sentencia extranjera en Marruecos, sobre todo, en lo relacionado con la aplicación del orden público⁵⁹⁰. En este sentido, los tribunales marroquíes mantenían una posición estricta hacia las sentencias extranjeras sobre el ámbito de la familia antes de la entrada en vigor del nuevo CF. No obstante, el legislador de la *Mudawwana* ha querido dar un trato flexible a las decisiones extranjeras que ponen fin a la relación matrimonial⁵⁹¹.

Por tanto, tras la unificación realizada por el CPC de 1974, el reconocimiento de decisiones extranjeras tiene lugar a través de un procedimiento que se incoa ante los TPI, que deben verificar la regularidad de la carta ejecutoria extranjera así como la competencia de la autoridad de origen (art. 430). Por su parte, el art. 431 del CPC prevé que la solicitud de *exequátur* ha de ir acompañada de los siguientes documentos: copia auténtica de la sentencia extranjera, documento original relativo a

⁵⁸⁹ Si bien Marruecos es independiente desde 1956, las relaciones bilaterales con España no han llegado a tomar un cauce ordinario por cuestiones de carácter político –como se sabe–, a las que se ha sumado la emigración de marroquíes a España, a partir de los años ochenta del pasado siglo. Algunos/as autores/as consideran, incluso, que se trata del retorno de los moriscos a Al-Ándalus, véase E. MOHA, *Les relations hispano marocaines, op. cit.*, p. 25.

⁵⁹⁰ El CF ha aportado interesantes novedades, que establecen el reconocimiento de decisiones extranjeras. Véase, entre otros, G. ESTEBAN/T. SAGHIR: “Reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio (en el marco de las relaciones hispano-marroquíes)”, AAVV: *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Ed. Difusión, Madrid, 2009, pp. 513 y ss.

⁵⁹¹ Ahora bien, se critica la actual redacción del art. 128 del CF, por permitir a los jueces en algunas ocasiones “interpretar esa situación para aplicar el texto de forma que no se adecua con el espíritu de apertura y tolerancia que acompañaron la elaboración del Código” (véase M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 14 y ss.).

la notificación de la decisión, certificado del Secretario judicial que indica que se trata de una sentencia firme, esto es, que no es susceptible de ulterior recurso (cosa juzgada formal) y, por último, traducción jurada al árabe, aportada a través de documento debidamente legalizado (traducción propia).

Por último, como se ha señalado, Marruecos ha suscrito con España dos acuerdos en el ámbito del reconocimiento: los Convenios, de 30 de mayo de 1997, que prevén el procedimiento y condiciones para ello.

C) Delimitación normativa

El régimen de reconocimiento de las decisiones extranjeras en Marruecos está constituido en la actualidad por los convenios internacionales de los que Marruecos es parte, así como por los arts. 430-432 del actual CPC, que indican el procedimiento y las condiciones que han de reunir. Esto es, las condiciones que prevén estas disposiciones han de cumplirse en todo caso, con independencia de lo dispuesto por el convenio que resulte de aplicación. Y, en este sentido, constituyen un “régimen de mínimos”, al que se suman las condiciones establecidas en los convenios en vigor.

De otro lado, ha de tomarse en cuenta la convivencia en el momento actual en el Derecho marroquí de dos ordenamientos: uno, de origen religioso (a través de la revelación hecha al Profeta Mohammed) y otro, positivo, que regulan, en particular, en el caso del Derecho de familia, los mismos aspectos. En la medida en que no está prevista la primacía de ninguno de ellos sobre el otro por la CM, deberá considerarse que tendrá preferencia la interpretación que se dé a las disposiciones que regulen materias que sean tratadas por el primero (a título de Derecho natural)⁵⁹².

⁵⁹² Tal convivencia entre ordenamientos, sin que exista entre ellos una prelación específica, tiene trascendencia, no sólo en orden a la interpretación del CF, sino también para verificar las condiciones a las que se supedita el reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras y que ha llevado, en ocasiones, a denegar su reconocimiento por el hecho de que no haber sido pronunciadas por autoridades musulmanas. Véanse, las Sentencias del TA de Casablanca, de 8 de abril de 2004 (*Dossier* núm. 3401/03); de 29 de abril de 2004 (*Dossier* núm. 2877/03); y de 5 de febrero de 2005 (*Dossier* núm. 1619/04) (inéditas). *Cit.* por M^a-C. FOGLETS/M. LOUKILI : “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille. Quelles

En este sentido, si bien no puede considerarse que las materias de las que se ocupa el CPC estén comprendidas en el Derecho islámico, sino que constituye Derecho positivo y, por tanto, ajeno al ámbito religioso, su aplicación –en especial, en lo que concierne a las condiciones relativas al reconocimiento de decisiones en materia de Derecho de familia- está muy relacionada con el Derecho sustantivo. En particular, en el momento actual, en el que puede considerarse que el art. 128, así como los arts. 14 y 15 del CF constituyen disposiciones especiales relativas a la homologación de decisiones extranjeras en el ámbito del Derecho de familia o, al menos, de las materias ordenadas en el referido Código⁵⁹³.

Como se sabe, el CF recoge normas sobre el reconocimiento, que presentan gran interés para el sistema de DIPr marroquí. En primer lugar, el art. 128, que determina las condiciones a las que se supedita la homologación en Marruecos de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio⁵⁹⁴. Y, en segundo extremo, los arts. 14 y 15, que facilitan la homologación en Marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero en la forma civil prevista por la *lex loci* (véase *infra*)⁵⁹⁵.

implications pour les marocaines en Europe?», *RCDIP*, 2006, pp. 545 y ss. Sin embargo, el TS marroquí no adopta esta postura, como se verá *infra*.

⁵⁹³ Para una explicación más detenida de esta interpretación véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA/T. SAGHIR, “Reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio (en el marco de las relaciones hispano-marroquíes) en, AAVV, *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Ed. Difusión, Madrid, 2009, pp. 513 y ss. No obstante, la doctrina considera que no se trata de un régimen especial para la homologación de sentencias. Véase en este sentido, M. LOUKILI: “Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas relativas al estatuto personal y familiar” en, AAVV, *Inmigración e integración de los inmigrantes desde una perspectiva hispano-francesa (en el contexto de las actuales políticas comunitarias sobre inmigración)*, Comares, Granada, 2010, pp. 298 y ss.

⁵⁹⁴ Se emplea la expresión “disolución” del matrimonio de forma genérica, dado que la referida disposición regula concretas formas de extinción del contrato matrimonial. Véase de forma más detenida el Cap. Segundo.

⁵⁹⁵ Como ha señalado la doctrina, se pretende evitar que tales matrimonios no tengan efectos en Marruecos y que los/as marroquíes tengan que desplazarse a su país de origen con la única finalidad de contraer matrimonio que, de otro lado, va a tener que ser homologado en el país extranjero de residencia, situación que tenía lugar en la práctica. Véase, P. OREJUDO: “La adecuación del sistema matrimonial a las necesidades de la inmigración en el Estado español”,

Así, el sistema de reconocimiento de sentencias extranjeras que estableció el legislador marroquí en virtud del CPC no se distingue del sistema francés⁵⁹⁶. Consiste en el control de la competencia de la autoridad extranjera para que tenga lugar el reconocimiento de la sentencia. Sin embargo, la jurisprudencia ha dejado de lado la “flexibilidad” que el legislador ha tratado de introducir en relación con el reconocimiento de las sentencias extranjeras en el campo de las relaciones de familia, hasta el punto de considerar su homologación en esta materia inalcanzable. Lo que perjudica la idea de la coordinación entre sistemas como principio del DIPr moderno⁵⁹⁷.

El legislador marroquí se basaba -como se señaló anteriormente- en un sistema atenuado y flexible en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras, en general, y españolas, en particular, con el fin de reconocerlas en el territorio marroquí. Así, cualquier persona que pretende homologar una sentencia extranjera de cualquier índole, civil, comercial o administrativa debe presentar ante el TPI marroquí competente una solicitud denominada “demanda de *exequátur*”. Ahora bien, la competencia del Tribunal marroquí se limita a conceder el *exequátur* o denegarlo, en función del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 430 del CPC, sin que tenga lugar ninguna revisión del fondo de la decisión extranjera. Cabe la posibilidad, incluso, de que la reconozca parcialmente.

De otro lado, a pesar de que el Convenio hispano-marroquí de 1997 establece el reconocimiento de las decisiones administrativas pronunciadas por los tribunales de uno de los países, en realidad, se refiere a las pronunciadas en materia de Derecho privado, conforme al concepto establecido en el país en que se solicita el

F.J. García Castaño/C. Muriel López (ed.), *La inmigración en España. Contextos y alternativas*. Vol. II. Laboratorio de Estudios Interculturales, Univ. de Granada, 2002, pp. 323 y ss, y A. MOULAY RCHID, «Quelles solutions pour le statut personnel des émigrés marocains en Europe?», *Cahiers de droits maghrébins*, 1995, pp. 109 y ss.

⁵⁹⁶ Desde la Sentencia en el As. Munzer, del TS francés, de 7 de enero de 1964.

⁵⁹⁷ Véase, M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 286 y ss.

reconocimiento⁵⁹⁸. Y ello, con independencia de las sentencias en materia netamente administrativa, cuyo reconocimiento podrá ser denegado por su incompatibilidad con el orden público y, por consiguiente, su incidencia es eminente en la soberanía del Estado⁵⁹⁹.

La demanda de *exequátur* de una sentencia extranjera se dirige al TPI con un escrito de incoación, que se limita a comprobar que la sentencia fue dictada por un Tribunal competente, de conformidad con los foros de competencia (internacional) establecidos en el DIPr. Otro requisito es que el Tribunal haya respetado los derechos de defensa y la sentencia haya obtenido la autoridad de cosa juzgada formal. También ha de averiguar que dicha sentencia es susceptible de ejecución conforme al Derecho español, y que no es contraria al orden público marroquí. Finalmente, que no exista conflicto o litigio entre las partes en el mismo asunto y por la misma causa ante los tribunales marroquíes.

Por tanto, el Tribunal marroquí cuando le consta que la sentencia extranjera reúne las condiciones mencionadas, dicta una sentencia para que adquiera el efecto pretendido a través del *exequátur*, de forma que sitúa dicha sentencia en el mismo rango, como si se tratase de una decisión marroquí, susceptible de ejecutarse de conformidad con los criterios y el procedimiento establecido en el Derecho (procesal) marroquí. Cabe presentar un recurso en contra de la sentencia marroquí que reconoce la decisión extranjera, respetando las formas previstas en el CPC marroquí.

Si bien el legislador tiene la voluntad de abandonar el “sistema de revisión”, la jurisprudencia marroquí ha adoptado una posición diferente. La mayor parte de las decisiones marroquíes que resuelven el *exequátur* de decisiones extranjeras en

⁵⁹⁸ Se trata del Convenio entre el Reino de Marruecos y el Estado español en 1997. Es uno de los más importantes entre los firmados en materia de Derecho de familia y en diferentes ámbitos hasta la actualidad.

⁵⁹⁹ En cambio, se permite el reconocimiento de la parte civil de las sentencias penales, sobre todo, en lo relativo a la responsabilidad civil. Finalmente, se excluye del acuerdo, las decisiones judiciales relativas al testamento, sucesiones y las decisiones judiciales dictadas con la finalidad de adoptar medidas precautorias o provisionales. Por tanto, permanecen sometidas al sistema ordinario previsto en el CPC en ambos países.

materia de estatuto personal y relaciones familiares han preterido el sistema de reconocimiento previsto legalmente, de forma que se ha utilizado el orden público como un arma defensiva, en particular, cuando se trata de aplicar o interpretar el CF por los jueces extranjeros en causas que conciernen a los MRE musulmanes.

Una posición cuyos aspectos se traducen en lo siguiente: en primer lugar, no se reconoce al Juez extranjero, que pronunció la sentencia cuyo reconocimiento se solicita en Marruecos, la potestad de resolver los conflictos relativos a los MRE y, en segundo lugar, la posición extrema llega –incluso– a denegar la homologación de sentencias extranjera a las que no se aplicó el CEP o el CF de 2004, o no se interpretó de la forma en la que lo hubiese hecho el Juez en Marruecos⁶⁰⁰. Sin embargo, esta cuestión está directamente vinculada con el hecho de que, si se considera que la norma de conflicto no forma parte de la noción de orden público, no obliga al Juez ni a aplicar el Derecho extranjero que le atribuyó esta regla ni a investigar su contenido y, por tanto, no se somete a ningún control por el TS⁶⁰¹. En todo caso, se analiza esta interpretación de forma detenida *infra*.

2. DE LA PERSONALIDAD A LA TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES

A) Situación anterior al Código de Procedimiento civil de 1974

Entre las características destacadas de la actual sociedad internacional se encuentra la diferencia entre los sistemas sociales y económicos, de modo que la convierten en una sociedad heterogénea. Si bien hoy en día el extranjero es considerado sujeto de derechos, no goza de todos los que preservan los Estados

⁶⁰⁰ Véase, M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 278 y ss.

⁶⁰¹ Véase, K. BARJAWI, *Alqanun Addawli Aljass...*, *op.cit.*, p. 152.

nacionales a sus ciudadanos⁶⁰². Por ello, el art. 7 de la Declaración Internacional de los derechos humanos indica que: “*cualquier persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier lugar la personalidad jurídica*”⁶⁰³.

Y, en concreto, en el marco del sistema de DIPr, en relación con el reconocimiento de determinados derechos a los extranjeros en el territorio marroquí, el antiguo CPC (vigente durante la época del Protectorado) contenía un Capítulo relativo a: “*diversos procedimientos concernientes el estado de las personas: divorcio, separación de cuerpos, adopción, tutela, separación de bienes, incapacidad, inhabilitación de poder paternal en especial*”. El legislador de la época confeccionó el procedimiento a seguir en las principales instancias concernientes el estatuto personal, en el caso de que la persona fuese francesa o de otra nacionalidad, cuando el litigio se planteaba ante los tribunales modernos de Marruecos.

A excepción de la regla universal en DIPr, según la cual el procedimiento es de aplicación territorial (*lex fori regit processum*) ante el tribunal competente, el art. 394 del citado CPC de 1913 preveía –curiosamente– que las normas procesales marroquíes no se aplicaban a los extranjeros, salvo cuando fuesen compatibles con las normas (extranjeras) de su estatuto personal⁶⁰⁴. Esto es, se asumía su carácter –en cierta medida– facultativo o, más exactamente, subsidiario, subordinado a la necesidad de establecer una “*coordinación forzosa*” entre dos sistemas jurídicos, respetando íntegramente el estatuto extranjero e, incluso, haciéndolo prevalecer ante la aplicación de la ley del foro en las cuestiones procesales⁶⁰⁵.

⁶⁰² Véase detenidamente, entre otros, G. ESTEBAN, “Inmigración y Derecho de extranjería (hacia la superación de la nacionalidad como vínculo político exclusivo de la persona con un concreto Estado)”, *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 6/2005, pp. 29 y ss.

⁶⁰³ Véase, M. ABOUD, *Alwayize Fi Alqanun...*, op. cit, p.149.

⁶⁰⁴ Su finalidad era evitar que el procedimiento local pudiese afectar o alterar de alguna forma el estatuto familiar, tal y como se decidiese por la ley extranjera. Sin que ello supusiera tener que aplicar la ley procesal extranjera, las autoridades judiciales marroquíes eludían en ciertos casos algunas reglas procesales locales.

⁶⁰⁵ Si bien nunca se llegó a este extremo y el art. 394 del CPC de 1913 no se refería a la competencia de la ley extranjera para las cuestiones de procedimiento, sino que sólo a la

Esta regla, que ha podido ser calificada de insólita y de excesivamente liberal, se explicaba en aquella época -más bien- por la idea existente sobre “la personalidad de la ley”, que inspiraba el sistema de DIPr del Protectorado en el fin de la era de las más recientes capitulaciones. El principio del respeto integral del estatuto personal extranjero hacía que las leyes extranjeras se mantuvieran al margen de las normas procesales del foro, al menos, cuando existiese alguna incompatibilidad, de la misma forma en la que tales estatutos extranjeros se mantenían fuera de la acción del orden público local o de la calificación *lege fori*.

La aplicación estricta del principio de personalidad de la ley exigía derogar -en la medida de lo posible y todas las veces que fuera necesario- el criterio de la territorialidad de la ley del foro⁶⁰⁶. Esto es, el criterio de “la personalidad de la ley” no tenía mala reputación, incluso en un Marruecos que llegó a ser independiente, y su influencia ha marcado durante muchos años el camino hacia un sistema de DIPr renovado.

En todo caso, no se planteó la derogación de un texto (fácil de denunciar por ser) poco compatible con la soberanía, sino que se optó por esperar a la reforma general del CPC de 1974. En otros términos, se trata de una manifestación de tolerancia, que caracterizó la evolución de DIPr marroquí desde la independencia. Así, el nuevo CPC de 1974 incluye también un Capítulo relativo a los procedimientos en materia de estatuto personal (Título V, Capítulo III, arts 179-268).

inaplicación de la regla marroquí de procedimiento en caso de que fuese incompatible con el estatuto personal extranjero, la finalidad del texto era descartar la aplicación de la regla procesal marroquí.

⁶⁰⁶ Estas disposiciones de carácter extravagante permanecieron en vigor después de la independencia del Reino en 1956, durante el tiempo en el que el Código estuvo vigente, es decir, hasta 1974. Lejos de ser excluidas, se han aplicado en varias ocasiones por el TS, que no dudó en ampliar su ámbito.

B) Aplicación de la ley procesal con carácter territorial

Aprobado el CPC de 1974 en otro clima político distinto del existente en 1913, se comprende que no recogiese ninguna norma parecida al antiguo art. 394 del CPC, esto es, ninguna derogación al principio de territorialidad de la ley procesal, ni tampoco ninguna inmunidad respecto a la ley personal extranjera. La regulación de los procedimientos en la nueva legislación tiene –aparentemente- un rasgo general, esto es, son aplicables a todos los justiciables y en todas las jurisdicciones⁶⁰⁷.

La actual regulación del procedimiento tiene, en principio, un alcance general, pues son más representativas de la concepción local del proceso que sus precedentes⁶⁰⁸. Se trataba de un legislador que, elaborando reglas exclusivas para extranjeros, había aportado de forma indirecta una derogación, en nombre de la aplicación de principios especiales de DIPr. Ahora bien, cuando (como se hizo en 1913) no había más que un mínimo perjuicio, la derogación permanece limitada a este orden jurídico de extranjeros, concebido como un círculo cerrado, aislado de la sociedad marroquí y del orden jurídico *cherifiye* preexistente durante el Protectorado⁶⁰⁹.

Sin embargo, ya no podía aceptarse en 1974 una prórroga de la situación anterior, que, transpuesta a los tiempos actuales, podría llegar a descartar el procedimiento marroquí por tal de no impedir o dificultar la aplicación de la ley extranjera. De otro lado, el principio de personalidad de la ley ya no tiene en Marruecos la misma

⁶⁰⁷ Prueba de ello es que, en el caso del procedimiento de divorcio, de conformidad con el antiguo CPC se aplicaba la ley extranjera; mientras que el actual procedimiento se aplica -sin ninguna duda- a toda demanda de disolución del matrimonio presentada ante una autoridad judicial marroquí.

⁶⁰⁸ Si bien hubiera sido posible incluir en el nuevo CF una disposición similar a la del antiguo art. 394 del CPC, la excepción -en tal caso- hubiese sido aún más exorbitante que antes, puesto que los antiguos procedimientos relativos al estatuto personal no concernían más que a los extranjeros y, por este hecho, tenían un alcance limitado.

⁶⁰⁹ Sin duda, se trata de una anomalía consentida, que estuvo presente en la lógica del sistema instaurado en 1913. En este sentido véase, M. BOURELY: "Le droit international privé du Maroc indépendant", *RCDIP*, 1962, pp. 212 y ss (esp. p. 236); *id.*, «Nouveaux aspects du droit international privé marocain», *RMD*, 1963, pp. 3 y ss.

influencia que antes. El respeto integral de la ley extranjera del estatuto personal ya no es absoluto y ha experimentado limitaciones. La derogación del art. 394 del antiguo CPC traduce un retorno al Derecho común en DIPr marroquí, a una territorialidad ordinaria del orden jurídico del foro, lo que se detecta actualmente en el ámbito del procedimiento, como se apreciará también tarde o temprano en la noción de orden público, así como en otros expedientes tal como sucedió hace unos años en el ámbito de la jurisprudencia, con el importante fallo del TS, de 5 de julio de 1967⁶¹⁰.

La evolución constatada respecto al proceso es de la misma índole: consagra la restauración de la *lex fori* en su función ordinaria. Habría que estar realmente muy atado al criterio de la personalidad de la ley para aceptar una derogación del principio de la territorialidad del procedimiento y de la competencia, tomando en cuenta que todos los ordenamientos del mundo lo consideran un principio general.

Tras la reforma, cuando la jurisdicción marroquí es competente, no solamente la ley marroquí regula el proceso -lo que no se discutió nunca, ni tan siquiera en la época en la que estuvo vigente el art. 394 del antiguo CPC-, sino que se aplica íntegramente, de manera que no es posible -como sucedía hasta hace poco tiempo- derogar la regla procesal marroquí si entra en contradicción con el estatuto personal extranjero. Ahora bien, aunque esta reforma proporciona soluciones, también suscita dificultades.

Al extranjero que presenta una demanda en Marruecos se le aplican las reglas locales procesales, pero si existe incompatibilidad con la ley del estatuto personal, no son de aplicación todas las reglas del CPC, porque algunas pueden calificarse, más como reglas de fondo pertenecientes al estatuto personal marroquí, que como reglas

⁶¹⁰ Esa sentencia corrobora la tendencia actual hacia un debilitamiento del criterio de la personalidad de la ley en Marruecos. El TS decidió que la disolución del matrimonio de dos personas españolas en Marruecos tiene lugar ante las autoridades marroquíes, a pesar de que la ley extranjera del estatuto personal, exigía la intervención de la iglesia. El TS indica que la competencia de los tribunales nacionales se impone territorialmente a todo litigio entre extranjeros, cualquiera que sean -a este respecto- el contenido de la ley personal extranjera, que no puede prevalecer sobre la territorialidad de la ley del foro, ni trabar el curso de la justicia, impidiendo a los tribunales marroquíes resolver el caso.

procesales de aplicación territorial. Ello conduce a interrogarse acerca de la medida exacta de la aplicación a los extranjeros de las reglas procesales del foro respecto a las cuestiones vinculadas con su estatuto personal, en especial, cuando se trata de instituciones desconocidas en Marruecos⁶¹¹.

II. MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO. LOS NUEVOS ARTÍCULOS 14 Y 15 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

1. FINALIDAD DE LOS ARTS. 14 Y 15 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

A) Su relación con el Código de Procedimiento civil de 1974

La doctrina señala que los nuevos arts. 14 y 15 del CF constituyen una novedad importante del CF de 2004⁶¹². Habida cuenta de la emigración de jóvenes marroquíes al extranjero y del elevado número de matrimonios que se celebran en los países extranjeros de residencia, era necesario introducir medidas destinadas a facilitar las formalidades del matrimonio, en especial, el procedimiento de conclusión de las actas

⁶¹¹ Ciertos procedimientos regulados por el antiguo CPC correspondientes a instituciones desconocidas en el Derecho marroquí (adopción, separación de cuerpos, separación de bienes, etc.) no se han mantenido en la nueva codificación. Por ello, el actual CPC no se refiere a los extranjeros y no ha tenido como finalidad determinar cómo tendrá lugar en la práctica judicial el tratamiento de instituciones desconocidas. Ello hace que se suscite la pregunta sobre el procedimiento que debe seguirse si dichas instituciones se presentan ante las autoridades de Marruecos y el Juez marroquí se declara competente. Si bien no se trata de una cuestión nueva en el DIPr, la omisión del CPC de 1974 obliga a plantearla en la actualidad. Véase, J. DEPREZ: «La réforme de l'organisation judiciaire et la procédure au Maroc et le Droit international privé (deuxième partie)», *RJPEM*, vol. 4, pp. 49 y ss.

⁶¹² En concreto, se señala que se trata de disposiciones revolucionarias, en especial, si se comparan con la situación anterior, en la que no era posible homologar en Marruecos los matrimonios civiles celebrados por los MRE, salvo para el caso de que existiese algún convenio entre Marruecos y el país extranjero de residencia. Véase, M^a-C. FOBLETS/M. LOUKILI: «Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille. Quelles implications pour les marocaines en Europe?», *RCDIP*, 2006, pp. 536-537; M^a.C. FOBLETS/J. Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 15.

de matrimonio en los países de celebración⁶¹³. Pero, además, y esto es especialmente interesante, la nueva regulación admite que se celebren matrimonios conforme a los procedimientos civiles previstos en el país extranjero de residencia, siempre que reúnan ciertos requisitos que el CF establece para cualquier matrimonio celebrado en Marruecos, que se indican a continuación⁶¹⁴.

Concretamente, el art. 14 del CF dispone que: *“Los marroquíes residentes en el extranjero podrán concluir su contrato matrimonial de acuerdo con las medidas administrativas locales del país en el que residan si se cumplen la oferta, la aceptación, la capacitación, y el tutor en caso de necesidad, no se estipula supresión de la dote y se excluyen los impedimentos, musulmanes sin perjuicio de las disposiciones del artículo 21”*. Así, el CF regula por vez primera el procedimiento que han de seguir los marroquíes que se casen en el extranjero para legalizar sus matrimonios en su país de origen (esto es, en Marruecos)⁶¹⁵.

⁶¹³ Y ello con la finalidad de evitar la incómoda práctica, que consiste en celebrar el matrimonio en ambos lugares, esto es, en el extranjero (país de residencia) y en Marruecos. Esta práctica era muy habitual hasta la entrada en vigor del CF de 2004, pero las nuevas disposiciones (arts. 14 y 15) no la han eliminado por completo, como se verá *infra* de forma más detenida. Para la situación existente con anterioridad véase, en particular, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS: “La adecuación del sistema matrimonial a las necesidades de la inmigración en el Estado español”, F.J. GARCÍA CASTAÑO/C. MURIEL LÓPEZ (ed.), *La inmigración en España. Contextos y alternativas*. Vol. II. Laboratorio de Estudios Interculturales, Univ. de Granada, 2002, pp. 323 y ss.

⁶¹⁴ Esto es, el CF simplifica el procedimiento para celebrar el matrimonio por los MRE y admite la forma civil, reconociendo, de este modo, una regla esencial de DIPr, que es la sujeción del acto a la ley del lugar donde se realice. Estos preceptos regulan el procedimiento para registrar en Marruecos el acta del matrimonio celebrado en el extranjero, resolviendo -en parte- cuestiones procesales. Véase, E. GÓMEZ VALENZUELA/T. SAGHIR: “Reconocimiento en Marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero”, *Actas del V Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Consejería de Empleo, Sevilla, 2009, pp. 153 y ss.

⁶¹⁵ Se trata de la primera vez que el legislador incluye disposiciones generales relativas a las actas de matrimonio de los MRE. La antigua *Mudawwana* de 1957 (CEP) no se ocupó de este tema, porque el número de personas de esta nacionalidad que emigraban al extranjero era poco significativo. Sin embargo, a partir de los años sesenta del siglo pasado aumentó la emigración por razones laborales y por motivo de estudios. Hoy en día, como se sabe, se asiste a un proceso de retorno de las personas que emigraron en dicha época, en la medida en que las condiciones de empleo en los países destinatarios se han deteriorado a consecuencia de la persistencia de la crisis económica en Europa y, en general, en los tradicionales países prósperos de occidente. Véase, en particular, B. BLÁZQUEZ VILAPLANA (ed.), *Actas del seminario internacional “Retornos de los inmigrantes a sus países de procedencia u origen. Estado de la*

Estas disposiciones han sido bien recibidas en el contexto del CF, que ha pretendido simplificar los trámites que han de seguir las parejas, bien de personas de nacionalidad marroquí, bien de aquéllas en la que uno de los cónyuges ostenta esta nacionalidad, que contraen matrimonio en forma civil en el extranjero, en orden a su posterior reconocimiento en Marruecos. Ahora bien, el CF recoge las condiciones establecidas en la antigua *Mudawwana*, de manera que todo matrimonio celebrado entre musulmanes deberá respetar el contenido de este antiguo Código, como se verá *infra* de forma más detenida, lo que no siempre resultará fácil cuando interviene una autoridad civil extranjera en su celebración.

Así, puede decirse que los arts. 14 y 15 del CF establecen una nueva vía en virtud de la cual los matrimonios civiles contraídos en el extranjero tendrán acceso al RC consular marroquí y, por tanto, a partir de dicho momento, tendrán la consideración de matrimonios marroquíes, sin que sea necesario solicitar su homologación ante el TPI (véase *infra*). Esto es, sin que sea necesario que el acta matrimonial reúna las condiciones que establecen los arts. 430-432 del CPC, ni incoar el procedimiento declarativo de reconocimiento que prevé el citado Código.

Por tanto, los actuales arts. 14 y 15 del CF no presentan ningún tipo de relación con las disposiciones relativas al exequátur que recoge el CPC de 1974, sino que constituyen reglas especiales relacionadas con la validez en Marruecos de los matrimonios celebrados en forma civil en el extranjero por personas de nacionalidad marroquí. Cuestión distinta es la celebración del matrimonio por los MRE ante el cónsul en el país extranjero de residencia, que está prevista en el Derecho marroquí y también en el Derecho español para el caso de que alguno de los contrayentes tenga esta nacionalidad, pero siempre que no se trate de contrayentes españoles⁶¹⁶.

cuestión”, celebrado en la Universidad de Jaén, los días 9 y 10 de mayo de 2012, Serv. Pub. Univ. de Jaén, 2013.

⁶¹⁶ Si bien Marruecos ha aprobado el Tratado de Viena (24 de abril de 1923) que reconoce la competencia a las autoridades diplomáticas y consulares, para recibir las actas de matrimonio y divorcio, de acuerdo con la ley nacional, la constitución de la organización de los *Adules* en

B) ¿Reconocimiento de la regla *lex loci actus*?

Cabe indicar que los arts. 14 y 15 del CF no regulan tanto un nuevo procedimiento (una vía a través de la que se permite que los matrimonios civiles celebrados en el extranjero sean considerados matrimonios celebrados en Marruecos a todos los efectos) para homologar los matrimonios celebrados en el extranjero por personas de nacionalidad marroquí, sino que, más bien, recoge en el sistema de DIPr marroquí la conocida regla *lex loci actus*. Esto es, la validez formal del acto siempre que reúna las exigencias previstas por la ley del lugar de celebración u otorgamiento⁶¹⁷.

Ahora bien, como se sabe, se trata de una regla que se refiere, tan sólo, a la forma de celebración del matrimonio, pero que no se ocupa de las condiciones o requisitos necesarios para su validez. El legislador marroquí no ha dejado claro (como se indica de forma más detenida *infra*), si el sólo hecho de la aportación del acta de celebración del matrimonio (ante el Consulado) es prueba suficiente del cumplimiento de los requisitos que exige el CF para su válida celebración.

C) Inscripción en plazo del matrimonio en el Consulado marroquí

Como se ha señalado, la verificación de las condiciones exigidas por el art. 14 del CF para que el matrimonio civil celebrado en el extranjero sea aceptado en el Derecho marroquí interno se hace por los cónsules del lugar de residencia de las personas

los Consulados fue en virtud del art. 2 de *Dahir* de 20 de octubre de 1969, cuya potestad se amplió para incluir las actas de matrimonio y disolución del matrimonio relativas a los MRE, - como cualquier autoridad judicial en Marruecos-. Véase M. AYT ALHAJE: "Athare tatbiq mudawwanat alusra a'ala alyaliya almaghribiya almuqima biljariy -mistarar zaway almaghariba almuqimina biljariy namuthayan-", en I. ALFAKHORI, *Mudawwanat alusra ba'ada thalath sanawat mina attatbiq*, loc. cit, pp. 273-277.

⁶¹⁷ En este sentido, A. QUIÑONES ESCAMEZ: "La reception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana) en Europe", *RDIPP*, 2004, núm. 33, pp. 880 y ss.

marroquíes en el extranjero⁶¹⁸. Ahora bien, el art. 15 del CF se refiere tan sólo al depósito del acta de matrimonio celebrado en el extranjero.

Esta disposición prevé que: “los marroquíes que concluyan el contrato matrimonial según la ley local del país en el que residan deberán depositar una copia en el plazo de tres meses desde la fecha de su conclusión en los servicios consulares marroquíes pertinentes en la localidad de la conclusión del acta. Si estos servicios no existen, se enviará la copia, dentro del mismo plazo, al Ministerio de Asuntos Exteriores. Este último se encargará de enviar la mencionada copia, al oficial del estado civil y a la sección de la jurisdicción de la familia del lugar de nacimiento de cada uno de los cónyuges. Si los cónyuges o uno de ellos no nacieron en Marruecos, la copia se enviará a la sección de la jurisdicción de la familia en Rabat y al procurador del Rey en el juzgado de primera instancia de Rabat”.

La inscripción en el Consulado marroquí consiste en el depósito de la copia del acta de matrimonio celebrado en el país extranjero, simplificándose notablemente la tramitación, debiendo acreditarse los requisitos que exige la legislación marroquí. En cuanto al plazo, dentro de los tres meses siguientes a la celebración, los marroquíes que hayan contraído matrimonio en el país extranjero deberán depositar una copia del acta en los servicios consulares marroquíes correspondientes a la circunscripción donde el acta ha sido concluida. Podría ocurrir que no hubiera Consulado en aquel lugar, entonces, se prevé que la copia sea enviada en el mismo plazo al Departamento encargado de asuntos exteriores.

Por su parte, este Departamento procede a la transmisión de la copia en cuestión al oficial del Estado civil y al Departamento de justicia de la familia del lugar del nacimiento de los dos esposos. En el caso de que los dos esposos o uno de ellos no haya nacido en Marruecos, la copia es transmitida al Departamento de justicia de la familia de Rabat, y al Procurador del Rey del TPI de Rabat. Como ya se ha tenido

⁶¹⁸ Así se deduce igualmente de la CMJ de Marruecos, de 13 de abril de 2004, que incluso, otorga un efecto retroactivo al citado art. 14, permitiendo también convalidar los matrimonios civiles de los MRE celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del CF. Véase, FOGLETS, M^a-C/LOUKILI, M: «Mariage et divorce... », *loc. cit.*, pp. 538 y ss (y nota 49).

ocasión de indicar, el art. 14 del CF reproduce las condiciones de fondo que deben reunir los matrimonios de marroquíes celebrados en el extranjero conforme a los procedimientos administrativos del país de residencia, para que -llegado su momento- aquellas actas de matrimonio sean admitidas en Marruecos⁶¹⁹.

La doctrina considera que esta nueva disposición se refiere, tan sólo, a la transcripción del acta matrimonial, pero no menciona el control de las condiciones que establece el art. 14 como se ha señalado *supra*⁶²⁰. La nueva regulación se refiere a los requisitos de capacidad, consentimiento y la presencia de dos testigos, pero no se concreta nada más en relación a estas condiciones, por lo que en la práctica siguen surgiendo inconvenientes cuando se pretende que estos matrimonios cobren eficacia en Marruecos. No se precisa en el art. 15 del CF en qué momento se llevará a cabo el citado control.

Por este motivo, se considera que no puede predecirse cuál será la práctica de las autoridades administrativas, esto es, si será suficiente con aportar el acta matrimonial otorgada de conformidad con la ley del lugar de celebración del matrimonio o, por el contrario, será necesario que se verifiquen las condiciones que establece el art. 14 del CF. Y, por último, tampoco queda clara cuál será la relación entre el matrimonio consular, que también regula el DIPr marroquí, y los nuevos arts. 14 y 15 del CF, en la medida, en que, en ocasiones, será aconsejable que los MRE celebren sus matrimonios en la forma consular⁶²¹.

⁶¹⁹ Véase, *Almuntaqa Min A'amal Alqada'e Fi Tatbiq Mudawwanat Alusra*, Alyuz'e Alawal, Manchurat Yam'iyat Nachr Alma'eluma Alqanuniya Walqadaiya, Silsilat Achuruh Wadalail, nº 10, Fabrayar, 2009, pp. 35 y ss.

⁶²⁰ Véase en este sentido, M. ACHATWI, *Aliyra'at alidariya walqadai'ya litawtihiq azzaway*, Matbaat Alwwaraqa Alwataniya, Murakuch, Attaba'a Alula 2004, p. 145.

⁶²¹ Para el matrimonio consular se requiere la presentación de los mismos documentos previstos en el art. 65 del CF, la copia del pasaporte y de la tarjeta de residencia en caso de disponer de ella de conformidad con la CMJ de 2004.

En todo caso, se ha señalado, que, a falta de una previsión específica por el legislador marroquí, la práctica de la celebración de dos matrimonios, uno, civil, ante las autoridades extranjeras del lugar de celebración y otro, consular, será la más extendida y frecuente⁶²².

2. REQUISITOS QUE HAN DE REUNIR LOS MATRIMONIOS CIVILES CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO

A) Capacidad y consentimiento

El art. 14 del CF prevé las condiciones que deben reunir los matrimonios de marroquíes celebrados en el extranjero, para poder ser reconocidos en Marruecos⁶²³. En todo caso, el matrimonio civil debe reunir las condiciones de consentimiento y capacidad para que sea posible su inscripción en el Consulado de Marruecos, esto es, tales cuestiones se regulan por la ley marroquí y no por lo que indique la ley del lugar de celebración del matrimonio. De entre los requisitos (establecidos por el actual CF) destaca la elevación de la edad para contraer matrimonio para la mujer (en la regulación anterior estaba fijada en 15 años)⁶²⁴.

El art. 18 del CF establece en 18 años, tanto para la mujer como para el hombre en plenas facultades mentales, la edad para la celebración del matrimonio. Además, el consentimiento deberá expresarse ante un dirigente islámico (el art. 3.1 indica quiénes son los dirigentes islámicos e Imames) y, al menos, dos testigos mayores de edad. Posteriormente, se procederá a su inscripción en el RC para que pueda considerarse

⁶²² Cabe indicar que en el Derecho marroquí está prevista también la celebración del matrimonio por los MRE de forma consular, esto es, ante el representante diplomático de este país en el extranjero. Se trata ésta de una modalidad de celebración del matrimonio que se recoge en los convenios internacionales, en la medida en que su validez exige que sea aceptada la competencia de la autoridad consular por el Estado anfitrión. Véase, M^a -C. FOGLETS/M. LOUKILI : “Mariage et divorce... », *loc. cit*, pp. 539 y ss.

⁶²³ La STS núm. 784, de 27 de diciembre de 2011 [Dossier nº 755/2/1/2010], publicada en la *Revue de la Cour d'appel de Casablanca*, nº 2, 2012, pp. 283-285, realiza una interpretación criticable de las condiciones que indica el art. 14 del CF.

⁶²⁴ Consúltese A. ALMUTTAQI: “Zaway Alqasirina bayna alqa’ida walistithna”, *halaqat dirasiya hawla mudawwanat alusra wadawr alwasata*, ayyam 5-8 dicember, 2005, Tetuán, pp. 6 y ss.

que se trata de un matrimonio válido (que tiene efectos, como tal, en el Derecho interno marroquí).

Ahora bien, se han previsto excepciones a esta regla general, de manera que el Juez puede rebajar la edad en casos justificados. Precisamente, se prevé que en el dossier del acta del matrimonio figure la autorización en el caso de matrimonio antes de la edad de la mayoría legal (art. 64.5). Es de suponer que, en este caso, la presencia del *wali* es indispensable.

Como consecuencia del hecho de que se haya elevado la edad de la mujer para contraer matrimonio y en la línea de modernidad que sigue la nueva normativa, también han tenido lugar novedades en la regulación de esta institución típica del Derecho islámico: el tutor matrimonial⁶²⁵. Éste es el encargado de representar a la mujer y de expresar su consentimiento. En el momento actual, tal representación se entiende que es un derecho de la mujer y que será ejercido según su elección e interés (art. 24 CF). Por tanto, podrá concluir ella misma el acta de matrimonio o delegar -en la mayoría de los casos- en su padre (art. 25 CF). Por último, la nueva regulación debería ser rotunda y suficiente para poner fin a la práctica de convenir matrimonios en contra de la voluntad de la mujer⁶²⁶.

Sin embargo, hay quien ve en la presencia obligatoria del *wali*, en cuanto a la celebración de un matrimonio en el extranjero, una disposición innecesaria en el contexto del art. 14 del CF. Parece que la exigencia de esta condición fue un error, puesto que se ha mencionado en el Proyecto de la Comisión, cuando todavía en el art. 25 se requería la figura del *wali*, para el matrimonio de la mujer aunque sea mayor de

⁶²⁵ Véase de forma más detenida el Cap. Segundo.

⁶²⁶ Véase, L. MESSAOUDI : «Condition de la femme et les différentes formes de discrimination a son égard», *Colloque organisé para la Faculté de Droit de Fès en collaboration avec UNESCO*, du 12 au 14 mars 1987, pp. 57 y ss.

edad. Por tanto, mantener esa figura en la redacción definitiva del citado artículo, es indebida⁶²⁷.

B) Inexistencia de impedimentos, en especial, la disparidad de cultos

Otro requisito que ha de reunir el matrimonio civil celebrado en el extranjero es la inexistencia de disparidad de cultos o, dicho de otro modo, que la mujer no haya contraído matrimonio con un hombre que no profese la religión musulmana. Tal matrimonio, frecuente en el caso de parejas mixtas, despliega plenos efectos en el lugar en el que se celebra, pero difícilmente podrá reconocerse en Marruecos⁶²⁸. Las consecuencias de esta limitación son diversas y afectan a otros aspectos, como la nacionalidad. En relación con ella cabe destacar -entre otras cuestiones-: la transmisión de la nacionalidad por filiación y la adquisición de la nacionalidad por matrimonio y residencia⁶²⁹.

⁶²⁷ Véase M. TAKMANT: "Zaway Almaghariba Fi Aljariy wainhilalih A'ala Daw'e Alislah", *A'emat Nadwat Mustayyaddat Mudawwanat Alusra Almuna'qida Biyamia't Muhammed V Assiwisi*, november, 2003, pp. 66 y ss.

⁶²⁸ Tampoco se reconocen estos matrimonios en otros sistemas jurídicos, que recogen este impedimento previsto por el Derecho islámico, como es el caso p.ej., del art. 31 del Código argelino de la familia, que dispone: "*la musulmana no puede contraer matrimonio con un no musulmán*". En Argelia se está trabajando en el proyecto de modificación de su CF. Es evidente que la mujer no goza de la misma libertad que el hombre, que podrá contraer matrimonio con una mujer que no profese la religión musulmana, aunque ha de profesar una religión de las que recoge el Antiguo Testamento. Una de las razones de tal prohibición para la mujer estriba en que los hijos siguen (heredan) la religión del padre, véase S. MERNISSI: «*Quelques Aspects de la codification du Statut Personnel Marocain*», *Le Statut Personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé*. Travaux de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, 1992, pp. 112 y ss.

⁶²⁹ Según dispone el art. 6 de la Ley de 1958 reguladora de la nacionalidad (tras su reforma en 2007): "*es marroquí el hijo de padre marroquí y el hijo nacido de madre marroquí y padre desconocido*". Sin embargo, no se estableció que la mujer marroquí pudiese transmitir su nacionalidad al hijo hasta una reforma posterior, *Qanun Alhala Almadaniya Ma'a Qanun Alyinsiya*, Silsilat Annusus Attachrie'ya, fabrayer 2010. Algo parecido sucede respecto de la adquisición de la nacionalidad por el cónyuge extranjero. El art. 10 del CN establece que la mujer extranjera casada con un nacional marroquí pueda solicitar dicha nacionalidad tras un período de residencia habitual y regular en Marruecos de cinco años. La solicitud ha de dirigirse al MJ. Sin embargo, no se ha previsto este mismo procedimiento para el esposo extranjero casado con una mujer marroquí. Véase, M. LAFROUJI, *Mudawwanat Alusra Walqawanin Almusahiba*, Taba'a Aluola, Rabat, 2009, p. 187.

No obstante, cabe citar la STA de Rabat, que indica en el caso de un matrimonio celebrado por una mujer marroquí fuera de Marruecos, que se presume que el hombre con el que ha contraído matrimonio es también de confesión musulmana, salvo prueba en contrario. Esto es, se invierte la carga de la prueba en el caso de los matrimonios mixtos y, una vez reconocido el matrimonio, se pondrá en conocimiento del *Adul* para que redacte un nuevo documento de matrimonio⁶³⁰.

En lo relativo al requisito del culto, el TS casa una sentencia del TA, en cuanto a la solicitud de reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero (Francia), entre una mujer marroquí, y un ciudadano francés sin que conste en el expediente, el certificado de conversión del contrayente a la religión islámica. Por tanto, el Tribunal no homologa dicha sentencia por incumplimiento de los arts. 14 y 39 del CF⁶³¹.

Si bien el matrimonio con una persona que no sea musulmana constituye uno de los impedimentos, que pueden dificultar la aplicación del art. 14, los otros impedimentos complican todavía más esta situación. Se trata, en concreto, de la poligamia, puesto que no es reconocida en la mayoría de las legislaciones europeas. Pone al funcionario de estado civil ante la tarea de averiguar si la persona que desea contraer matrimonio está vinculada por otro matrimonio. El Gobierno de Marruecos ha visto la necesidad de aprobar una Circular que, en vez de aclarar dichas disposiciones, contribuye a que haya más confusión, incluso para las autoridades consulares, que aún no han encontrado una fórmula correcta y definitiva para este tipo de matrimonios⁶³².

⁶³⁰ Sent. núm. 106, de 17 de abril de 2007 [Exp. núm. 30/06/10].

⁶³¹ Decisión núm. 450, de 8 de octubre de 2008 [Exp. núm. 706/2/1/2007].

⁶³² Véase de forma detenida K. BARJAWI: "Taqiim Mudawwanat Alusra...", *loc. cit.*, pp. 68 y ss.

C) Presencia de testigos musulmanes

Otro requisito del matrimonio de conformidad con la legislación marroquí es la presencia de dos testigos musulmanes. Se trata de la regla general seguida en la celebración del matrimonio en el Derecho islámico⁶³³. Destaca el hecho de que sea preciso que los testigos sean musulmanes. Si bien otros ordenamientos islámicos no precisan las condiciones que deben reunir, lo usual es que sean mayores de edad, sanos de espíritu, de sexo masculino y musulmanes. Se observa claramente que la exigencia de que tengan que ser hombres y musulmanes no se desvincula de la contenida en la antigua *Mudawwana*⁶³⁴.

El legislador ha pretendido sustituir la exigencia de la intervención de dos *Adules* –como trámite habitual en los matrimonios celebrados en Marruecos–, con la presencia de dos testigos musulmanes, con la finalidad de facilitar el procedimiento que permite la conclusión de actas de matrimonio en el extranjero. Sin embargo, ha complicado más aun la situación de los MRE⁶³⁵. Este requisito es incompatible con el hecho de que se regule en el nuevo CF la posibilidad de que el matrimonio sea contraído de acuerdo a los procedimientos locales y administrativos del lugar donde se celebre⁶³⁶.

De esta forma, si en la celebración del matrimonio en el extranjero no se cumplen algunas de estas prescripciones del CF, porque la legislación civil no lo prevea (ej. oferta, aceptación, presencia de dos testigos, que además han de ser varones y de

⁶³³ Véase, Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman...*, *op. cit.*, p. 39.

⁶³⁴ Véase R. NAJI MAKAWI: « Almustayyadat fi ibram a'eqde azzaway », *Manbar Alyamia'a*, nº 5, pp. 43 y ss.

⁶³⁵ Véase, N. CHAWQI: « Qira'a fi mistarat ibram u'qud azzaway tibqan liahkam almaddatayni 14 y 15 min mudawwanat alusra alyadida », achghal anadwa alyadida alwataniya almuna'aqida bikuliyat alhuquq, Uxda, 17 y 18 fabrayer, 2005, *manchurat maymua'at albahth fi alqanun walusra, silsilat annadawat ala'dad alawwal*, pp. 238 y ss.

⁶³⁶ Véase, M^a-C. FOLETS/M. LOUKILI: "Mariage et divorce..." », *loc. cit.*, pp. 521 y ss.

confesión musulmana), se darán múltiples inconvenientes para su acceso al Registro civil consular, de conformidad con lo que indica el art. 15 del CF⁶³⁷.

Si bien desde el punto de vista práctico se ha promulgado un texto de esta naturaleza, que garantiza el respeto de un conjunto de condiciones objetivas, (p. ej., la formalidad de presencia de dos testigos musulmanes) pierde sentido, si se toma en cuenta que la finalidad ha sido facilitar los trámites a toda persona marroquí, que desea contraer matrimonio en el país de su residencia, de acuerdo con los procedimientos administrativos locales de este último⁶³⁸.

No obstante, el artículo citado no permite comprender el objetivo del legislador, si es brindar a los ciudadanos marroquíes residentes fuera de su país la oportunidad de “saltarse” los trámites ordinarios y habituales de *exequátur* o por el contrario, dificultar este trámite y convertirlo en imposible⁶³⁹.

Por último, si se permite la celebración del matrimonio de acuerdo a la forma civil del lugar de celebración, no se entiende que se sigan exigiendo estos requisitos, que responden a la forma religiosa islámica tradicional. Sin embargo, cabe citar la Sentencia del TA de Casablanca, que reconoce el matrimonio celebrado sin la presencia de testigos musulmanes varones, considerando que la presencia de la madre

⁶³⁷ El TPI de Meknes deniega el *exequátur* de una sentencia de divorcio del TPI de Bordeaux, porque el acta de matrimonio presentada no cumple la condición prevista en el art. 14 del CF, respecto a la presencia de dos testigos musulmanes y, por consiguiente, dicha acta fue considerada contraria al orden público marroquí [véase, Sent. núm. 3136 (Exp. núm. 3315/06/5), de 26 de septiembre de 2006]. En cambio se acepta la solicitud de una sentencia procedente del Tribunal alemán, puesto que se cumplen las condiciones previstas en el art. 14 del CF [Sent. núm. 181 de 22 de abril de 2009].

⁶³⁸ Así se establece en el Acuerdo de La Haya de 1976 respecto a la conclusión de matrimonio y su reconocimiento, y de conformidad con el principio de DIPr *locus regit actum*.

⁶³⁹ Véase, K. BARJAWI: “Taqiim Mudawwanat Alusra...”, *loc.cit*, pp. 68 y ss.

de la esposa es suficiente para cumplir la exigencia que prevé el ordenamiento marroquí⁶⁴⁰.

Para ello, la existencia en algunos países, como es el caso de España, Acuerdos con la Comunidad Islámica, que permiten la celebración en forma religiosa islámica en España, puede presentar menos problemas para el posterior reconocimiento en Marruecos. Ello es incongruente con la posibilidad recogida en la nueva regulación de contraer matrimonio de acuerdo a los procedimientos locales del lugar de residencia de los cónyuges marroquíes, porque en la mayoría de estos lugares la forma civil del matrimonio no contempla las condiciones establecidas en la legislación marroquí.

Pese a lo mencionado, cabe cuestionarse acerca del rol que pueden desempeñar las instituciones islámicas creadas en el marco de los acuerdos internacionales, respecto a la facilidad que pueden ofrecer a todos los ciudadanos musulmanes, en especial, a marroquíes para encargarse de gestionar sus expedientes de matrimonio. Y reflexionar de este modo, sobre la posibilidad de que las actas celebradas ante dichas instituciones sean reconocidas en el país de origen. Es el caso de una sentencia pionera en Marruecos del TS. Los hechos de la sentencia se resumen en que el Tribunal ha reconocido un matrimonio celebrado en Rusia entre un ciudadano marroquí y una mujer rusa, ante una Institución islámica, al reunir todos los requisitos exigidos en los arts. 2 y 14 del CF⁶⁴¹.

No obstante, en otra, deniega el reconocimiento de un acta matrimonial, otorgada ante el representante de un centro islámico en España conforme a lo previsto en los arts. 430 y ss del CPC, al considerar el Tribunal marroquí que el órgano celebrante carecía de la competencia que requiere el artículo 432 del CPC. De prosperar esta

⁶⁴⁰ STA núm. 1041, de 18 de mayo de 2007 [Exp. 494/2007], en otras sentencia se admite el testigo de un mujer musulmana, véase STA de Casablanca núm. 1041 de 18 de abril de 2007 [Exp. 109/2007].

⁶⁴¹ Véase, STS núm. 460, de 12 de septiembre de 2007 [Exp. núm. 35/2/1/2007].

exégesis, se arruinaría la posibilidad de articular la eficacia transfronteriza de este tipo de actos, así como el espíritu del nuevo artículo 14 del CF⁶⁴².

D) Que no se haya suprimido la dote

Otro requisito para que sea reconocido el matrimonio celebrado en el extranjero, es que no se haya suprimido la dote. Como se trata de una figura jurídica propia del Derecho islámico, pero desconocida por el Derecho occidental, supone que en el acta del matrimonio celebrado en el extranjero no se haga constar. Parece razonable pensar que en un momento posterior tal extremo deberá acreditarse⁶⁴³. En esta línea, cabe mencionar una sentencia del TS, que homologa una sentencia del Tribunal egipcio relativa a una acta de matrimonio celebrado en Egipto *U'rfie* (después de que el TA deniegue su reconocimiento), puesto que este tipo de matrimonios se reconoce en el Derecho egipcio -aunque no en el Derecho marroquí-. Ello tomando en cuenta el cumplimiento de un conjunto de condiciones, entre las cuales figura la dote.

Así, los solicitantes han basado su demanda en el art. 14, que reconoce toda acta celebrada ante las autoridades oficiales de un Estado extranjero, en el art. 418 del COC, que considera oficial todo documento procedente de un Tribunal extranjero, y en el Acuerdo entre Marruecos y Egipto que reconoce este tipo de matrimonios, el TS homologa el acta, aunque no se formalizó del modo que exige.

⁶⁴² Las instituciones islámicas existentes en España (Comunidad islámica, Junta islámica...) aplican los principios generales de la *Sharia'a*, con independencia de la nacionalidad de los contrayentes. No obstante, es importante, hacer hincapié en que los marroquíes residentes en España no suelen recurrir a estas instituciones para la celebración de matrimonios, sea por desconocimiento o por temor a que no sean reconocidas posteriormente -dichas actas en Marruecos-. Sentencia núm. 455, caso 205-06, del Tribunal de Familia (Primera Instancia) de Tánger, de 28 de febrero de 2007.

⁶⁴³ Deberá remitirse una copia del acta a la autoridad competente, lo mismo que ocurrirá respecto de las actas de matrimonios celebrados en Marruecos y que deberán consignarse en un Registro previsto a estos efectos (art. 68 CF). Véase *Qada'e Alusra*, Manchurat Yami'at Nachr Alma'eluma Alqanuniya Walqada'iya nº 1, youliouz 2005, p. 34.

Por tanto, consta en el documento firmado por los interesados la oferta y la aceptación, su acuerdo respecto a un importe de dote, y la presencia del *wali* y de tres testigos. El Tribunal egipcio reconoce este matrimonio. Esta acta de matrimonio no es contraria al orden público marroquí, y en su conclusión se respetó la Ley del país donde se celebró (es la aplicable de conformidad con el art. 7 del Acuerdo suscrito por ambos países). Con lo cual el TS reconoce este matrimonio celebrado en el extranjero, para que surta los efectos oportunos en Marruecos⁶⁴⁴.

3. DIFICULTADES QUE PLANTEAN EN LA PRÁCTICA ESTAS NUEVAS DISPOSICIONES

Como se ha señalado, de conformidad con los arts. 14 y 15 del CF, los MRE pueden contraer matrimonio conforme a los procedimientos administrativos locales (civiles), siempre que se reúnan las condiciones de consentimiento y de capacidad y en presencia de dos testigos musulmanes y del tutor (*wali*), si fuese necesario. Es evidente que tal aceptación facilitará las formalidades de tales matrimonios, lo que no estaba previsto hasta ahora en la regulación anterior. Cuestión diferente será que en un momento posterior deba -en su caso- completarse el acta de matrimonio, porque no estén consignadas alguna de las menciones que, previamente a aquél, deberían figurar y que, como tales, aparecen especificadas en el art. 67 del CF⁶⁴⁵.

Ahora bien, la opción de matrimonio civil abierta por el CF a los MRE será difícilmente aplicada por la autoridad competente de un Estado laico, ante la cual se solicita la celebración del matrimonio respetando las condiciones impuestas por el CF para la validez de la unión conyugal, tales como la presencia de dos testigos

⁶⁴⁴ Véase el Acuerdo de cooperación judicial en materia de estatuto personal entre el Reino de Marruecos y la República de Egipto aprobado por el *Dahir* de 24 de junio de 1999 (BOEM núm. 4718). Sentencia núm. 433, de 23 de agosto de 2011 [Exp. núm. 677/2/1/2010].

⁶⁴⁵ Consúltese S. BELMIR: "La conflictividad de las Leyes en el Derecho internacional especial marroquí y el Derecho internacional especial español; aplicación a los vínculos familiares, al matrimonio mixto y a la nacionalidad", *Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el CGPJ y la Corte Suprema de Marruecos*, Centre de Publications et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002, pp. 11 y ss.

musulmanes. Será igualmente difícil –incluso imposible– para esta autoridad considerar la diferencia de la religión entre los dos futuros esposos como impedimento para la celebración del matrimonio.

Y, en este sentido, respecto a las dificultades que plantea en la práctica el art.14, son, en particular, que no será fácil que el matrimonio civil celebrado en el extranjero reúna las condiciones exigidas para la validez del pacto matrimonial por la ley marroquí. De otro lado, tampoco será posible exigir que se trate de testigos musulmanes, ni constará en el acta del matrimonio su confesión religiosa. Y, por último, no será fácil tampoco indicar que no se ha suprimido la dote⁶⁴⁶. Por todo, ello, cabe decir que el legislador marroquí ha ignorado la realidad y ha exagerado la aplicación de las exigencias que establece el Derecho marroquí para que sean respetadas en un país extranjero⁶⁴⁷.

El legislador, por tanto, se ha centrado más en los detalles, que en el fondo. Se trata ésta de una de las críticas que pueden realizarse. Además, se prevé la posibilidad de formalizar el acta ante las autoridades consulares, pero sólo cuando se concluyen convenios bilaterales. Estas actas no serán susceptibles de reconocimiento, salvo si son compatibles con el orden público del país de acogida⁶⁴⁸. Por último, si bien se deduce que estos preceptos regulan el procedimiento para registrar en Marruecos el acta del matrimonio celebrado en el extranjero, no se resuelven cuestiones de fondo acerca de

⁶⁴⁶ Se desestima la solicitud de reconocimiento de un matrimonio en el extranjero porque no consta la dote como condición irrenunciable, véase STA de Rabat núm. 10, de 17 de enero de 2007[Exp. 194/10/2006].

⁶⁴⁷ El TS marroquí ha realizado recientemente una interpretación del art. 14 del CF tendente a considerar que pueden homologarse en Marruecos los matrimonios celebrados en el extranjero, sin que sea necesario el respeto de las condiciones que indica esta disposición [STS núm. 784, de 27 de diciembre de 2011 (Dossier núm. 755/2/1/2010), publicada en la *Revue de la Cour d'appel de Casablanca*, nº 2, 2012, pp. 283-285]. Ahora bien, se trata de una interpretación criticable, a juicio de la doctrina (M. LOUKILI).

⁶⁴⁸ Cabe recordar que, después de la aprobación de la Circular de 2004, no se despejaron las dudas sobre esta materia. Véase A. ALKHAMLI, *Min Mudawwanat Alahwal Achajssiya...*, op .cit, p. 285.

los requisitos específicos que han de cumplirse para que, posteriormente, estas uniones accedan al RC consular⁶⁴⁹.

III. DECISIONES EXTRANJERAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO. EL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

1. FINALIDAD DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

A) Sentido del art. 128 del Código de Familia

a) Presentación

El art. 128, 2º del CF indica a las autoridades marroquíes competentes para homologar las decisiones extranjeras (TPI), que han de verificar su compatibilidad con las causas de disolución del matrimonio previstas en el CF. En concreto, prevé que *“las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros sobre la disolución del matrimonio por talaq, tatliq, disolución por compensación o anulación del matrimonio serán susceptibles de ejecución si fueron pronunciadas por un Tribunal competente y se basaron en causas que no fuesen incompatibles con lo establecido por este Código para la finalización de la relación conyugal; así mismo los actos concluidos en el extranjero ante los oficiales y los funcionarios públicos competentes después de cumplir los procedimientos relativos al exequátur, conforme las disposiciones de los artículos 430, 431 y 432 del Código de Procedimiento Civil”*⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ Parece que en los Consulados de Marruecos (en concreto, el Consulado de Sevilla), se sigue un procedimiento sencillo, solo se exige que el acta celebrada ante las autoridades españolas esté inscrita en el RC, por tanto, el resto de las condiciones estipuladas en el art. 14 del CF, se toman en cuenta ante el Juez de familia competente en el Consulado (ej. la dote y los testigos musulmanes). Es interesante comentar en esta línea, que las autoridades consulares han percibido el grado de complejidad, que supone el cumplimiento de las disposiciones del art. 14 ante las autoridades de un país extranjero y laico, por ello, se ha intentado ofrecer un procedimiento acorde con la necesidad de los jóvenes marroquíes residentes en España. No obstante, ello no significa la resolución definitiva de las dudas que continúan planteándose acerca de la aplicación de los arts. 14 y 15 –que son infinitas-.

Como es sabido, la finalidad del nuevo CF ha sido sustituir un texto obsoleto, inadecuado e inadaptado al desarrollo de la sociedad marroquí (el CEP) en distintos aspectos, como el reconocimiento de derechos a la mujer y al menor, en particular⁶⁵¹. Ahora bien, el interés del legislador ha ido más allá de abordar la situación jurídica de los MRM en materia de Derecho de familia, puesto que se refiere también a los MRE. De hecho, se regula el matrimonio civil celebrado en el extranjero, permitiendo su reconocimiento en Marruecos (como se ha señalado *supra*) y la homologación de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio (art. 128 CF)⁶⁵².

Para explicar cuál ha sido la finalidad del legislador, es preciso recordar que, sin el *exequátur*, las decisiones extranjeras no tienen efectos en Marruecos; con independencia de la posibilidad de que desplieguen efectos antes de su homologación como documentos públicos⁶⁵³. De otro lado, se han mantenido tradicionalmente dos teorías sobre la homologación de decisiones extranjeras en el ámbito del Derecho de

⁶⁵⁰ Traducción del texto original del art. 128 del CF realizada por G. Esteban de la Rosa (dir), *Código marroquí de la familia*, Ed. Blanca, Jaén, 2009.

⁶⁵¹ En efecto, la actual *Mudawwana* incluye preceptos que reconocen la igualdad entre el hombre y la mujer en el seno de la familia y garantizan los derechos del niño en relación con sus padres. Véase, entre otros, J. OUHIDA, "Del Código del Estatuto personal al Código de familia de 2004 (de la preservación y consagración de los valores tradicionales a la apertura y modernización del régimen jurídico de las relaciones de familia)", G. Esteban de la Rosa (dir.), *La nueva Mudawwana marroquí entre tradición y modernidad (traducción anotada del Código de familia de Marruecos de 2004)*, Ed. Junta de Andalucía, Sevilla, 2010, pp. 19 y ss.

⁶⁵² Para una primera valoración de la reforma véase, M^a-C. FOGLETS/M. LOUKILI: "Mariage et divorce...», *loc. cit.*, pp. 521 y ss. Consúltese también I. ALFAKHORI: "Ba'ed Madahir Qiam Huquq Alinsan Fi Mudawwanat Alusra Alyadida", *Maqal Manchur Bimayyalat Alich'ae*, n^o 29, ghuch 2004, pp. 56 y ss, A. BOUTALAB: « La réforme du code de statut personnel renforce l'institution familiale et consolide les droits de l'homme » *le matin du Sahara et du Maghreb*, dimanche 14 novembre, 1993, pp.3 y ss.

⁶⁵³ Si bien la sentencia es inmediatamente eficaz en el foro, incluso si las partes ostentan una nacionalidad extranjera, la situación varía si una de ellas se traslada a otro país, porque tendrá que solicitar su reconocimiento para que tenga efectos en el lugar de residencia. En este sentido, consúltese M. ACHAFIE: "Qanun Alusra Almagrebi Bayna Athabat Wa Attatawer", *Silsilat Albuhuth Alqanuniya*, n^o 8, pp. 15 y ss.

familia: la “teoría de la demanda”⁶⁵⁴ y la “teoría de la orden de reconocimiento”, en virtud de la cual la decisión extranjera se reconoce por decisión de los tribunales nacionales⁶⁵⁵. Ahora bien, la entrada en vigor del CF marca una nueva etapa.

El art. 128 del CF representa la evolución que ha experimentado el ordenamiento marroquí, plasmada en la intención de reconocer las decisiones extranjeras sobre disolución del matrimonio. Se trata de dar respuesta a los casos planteados ante las autoridades competentes en Marruecos, cuyos nacionales abandonaron su país en los años setenta del siglo pasado. Si bien residen en países europeos y adquirieron otras nacionalidades, persiste su vinculación con su país de origen⁶⁵⁶.

De otro lado, el art. 128 del CF emplea expresiones, que permiten pensar que sus principales destinatarios son los marroquíes musulmanes que ponen fin a su vínculo marital por sentencia judicial o documento oficial otorgado por autoridades extranjeras, cuyo reconocimiento se solicita en Marruecos a través del *exequátur*. Ahora bien, se critica su redacción, por su ambigüedad acerca del alcance de la potestad de la que goza la autoridad judicial respecto a la decisión extranjera cuyo reconocimiento se solicita. Ésta es la razón por la que la jurisprudencia continúa, en ocasiones, apoyándose en el sistema excepcional de revisión, que estuvo en vigor

⁶⁵⁴ De conformidad con esta teoría, adoptada –en particular– por la doctrina anglosajona, la homologación de decisiones extranjeras tiene lugar a instancia de parte. Pese a que constituyen prueba de los hechos, el demandado podrá solicitar que se declare la nulidad de los hechos o incluso, si la autoridad extranjera ha cometido un error en la aplicación de la ley, que se revise el caso y se dicte una nueva sentencia. Véase, entre otros, J. ATTAHIRI: “Qira’a Maqasidiya Fi Almadda 128 Min Mudawwanat Alusra”, *Mayyalat Almilaf* nº 10, abril 2007, pp. 178 y ss; y *Mayyalat Almi’eyar*, nº38, duyanbir, 2007, pp. 67 y ss.

⁶⁵⁵ Ahora bien, la sentencia no adquiere la fuerza ejecutoria, salvo si reúne determinadas condiciones como la adopción de la sentencia por un tribunal competente, que adquiera la autoridad de cosa juzgada, que no sea contraria al orden público marroquí y, por último, que reúna las exigencias de legalización y autenticación.

⁶⁵⁶ La relación de los inmigrantes de origen marroquí con el país natal es tanto afectiva como solidaria. Sus remesas representan un importante porcentaje de los recursos de carácter económico en Marruecos. Se trata de personas obreras musulmanas, que pertenecen a clases sociales medias y bajas. La reforma del CF, en general, y el nuevo art. 128, en particular, representa el proceso real de modernización del DIPr y del Derecho de familia (en particular, del matrimonio y sus formas de disolución).

durante la época en la que se aplicaba el CPC de 1913. Junto a ello, se emplea el sistema ordinario de reconocimiento previsto en el CPC actual⁶⁵⁷.

Sin embargo, tras la entrada en vigor del CF, no ha de tener lugar el control de la ley aplicada al divorcio por la autoridad judicial extranjera⁶⁵⁸, ni tampoco ha de realizarse una revisión del fondo de la sentencia extranjera (véase *infra*). De hecho, el TS marroquí ha casado en reiteradas ocasiones las sentencias de instancia de las autoridades marroquíes, que denegaban el reconocimiento a las sentencias extranjeras, por falta de aplicación del Derecho marroquí⁶⁵⁹.

Así, el objetivo principal del legislador ha sido advertir a los jueces, respecto a la demanda de *exequatur* de sentencias extranjeras en causas relativas a la anulación del matrimonio o a su disolución, de la obligación de tratar dichas sentencias del mismo modo que a otras, sin que se exija que se trate de jueces musulmanes y sin llevar a cabo el control de la ley aplicada⁶⁶⁰. Es una posición ambiciosa, que refleja el optimismo que ha acompañado la redacción del CF, tanto en lo relativo a la celebración del matrimonio como a su disolución, con el fin de facilitar los procedimientos en el ámbito del Derecho de familia a los MRE⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ Son factores, que pueden comprometer la efectividad del reconocimiento de las decisiones extranjeras, en general, y españolas, en particular, en el ámbito del Derecho de familia. Véase en este sentido, M. LOUKILI: «Régimen jurídico...», *loc. cit.*, pp. 285 y ss; I. BAHMANI, *Ala'amal Alqada'i Fi Qadaya Alusra...*, *op.cit.*, p. 124.

⁶⁵⁸ Véase, entre otros, en este sentido, M^a-C FOBLETS/J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 71.

⁶⁵⁹ Véase, N. CHAWQI: "Alahkam Alqanuniya Alyadida Almuta'alliqa Bitanfid Alhukm Alaynabi Wifqa Qawai'id Mudawwanat Alusra", *Mayyalat Risalat Addifa'e Matba'at Alyusur*, Uxda, nº 5, 2004, pp. 128 y ss.

⁶⁶⁰ Véase en este sentido, K. BARIJAWI: "Mada Istiyabat Mudawwanat Alusra Limatalib Almuytama'e Almadani Wassiyasi Almagrebi", *Dar Alqalam*, 2004, pp. 145 y ss.

⁶⁶¹ Recoge también los principios declarados en los convenios suscritos por Marruecos en materia de reconocimiento recíproco de decisiones judiciales (sin revisión del fondo). Entre ellos, se incluye el Convenio concluido con España, de 30 de mayo de 1997.

Sin embargo, se observa un amplio margen discrecional a las autoridades marroquíes para denegar el *exequátur* de las sentencias extranjeras, si consideran que existe incompatibilidad con el CF de la causa de disolución del matrimonio o es incompatible con el orden público islámico o con las normas de carácter imperativo. De hecho, los casos que se han presentado son muy variados (véase *infra*) e, incluso, puede denegarse el reconocimiento existiendo convenios, cuya aplicación es preferente a la normativa marroquí de origen autónomo (interno).

En definitiva, el legislador ha establecido que las actas concluidas en el extranjero respecto a la disolución del matrimonio ante los oficiales autorizados para ello o ante los funcionarios públicos competentes, así como las sentencias de disolución de la relación matrimonial despliegan efectos en Marruecos, una vez que se ha concedido el *exequátur*. Sin embargo, el Juez posee potestad para denegar –de acuerdo con el CF- el *exequátur* de cualquier decisión pronunciada por una autoridad incompetente o cuando su contenido sea contrario al orden público⁶⁶². Por último, se deduce que el legislador no ha previsto un sistema especial para homologar las sentencias extranjeras sobre disolución del matrimonio, sino que ha partido del sistema ordinario (CPC).

En principio, las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio se reconocen en Marruecos a través del procedimiento que establece el CPC de 1974, siempre que reúnan un conjunto de condiciones. Esto es, la función del TPI consiste en comprobar generalmente cinco aspectos o extremos esenciales antes de pronunciar la sentencia en virtud de la cual se concede o deniega la homologación de efectos de la decisión extranjera. En primer lugar, que la autoridad extranjera sea competente en

⁶⁶² Es más, se ha llegado a denegar la homologación de una sentencia relativa al estatuto personal de marroquíes musulmanes, por el hecho de que la autoridad que la dictó no era musulmana. Se trata de la STS núm. 180, de 24 de abril de 2003 [Exp. 99/2/277]. El Tribunal deniega el *exequátur* de una sentencia procedente del TPI de Bruselas, puesto que el Juez no era musulmán.

virtud tanto de reglas de competencia judicial internacional aplicadas en Marruecos, como de acuerdo con las reglas de competencia interna del país concerniente⁶⁶³.

En segundo extremo, que el tribunal extranjero haya aplicado las reglas de procedimiento correctamente, de acuerdo con el Derecho del Juez del foro, y el procedimiento regulado en el derecho del país cuyo tribunal haya pronunciado dicha sentencia (extranjera). No se comprueba la adecuación de los hechos o el grado de suficiencia de las alegaciones o los medios de prueba. Ahora bien, han de respetarse algunos procedimientos reconocidos en el Derecho internacional, como elementos esenciales en la sentencia y el respeto del derecho de defensa.

De otro lado, el TS considera fraude el hecho de que no se acepte la decisión extranjera en Marruecos una vez que se ha reconocido y que, en su lugar, se incoe un procedimiento en el extranjero⁶⁶⁴. En cuarto extremo, es preciso que la sentencia extranjera sea definitiva y susceptible de ejecución en el país en que se dictó. Esto es, no es posible homologar las sentencias extranjeras de carácter urgente (p. ej., juicios rápidos), ni las sentencias provisionales. La regla de que sea definitiva, por tanto, contenga la fuerza de cosa juzgada en el país extranjero.

En quinto lugar, se verifica si la sentencia decide la disolución de la relación marital, basada en motivos compatibles con lo establecido en el CF (arts. 77-78-89-114, 120-98-99-94 y 97), a pesar de que no haya mencionado el motivo de divorcio con el mismo término que la ley marroquí. Es una moderación de la regla de atribución marroquí, dado que el art. 128 del CF no prevé la aplicación del Derecho marroquí por

⁶⁶³ Véase, A. ZOUIR: "Taadiil alahkame wa alouquode...", *loc.cit*, pp. 80-103.

⁶⁶⁴ Se entiende de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia del TS, que dictar una sentencia en un asunto resuelto anteriormente por un juzgado marroquí, es fraude, es más, se considera un atentado contra la soberanía del Estado, -como se comprueba en la jurisprudencia francesa, y egipcia-, así el TS afirma que ("*dictaminar una sentencia de talaq por un tribunal marroquí respecto a una solicitante, y rechazar posteriormente obedecer esta sentencia, con el fin de recurrir a una instancia extranjera y volver a solicitar el divorcio para ampararse en la ley extranjera, es contrario al orden público marroquí*"). STS núm. 864 de 20 de septiembre de 2000 [Exp. núm. 83/1/2/00 (inédita)].

las autoridades judiciales extranjeras⁶⁶⁵. Cabe citar otra sentencia presentada ante el TPI de Berkane, para que se reconozca una sentencia dictada por el TA de La Haya, que resolvió la disolución del matrimonio de dos personas marroquíes por *tatliq*. El TPI verifica el cumplimiento de las condiciones establecidas en los arts. 430-431-432 del CPC y el art. 128 del CF. En la medida en que la sentencia extranjera no es contraria al orden público y procede de un Tribunal competente, dicha solicitud se resuelve favorablemente⁶⁶⁶.

Y, por último, que el contenido de la sentencia extranjera no sea contrario al orden público marroquí⁶⁶⁷. Otra de las condiciones que se cumple en la sentencia del TPI de Beziere (Francia), cuando el solicitante presenta su demanda ante TPI de Berkane, para la homologación de la sentencia extranjera. El Tribunal, una vez que comprueba el conjunto de las condiciones establecidas en los artículos señalados anteriormente, y el respeto del orden público, reconoce la sentencia extranjera⁶⁶⁸.

b) Sentido del apartado 1º del art. 128 del Código de familia

Ahora bien, el apdo. 1º del art. 128 del CF también ha supuesto, en cierta medida, una modificación del régimen relativo al reconocimiento de las decisiones

⁶⁶⁵ De acuerdo con el principio que considera, que lo importante es la intención y el significado de la sentencia no el término o la forma. El TPI de Tetuán denegó el *exequatur* de una sentencia del TPI de Harleme (Holanda), por utilizar la expresión de anulación de la convivencia oficial entre las partes, que el Derecho marroquí no reconoce como forma de disolución del matrimonio, y por consiguiente, la sentencia fue considerada contraria al orden público marroquí. Véase Sent. de 27 de noviembre de 2006 [Exp. núm. 13/06/1423(inédita)], y Sent. de 5 de diciembre de 2007 [Exp. núm. 194/2/12007].

⁶⁶⁶ STPI de 10 de enero de 2013 [Exp. 12/2128, Sentencia núm. 77 (inédita)].

⁶⁶⁷ Es lo que ha confirmado el TS al indicar que, “*en virtud del art. 430 del CPC, el tribunal competente debe comprobar la validez de la sentencia extranjera y la competencia del tribunal extranjero que la dictó, y averiguar también que su contenido no sea contrario al orden público marroquí*” [STS en dos cámaras (núm. 673/2/1/2003), de 22 de diciembre de 2004, *Revista alqada’a wa alqanoun* núm. 152, pp. 211-214]. Véase, A. OUNNIR, «Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille», *Le Code de la Famille, Perceptions et Pratique judiciaires*, 2007, pp. 102 y ss.

⁶⁶⁸ STPI de Berkane, de 3 de enero de 2013 [Exp. 12/2116, Sentencia núm. 75 (inédita)].

extranjeras de disolución del matrimonio. Su tenor literal prevé que: “*las decisiones judiciales de disolución del matrimonio, por tatiq, disolución del matrimonio por talaq por compensación (julʿ) o anulación del matrimonio, conforme a las disposiciones de este libro, no serán susceptibles de apelación en el pronunciamiento relativo a la extinción de la relación conyugal*”. El legislador ha tratado en el art. 128 del CF un tema que no reguló la antigua *Mudawwana*.

Las sentencias pronunciadas por tribunales marroquíes que deciden la disolución del matrimonio no son susceptibles de recurso en su parte relativa al cese del matrimonio. Ahora bien, no debe confundirse la sentencia dictada por el tribunal marroquí sobre solicitudes de *tatiq* y *talaq*, que no es susceptible de recurso en su parte relativa a disolución de matrimonio prevista en el CF, con la sentencia de *exequátur*, que se refiere a todas las sentencias extranjeras, sin distinción entre las pronunciadas respecto al *talaq*, *tatiq* o a cualquier otra⁶⁶⁹.

Por ello, la decisión que culmina el procedimiento de *exequátur* es susceptible de recurso, lo que puede complicar el procedimiento y conducir a que se retrase su resolución, en la medida en que es necesario que sea notificada la otra parte o que ésta o el MP –como parte en los autos de familia– recurra esta decisión. La apertura de las vías de recurso, así como las formalidades y los plazos –exigidos para la notificación al demandado, que reside en la mayor parte de los casos fuera de Marruecos– constituyen trabas, que puede condenar al fracaso tanto a una ley ambiciosa –el CF–, como a la Circular especial del MJ⁶⁷⁰, dejando nuevamente a este colectivo en una

⁶⁶⁹ Véase, A. ZOUIR: “*Taadiil alahkame wa alouquode...*”, *loc.cit*, pp. 80-103, y O. LAMIN: “*Qira’a fi al kitab atthani min mudawwanat alusra almuta’aliqa binhilal mithaq azawyiya waatharuh*”, *Alayyam Adirrasiya Hawla Mudawwanat Alusra*, Rabat, 2004, pp. 137 y ss.

⁶⁷⁰ Se trata de la CMJ, núm. 13, de 12 de abril de 2004, sobre la aplicación del CF a los marroquíes residentes en extranjero. Señala que: “*es sabido que las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros no se aplican en Marruecos hasta que obtengan el exequátur, por ello hay que lanzar campañas de sensibilización en los entornos de los marroquíes que viven en extranjero para difundir la tendencia del CF, respecto a reconocimiento de sentencias extranjeras. Con la finalidad de orientar a los interesados sobre el procedimiento que deben de seguir, para que dichas sentencias adquieran la misma validez probatoria que en Marruecos, ello mediante informarles de dichos trámites, incluso pueden otorgar a otra persona en Marruecos iniciar el procedimiento. Igualmente pueden dirigir una solicitud al MP, con el*

situación de indefensión y de desprotección en cuanto a sus circunstancias familiares y personales.

Por consiguiente, tendrán que celebrar su matrimonio ante una autoridad oficial marroquí del consulado y solicitar ante los Tribunales marroquíes el divorcio, para acogerse a la celeridad y seguridad que brinda el sistema propio a los MRE⁶⁷¹. Por ello, es necesaria la intervención del legislador para establecer explícitamente que las sentencias dictadas sobre el *exequátur* cuando estén vinculadas con cuestiones de estatuto personal o de familia, son definitivas y no admiten recurso.

c) Control de la competencia internacional

De otro lado, de conformidad con el art. 128 del CF, es preciso que la autoridad extranjera sea competente, tal y como dispone –en este mismo sentido– el art. 430 del CPC, que exige el cumplimiento de dicha condición (que se analiza *infra*). Ahora bien, se sigue planteando la cuestión acerca de si se trata de la competencia interna de la autoridad extranjera (según su propio ordenamiento) o de conformidad con el Derecho interno de la autoridad requerida.

Es una de las cuestiones más delicadas por la diversidad de respuestas que pueden darse y, en todo caso, el legislador marroquí no ha aprovechado la ocasión en el art. 128 del CF para salir de la ambigüedad existente en el CPC⁶⁷². El CF podría haber

*objeto de presentar demanda de exequátur, sobre todo si se trata de talaq por mutuo acuerdo, y puede remitirse a la Dirección de Asuntos Civiles en Ministerio de Justicia o a través de la Dirección de Asuntos Consulares y Sociales en el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación". Como ha señalado la doctrina, la Circular aprobada adquiere una importancia relevante. Se deduce la voluntad del Ministro de facilitar y contribuir a la difusión de las novedades del CF, lo que pone de relieve la importancia atribuida a la situación jurídica y familiar del colectivo de inmigrantes (véase, A. ZOUR, "Taadiil alahkame wa alouqude alajnabiya..." *loc. cit.*, pp.80-103).*

⁶⁷¹ Véase, M. LOUKILI/M. ZIRARI DEVIF: «Le nouveau Code Marocain de la Famille: Une réforme dans la continuité», *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 11, 2004-2005, pp. 209-218.

⁶⁷² El TA de Nador denegó al reconocimiento de una decisión extranjera, al ser contraria al art. 430 del CPC y al art. 128 del CF [Sent. núm. 244/9/05 (Exp. núm. 1798), de 7 de junio de 2006].

propuesto alguna solución por tratarse de una cuestión sensible y por las dificultades que ocasiona en la práctica, sobre todo, por las divergencias observadas en la jurisprudencia. Ahora bien, la mayoría de la doctrina considera que la competencia judicial se determina de acuerdo con el Derecho del país al que corresponde su reconocimiento, como establecen los convenios suscritos por Marruecos⁶⁷³. Asimismo en la jurisprudencia reciente se indica la condición de la competencia del Tribunal extranjero (TPI de Arnhem, Holanda), como obligatoria de acuerdo con los arts. 430-432 del CPC, y el art. 128 del CF⁶⁷⁴.

d) Compatibilidad de la disolución del matrimonio con las causas previstas en el Derecho marroquí

La decisión extranjera ha de basarse en una causa que no sea incompatible con las establecidas en el CF para la disolución de matrimonio⁶⁷⁵. En concreto, se trata de: “*disolución del matrimonio por talaq, tatliq, disolución por compensación o anulación del matrimonio*”. Como es sabido (y se expone en el Capítulo Segundo), la disolución del matrimonio por *talaq* o por *tatliq*, a su vez, puede tener lugar de distinto modo y, de otro lado, existen distintas causas, a las que se refiere el art. 128 del CF, así como a la anulación del matrimonio⁶⁷⁶.

Es una condición nueva, que se suma a las previstas en el CPC. El control del Juez marroquí no se extiende a la ley que aplicó el Juez extranjero, sino que se conforma con el resultado, que debe ser compatible con el Derecho marroquí, aunque la ley

⁶⁷³ Véase, M. HATTABI: “Les conventions judiciaires entre le Royaume du Maroc et les Etats maghrebins africains et européens”, *RMDC*, 1983, vol. 2, pp. 95 y ss.

⁶⁷⁴ STPI de Berkane, de 10 de enero de 2013 [Exp. 12/2138, Sentencia núm. 79 (inédita)].

⁶⁷⁵ Véase, M. LOUKILI, “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 285 y ss.

⁶⁷⁶ Se incluye que el matrimonio se contrajo sin representante (*wali*), pese a la obligación de su presencia, en caso de que el acta de matrimonio haya sido firmada bajo coacción o dolo y si la oferta o la aceptación se vincularon con otra condición. Una modalidad reconocida antes de la entrada en vigor del CF, por *Sharia'a* es la disolución del matrimonio por *jul'e*. Véase Y. FARISI: “Qira'at fi almaddat 128 min Mudawwanat Alusra”, *Mudawwanat Alusra baena annasi wa almumarasat, trabajos de Coloquio Nacional organizado por la Universidad y Colegio de los abogados de Marrakech* los días 27 y 28 de enero de 2006, pp.243 y ss.

aplicada no haya sido el CF o el Derecho islámico. No obstante, deben constar en la decisión extranjera los hechos y las consideraciones en las que se basa la autoridad extranjera para la disolución del matrimonio, para que el TPI marroquí pueda valorar la causa de disolución. Y, de otro lado, es imprescindible que la decisión extranjera reúna las condiciones establecidas en los arts. 430 y 431 del CPC⁶⁷⁷.

En cuanto a la aplicación del art. 128 del CF, los jueces marroquíes examinan los hechos y los fundamentos de Derecho para comprobar que la causa de disolución del matrimonio no es incompatible en el CF, aunque tenga una denominación diferente⁶⁷⁸. Así, el TS considera que: *“si la decisión extranjera contiene la causa por la que se declara la disolución del matrimonio, consta que ha existido la fase de reconciliación y se salvaguardan los derechos (económicos) de la esposa y de los hijos, se ha demostrado que el esposo fue quien solicitó la disolución y que el Tribunal dio respuesta a su demanda y no hay otro aspecto que pueda ser contrario al orden público marroquí, la decisión marroquí que homologa la sentencia extranjera no contiene ninguna vulneración del ordenamiento marroquí y está justificada suficientemente”*⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ En este sentido, es innegable el esfuerzo de algunos jueces en ampliar la interpretación de la ley, para dar efecto a las sentencias extranjeras, sea respecto a las causas de disolución del matrimonio, o respecto a los términos empleados en las mismas. Así, el TA de Nador después de recibir la demanda del reconocimiento de una sentencia holandesa respecto a *talaq*, - aunque no se especifican las causas de disolución del matrimonio por esta modalidad, ni se menciona que haya tenido lugar la necesaria reconciliación-, decide homologarla de forma parcial, en lo relativo a la extinción del vínculo personal del matrimonio por *tatliq*, tal como lo solicitó la demandante [STA núm. 336, de 23 de noviembre de 2004 (Exp. núm. 262/04)].

⁶⁷⁸ Si bien hay quien ve en este artículo una solución a la disolución del matrimonio de los MRE, otros interpretan que es una complicación añadida, sobre todo, el segundo párrafo -que remite a las disposiciones del CPC-, que constituye en sí una ambigüedad y un margen para intervenir de distintas maneras. Por tanto, prefieren la situación anterior -cuando regía el CEP y se aplicaban los convenios firmados-, que daba una respuesta más sencilla al *exequátur*. Véase K. BARJAWI: “Taqiim Mudawwanat Alusra Min Zawiat Alqanun Addawli Aljass”, *Almurafa’a*, nº 16, octubre, 2005, pp. 68 y ss.

⁶⁷⁹ La decisión del TS, de 30 de marzo de 2005, confirma otra decisión del TA de Nador, que admitió el *exequátur* de una sentencia del TPI de Rotterdam sobre disolución del matrimonio de dos personas marroquíes. En concreto, el TS considera que la alegación basada en que la sentencia holandesa ha violado las reglas del CF, no tiene fundamento porque el Tribunal holandés ha respetado todas las reglas, tanto de forma como de fondo, para la disolución de la relación conyugal prevista en el CF. Véase la Sent. núm. 188 [Exp. núm. 622/2/1/2004],

Una tendencia confirmada en la decisión del TS, de 15 de junio de 2005, que ratifica la decisión del TA de Nador que concedió el *exequátur* de una sentencia del Tribunal de Outrikht (Holanda)⁶⁸⁰. Asimismo, en la sentencia del TPI de Berkane resuelve favorablemente la petición de *exequátur* de una sentencia de disolución de matrimonio *tatliq* dictada por el TPI de Louvain (Bélgica), sin examinar los términos de la sentencia sino el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Derecho marroquí⁶⁸¹.

De otro lado, el TA de Rabat ha reconocido, en su decisión de 17 de abril de 2006 una sentencia belga de divorcio de una mujer marroquí musulmana de su marido belga no musulmán, a pesar de que el matrimonio no es válido en el Derecho marroquí⁶⁸². Por su parte, la STS, de 24 de marzo de 2004, no estima el recurso contra la decisión del TA de Khibga, que había denegado el *exequátur* a una sentencia francesa, por resolver el divorcio de dos esposos marroquíes –a petición de la esposa- partiendo del hecho de que el esposo tenía como objetivo contraer matrimonio para residir en Francia⁶⁸³.

jurisprudencia del TS, núm. 63. p. 112. Véanse, STS, núm. 188, de 30 de marzo de 2005 [Dossier núm. 622/2004] y STS, núm. 333, de 15 de junio de 2005, [Dossier núm. 688/2004].

⁶⁸⁰ Aquella sentencia resolvió el divorcio por *chiqaq* como “*imposible continuidad de la vida conyugal entre las dos partes*”. Véase la Sent. núm. 333, [Exp. núm. 668/2/1/2004], jurisprudencia del TS núm. 63, p. 126.

⁶⁸¹ STPI de Berkane de 13 de septiembre de 2012 [Exp. 12/1379 Sentencia núm. 1686(inédita)].

⁶⁸² El TA consideró que la decisión extranjera de extinción del matrimonio era equiparable a la anulación del matrimonio, al tratarse de un matrimonio nulo para el Derecho marroquí, que prohíbe el de una musulmana con un hombre que no profesa esta religión. Véase, en este sentido, la Sent. núm. 106 (Exp. núm. 30/2006/10), *Revista de jurisprudencia de familia*, núm. 3, pp. 127 y ss.

⁶⁸³ Argumentó su decisión por la causa del divorcio mencionada en la sentencia francesa, y que fue contraria al orden público marroquí, por basarse en “*que el esposo solo pretendía mediante el matrimonio regular su situación administrativa, y por tanto, obtener la documentación para residir en Francia...*” Sent. núm. 156, [Exp. núm. 453/2/1/2003 (inédita)].

Si bien el Tribunal extranjero decidió el divorcio bajo control judicial entre dos esposos marroquíes, por la falta de intención de los esposos (o de alguno de ellos, al menos) de formar una familia, es compatible con la anulación del matrimonio por falta de un elemento esencial del matrimonio (la constitución de una familia), de acuerdo con el art. 4 del CF. Ahora bien, la denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera no impide la extinción del matrimonio por *tatliq chiqaq* –p. ej.–, siempre que las dos partes en el matrimonio de conveniencia no deseen convivir por la existencia de desavenencias⁶⁸⁴.

Por todo ello, la jurisprudencia marroquí ha de revisar su posición respecto a las sentencias extranjeras de disolución del matrimonio, en los casos de matrimonio de conveniencia para evitar las dificultades a las que se enfrentan los MRE⁶⁸⁵.

Ahora bien, los tribunales marroquíes gozan de amplias facultades (de conformidad con el art. 128 del CF) para denegar la homologación, si los hechos o la fundamentación jurídica de la decisión extranjera no convencen al Juez de la existencia de una causa, que justifique la extinción del matrimonio según el CF. Es más, tras la entrada en vigor del CF, el TS exige -aunque sea de forma implícita- que sean respetadas las reglas de la doctrina *Malikí* en la que se inspira el CF⁶⁸⁶. Así, en las decisiones, de 30 de marzo y 15 de junio de 2005 -*supra* citadas-, se concede el *exequátur* a la sentencia extranjera, porque el esposo solicitó el divorcio y su petición fue aceptada ante el Tribunal extranjero, puesto que el divorcio es una facultad del

⁶⁸⁴ Es interesante citar una Sent. del Juzgado de Familia de Tarragona [Exp. núm. 293/2008], relativa a la disolución del matrimonio de dos personas de mutuo acuerdo, cuyas condiciones se han fijado anteriormente en un acta firmada por ambas. Destaca que los MRE recurren a determinados medios –el acta previa al divorcio- para evitar que no sean reconocidas sus decisiones. Sin embargo, en principio, la homologación en Marruecos de esta decisión extranjera de divorcio no debe tener ningún problema, al no ser incompatible con el orden público y haber respetado las causas de disolución que prevé el CF, en concreto, el *talaq bilitifaq* (mutuo acuerdo). Recuérdese que se trata de una modalidad de disolución del tipo *talaq*, pero no puede considerarse un repudio, en la medida en que se solicita por el acuerdo de los cónyuges (véase el Cap. Segundo).

⁶⁸⁵ Véase, M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 289 y ss.

⁶⁸⁶ Véase O. ALJIDI, *Alu’urf Wala’amal Fi Aladhab Almaliki*, Matba’at Fdala, 1982, p. 225.

esposo, y que manifestó por el abandono del domicilio conyugal, según se desprende de la sentencia extranjera⁶⁸⁷.

De otro lado, la sentencia del TS, de 1 de noviembre de 2006, estima que: “*las circunstancias que se indican en la sentencia extranjera se refieren a validez del matrimonio, sin que se haya declarado su disolución por ninguna de las causas que señala el CF*”⁶⁸⁸.

El legislador ha expresado de forma clara en el art. 128 del CF que ningún Tribunal podrá denegar el *exequátur* de una sentencia extranjera, salvo que concurra uno de los siguientes motivos: que sea incompatible con el orden público marroquí o haya privado a una de las partes de su derecho de defensa. Tampoco puede ponerse en tela de juicio la adecuación de los hechos, la suficiencia de la argumentación, ni los medios de prueba o la referencia al Derecho marroquí sobre la disolución del matrimonio⁶⁸⁹. Ahora bien, será preciso que la decisión extranjera reúna las condiciones requeridas en los arts. 430-432 del CPC y se siga el procedimiento establecido.

Por tanto, tras la entrada en vigor del CF, los TPI marroquíes no realizan el control de la competencia legislativa, que impide el reconocimiento, porque en la mayor parte de los sistemas de DIPr de los países extranjeros de residencia de las personas marroquíes, la disolución del matrimonio se regula por la ley de la residencia habitual⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ Ello se interpreta según el concepto del TS que la disolución del matrimonio que resolvió el Juez extranjero en estas dos situaciones, es un tipo de “*talaq*”. Aunque esta institución puede ser desconocida o no reconocida en el sistema jurídico del país extranjero cuya sentencia fue pronunciada.

⁶⁸⁸ Por ello, no se casa la decisión del TA de Uxda, que había denegado el *exequátur* de la sentencia del TPI de Rotterdam [STS núm. 605, Exp. núm. 253/2/1/2005 (inérita)].

⁶⁸⁹ Véase, *Dalil A’amali limudawwanate alusra*, Ministerio de Justicia, publicaciones de la Asociación de publicación de la información jurídica y judicial, núm. 1, Rabat, 2004, p.87.

⁶⁹⁰ En esta línea, puede criticarse la reforma del art. 107 del Cc operada por el legislador español en 2003, que consistió en aplicar la ley de la residencia habitual a las personas extranjeras para presentar las demandas de disolución del matrimonio, porque no hubiera sido necesario modificar la referida norma de conflicto, dado que la ley marroquí se estaba

B) Ámbito de aplicación restrictivo

Tras la entrada en vigor del CF, por vez primera se toma en cuenta en el art. 128 la situación de los MRE –que no contemplaba el antiguo CEP- en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras de disolución del matrimonio. Ahora bien, esta disposición se refiere a los supuestos que prevé el art. 71 del CF y, por ello, no permitiría reconocer sentencias extranjeras respecto a cualquier asunto referido al estatuto personal y familiar⁶⁹¹.

El CF ha delimitado las decisiones que pueden homologarse en Marruecos relativas a la disolución del matrimonio, lo que no conlleva impedir el reconocimiento de la decisión extranjera pronunciada en asuntos distintos (sentencia extranjera relativa a la determinación de la filiación o a su impugnación, sobre la pensión alimenticia o la atribución de la *hadana*), sino que su ámbito se limita a las sentencias de anulación o disolución de la relación matrimonial en determinados casos⁶⁹².

Si se trata de una decisión extranjera sobre capacidad, filiación, custodia, testamento, restitución de menores trasladados de forma ilícita, responsabilidad parental o pensión alimenticia, se someten al sistema previsto en el CPC y en los convenios, en particular, en el caso de España, los concluidos el 30 de mayo de

modificando también en ese momento, con la finalidad de ampliar las formas de disolución del matrimonio. Como es sabido, en Marruecos, el actual CF permite a la mujer solicitar la disolución de su matrimonio por mutuo acuerdo o por la existencia de desavenencias en la pareja (véase el Cap. Segundo). Para una visión crítica de la reforma del art. 107 del Cc véase, G. ESTEBAN/T. SAGHIR: “Reconocimiento en Marruecos...”, *loc. cit.*, pp. 519 y ss, y A. RODRÍGUEZ BENOT: “Tráfico externo derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español” en *AAVV La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, 2002, pp. 21-27.

⁶⁹¹ Véase, Y. FARISI: “Qira’a fi almaddat 128 min Mudawwanat alusrat...”, *loc. cit.*, pp.243 y ss.

⁶⁹² La sentencia extranjera de divorcio por *chikaq* y por acuerdo de ambas partes no es contraria ni al art. 128 del CF, ni al orden público [STS núm. 312, de 17 de mayo de 2006 (Exp. núm. 672/2/1/2005)].

1997⁶⁹³. Así, el art. 128 del CF ha acotado el tipo de sentencias extranjeras que pueden reconocerse en Marruecos sin que sea necesario realizar el control de la competencia legislativa, que son sólo las relativas a la disolución del matrimonio (por las causas que establece el CF) y no otras, cuya homologación ha de realizarse de conformidad con el CPC, así como los convenios relativos al estatuto personal y familiar⁶⁹⁴.

C) Relación del art. 128 del Código de Familia con el Código de Procedimiento civil y con los convenios

Llama la atención la relación que presenta el art. 128 del CF con los arts. 430-432 del CPC, así como con los convenios suscritos por Marruecos en materia de reconocimiento y, en particular, con respecto al Convenio hispano-marroquí, de 30 de mayo de 1997, sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa⁶⁹⁵. Si bien un sector de la doctrina señala que el art. 128 del CF no es de aplicación en las relaciones hispano-marroquíes, sino el referido Convenio bilateral⁶⁹⁶,

⁶⁹³ Véase, M. LOUKILI: "Régimen jurídico...", *loc. cit.*, pp. 287 y ss. Entre otros, consúltese S. ADRIWACH: "Kayfa Naqra'e Muqtadayat Tanfid Alahkam Alaynabiya A'ala Daw'e Almadda 128 Min Mudawwanat Alusra", *Mayyalat Alqada'e Walqanun*, nº 152, pp. 60 y ss.

⁶⁹⁴ Véase, I. BAHMANI, *Ala'amal Alqada'i Fi Qadaya Alusra...*, *op. cit.*, p. 161 y Y. FARISI: "Qira'a fi almaddat 128 min Mudawwanat alusrat...", *loc. cit.*, pp. 243 y ss.

⁶⁹⁵ *BORM*, de 25 de junio. Si bien España y Marruecos tienen suscrito otro Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, también de 30 de mayo de 1997, se analiza el primero, al tratarse de un convenio general, en comparación con el convenio especial en el ámbito del reconocimiento de los derechos de guarda y visita, que no se analizan de forma específica en esta investigación (*BORM*, de 24 de junio). Véase en materia de reconocimiento, S. ADRIWACH: "Kayfa Naqra'e Muqtadayat...", *loc. cit.*, pp. 65 y ss.

⁶⁹⁶ Desde su independencia, Marruecos ha suscrito un importante número de convenios y se ha incorporado a una multitud de tratados en el ámbito del Derecho, entre ellos, el Acuerdo relativo a la prestación de alimentos (*BORM* nº 2467, de 7 de mayo de 1960) y el Acuerdo respecto a la responsabilidad parental y protección de menores de La Haya de 1996 (*BORM* nº 5108, de 15 de mayo de 2003). Asimismo, entre otros acuerdos bilaterales, cabe citar la convención entre Marruecos y Francia de 1981 respecto al estatuto personal y familiar y la convención entre Bélgica y Marruecos sobre reconocimiento de decisiones judiciales, de 26 de junio de 2002.

hay que destacar que: en primer lugar, si se toman en cuenta las particulares relaciones entre el Derecho islámico y Derecho positivo en el caso del ordenamiento marroquí, el Derecho revelado tendrá preferencia, pues las materias reguladas por el CF están comprendidas en la *Sharia'a*⁶⁹⁷.

De otro lado, la normativa convencional no desplaza a la estatal, sino que el procedimiento, así como las condiciones para reconocer decisiones extranjeras que prevén los arts. 430-432 del CPC constituyen un “régimen de mínimos” (véase *infra*)⁶⁹⁸. Y, en este marco, el art. 128 del CF es norma especial, no sólo en orden a eliminar el control de la competencia legislativa, sino que permite realizar una interpretación de la noción de orden público, que estará constituido por los principios que inspiran el CF y no tanto por un “orden público islámico”⁶⁹⁹. En tercer extremo, el art. 128 del CF se refiere a las actuales modalidades de extinción de la relación conyugal (art. 71 CF). Y, por último, se relaciona con los arts. 430-432 del CPC, cuya aplicación exige la no susceptibilidad de apelación/casación de acuerdo con lo establecido en la Ley, salvo casos especiales previstos en los arts. 130 y 134 del CPC⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ Véase, G. ESTEBAN/T. SAGHIR: “Reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio en el marco de las relaciones hispano-marroquíes”, C. MOLINA NAVARRETE/N. PÉREZ SOLA/G. ESTEBAN (coords): *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 513 y ss.

⁶⁹⁸ Véase, *Almuntaqa Min A'amal Alqada'e Fi Tatbiq Mudawwanat Alusra*, Alyuz'e Alawal, Manchurat Yam'iyat Nachr Alma'eluma Alqanuniya Walqadaiya, Silsilat Achuruh Wadalail, nº 10, Fabrayr 2009, p. 35.

⁶⁹⁹ Esta interpretación no es seguida en la doctrina, sino que se considera que el art. 128 del CF introduce una condición adicional para el reconocimiento, de forma que la autoridad marroquí ha de verificar que la causa de la disolución del matrimonio es compatible con las que recoge el CF. Véase M. LOUKILI, “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, p. 298 y ss. Ahora bien, este autor señala que, quizás, la finalidad de la nueva regulación ha sido llamar la atención de las autoridades marroquíes sobre la necesidad de conceder a las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio el mismo trato que a las demás en relación con su reconocimiento en Marruecos, sin que se supedite a que las autoridades extranjeras sean musulmanas o a que el Juez extranjero haya aplicado el CF (p. 296).

⁷⁰⁰ Véase en este sentido, A. TOUFIQ, *Qanun Almistara Almadaniya Ma'a Akhir Atta'edilat*, Dar Athaqafa, 2002, p. 55.

2. DESAPARICIÓN DEL PODER DE REVISIÓN DE LA DECISIÓN EXTRANJERA

A) El sistema de revisión

Es conveniente tratar la diferencia entre dos sistemas: el primero es “de control”, en el que el TPI se conforma con verificar las condiciones que ha de reunir la decisión extranjera para decidir su homologación, porque se basa en la autoridad de cosa juzgada de dicha decisión, que ha de ser respetada en el ámbito internacional. Este método es el más práctico, de hecho se le califica como un sistema sencillo, económico y ayuda a consolidar las relaciones internacionales. El segundo es el “sistema de revisión”, cuya característica primordial es exigir que el TPI revise tanto los hechos de la sentencia extranjera, los argumentos y las pruebas presentadas, como el Derecho aplicado por el Juez extranjero, así como el fondo de la decisión⁷⁰¹.

En todo caso, la autoridad marroquí puede reconocer la sentencia extranjera de forma parcial, si no es contraria al orden público. Ahora bien, se trata de un sistema, que no permite entablar relaciones internacionales y, por ello, se ha abandonado de forma definitiva. Así lo confirma la jurisprudencia en más de una ocasión, cuando opta por conformarse con el sistema de control, sin recurrir al método de revisión⁷⁰². Como se sabe, si bien el legislador se ha basado para establecer este sistema en el art. 19 del *Dahir* sobre el estado civil de los extranjeros, no se ha aplicado en Marruecos íntegramente, ni tan siquiera cuando se adoptó la citada disposición en 1913.

Actualmente, el legislador marroquí se conforma con el sistema de control, porque no incluye en las condiciones fundamentales la revisión de fondo de la decisión extranjera. Pese a las críticas formuladas cuando tuvo lugar la adopción del *Dahir*, de 27 de septiembre de 1957, -que crea el TS-, del art. 13 pár. 1º, que cita entre los

⁷⁰¹ Por tanto, todo depende de su perspectiva de los hechos y de los fundamentos de Derecho, para valorar el caso y decidir reconocer o denegar la decisión extranjera. Por ello, la demanda de reconocimiento es, más bien, una nueva demanda.

⁷⁰² Véase, M. ALKHADRAWI, (Juez del TPI de Abi Alja'd): “Taadil alahkam alajnabiyat bisighat attanfidiya”, *Mayyalat Muhakama*, núm. 1, september de 2006, pp. 60 y ss.

motivos de casación: “*la violación de la ley extranjera relativa al estatuto personal*”, no debe de ser sobrevalorado. Ha de destacarse que el valor devuelto a la ley personal confirma claramente la importancia y el privilegio todavía asociado con el respeto de los estatutos extranjeros en un sistema fuertemente marcado por la personalidad de la ley.

Sin embargo, posteriormente, se introdujeron modificaciones en el sistema marroquí de DIPr, que reducen de forma notable el ámbito de actuación de la ley extranjera. Ahora bien, lo esencial para la evolución y el futuro de un sistema se encuentra en este sentido y no en el hecho de que la aplicación de la ley personal esté controlada al máximo nivel. A pesar de que no se produjera “una revolución” en los primeros años de la independencia, la importancia acordada por el sistema a la ley extranjera del estatuto personal no era más floreciente que antes⁷⁰³. Así, el verdadero cambio que tuvo lugar tras la independencia reside en la limitación progresiva del imperio de la personalidad de la ley⁷⁰⁴.

Así, el control instaurado en 1957 ante el TS no sería, pues, interpretado como un logro de la personalidad de las leyes, sino como una aplicación pasajera y tardía y un último sobresalto de una tradición en un periodo de transición, en el que coexistían los últimos avances de la tradición personalista y los primeros síntomas de un desarrollo que acabaría pronto. Además, cabe interrogarse sobre la importancia de ese control si, por otra parte, el sistema no impide a la ley extranjera del estatuto personal cesar de reducirse, en nombre de una política que actúa contra las soluciones personalistas elaboradas bajo el Protectorado.

⁷⁰³ Si bien en los primeros años de la independencia, los principios de DIPr marroquí permanecieron estables, el *Dahir*, de 24 de abril de 1959, sometió a los extranjeros musulmanes a los tribunales de *chra'a* y a la *Mudawwana*, lo que se interpretó por algunos autores como una laguna, en cuanto a su aplicación a todo musulmán, aunque esté regido en su país de origen por una ley civil. El mismo motivo que lleva a dichos autores a no alabar la aportación o el contenido de esa evolución. *Ibid*.

⁷⁰⁴ Véase, J. DEPREZ: “La réforme de l’organisation judiciaire et la procédure au Maroc et le Droit international privé (deuxième partie)», *RJPEM*, 1978, vol. 4, pp. 49 y ss; y A. ALMOSTAFA: «Le DCC et le concept d’ordre public», *Al Moulhaq Alqada’i*, nº 12-13, avril, 1984, pp. 256 y ss.

La evolución real del sistema marroquí de DIPr se mide en la apertura eficiente hacia la ley extranjera y no en el control de su interpretación. La tendencia es hacia la atenuación de la tradición de la personalidad de la ley que hacia su incremento⁷⁰⁵. Ahora bien, el control del TS sobre la aplicación de la ley extranjera, que se presentó en doctrina como un perfeccionamiento, no ha durado más de diecisiete años y desapareció en la primera ocasión ante el silencio del legislador⁷⁰⁶.

B) Interpretación del art. 430 del Código de Procedimiento civil

El recuerdo de una tradición personalista permite afirmar que los litigios en el ámbito del estatuto personal exigen el respeto del Derecho extranjero cuando es el declarado aplicable. Cualesquiera que sean las razones que han conducido al cambio que tuvo lugar mediante el CPC de 1974, el legislador puso fin a un privilegio reconocido a la ley extranjera. En palabras de M. Rachid, el CPC de 1974 no aporta mayor innovación a la teoría de *exequátur* en Marruecos, excepto -precisamente- la supresión del poder de revisión⁷⁰⁷. Las condiciones generales del *exequátur* enumeradas en el art. 430 del CPC no plantean dudas, salvo la expresión utilizada por el legislador al referirse a la condición más clásica.

Se observa también que la dualidad de textos consagrados al *exequátur* (art. 19 del DCC y 290 del antiguo CPC), situados en adelante en un único y mismo régimen, no excluye evidentemente la existencia de regímenes particulares derivados de los convenios. La principal consecuencia relacionada con la antigua distinción es la posible

⁷⁰⁵ No sorprende que si hubiera fácilmente renunciado en 1974 lo que se instauró en 1957, el art. 359 del CPC hubiera apuntado entre las causas que pueden fundamentar una apelación ante el TS "*la violación de la ley interna*".

⁷⁰⁶ Según la teoría de J. DEPREZ, sería atrevido decir que el legislador en la nueva fórmula del texto (art. 359), pretendió situar en el mismo rango que cualquier otra ley extranjera, a la ley de estatuto personal. Lo que significa que el privilegio reconocido anteriormente a la ley de estatuto personal no se adecua con el espíritu del nuevo DIPr marroquí.

⁷⁰⁷ El *exequátur* fue ampliamente tratado por M. RCHID en su tesis doctoral sobre, *L'exequátur des jugements étrangers en droit international privé marocain (du Protectorat à 1972)*, Faculté de Droit de Rabat, juin 1975 (inédita), p. 115.

revisión que fue establecida en el caso del *exequátur* en el art. 290 del CPC, cuando fue expresamente descartada del art. 19. Ahora la distinción puede subsistir en el régimen eventualmente diferente, resultado de una u otra convención, pero su significado no sería el mismo, debido a que el Juez marroquí no puede proceder a la revisión del fondo de la decisión extranjera. Sin lugar a duda, la codificación de 1974 es una novedad legislativa en materia de reconocimiento, pese a que el poder de revisión no permanece formalmente excluido, puesto que el sistema anterior lo admitía y lo preveía en el art. 19.

El actual art. 430 del CPC, limita los poderes del Juez a lo que establece explícitamente, al descartar toda facultad de revisión respecto al fondo. Si bien el cambio es importante a nivel teórico, no se efectúa a nivel práctico, porque el poder de revisión no fue nunca empleado por los tribunales marroquíes, y no ha dejado secuelas en la jurisprudencia. Es significativo, porque marca el abandono de una concepción introducida bajo el Protectorado y bajo la influencia del modelo francés en una época en la cual la teoría francesa del *exequátur* permitía un gran margen para la revisión de fondo⁷⁰⁸.

Sin embargo, es sabido que, desde aquel tiempo, la jurisprudencia francesa excluyó la posibilidad de revisar la decisión extranjera. No es, por ello, sorprendente que el legislador marroquí, a su vez, se prescinda de dicho control con ocasión de la derogación del CPC de 1913.

Esta evolución legislativa podrá explicarse, no sólo por un cambio en la filosofía del sistema, sino, más bien, por la preocupación de reducir la función del TS de un cierto número de apelaciones y de la ardua tarea de interpretación del Derecho

⁷⁰⁸ Véase A. BELMIR: "Alahwal Achaksiya Lilajanib Fiattachri'e Almaghrebi, Arrawabit Ala'ailiya" *Manchurat Jam'iyat Tanmiyat Albuhuth Waddirasat Alqadaiya*, Matba'at Assahil, Rabat 1989, pp. 2 y ss, y N.AHRIF, *Les conflits de lois en matière de mariage en droit international privé marocain*, DES, Droit privé, Rabat, 1963, pp. 55-56.

extranjero⁷⁰⁹. De hecho, la solución recogida por el *Dahir* de 1957 conducía a una anomalía, porque la ley extranjera del estatuto personal se beneficiaba de un doble privilegio, -sea en su aplicación o en su interpretación-, que cualquier otra ley extranjera, precisamente, por ser la ley que regía el estatuto personal del extranjero.

Se concibe que un sistema jurídico organice o, al contrario, rechace el control de su más alta jurisdicción sobre la interpretación de las leyes extranjeras, en algunos aspectos que le sean aplicados en el conflicto de leyes. Pero, se comprende menos, rechazando, en principio, este control (lo que siempre sucedió en Marruecos), lo conserva excepcionalmente en materia de estatuto personal, salvo si razones particulares conducen a tal derogación⁷¹⁰.

Ahora bien, si esas razones han podido ser consideradas en 1957 como todavía suficientemente positivas, en una época en la que la personalidad de leyes heredera del Protectorado no fue francamente puesta en marcha, no es lo mismo ahora cuando ya no se duda en restringir el alcance de la ley personal extranjera, y esto, tanto en las soluciones positivas de la ley o de la jurisprudencia como en ciertas tendencias doctrinales.

Desde entonces, el estatuto personal extranjero ya no se beneficia de la misma aplicación integral que en los tiempos del Protectorado. Es más, el “sistema marroquí de conflicto de leyes” tiende a normalizarse mediante el recurso a las técnicas habituales del orden público, la calificación *lege fori* y el retorno a una territorialidad normal del ordenamiento del foro. No existen ya razones para reservar a la ley

⁷⁰⁹ Pero, cualquiera que sea la explicación real, se integra fuertemente en la evolución general del sistema marroquí de DIPr desde hace una quincena de años, es decir, la tendencia para abandonar la singularidad y las anomalías ligadas a una concepción particularmente amplia de personalidad de leyes ahora en retroceso.

⁷¹⁰ Véase M. ABOUD: “Zaway Alayanib Bilmagreb”, *Mayyalat Almuhamat Tusdiruha Haye’at Almuhamin Bilmaghreb*, nº 1, november, 1968, pp. 9-14., y *Mayyalat Alqada’e Walqanun* núm. 135 y 136, 1986, p. 137.

extranjera del estatuto personal un régimen particular, que no tienen otros ámbitos en el sistema de DIPr marroquí⁷¹¹.

Por último, si bien la teoría del orden público marroquí en el seno de la doctrina del Protectorado fue restringida e, incluso, rechazada, hoy en día es un principio más del que dispone el Juez siempre que valore oportuna su utilización. Para poner de relieve así, que no existen motivos que puedan justificar la negación de un orden público propio (de Marruecos).

IV. CONDICIONES PARA EL RECONOCIMIENTO

1. COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD EXTRANJERA

A) Control de la competencia general y especial

El reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio se supedita al cumplimiento de un conjunto de condiciones, que se indican en los arts. 430-432 del CPC de 1974 y que son verificadas por el TPI en el procedimiento correspondiente (véase *infra*)⁷¹². Ahora bien, a estas condiciones se

⁷¹¹ Si bien la ley personal había perdido paulatinamente los privilegios reconocidos respecto al orden jurídico del foro ya no se justifica que se continué beneficiando, ante el TS, de aspectos que en otra parte le han sido rechazados. Por tanto, esa ley ya no puede continuar a regirse bajo la condición común exigida por la ley extranjera y por el sistema interior. Libremente interpretado, un control al más alto nivel sobre la interpretación del Derecho extranjero hubiera permitido asegurar una mejora de la justicia. Ahora bien, el argumento no es propio de la materia de estatuto personal, inaceptable por toda ley extranjera, sea cual sea su ámbito de aplicación. Véase, J. DEPREZ: "La réforme de l'organisation judiciaire et la procédure au Maroc et le Droit international privé (deuxième partie)", *RJPEM*, 1978, vol. 4, pp. 49 y ss.

⁷¹² El sistema marroquí de DIPr no prevé que el reconocimiento de los matrimonios celebrados por autoridades extranjeras (con la excepción de lo dispuesto por los nuevos arts. 14 y 15 del CF) ni la homologación de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio tenga lugar de forma automática, sino mediante un procedimiento específico, a través del cual se verifica el cumplimiento de las condiciones establecidas en los arts. 430-432 del CPC de 1974. Véase en este sentido, A. OUNNIR: «La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Maroc», *Estudios e Informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén (2005-2006)*, OPIJ, Comares, Granada, 2008, pp. 451 y ss.

suman las establecidas en los convenios suscritos por Marruecos y, en particular, en el convenio general sobre reconocimiento firmado con España de 1997 si la decisión procede de este país⁷¹³. Su ámbito de aplicación es amplio, de tal forma que comprende las decisiones de disolución del matrimonio, aunque no se refiere a los matrimonios (certificados)⁷¹⁴.

Así, la competencia tanto judicial como legislativa se incluye en las condiciones de fondo. En los términos del art. 430 del CPC, una decisión extranjera no es susceptible de reconocimiento en Marruecos, salvo si es pronunciada por un tribunal competente⁷¹⁵. En todo caso, es preciso verificar la competencia del Tribunal extranjero, al tratarse de una condición que indica tanto el convenio bilateral citado como el CPC de 1974. En concreto, el art. 430 del CPC requiere que la decisión

⁷¹³ Si bien la aplicación de la normativa de origen convencional es preferente en el sistema marroquí (al igual que en el ordenamiento español), las exigencias que indica el legislador de Marruecos en los citados artículos del CPC de 1974 no pueden ser preteridas, ni tan siquiera por la existencia de un convenio suscrito por Marruecos en el ámbito de la homologación de las decisiones extranjeras. Véase, M. LOUKILI: "Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas relativas al estatuto personal y familiar" en, AAVV, *Inmigración e integración de los inmigrantes desde una perspectiva hispano-francesa (en el contexto de las actuales políticas comunitarias sobre inmigración)*, Comares, Granada, 2010, pp. 28 y ss. En todo caso, el convenio permitirá, si no es clara la interpretación de alguna de las condiciones que prevé el CPC, su interpretación de conformidad con el sentido dado en el convenio. Sucede de este modo en el caso de la condición que consiste en el control de la competencia de la autoridad de origen, que también recoge el convenio hispano-marroquí de 1997 en el art. 23. Ahora bien, esta disposición determina que dicho control ha de realizarse de conformidad con el ordenamiento del país de la autoridad extranjera, en la medida en que el texto convencional no ha recogido foros de competencia indirectos y, en este sentido, la doctrina señala que ha renunciado a realizar un control específico de la competencia de la autoridad del Estado de origen de conformidad con el Derecho marroquí, siempre dejando a salvo los foros que tienen carácter exclusivo en el sistema marroquí de DIPr. La decisión que se pronuncie por una autoridad extranjera que no haya respetado los citados foros de competencia, no será reconocida en Marruecos.

⁷¹⁴ El reconocimiento de los matrimonios en Marruecos tiene lugar a través del *exequatur*, salvo que un convenio internacional prevea un sistema automático. Sin embargo, el convenio bilateral con España no incluye en su ámbito estas decisiones. En todo caso, el reconocimiento en España de los matrimonios celebrados en el extranjero se realiza de forma automática, por el encargado del RC, para el caso de que el matrimonio accede al mismo según lo que indican los arts. 15 y 16 de la LRC.

⁷¹⁵ STPI de Berkane de fecha 13 de septiembre de 2012 [Exp. 12/1401, Sent. núm. 685 (inédita)].

extranjera sea “*pronunciada por un tribunal competente*”⁷¹⁶. Sin embargo, el legislador no aclara si se trata de la competencia internacional o también de la interna (véase *infra*).

Otra cuestión que se suscita respecto a la competencia del tribunal extranjero, es saber qué ordenamiento la determina. Por ello, se diferencia entre la competencia general y la especial de la autoridad extranjera. La primera es la competencia de la autoridad del país del que procede la decisión cuyo reconocimiento se solicita. La solución unánimemente admitida en la doctrina coincide con la jurisprudencia que aprecia esa competencia según el ordenamiento del Juez requerido, esto es, el Derecho marroquí. En cambio, la competencia especial consiste en que, tras haber constatado la regularidad de la competencia internacional, el Juez del *exequátur* verifica si el tribunal que ha dictado la decisión es realmente competente en su propio país. El control de la competencia especial exige verificar la competencia objetiva y territorial⁷¹⁷.

B) Criterios para realizar el control de la competencia internacional

Esta condición se refiere a que la autoridad extranjera sea internacionalmente competente, de conformidad con los foros que establece el sistema de DIPr, pero la duda se centra en el criterio o criterios que permiten verificar la competencia internacional de la autoridad del país de origen. Esto es, se plantea la exigencia de que dicha competencia debe de controlarse conforme a los foros de competencia del ordenamiento del país del Juez extranjero que ha pronunciado la decisión, o basándose en otros criterios. Una cuestión difícil de determinar, debido a que lo habitual es que un Tribunal aplique su propio ordenamiento para declararse competente.

⁷¹⁶ Esta misma condición se recoge en el art. 23 del Convenio hispano-marroquí de 1997.

⁷¹⁷ Loi de 25 mars 1981 relative au règlement des conflits de lois en matière de dissolution du mariage et de séparation de corps et de la reconnaissance de celui-ci, Staats blad 1981 n°166 (texte français, *RCDIP*, 1981) (Ley de 25 de marzo de 1981 relativa al reglamento de conflicto de leyes en materia de disolución del matrimonio, de separación de cuerpos y del reconocimiento de éste).

En Marruecos, el *Dahir* de 1913 no recoge criterios de competencia internacional de los tribunales marroquíes. Asimismo, el nuevo CPC de 1974 no ha incluido ninguna disposición sobre este tema. No obstante, en el Derecho marroquí las reglas internas relativas a la competencia, previstas en los arts. 27 a 30, constituyen reglas de carácter general susceptibles de aplicarse -en materia de DIPr-, para determinar la competencia del Tribunal extranjero. Esto es, se adoptan las reglas de la competencia internacional aplicadas en Marruecos⁷¹⁸.

Así, se establece que el demandante ha de litigar en el lugar en el que tenga domicilio el demandado y en el ámbito de los bienes inmuebles, es competente el Tribunal del lugar en el que estén situados. También se admite la competencia en virtud del criterio de la autonomía de la voluntad (sumisión expresa y tácita)⁷¹⁹. Se trata de foros que tienen carácter exclusivo o concurrente, pero el hecho de que sean competentes los tribunales marroquíes no supone ineluctablemente la incompetencia de los tribunales extranjeros (desde la perspectiva del reconocimiento en Marruecos de sus decisiones)⁷²⁰.

No obstante, el control de la competencia interna plantea dificultades mayores que la internacional, con independencia de que es normal que la competencia objetiva o territorial corresponda al Juez extranjero, de conformidad con su propio ordenamiento procesal. Ahora bien, el Juez marroquí (del *exequátur*) tiene que comprobar la competencia del Tribunal extranjero tanto objetiva como territorial e internacional, a

⁷¹⁸ Se trata de un criterio aplicado por la jurisprudencia desde tiempos pasados. Así lo estableció el TA de Rabat, en la Sentencia de 2 de abril de 1928, que deniega el reconocimiento de una sentencia italiana, que no respetó el criterio de que “el demandante sigue al demandado”.

⁷¹⁹ Véase, I. BAHMANI, *Ala'amal Alqada'i...*, *op. cit.*, p. 19.

⁷²⁰ No obstante, si la competencia es exclusiva de los tribunales marroquíes, los tribunales extranjeros son incompetentes y, por consiguiente, sus decisiones no pueden ser reconocidos en Marruecos. Si la competencia es concurrente, las decisiones de los tribunales extranjeros pueden reconocerse en Marruecos. Véase R. ZEIDGUY: «Analyse de la jurisprudence», *Le code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, 2007, pp. 264 y ss; y A. JIRARI: «Alyaliya Almagrebiya Biljariye Waqadaya Alhala Almadaniya», *Almulhaq Alqadaie*, nº.3, 1980, pp. 145 y ss.

pesar de que, en los dos primeros casos, no pueden aplicarse las reglas establecidas por el legislador marroquí.

Si bien el art. 430 del CPC no ha dado respuesta clara y definitiva a esa cuestión, la jurisprudencia admite el control de ambas competencias. Ahora bien, la tendencia moderna se basa en que el Tribunal al que se pide el reconocimiento no deniegue la solicitud, aunque sea evidente el incumplimiento de una norma relativa a su competencia interna, porque es una cuestión, que ha de resolver el ordenamiento del país en el que se dictó la sentencia, esto es, lo importante es que tenga existencia jurídica en dicho país⁷²¹.

Se trata de una condición que puede ser resumida en que el Tribunal extranjero que pronunció la sentencia debe ser competente en virtud, tanto de las reglas relativas a la competencia judicial internacional aplicadas en Marruecos, como conforme a las reglas de competencia internas del ordenamiento extranjero⁷²². Como indica el CHM de 1997 en el art. 24, las resoluciones (...) tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio de la otra parte contratante, si la resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en el que ha sido dictada⁷²³.

⁷²¹ Sin embargo, la mayor parte de las legislaciones toman en cuenta el asunto y la autoridad del país que la ha dictado e, incluso, algunas controlan –como Marruecos– si el Juez extranjero es el competente en su propio país. En el momento actual, determinar la competencia del Presidente del tribunal comercial se realiza cuando la competencia para resolver el objeto de la demanda –en origen– es del tribunal comercial. Así, cuando se trate de una materia cuyo conocimiento haya correspondido al tribunal de comercio de origen, la competencia para reconocer la decisión extranjera corresponde en Marruecos al tribunal comercial. Véase, A. DARMICH: “Qimat alhukm alajnabiye bilmaghreb fi dawa’e atachria’e wa alitifaqiyate alqadai’a allati sadaqa aalayha almaghreb”, *Mayyalat Almuhamat*, núm. 20, 1982, pp. 48 y ss.

⁷²² Además, ha de tratarse de una autoridad judicial de un país reconocido por Marruecos. En este sentido véase, M. LAHSSAYNI/M. ALWARDI, *Alqanun Addawli Aljasse Lilmagreb Almustaqel*, Kuliyyat Alhuquq Rabat 1991-1992, p. 137; y A. ZOUIR: “Taadiil alahkame wa alouquode...”, *loc.cit*, pp. 80-103.

⁷²³ El CHM no recoge criterios de competencia indirectos, lo que sucede en muchos otros convenios firmados por España en el ámbito del reconocimiento, que recogen un catálogo de foros, que tienen la finalidad de verificar la competencia de la autoridad extranjera de origen cuando se solicita el reconocimiento de sus decisiones en el Estado requerido. Como destaca la doctrina, el hecho de que la autoridad marroquí competente para el reconocimiento tenga que

Cabe citar un interesante asunto, en el que se plantea el control de la competencia de la autoridad extranjera de origen belga, ante la que la madre marroquí de los menores había presentado una demanda en reclamación de la prestación de alimentos a favor de sus hijos contra el padre de los mismos. La ex esposa del padre de los menores presentó la demanda ante el TPI de Bruselas (Bélgica), que resuelve de forma favorable el derecho de los hijos a la referida pensión, pero es preciso que dicha decisión sea reconocida en Marruecos, al encontrarse el padre en dicho país. La interesada solicita el *exequátur* de la decisión ante el TPI de Nador, que la desestima. Sin embargo, recurre la decisión ante el TA, que reconoce la primera sentencia del Tribunal extranjero.

No obstante, la decisión es recurrida en casación por el marido⁷²⁴. El TS casa la decisión del TA, porque la sentencia belga se dictó por una autoridad incompetente territorial y objetivamente, al haber abandonado el demandado Bélgica para vivir de forma definitiva en Marruecos. Por tanto, la autoridad belga no tiene competencia para condenar a una persona, que reside fuera de dicho país, ni tampoco para obligarla al pago de una pensión alimenticia a favor de los hijos y privarla, incluso, del derecho de visita⁷²⁵.

verificar la competencia internacional e interna de la autoridad judicial de origen es una de las principales causas del retraso en la homologación de las decisiones extranjeras [véase, R. RUEDA VALDIVIA: "Las decisiones de divorcio y de separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos" en, S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 715 y ss].

⁷²⁴ STS núm. 35, de 13 de febrero de 2006 [Dossier núm. 20/2005/10, (inédita)].

⁷²⁵ Se deduce de este caso que, independientemente de la cuestión de fondo que trata, (aplicación del Derecho extranjero), se otorga a la esposa el derecho de impedir al padre de visitar a sus hijos. Así, la crítica de este juicio se fundamenta, en primer lugar, desvincular cualquier relación del progenitor con los hijos, (saber de sus condiciones de vida y velar por su educación), -lo que constituye un atentado contra el orden público marroquí y contra el CF-, en segundo lugar condenarlo al pago de una pensión a favor de los mismos. Véase, A. K. ELGEDDAWY: « Relation entre systèmes confessionnel et laïque en DIP », *Lib Dalloz*, Paris, 1971, pp. 53 y ss, y R. ZEIDGUY: «Analyse de la jurisprudence... », *loc. cit*, pp. 264 y ss, y M. ALKACHBOUR: "Ta'rif Qa'idat Attanazu'e Awe Alisnade" *Almanahije, Mayyalat Qanuniya Fasliya* nº. 9-10, 2006, pp. 18-25.

Por último, puede suceder que se solicite la homologación de varias decisiones pronunciadas sobre un mismo asunto por tribunales de diferentes países, siendo todos ellos competentes según las leyes de sus países. Si bien hay una constelación de opiniones e interpretaciones, la mayoritariamente aceptada considera que el Juez nacional debe aplicar la regla de competencia de su ordenamiento para determinar el tribunal competente y de ese modo, proceder al reconocimiento de una decisión o de la otra. Ahora bien, el CHM prevé otro tipo de soluciones, como se verá *infra*.

C) ¿Control del carácter religioso de la autoridad extranjera?

La valoración de la competencia de la autoridad extranjera se realiza en el momento de la homologación de la decisión en Marruecos. Si se trata de una decisión española, su competencia se controla de conformidad con el Derecho extranjero, sin que la autoridad marroquí deba poner limitaciones u obstáculos, previstos en el Derecho marroquí para denegar el reconocimiento bajo la consideración de falta de competencia internacional del tribunal español.

Sin embargo, la jurisprudencia marroquí ha tratado de limitar la competencia de las autoridades judiciales extranjeras para pronunciar sentencias en el ámbito de las cuestiones pertenecientes al estatuto personal de los marroquíes musulmanes residentes en el extranjero. Si bien la jurisprudencia no se centra, en particular, en las decisiones españolas, ilustra la mentalidad, que lleva al Juez marroquí, genéricamente, a denegar el reconocimiento de las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros⁷²⁶. Es más, los tribunales marroquíes han denegado el reconocimiento por el mero hecho de que los jueces que las pronunciaron no eran musulmanes.

⁷²⁶ El reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras, en particular, las que han sido pronunciadas en los países europeos en los que reside un gran colectivo marroquí, ha adquirido una gran trascendencia en la última década, por las dudas que plantea incluso por el propio Juez que se está mostrando cauto, tomando en cuenta los antecedentes relativos al principio de personalidad de la ley. Véase J.-Y. CARLIER/M. VERWILGHEN, *Le statut personnel des musulmans. Droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 298.

En efecto, una decisión del TS resuelve el recurso contra la sentencia del TA de Nador, que confirmó la sentencia del TPI para el *exequátur* de una sentencia alemana, alegando que el reconocimiento de la sentencia extranjera instituye un caso relacionado con el orden público marroquí, se trata de la disolución del matrimonio por *talaq* que condiciona el legislador, por testificar ante dos *adules*, y que no lo resuelva un Juez extranjero cuya confesión no es la musulmana. Además, la decisión anulada “no averiguó la falta de competencia del Juez extranjero para resolver la demanda presentada por la demandante marroquí en la que hace constar el perjuicio causado por el solicitante, pero sin acreditar dicho perjuicio alegado”⁷²⁷.

Cabe citar otras decisiones en la misma línea, entre ellas, las pronunciadas por el TA de Casablanca (de 8 de abril de 2004 y 29 de abril de 2004), en las que se deniega el *exequátur* a dos sentencias extranjera, una procedente de Francia y otra de Bélgica, porque “la sentencia extranjera declara la disolución del matrimonio por *talaq* de la apelante de su marido (el apelado), en un caso relativo a *talaq*, que el legislador exigió testificar ante dos *adules* y requirió su pronunciación por un Juez musulmán, con lo cual la disolución del matrimonio por este último afecta directamente al orden público marroquí”⁷²⁸.

⁷²⁷ Véase el discurso con ocasión de la apertura del TS al comienzo del año judicial 1967-1968, que analiza Bahnini, cuya importancia reside en que el Presidente del Tribunal incide en la construcción de un nuevo concepto de orden público marroquí independiente e inspirado en la *Sharia'a*, para aconsejar el abandono de la tendencia existente durante la época del Protectorado. Por último, llama al uso de la norma de conflicto como reflejo de la independencia del DIPr marroquí. Véase, A. BAHNINI: “Jitab Arra'is Alawal Lilmaylis Ala'ela Bimunasabat Iftitah Assana Alqadaiya”, *Mayyalat Qda'e Alusra* nº 2, 1968, pp. 20 y ss; y Sent. núm. 90 [Exp. núm. 212/2/1/2000], jurisprudencia del TS, núm. 59-60, de 24 de enero de 2001.

⁷²⁸ Sent. núm. 1765/1 [Exp. núm. 3401/1/3, inédita]. Sent. núm. 1221/1, [Exp. núm. 2877/1/03 (inédita)]. Véase, N. LAHLOU, *La condition de la loi étrangère en Droit international privé. Essai d'étude comparative du Droit international privé français et marocain*, Doct. d'Etat en Droit privé, Paris II, 1981, cit en *Le droit international privé dans les pays Magrébins*, Vol. I, Janvier-Juin, 1995, p. 166.

Es patente la postura de algunos Jueces, incluso tras la entrada en vigor del CF, respecto a las sentencias de tribunales europeos, que resuelven los conflictos en los que una de las partes es marroquí. Por ello, correspondería exclusivamente a los jueces musulmanes, resolver la disolución de relaciones matrimoniales entre marroquíes musulmanes, así como otros aspectos de la vida personal y familiar. Sin embargo, el TS ha percibido la gravedad de esa tendencia judicial y ha corregido esta postura⁷²⁹.

Así, después de que una sentencia del TA de Rabat denegara el *exequátur* a una sentencia de divorcio pronunciada por el TPI de Bruselas, basándose en que al TA no se le consta el cumplimiento de la condición del Islam en el Tribunal que la pronunció, y por consiguiente, la contrariedad con la norma que no permite la representación de un no musulmán a un musulmán⁷³⁰, el TS respondió que: *“el Derecho marroquí manifestó las condiciones que deben cumplirse para acordar el exequátur de una sentencia extranjera, y no excluyó las sentencias dictadas en materia de estatuto personal...”*. Lo que significa que: *“el TA, al añadir la condición de que se haya pronunciado la sentencia extranjera por un Juez musulmán, ha infringido la ley y expuso su decisión a casación”*⁷³¹.

Para valorar esta actitud, conviene relacionarla con dos cuestiones esenciales: en primer lugar, la creencia religiosa o laica del Juez extranjero no es una condición establecida por el Derecho marroquí, ni en los convenios de cooperación judicial. En segundo extremo, se concibe perfectamente la dificultad de comprobar la creencia de un Juez extranjero que instruye un determinado caso, incluso cuando se trata de una

⁷²⁹ Véase CH. CARDAHI: « La conception et la pratique du DIP dans l’Islam », *RCADI* 1937, T ; II, pp. 518 y ss, y A. AFAZZAZ: « Alyinsiya Min Mandour Alfiqh Alislmi Wattachr’e Almagrebi », *Mayyalat Almayadin* n° 1, 1986, pp. 95 y ss.

⁷³⁰ Sent. núm. 97/2393 (inérita).

⁷³¹ Sent. núm. 180 [Exp. núm. 277/2/99], jurisprudencia del TS, núm. 63, de 24 de abril de 2003. En efecto, el TA se comprometió a esa nueva posición del TS, de forma que mencionó en la decisión dictada en la misma causa, tras la remisión, que el legislador se refería con el *exequátur* a toda sentencia pronunciada en un país extranjero, sea islámico, cristiano o judío. Por supuesto, los jueces belgas, en principio, no se les exige la religión islámica para desempeñar su función judicial.

persona nacional de un país islámico, al ser el Islam la religión oficial. Por último, el hecho de supeditar el reconocimiento de una decisión a que haya sido pronunciada por una autoridad competente, considerando que ha de profesar la religión musulmana, es una condición que carece en la actualidad de lógica y razón.

Por ello, ha de considerarse superada en la práctica judicial, debido a la percepción que tienen los Jueces marroquíes de la voluntad del legislador, que evidentemente no es compatible con esta tendencia. Por tanto, para admitir el *exequátur* de una sentencia extranjera no se requiere cuestionar las creencias religiosas de quien la pronuncia, sino el cumplimiento de determinadas condiciones requeridas en el sistema de DIPr, así como la compatibilidad con los principios del Islam y el orden público.

Esta posición merece respaldo, porque se adapta a los principios del DIPr, cuya función es coordinar diferentes sistemas jurídicos respecto a todo tipo de causas. Aún así, la jurisprudencia exige que la autoridad extranjera respete el Derecho marroquí relativo al estatuto personal en las causas relacionadas con los marroquíes musulmanes residentes fuera del territorio marroquí (véase *infra*)⁷³². En todo caso, el DIPr en los países islámicos se ha marcado tradicionalmente por la religión, en la resolución de diferentes litigios -en especial del estatuto personal-. Como se ha señalado, al principio, en el mundo islámico no existían reglas de DIPr equiparables a las del Derecho europeo, sino se aplicaba la *Sharia'a*. Sin embargo, en dichos países se ha constatado la necesaria incorporación de normas propias de DIPr, conocidas en las diferentes legislaciones de los países occidentales, para dar respuesta a nuevas situaciones de carácter internacional.

Por último, la necesidad de incluir reglas de DIPr surgió cuando empezó el proceso de la colonización,-aunque anteriormente existieron tribunales en los Consulados que se encargaban de resolver los litigios entre los extranjeros-. Hasta entonces no se había detectado esta necesidad, puesto que las relaciones personales y familiares se

⁷³² Véase A. MOHAMMED, *Qanun Alachjass Aljassa A'abra Adduwal Aw Alqanun Addawli Aljass*, Fés, Kuliyyat Alu'ulum Aqanuniya Waliqtisadiya Waliytima'iya, 1983, H. SADEQ, *Tanazu'e Alqawanin*, Attaba'a Athalitha, Manchaat Alma'arif 1974, p. 165, y P. DECROUX: "Exequátur et exécution des décisions de justice au Maroc", *RMD*, 1956, pp. 56 y ss.

entablaban entre nacionales. Por tanto, la autoridad judicial no recurría habitualmente al Derecho extranjero, sino al Derecho nacional (islámico). En definitiva, se observa en la actualidad cierta renuncia de estas reglas, porque el Juez es cada vez más consciente de la necesaria adecuación de las normas del foro a otras internacionales (desde una perspectiva comparada amplia).

2. FIRMEZA DE LA DECISIÓN EXTRANJERA

A) Interpretación jurisprudencial flexible

Es frecuente que la firmeza (carácter de cosa juzgada formal) de la decisión extranjera sea una condición para su reconocimiento en la mayor parte de los sistemas de DIPr y, en particular, se trata de una condición exigida en el Derecho marroquí, así como en el CHM de 1997. Si bien en Marruecos se requiere la firmeza de la decisión extranjera, en el Derecho egipcio se exceptúa a las sentencias susceptibles de recurso no ordinario⁷³³. Por tanto, el carácter definitivo de la decisión extranjera es otra condición que establece el DIPr marroquí⁷³⁴. Por ello, pueden ser reconocidas en Marruecos las decisiones extranjeras que no puedan ser recurridas, ya se trate de un recurso ordinario o extraordinario, con arreglo a las disposiciones del CPC⁷³⁵.

⁷³³ Véase, F. RIAD/H. SADEK: "Les conflits de lois en droit international Egyptien dans les matières de statut personnel", *Le statut personnel des musulmans, droit compare et droit international prive*, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 39 y ss, y H. ALI SADEQ, *Tanazu'e Alqawanin, dirasa muqarana fi almabad'ie al'amma walhulul alwad'iya almuqarrara fi attachri'e almisri*, Munchat Alma'arif Biliskandariya, 1993, p. 230.

⁷³⁴ Véase, I. BAHMANI, *Ala'amal Alqada'i...*, *op. cit.*, p. 34.

⁷³⁵ El legislador tunecino establece en el art. 11 de la Ley de DIPr de 1998 que si la decisión no es susceptible de ejecución, no puede adquirir el *exequatur*. Véanse M. BENMOUSA, *Charhe Almayyala Attunsiya Lilqanun Addawli Aljass, tafsir fiqhi ta'esili lisa'ir Ahkam Almayyala*, Dar Almizan Linnachr, Attaba'a Alula 2003, p. 189 y H. QATRAN: "Mayyalat Aalqanun Addawli Aljass Wa Huquq Alachjas", *Ala'emal Alkamila Lilmultaqa Aladi Nadamahu Markaz Addirasat*

Para ello, el art. 431 del CPC exige que figure entre los documentos que se presenten junto con la demanda de *exequátur*, un certificado de la Secretaría Judicial del Tribunal extranjero, que indique que la decisión es firme y no es susceptible de ulterior recurso de conformidad con el ordenamiento extranjero⁷³⁶. El CHM indica también como condición para el reconocimiento que la resolución haya adquirido autoridad de cosa juzgada y haya llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en el que haya sido dictada.

La jurisprudencia ha puesto de relieve que no pueden reconocerse las decisiones que no son definitivas, ni siquiera las que se han pronunciado en procedimientos que tienen el carácter de urgencia⁷³⁷. La excepción tiene lugar cuando exista una norma convencional. Ahora bien, se observa que esta condición se analiza con cierta flexibilidad, permitiendo –de este modo- al colectivo de MRE obtener la homologación de las decisiones extranjeras que se refieren a sus circunstancias personales y familiares.

Se acepta la firmeza de la sentencia extranjera mediante la inscripción de *talaq* en el libro de familia⁷³⁸. El demandante recurrió la decisión del TA de Alhucemas, que había denegado el *exequátur*, al no ser la sentencia definitiva, ante el TS⁷³⁹. En otro

Alqanuniya Walqada'iya Yawm 12 mars 1999, Hawla Almayyalat Attunsiya Lilqanun Addawli Aljass, *Manchurat Markaz Addirasat Alqanuniya Walqadaiya*, 2000, pp. 76 y ss.

⁷³⁶ Véase, A. OUNNIR: "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Maroc", Primer Congreso Internacional Hispano-Marroquí sobre "La inmigración extranjera en Jaén, problemas y soluciones en el horizonte del II Plan Andaluz", Universidad de Jaén, 8 y 9 de mayo, 2006, pp. 8 y ss.

⁷³⁷ En concreto, la decisión del TA de Uxda, núm. 489, de 17 de noviembre de 1993, exigió que se presentasen junto a la solicitud de *exequátur* de una decisión pronunciada en un juicio rápido celebrado en Bélgica, todos los documentos necesarios, tal como se establece en el CPC y en el Acuerdo entre Bélgica y Marruecos. Véase sobre este tema, A. A. SALAMA, *Aisti'eyal Fi Alqanun Addawli Aljass Min Qanun Almurfa'at Addajili Ila Almurafa'at Almadaniya Addawliya*, Dar Annahda Ala'arabiya, 1989, p. 69.

⁷³⁸ STS núm. 52 de 8 de febrero de 2011 [Exp. núm.492/2/1/2009].

⁷³⁹ STS núm. 18, de 10 de enero de 2007 [Exp. núm. 49/2/1/2006].

caso, la ex esposa presentó la demanda de *exequátur* ante el TPI de Rabat, de una sentencia del Tribunal regional de La Haya, haciendo constar que la decisión es firme y no atenta contra el orden público. Sin embargo, el Tribunal desestima la demanda de *exequátur*. El TA de Rabat la reconoce, porque la ex esposa aportó la prueba de la inscripción de la sentencia en el Registro del estado civil. Dicha formalidad no puede cumplirse más que en presencia de una decisión firme, como indicó la auxiliar judicial marroquí en la Embajada del Reino en Holanda, al asegurar que la decisión procedía de un Tribunal competente y que no era incompatible con el orden público, ni con la *Sharia'a*⁷⁴⁰.

B) Su interpretación tras la entrada en vigor del Código de Familia

Una de las consecuencias prácticas de la entrada en vigor del CF relativa al reconocimiento y, en particular, de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio que indica el art. 128 del CF es que no se exige la firmeza (cosa juzgada formal extranjera). Por ello, no es necesario presentar el certificado de la Secretaria judicial, que, en tales casos, al menos, para un sector de la jurisprudencia marroquí, no constituye ya un requisito imprescindible para la homologación de una sentencia extranjera en Marruecos, a pesar de que se indica tanto en el régimen bilateral (en particular, en el CHM) como autónomo. Cabe recordar que, en virtud del primer párrafo del art. 128, las decisiones judiciales de disolución del matrimonio por *tatliq* no son susceptibles de apelación en el pronunciamiento relativo a la extinción de la relación conyugal.

Su falta de exigencia estriba en que las decisiones de disolución del matrimonio por *talaq*, *tatliq*, por compensación o anulación del matrimonio, según el último párrafo del art. 128 del CF, no son recurribles y, por ello, las pronunciadas en el extranjero pueden ser reconocidas en Marruecos sin necesidad de demostrar su firmeza, siempre que hayan sido pronunciadas por un Tribunal competente y se hayan basado en causas

⁷⁴⁰ Sent. núm. 163, de 11 de octubre de 2004 [(Dossier núm. 254/2003/10, inédita)]. Véase, M. ALKHADRAWI: "Taadiil alahkam alajnabiyat...", *loc. cit.*, pp. 60 y ss.

que no sean incompatibles con las establecidas en el CF. Esto es, la consecuencia que establece el apartado 2º del citado art. 128 del CF no sólo en su aplicación a las decisiones marroquíes, sino que se extiende también a las extranjeras, que no sean contrarias a las causas previstas en el CF. Por tanto, se deduce la desaparición de la obligatoriedad de la presentación del certificado que acredite la firmeza de la decisión extranjera.

Este tratamiento se justifica puesto que la decisión extranjera, a pesar de no ser firme (y, por ello, aunque no se haya presentado el certificado que lo acredite), está correctamente fundada⁷⁴¹. Este argumento aparece en la STA de Rabat, referida al *exequátur* de una sentencia dictada por el Tribunal sueco, para el que se prescinde del certificado de la Secretaria judicial, pero garantizando por otros medios que procede de un Tribunal competente, y que ha disuelto el matrimonio por acuerdo entre las partes, que también prevé el Derecho nacional y, por consiguiente, no se opone al orden público⁷⁴².

3. CONTROL DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

A) Respeto del derecho de defensa del demandado

Junto a las condiciones señaladas, es preciso que el procedimiento que se ha seguido en el extranjero haya respetado el derecho de defensa del demandado, esto es, que se trate de un procedimiento regular⁷⁴³. Por tanto, el DIPr protege un conjunto

⁷⁴¹ Véase, entre otros, L. MESAOUIDI, *Muhadarat Fi Alqanun Addawli Aljass*, 1990-1991, p. 123.

⁷⁴² STA de Rabat núm. 1614-2011-94, de 13 de junio de 2011 (inédita).

⁷⁴³ No podrá reconocerse una decisión extranjera cuando el procedimiento que se ha seguido en el extranjero no haya respetado los criterios de competencia (foros) y no se haya garantizado el derecho de defensa. Tales procedimientos seguidos a su respecto son nulos, de hecho, se considera violación del orden público procesal en Marruecos. Véase, M. ALKACHBOUR, *Charh Mudawanat alusra, aljuz'u al awale. Matbaate Anajahe Aljadida* Casablanca, 2006, p. 87. Véase también P. MAYER, *Droit International privé*, 4ª éd. Dalloz, Paris, 1991, p.2; y J.- Y. CARLIER: «Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiation intervenus a l'étranger», *RTDF*, 1991, pp. 90 y ss.

de derechos del demandado y, en particular, su derecho de defensa, considerado fundamental para sus intereses en el ámbito de la justicia. Y, para ello, para garantizar que ha tenido la posibilidad de defenderse durante el procedimiento que se ha seguido en el extranjero, es preciso aportar la justificación de que las partes fueron legalmente citadas, representadas o declaradas ausentes, esto es, la regularidad y la tempestividad de la notificación⁷⁴⁴.

Si bien el respeto del derecho de defensa del demandado constituye otra condición exigida para el reconocimiento de una sentencia extranjera en Marruecos, la escasa jurisprudencia existente sobre esta condición que prevé el art. 430 del CPC no facilita la tarea de indicar los principios que han de seguirse para su aplicación de una forma clara y firme. Cabe citar un caso, en el que el ex esposo de una mujer, de nacionalidad marroquí, solicitó ante el TPI de Khemissat el *exequátur* de una decisión pronunciada por un Tribunal de Orleáns.

El TPI reconoció la sentencia extranjera. El ex marido alegó en contra, que no pudo defenderse en el procedimiento seguido en el extranjero y que la demandante había abandonado a los hijos y el domicilio conyugal para reunirse con otra persona, haciendo valer –por otro lado-, que había denunciado el adulterio de la mujer ante las autoridades competentes en Francia y en Marruecos. El Tribunal desestimó su alegación, puesto que estuvo representado por su abogado en el procedimiento de divorcio en Francia, y le fue practicada la notificación de forma regular y tempestiva. Por ello, la decisión extranjera es definitiva y no es incompatible ni con el orden público ni con la *Sharia'a*⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ Cabe señalar que la regularidad del procedimiento seguido en el extranjero ha de verificarse de conformidad con el propio ordenamiento de la autoridad extranjera. Ahora bien, la prueba de dicha regularidad se presenta mediante la práctica de la notificación, que no sólo ha de ser regular, sino también tempestiva, esto es, que se haya practicado al demandado con tiempo suficiente para que haya podido defenderse.

⁷⁴⁵ Sent. núm. 8, de 3 de enero de 2005 [Dossier 107/2004/10, (inédita)].

En otro caso, sin embargo, se denegó el reconocimiento de la decisión extranjera, al no haberse respetado el derecho de defensa del demandado, que ha de recibir la notificación del inicio del proceso o su convocatoria de acuerdo con la ley, lo que se considera contrario al orden público marroquí⁷⁴⁶. También se desestimó la solicitud de homologación de la sentencia del TPI de Bruselas, al haberse pronunciado en el marco de un juicio rápido, en el que no se había citado al recurrente, ni tampoco se cumplía el art. 127 del CF⁷⁴⁷.

B) Orden público procesal

Se observa en las sentencias citadas que la falta de respeto del derecho de defensa entraña la denegación de la homologación de la decisión extranjera, pero no tanto por la falta de la garantía del derecho de defensa, sino por su incompatibilidad con el orden público, entendido en sentido procesal. Esto es, el orden público integra también un contenido específico cuando se trata del proceso seguido en el extranjero, que comprende no sólo la garantía del derecho de defensa del demandado a través de la práctica de la notificación regular y tempestiva, sino también la existencia de motivación en la sentencia extranjera y la existencia del período o fase de prueba, entre otras cuestiones. Se trata de un orden público que tiene carácter constitucional, en la medida en que en el momento actual, la CM reconoce todos estos derechos.

Ha de indicarse que se trata de una condición, que también está recogida en el art. 23, 2º del CHM de 1997, al señalar que se verificará por la autoridad del Estado requerido que las partes hayan sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes. Si bien la norma se refiere específicamente a la notificación, no ha de ser interpretado este requisito de forma estricta, en la medida en que el apartado 3º del mismo art. 23 hace referencia de forma genérica al orden público como condición para el reconocimiento, así como a los principios de Derecho internacional que sean aplicables en el Estado requerido.

⁷⁴⁶ Sent. núm. 605 del TA de Uxda, de 1 de noviembre de 2006 [Exp. núm. 253/2/1/2005].

⁷⁴⁷ Sent. núm. 616 del TS, de 22 de diciembre de 2004 [Exp. núm. 673/2/1/2003].

4. CONTROL DE LA LEY APLICADA POR LA AUTORIDAD DEL ESTADO DE ORIGEN

A) Diferencia entre el control del fondo y el control de la ley aplicada

En primer lugar, no puede identificarse el control o revisión del fondo con el control de la ley aplicada por la autoridad extranjera para pronunciar la sentencia, en la medida en que el primero es mucho más gravoso, al poder la autoridad competente para el reconocimiento, entrar en la propia decisión o pronunciamiento de la autoridad extranjera. Como se ha señalado con anterioridad, en este mismo Capítulo, el control o revisión del fondo estuvo vigente en Marruecos durante la época del Protectorado, al tratarse de una condición que exigía el antiguo CPC de 1913, adoptado en la zona de Marruecos bajo dominación francesa. Si bien dicho control sobrevivió incluso tras la independencia del país, -en concreto cuando se aprueba el *Dahir* de 1957-, su aplicación se elimina completamente una vez que entra en vigor el CPC de 1974⁷⁴⁸.

B) El control de la competencia legislativa

En cuanto al control de la competencia legislativa, como se sabe, la solución ofrecida en Francia desde la decisión Munzer, es que las decisiones extranjeras no pueden ser reconocidas, salvo si la ley que fue aplicada al litigio es la designada por la regla francesa de conflicto. Lo que significa que los tribunales franceses no admiten el *exequatur*, si el Juez extranjero no ha aplicado la ley que el Juez francés considere apropiada para decidir el asunto. La duda en el Derecho marroquí se cifra en torno al

⁷⁴⁸ Cabe recordar que, si bien dicho control ya no tiene cabida en el sistema marroquí de DIPr, se practicaba desde 1957 hasta 1974, fecha de aprobación del CPC.

art. 430 de CPC, que guarda silencio sobre esta cuestión, limitándose a exigir “*la validez de la decisión extranjera*”.

Esta expresión que despierta distintas interpretaciones. Un sector doctrinal considera que se requiere que se haya aplicado por la autoridad extranjera la ley determinada por la norma de conflicto marroquí. Otro entiende que la noción de validez hace referencia a que ha de tratarse de una sentencia extranjera firme (definitiva), lo que requiere el respeto de las reglas del proceso y, en particular, el derecho de defensa del demandado en el procedimiento extranjero⁷⁴⁹.

Ha de ponerse de relieve que la jurisprudencia marroquí en su conjunto está revestida de un carácter religioso, sea respecto a las reglas del antiguo CEP, como del nuevo CF, que las convierte en intocables, cuya modificación no es fácil, ni siquiera en su relación con otros sistemas jurídicos, en los que no esté el componente religioso.

Por exigir a los jueces extranjeros respetar el CEP marroquí, los tribunales marroquíes han denegado el *exequatur* a las sentencias que no aplican las reglas del CEP (antigua *Mudawwana*), las partes eran marroquíes musulmanes. Así, el TS de Rabat denegó el *exequatur* de una sentencia holandesa, porque: “*el Juez aplicó el Derecho holandés que no tiene autoridad sobre el estado personal de dos marroquíes casados conforme a su Código personal y a las normas de Derecho islámico*”⁷⁵⁰.

En otra ocasión se deniega el *exequatur* de la decisión extranjera, porque “*el divorcio bajo control judicial o el tatliq entre dos musulmanes marroquíes se realiza*

⁷⁴⁹ Véase, A. OUNNIR: “La reconnaissance et l’exécution ...”, *loc. cit.*, pp. 5 y ss. Véase también, entre otros, S. CHAKIR CHALAL: «Alwayize Fi l’elm Ala’alaqat Addawliya», *Muhadarat Ulqiat Fi Kuliyat Alhuqūq Birrebat Fi Al’am Alyami’e*, 1978-1979, Maktabat Attaleb, pp. 45 y ss.

⁷⁵⁰ Este mismo Tribunal denegó el reconocimiento de una sentencia del TPI de Rotterdam por “*no incluir los acontecimientos de la demanda, así como no proceder a justificar lo que se pronunció: asimismo, no mencionó la causa que acredita su resolución de un divorcio bajo control judicial de la esposa, el fundamento del Tribunal reside en que este tipo de sentencias puede conllevar la pérdida de control por la jurisdicción marroquí sobre el respeto de orden público en la sentencia extranjera*”. Sents. de 30 de abril de 2001; y 31 de diciembre de 2001 [Exp. núm. 29/10/2001-146/10/2001, (inéditas)].

mediante un procedimiento judicial especial, que debe de respetarse tanto a nivel formal como de fondo, de conformidad con lo establecido en el Derecho marroquí. Es más, dicho procedimiento constituye parte del orden público. En cambio, la aplicación del procedimiento de divorcio bajo control judicial solicitado por la demandante es contrario a las reglas de fondo y forma previstas en el Derecho marroquí”⁷⁵¹.

En el mismo sentido, desestima la demanda en la que se solicita la homologación de una decisión francesa por *“resolver la pensión alimenticia a favor de una niña adoptada. La adopción no se reconoce y, por tanto, dicha sentencia es contraria al orden público y al Derecho islámico, que prohíben la adopción y, por consiguiente, no se le reconoce ningún efecto”⁷⁵².*

Esta línea se confirma con otra decisión del TA de Casablanca, de 12 de noviembre de 2003: *“se ha confirmado mediante la sentencia extranjera que el acta de matrimonio se celebró en Marruecos entre dos musulmanes, el marido argumentó que el Derecho marroquí es el que debe de aplicarse. Sin embargo, el Tribunal holandés contestó a la defensa considerando que la esposa mantiene una relación sólida con la sociedad holandesa, frente a otra, casi inexistente con la sociedad marroquí. Efectivamente, la sentencia confirma la aplicación del Derecho marroquí, con lo cual la solicitud de exequátur es contraria al orden público marroquí”.*

El TS apoya esa posición jurisprudencial mediante la aplicación, no sólo de las reglas del nuevo CF, sino basándose incluso en el antiguo CEP, vigente en el momento en que se dictó la sentencia extranjera⁷⁵³. Así, el TS confirma en la decisión de 5 de enero de 2005, la sentencia procedente del TA de Uxda, que desestimó el reconocimiento de la sentencia del TPI de La Haya, por: *“infringir el orden público*

⁷⁵¹ Sent. núm. 39 [Exp. núm. 135/10/2002, de 24 de febrero de 2003, (inédita)].

⁷⁵² Sent. núm. 81 [Exp. núm. 147/2002/10, de 26 de abril de 2004, (inédita)].

⁷⁵³ En cambio en otras sentencias se aplicó el CF en sentencias extranjeras incluso antes de su entrada en vigor. Entre ellas, la Sent. núm. 188, de 30 de marzo de 2005 [Exp. núm. 622/2/1/2004], (Jurisprudencia del TS, núm. 63, p.112); Sent. núm. 333, de 15 de junio de 2005 [Exp. núm. 668/2/1/2004], (la misma referencia, p. 126).

*marroquí por el Juez holandés, que aplicó el Derecho holandés, y disolvió el matrimonio entre dos esposos marroquíes, que contrajeron matrimonio conforme a los preceptos del Derecho islámico. Otro motivo para denegar el reconocimiento es el incumplimiento de las disposiciones relativas al *tatliq* por perjuicio, previstas en el art. 54 del CEP, cuya aplicación es imprescindible”⁷⁵⁴.*

Como puede observarse, la jurisprudencia marroquí en general ha sido reacia a aceptar el reconocimiento de las decisiones extranjeras, en especial, aquellas relacionadas con el Derecho de familia y, en concreto, de disolución del matrimonio, cuando no se había aplicado el antiguo CEP o incluso el actual CF⁷⁵⁵, lo que remite a la noción de orden público, que se analiza *infra*. Sin embargo, el actual art. 128 del CF incide en la línea, que consiste en impedir que dejen de reconocerse las decisiones extranjeras, por el solo hecho de que no se haya aplicado el Derecho marroquí, tomando en cuenta lo normal, que es la aplicación de la autoridad extranjera de su propio sistema de DIPr, incluso en el caso de que se trata de dos personas de nacionalidad marroquí.

Es importante matizar que las relaciones de carácter internacional se regulan por las normas de conflicto, cuya función es aplicar el ordenamiento más estrechamente vinculado a la relación de que se trate (principio de proximidad). Se han creado normas generales, que permiten resolver ciertas situaciones, cuya utilidad se extiende a otros casos parecidos⁷⁵⁶, con la finalidad de evitar la complicada tarea que supone legislar sobre todas y cada una de las relaciones de DIPr que pueden plantearse.

⁷⁵⁴ En otro caso, el TS deniega el reconocimiento porque en la sentencia pronunciada por el Tribunal francés se aplicó el Cc francés en lugar del CF [Sent. núm. 156, de 24 de marzo de 2004 (Exp. núm. 453/2/1/2003)].

⁷⁵⁵ Véanse, A. OUNNIR: «La reconnaissance... », *loc. cit.*, pp. 451 y ss; y F. MANSORA, *Aliytilhad Alqada'ie Lilmaylis Ala'ela Fi Alqadaya Almuta'aliqa Bilqanun Addawli Aljass*, Kuliyyat Alu'lum Alqanuniya Waliqtisadiya, Rabat, 1989-1990, p. 79.

⁷⁵⁶ Véase, CH. ALMADKURI: «Ichkaliyat Riqabat Almylis Ala'ala A'ala Tatbiq Wa Taewil Alqanun Alaynabi», *Almayallat Almaghribiya Lilqanun Wa Aliqtisad Wa Attanmiya*, publicada por la Universidad de Casablanca, núm. 17, 1988, pp. 169 y ss.

En todo caso, la exigencia de que: “*la causa no sea contraria a la establecida en el Código*” puede interpretarse como un obstáculo añadido para la homologación de algunas sentencias extranjeras, por su falta de claridad (como se ha analizado *supra* de forma detenida). Por tanto, la cuestión se centra en saber si la autoridad marroquí se conforma con que la sentencia extranjera contenga las circunstancias que impiden la continuidad de la vida conyugal o ha de concretarse la causa, para establecer su compatibilidad con el CF⁷⁵⁷.

Son numerosas las situaciones que pueden plantearse desde la perspectiva del Derecho marroquí (*tatliq* por incumplimiento de una condición del acta, por violencia, etc.). No obstante, pueden verse indicios de un cambio en la actitud del Juez marroquí en materia de estatuto familiar, tras la reforma del estatuto personal y familiar operada por el CF y, en especial, tras la confirmación del jefe del Estado de la obligación que tienen de reflejar en las sentencias el espíritu de apertura y la voluntad de avanzar y de encontrar respuestas eficaces e idóneas para los justiciables y, en particular, para los MRE⁷⁵⁸.

5. QUE LA DECISIÓN EXTRANJERA NO SEA INCOMPATIBLE CON EL ORDEN PÚBLICO

A) ¿Existe un orden público islámico?

El art. 430 del CPC dispone que no se reconocerán en Marruecos las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros, salvo después de que sean reconocidas por los TPI del lugar de origen o del lugar de residencia del demandado o del lugar de homologación, si no existe el primero. El Tribunal ante el que se presenta la demanda

⁷⁵⁷ Véase, *Dalil A'amali Limudawwanat Alusra*, Manchurat Yamiaat Nachr Alma'aluma Alqanuniya wa Alqadaiya. Silsilat Achuruh wa Adalail, nº 1, 2004, p. 87. Para más información véase también, *Almuntaqa Min A'amal Alqada'e Fi Tatbiq Mudawwanat Alusra*, Alyuz'e Alawal, Manchurat Yam'iyat Nachr Alma'eluma Alqanuniya Walqadaiya, Silsilat Achuruh Wadalail, nº 10, Fabrayer 2009, p. 35.

⁷⁵⁸ Véase, N. A. AIT ZAIT: “*Revolution tranquille au Maroc: le principe d'égalité consacré en partir dans la Mudawwana*”, en CIDDEF magazine nº1, janvier-mars 2004, pp. 4 y ss.

debe verificar la validez de la sentencia y la competencia del Tribunal extranjero que la dictó y comprobar especialmente que no sea contraria al orden público (marroquí)⁷⁵⁹.

El último párrafo del art. 430 del CPC prevé que: “...*verifica igualmente si ninguna estipulación de esa decisión no atenta contra el orden público marroquí*”. Si bien este artículo no define la noción de orden público, la empleada en la época del Protectorado parece que se ha abandonado desde la independencia de Marruecos y, actualmente, esta noción encuentra su fundamento en el derecho y la moral islámicos⁷⁶⁰. Es una tendencia doctrinal que, sin duda, refleja, en particular, la opinión mayoritaria, que considera que los principios del Islam “*constituyen en Marruecos un elemento esencial del orden público*”⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ En todo caso, al igual que ha sucedido en el sistema español de DIPr, el orden público ha devorado de forma progresiva el fraude de ley, de forma que, en el momento actual, dejan de reconocerse las decisiones extranjeras en Marruecos por razón del orden público, sin que se emplee la figura del fraude, que resulta más difícil probar. La jurisprudencia no toma en cuenta la posible existencia de fraude por la falta de pruebas, que permitan demostrar las intenciones reales de la persona, al cambiar de nacionalidad, al convertirse a otra religión para evitar una consecuencia o acogerse a un derecho de forma ilegal. Como es sabido, las decisiones judiciales han de fundamentarse en pruebas, a pesar de que exista una tendencia en el Derecho comparado que “*todo derecho adquirido por fraude es nulo*”. Sucede en el caso de las personas que no son musulmanas, pero que se convierten al Islam, no por convicción, sino para contraer matrimonio con una mujer de esta confesión. Si bien es fraude ante el Derecho marroquí, resulta complicado probarlo ante el tribunal. Por tanto, éste tan sólo comprueba que tienen lugar los trámites administrativos necesarios y previos a la celebración del matrimonio. Sin embargo, si los particulares han alterado o manipulado el punto de conexión de la norma de conflicto con la finalidad de que dejen de aplicarse normas imperativas del ordenamiento, que hubiese resultado aplicable en el caso de que no se hubiese producido dicha alteración, está presente el fraude.

⁷⁶⁰ Se trata de un retorno hacia el Islam, especialmente por la vía de la noción de orden público claramente revelada en el discurso de Bahnini, en el informe de Allal El fassi y en las obras de otros jóvenes juristas. En este sentido véase, J. DEPREZ: “La réforme de l’organisation...”, *loc.cit.*, pp. 67 y ss; y P. GRAULISH, *Principes de droit International privé*, Dalloz, Paris, 1961, nº 1, p. 157.

⁷⁶¹ Durante la época del Protectorado fue constantemente rechazada la acción del orden público, hasta llegar a dudar acerca de la existencia de esa noción en el sistema de 1913. Además, el DCC afirmó que el orden público no puede tener ningún efecto en Marruecos, y por consiguiente, se descarta por completo en la construcción del sistema, cuyo punto de partida fue la personalidad de la ley. Sin embargo, este punto de vista no fue absoluto. La jurisprudencia descartó en más de una ocasión, por incompatibilidad con el orden público, ciertas leyes extranjeras en materia de matrimonio. Estas intervenciones -en definitiva- excepcionales, han dado lugar al nacimiento de una teoría original del orden público en el DIPr marroquí. Consúltense entre otros E. JAYME: “Ordre public, droit de l’homme, et diversité de religion” en *VVAA Islamic Law and its reception by Courts in the west*, Congres form 23 to 24

En efecto, la *Sharia'a* es parte fundamental del orden público en Marruecos y cualquier sentencia extranjera contraria a sus principios no será susceptible de reconocimiento⁷⁶². La sentencia dictada en un país extranjero puede ser contraria al orden público en Marruecos, como puede suceder cuando se trate de una decisión relativa al matrimonio de una mujer musulmana con un hombre no musulmán, o que determine la obligación de la mujer de pago de la pensión de alimentos al marido musulmán, o que el objeto de la sentencia extranjera se vincule con un derecho, que encuentra su fuente en la lotería o en una relación íntima ilícita.

El orden público constituye una condición esencial del *exequátur* y principal motivo para denegar el reconocimiento en Marruecos de la mayor parte de las sentencias extranjeras. Sin embargo, su definición es amplia. En la doctrina, Abdearrazaq Ahmed Asnhouri lo define como "*la moralidad pública en una comunidad y generación concreta, un conjunto de reglas que las personas se encontraron obligados a seguir conforme a la ley de ética en sus relaciones sociales*"⁷⁶³.

Según un sector de la doctrina, se explica el carácter islámico del orden público en Marruecos -reflejado así mismo en el CF-, como admisible, siendo el Islam la religión oficial del Estado. Una admisibilidad que tiene dos facetas (la interna y la internacional), para llegar a deducir que, en la mayoría de los casos, la parte de la ética y religión del orden público se traduce en la moralidad pública⁷⁶⁴.

october 1998 in Osnabruck, Bonn, 1999, pp. 221-230, en especial *Identité culturelle et Droit de l'homme*, p. 224.

⁷⁶² Entre otros, consúltense M. ABOUD: "*Annidam Ala'am Kasabab Listiba'ad Alqanun Alaynabi*", *Mayyalat Almuhamat* nº 19, 1979, pp. 45 y ss; y A. HADDOUCH: "*Alfiqh Alislami Waniza'at Dat Alu'nsur Alaynabi*", *Rabitat Alqadat*, nº 4, pp. 120 y ss.

⁷⁶³ Véase A. AHMED ASANHOURI, *Alwasit fi Charh Alqanoun Almadani, Alyuz'e Attasi'e*, Asbab Kasb Almilkiya., Dar Annahda Ala'arabiya Bialqahira, 1968, p. 267.

⁷⁶⁴ Lo señalado con respecto a la *Chra'e* se aplica igualmente a la religión judía. Si el orden público en Marruecos tiene contenido islámico para el caso de las personas musulmanas, está revestido de un carácter hebreo respecto a los marroquíes judíos. Así lo indica el TA de Rabat, con respecto al matrimonio celebrado en Francia entre un judío marroquí y una francesa cristiana; "*...cualquier violación del derecho de estatuto personal se considera violación de*

El criterio de la ética o la ley ética no es personal, esto es, no es el que cada uno aplica según su valoración personal, sino un criterio social de carácter general, tomado como referencia. No obstante, evoluciona conforme al desarrollo de la idea ética en una civilización concreta. El orden público y la ética reflejan los factores sociales, económicos y éticos, que afectan al Derecho, cuya función es adecuarlos a la evolución social, económica y ética en generación y entorno⁷⁶⁵.

En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado sin ambigüedad, especialmente, en materia de estatuto personal⁷⁶⁶. De otra parte, en el sistema de DIPr se diferencia entre el orden público interno y el orden público internacional, que debe prevalecer, en principio, siempre que el litigio planteado requiera la aplicación del Derecho extranjero o el reconocimiento de una sentencia extranjera en Marruecos⁷⁶⁷. En cuanto al orden público relativo al DIPr en especial, el Juez, en ausencia de

orden público interno y conlleva que el matrimonio celebrado en un país extranjero de forma contraria al Derecho de estatuto personal de la parte marroquí sea nulo...". [Sent. de 18 de mayo de 1962, Revista de Jurisprudencia y Derecho, núms. 59/61 conjuntas, pp. 550 y ss].

⁷⁶⁵ Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawannat Alusra, Alyuz'e Alawwal Azzaway...*, op. cit, p. 88, y M. LAABI: "Fikrat Annidam Al'aam Fi Alqanun Addawli Aljass", *Mayyalat Alqada'e Walqanun*, nº 96, 1969, pp. 35 y ss.

⁷⁶⁶ El TPI de Casablanca ha denegado, en sentencia de 23 de noviembre de 1962, el *exequátur* a una decisión de un Tribunal alemán, que declaró el derecho a la pensión de alimentos de una mujer, cuyo hijo ha nacido de su relación con un marroquí musulmán, porque el Derecho islámico no reconoce la paternidad biológica. Es, igualmente, el uso de la noción de orden público marroquí, el que llevará al Juez marroquí a denegar el reconocimiento de una decisión extranjera, que atribuye la tutela de un niño marroquí musulmán a una persona cuya confesión no es la musulmana.

⁷⁶⁷ Si bien en materia de "conflicto de leyes" la idea del orden público aspira a la percepción de aquel objetivo, pero de otra manera. El orden público en el Derecho interno se interesa más por la regla judicial nacional, es parte en ella y protector de la misma. Sin embargo, en el conflicto de leyes es defensor de la regla nacional, de forma que se opone a través del orden público a la aplicación del contenido del Derecho extranjero, que es contrario a los principios y valores económicos, sociales y políticos de la sociedad. Por tanto, el orden público en este sentido es tanto el vigilante de la regla jurídica respecto al Derecho extranjero, que se debe aplicar, como el protector de la regla jurídica nacional, sea sustantiva o procesal.

cualquier determinación legislativa, tiene la autoridad de adaptarlo, según su propio criterio⁷⁶⁸.

Por ello, el orden público es una herramienta en manos del Juez. Así, el matrimonio de una marroquí musulmana con un cristiano es nulo en el CF (art. 39), cuyas reglas se inspiran en la *Sharia'a* y, por consiguiente, es contrario al orden público. Así mismo, la adopción es incompatible con el orden público marroquí, que no la reconoce de conformidad con lo establecido en la *Sharia'a* (versículo 4 y 5 de *Surat al ahzabe*). Otro aspecto destacable es el testamento realizado a favor de la amante, que se admite en la mayor parte de los países europeos, pero es nulo en Marruecos. En general, toda sentencia pronunciada en un país extranjero no puede ser reconocida en Marruecos, si no respeta el orden público islámico.

B) Contenido, en particular, en el caso del matrimonio y de su disolución

Partiendo de la existencia de un orden público islámico, propio de los sistemas de DIPr de los países, cuyos ordenamientos siguen esta influencia y, en particular, el Derecho marroquí, cabe concretar su contenido, de forma que su referencia no sea tan general como para impedir la homologación de las decisiones extranjeras, alegando su incompatibilidad con los principios y valores islámicos. En Marruecos, el orden público es requisito esencial para conceder o denegar el *exequátur* de cualquier sentencia extranjera⁷⁶⁹.

En cuanto al matrimonio, constituye una cuestión de orden público que la mujer musulmana contraiga matrimonio en el extranjero con un hombre que no profesa esta religión. Ahora bien, la jurisprudencia ha tratado de flexibilizar la acción del orden público cuando no se ha podido demostrar que el esposo no es musulmán, sino que, por el contrario, se parte de que ha adoptado la fe islámica, hasta que no se demuestre lo contrario. Incluso el TA de Rabat ha resuelto favorablemente una

⁷⁶⁸ Véase, M. ABOUD, *Alwayize fi alqanoune addawli aljasse...*, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 197.

solicitud de *exequatur* de *talaq* de una mujer marroquí casada con un belga, poniendo de relieve no el acta de matrimonio, sino su disolución⁷⁷⁰.

De otra parte, para concretar el alcance del orden público marroquí (de corte islámico), en especial, en el ámbito de la disolución del matrimonio, cabe señalar que, en ningún caso se reconocerán las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio en las que no se haya brindado a los cónyuges la posibilidad de reconciliarse, al menos, en una ocasión durante la tramitación del procedimiento de divorcio. Esto es, la conciliación constituye un elemento del orden público internacional marroquí en el momento actual cuando se trata de reconocer las decisiones extranjeras de divorcio, como lo ha indicado con rotundidad la jurisprudencia⁷⁷¹.

De otro lado, forma parte también del contenido del orden público la configuración de la disolución del matrimonio en el momento actual en el CF de Marruecos. Esto es, no se trata de la aplicación de las disposiciones del CF, sino de que se haya respetado el sentido en el que se regula la disolución del matrimonio, tomando en cuenta que, como se ha indicado en el Cap. Segundo, se permite la disolución del matrimonio por la existencia de desavenencias así como por mutuo acuerdo⁷⁷².

⁷⁷⁰ STA de Rabat núm.106, de 17 de abril de 2006.

⁷⁷¹ Por ello *“las sentencias de Talaq de la mujer marroquí después del fracaso del procedimiento de conciliación de parte del Juez extranjero por el motivo de ausencia del marido del país en el cual reside la esposa, no son contrarias al orden público marroquí, y por consiguiente su rechazo no está justificado”*. Véase, STS núm. 474 [Exp. social núm. 45/2001], *Revista Qasre*, núm. 11, pp. 232 y ss.

⁷⁷² Se plantea la duda de si sería posible reconocer en Marruecos la disolución del matrimonio solicitada por uno de los cónyuges, sin que se pueda aportar la existencia de tales desavenencias, ni el consentimiento del otro cónyuge. La respuesta ha de ser afirmativa, porque la nueva regulación de la disolución del matrimonio en el CF, por la existencia de desavenencias, no requiere la prueba de tales disputas o los problemas que existan en la pareja. De hecho, la autoridad judicial no exige demostrar las causas o razones de las citadas desavenencias, de forma que, si, realizado un intento de conciliación, una de las partes persiste en su voluntad de disolver el matrimonio, la autoridad judicial lo declara [STS núm. 190, del 22 de marzo de 2006 (Exp. 244/2/1/2005) y STS núm. 312, de 17 de mayo de 2006 (Exp. 672/2/1/2005)].

El TA de Nador no ha reconocido una sentencia del Tribunal de Bruselas, al considerar que no es compatible con el orden público marroquí, porque la causa de disolución del matrimonio es distinta a las establecidas por el legislador marroquí⁷⁷³. El Juez belga basó su decisión en que el demandante no contrajo el matrimonio con el objetivo de formar una familia, sino de regular su situación jurídica en Bélgica, causa que no figura entre las enumeradas por el legislador marroquí para obtener la disolución del matrimonio por *tatliq*⁷⁷⁴.

C) Orden público atenuado

Como se ha señalado, como regla general, no puede ser reconocida en Marruecos una decisión extranjera incompatible con el orden público marroquí. Como es sabido, el orden público interviene para descartar la aplicación de un Derecho extranjero o para impedir que desplieguen efectos en el foro las sentencias extranjeras cuando vulneran o son incompatibles con los principios fundamentales o básicos del ordenamiento marroquí. El orden público alcanza cualquier disposición extranjera – con indiferencia de su índole-, siempre que su aplicación sea incompatible con los principios esenciales del Derecho marroquí⁷⁷⁵.

La STS considera fundada en Derecho la decisión recurrida, que había decidido que la niña nacida un año después del divorcio era fruto del mismo, conforme al art. 76 de la *Mudawwana*. Por tanto, el demandado está obligado a abonar la pensión de

⁷⁷³ Sent. núm. 339 [Exp. núm. 303/04, de 7 de junio de 2005, del TA de Nador].

⁷⁷⁴ Se deduce con claridad que se denegó el reconocimiento de la sentencia, al ser incompatible con el orden público por basarse en una causa que no es la que determina el legislador marroquí, y no por realizar una valoración de la intención del marido al contraer matrimonio (que no era formar una familia, sino regular su situación jurídica). Con lo cual, la ley no condena la intención de las personas, salvo si existen pruebas de los hechos.

⁷⁷⁵ En cambio, el orden público interno se conforma por las normas imperativas aplicables a las relaciones sociales, que los particulares no pueden eludir ni pueden dejar de aplicar las autoridades judiciales, véase P. Y. GAUTHIER: “La contrariété à l’ordre public de une décision étrangère, échec à sa reconnaissance ou son exequátur”, *in Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques, mélanges en l’honneur de Hélène Gadmet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 265 y ss.

alimentos. La negación de la paternidad declarada por un Tribunal extranjero basada en una analítica de sangre o prueba de ADN es contraria al art. 76 de la *Mudawwana*, porque el marido podría haber impugnado la filiación mediante juramento de adulterio⁷⁷⁶.

Sin embargo, puede actuar el orden público con menor intensidad, de conformidad con el conocido “efecto atenuado”⁷⁷⁷. En la medida en que no se trata de que se constituya la relación en el foro, sino de permitir que despliegue efectos en Marruecos la ya conformada ante una autoridad extranjera, la acción del orden público es menos incisiva⁷⁷⁸. Parte de la doctrina considera que la denegación del reconocimiento sería injusta en tales casos. Sin embargo, plantea ciertas dudas esta cuestión, por suponer el reconocimiento de relaciones creadas en determinados países occidentales vinculadas con la evolución de la noción de familia y de los derechos y libertades individuales⁷⁷⁹.

Ahora bien, en Marruecos se tiende a aceptar el efecto atenuado del orden público. Puede citarse la decisión del TA de Casablanca, que admite el recurso

⁷⁷⁶ Por ello, se desestima el argumento del demandado que se basa en la aplicación del convenio franco-marroquí, porque su art. 4 permite claramente el recurso al orden público para denegar las decisiones que sean incompatibles con los principios o valores del ordenamiento del Estado requerido. STS núm. 658, de 30 de diciembre de 2004 [Dossier 03.1.2.556]. Ha de tomarse en cuenta en esta sentencia la aplicación de la *Mudawwana*, pese a la entrada en vigor del CF.

⁷⁷⁷ Véase M. ALKHADRAWI: “Taadiil alahkam alajnabiyat bisighat attanfidiya...”, *loc. cit*, pp. 107 y ss, y A. DARMICH: «Qimat alhukm alajnabiye bilmaghreb... », *loc. cit*, p.65 y ss.

⁷⁷⁸ Respecto al orden público internacional consúltense entre otros, F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, Paris L.G.D.J 2008, A. RODRÍGUEZ BENOT: “La unificación del derecho de familia en los procesos de integración regional: la experiencia europea”, en N. GONZALEZ MARTIN/A. RODRIGUEZ BENOT (coord.), *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, México, ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 93-121, H. AGUILAR GRIEDER: “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el DIPr.”, en G. MORÁN GARCÍA (dir.), *Cuestiones actuales de derecho comparado*, La Coruña Universidade da Coruña, servicio de publicaciones 2003, pp. 235-264, y E. ZABALO ESCUDERO: “Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 18, 2008, pp. 45-81.

⁷⁷⁹ Véase, R. ZEIDGUY : « Analyse de la jurisprudence », *Le code de la famille...*, *loc. cit*, pp. 264 y ss.

presentado en contra de la decisión del TPI, que deniega el reconocimiento de un matrimonio celebrado en Francia entre una mujer musulmana y un hombre no musulmán, alegando que el matrimonio se contrajo en un país extranjero, cuyo Derecho no exige una determinada religión⁷⁸⁰. Por consiguiente, resuelve que dicho matrimonio no es incompatible con el orden público.

Se trata de una postura novedosa en Marruecos, como primera ocasión en la que no se juzga la religión de uno de los contrayentes en el matrimonio celebrado fuera de Marruecos. Por ello, puede considerarse dicha decisión pionera en materia de reconocimiento de decisiones extranjeras y, de otro lado, es una muestra de que el orden público es una herramienta, entre otras, que permite a los Jueces estimar o denegar la petición de *exequátur*⁷⁸¹. Es una teoría original, usada, en ocasiones, de manera flexible y, en otras, rígida, por lo que se ha criticado al art. 430 del CPC por su inadecuación a la realidad de las relaciones internacionales privadas y los convenios internacionales –entre ellos, el Convenio de La Haya-, que limitan la acción del orden público a los casos en los que se comprometan claramente los valores del foro⁷⁸².

⁷⁸⁰ Es más, las actas de matrimonio mixto se someten en la forma de su celebración al Derecho del país de su conclusión, de conformidad con los principios del DIPr, a la Convención de La Haya, al art. 11 de DCC en Marruecos, y al Convenio franco marroquí. STA núm. 1413 [Exp. 71/2007].

⁷⁸¹ En cambio, el TA de Nador ha considerado en la Sent. de 24 de febrero de 1998 que: *“lo que fue suscitado como contrario al orden público en el juicio extranjero, por no aplicar el derecho marroquí es inadmitido. Puesto que en el citado juicio se han empleado determinadas expresiones de conformidad con lo establecido en el Derecho holandés, como la existencia de una separación entre los esposos, y para decidir el divorcio se hubiera, basado en la solicitud de la esposa de divorcio por abandono, una expresión admitida en el Derecho marroquí. De esa forma el Derecho extranjero hubiera aplicado la ley marroquí, aunque no la haya mencionado expresamente”*. Véase, M. BOURAMDANE, *Kayfiat Tafi'il Qawai'd Alqanun Alaynabi...*, op. cit, p. 65.

⁷⁸² Es la misma tendencia que ha adoptado la Convención franco marroquí de 1981, lo que traduce el carácter excepcional del orden público en materia de DIPr y su diferencia con el orden público interno, que interviene en cualquier momento con el objeto de limitar los actos que vulneran las normas imperativas, véase respecto al orden público entre otros, S. BELMIR: *“Être juge au Maroc et en Espagne”*, *Droit de la famille au Maroc et en Espagne*, en www.cidob.org. pp. 14 y ss.

Por tanto, debe limitarse la utilización del orden público, sin ampliar su aplicación, porque puede conducir a resultados, que sean absolutamente incompatibles con la propia función del sistema de DIPr. Por ello, se ha comenzado a analizar la actuación del orden público de una forma más matizada por la jurisprudencia y la doctrina de otros países, para delimitar su intervención en el ámbito del *exequátur* y optan por el concepto atenuado, con el objeto de garantizar la coordinación entre los ordenamientos y sembrar la confianza entre las instituciones extranjeras occidentales⁷⁸³.

El efecto atenuado del orden público en situaciones planteadas en países como Francia, parte de dos hipótesis: la primera se refiere a las relaciones que se quieren constituir en el país, como sucede en el caso del matrimonio, divorcio o reconocimiento de la filiación⁷⁸⁴. En tales casos, el efecto del orden público es pleno, sea en su sentido negativo o positivo, de tal forma que se descarta el Derecho cuya aplicación conlleva su violación. La segunda hipótesis consiste en permitir que desplieguen ciertos efectos en el foro las relaciones constituidas en el extranjero de acuerdo con el Derecho nacional, que sean contrarias al orden público francés⁷⁸⁵.

El efecto atenuado del orden público se aplicó en la jurisprudencia francesa desde la mitad del s. XIX, cuando se planteaban asuntos de divorcio bajo control judicial, en el

⁷⁸³ Si bien la jurisprudencia en más de una ocasión ha optado por esta tendencia, corroborando que la institución de *talaq* no es contraria al orden público francés, en otras ocasiones, ha utilizado el arma del orden público con el pretexto de que es una institución discriminatoria (STA del 22 de abril de 1986). Citada por F. KHIHLI: "Anidam Ala'am Almagribi wa Tanfid Alhkam Alaynabiya", *Mayyat Alqasr*, nº 6, septiembre, 2003, pp. 72 y ss.

⁷⁸⁴ Consúltense entre otros A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, (Vol. II), ed. 13ª, Comares, 2012, p. 96, y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas 2011, 6ª ed, p. 520.

⁷⁸⁵ En la práctica, existe esa hipótesis en la jurisprudencia de algunos Estados, que no aceptan el divorcio unilateral o por acuerdo de cónyuges o prohíbe la poligamia -cuando se resuelve el divorcio- o el segundo matrimonio en el extranjero, conforme a la legislación extranjera que lo permite. En este supuesto, el orden público tiene una "parálisis parcial", de forma que el Juez nacional no puede declarar la nulidad de divorcio o el segundo matrimonio, hasta que se reconozcan ciertos efectos de dichas instituciones, véase S. DE BLAERE: "Introduction au droit marocain", *ADDE asbl SIPS Liège* 16 novembre, 2007, pp. 1-15.

momento de su prohibición en Francia (antes de 1884). Así, se permitió al extranjero divorciado en su país contraer un nuevo matrimonio en Francia, o conceder a la persona divorciada el derecho a la pensión de alimentos. Posteriormente, se amplió y se diversificó el uso del orden público atenuado en distintos campos, en particular, respecto a la recepción de la poligamia⁷⁸⁶.

De hecho, en occidente se aprecia un leve cambio, marcado por la posición de los Jueces respecto a determinadas disposiciones del Islam y su percepción, mediante reglas de conflicto⁷⁸⁷. Por ello, algunos autores describen la posición adoptada en la jurisprudencia europea, como una reacción positiva ante las nuevas situaciones planteadas, en particular, por el colectivo de inmigrantes procedentes de los países islámicos en Europa⁷⁸⁸.

Y ello, con la finalidad de otorgar un tratamiento y recepción distinto de las características propias de la institución del matrimonio de los países musulmanes, poligamia, legitimidad de los hijos nacidos de un segundo matrimonio, o derecho sucesorio de la segunda mujer, o de su disolución. Se ha llegado a reconocer el abono de la parte aplazada de la dote, (cuando se disuelve la relación matrimonial), la

⁷⁸⁶ Si bien la celebración del segundo matrimonio en Francia es contraria al orden público, cuando se trata de dos esposos cuya ley lo permite, no conlleva la nulidad. Es más, los tribunales franceses han reconocido a la segunda esposa el derecho a la pensión alimenticia, a la herencia del esposo fallecido y a los efectos del divorcio, tal como se determina en la *Sharia'a*. Véase, M. ALKACHBOUR, *Charhe Mudawwanat...*, *op. cit*, p. 87. Y también, entre otros, M. ABOUD: «L'ordre public comme moyen d'éviction de la loi étrangère», *Almohamat*, nº 14, 1979, pp. 25 y ss.

⁷⁸⁷ Véase, A. SARHALI, *La convention maroco-française relative à l'état des personnes, de la famille et de la coopération judiciaire 10 aout*, Faculté de Sciences juridiques, Rabat, 1981, p. 45.

⁷⁸⁸ Si bien el legislador francés, se ha enfrentado a esa cuestión mediante un texto explícito, para establecer en el art. 190.1º del Cc la nulidad del matrimonio celebrado de forma fraudulenta a petición del otro cónyuge, que ha actuado de buena fe o a petición del MP (Fiscalía),- durante el primer año de este matrimonio-, el mismo llegó implícitamente a entender la vinculación especial entre el derecho de estatuto personal con el orden público en el mundo oriental.

pensión alimenticia y el derecho a algunas prestaciones sociales, que tiene la mujer en los ordenamientos de tradición islámica⁷⁸⁹.

Ha de destacarse, en este sentido, que el derecho a la pensión de viudedad representa el efecto del matrimonio polígamo más relevante, puesto que se trata de reconocer la pensión de viudedad a dos mujeres -o más-, esposas del causante. Sin embargo, en España se ha dado una respuesta a esta situación, en concreto, cuando el fallecido cotizante deja varias esposas con las que está legalmente casado con arreglo a su ley nacional. Ahora bien, es importante matizar dos casos: cuando existe un convenio internacional de Seguridad Social entre España y otro país, como sucede con Marruecos.

En este supuesto el convenio tiene preferencia sobre la legislación española de SS. Por tanto, el convenio prevé, expresamente, que si el sujeto cotizante fallecido estuviera legalmente unido en matrimonio con varias mujeres, la pensión de viudedad será distribuida por partes iguales. Con lo cual tan solo existe una pensión y no varias⁷⁹⁰. Sin embargo, cuando no hay ningún convenio de SS dicha legislación debe ser interpretada para adaptarla al caso de múltiples esposas potenciales perceptoras de la citada pensión⁷⁹¹.

6. OTRAS CONDICIONES

Junto a éstas, el CHM de 1997 exige que la decisión extranjera reúna otras condiciones, que se indican brevemente a continuación. La decisión extranjera no podrá ser contraria a una resolución judicial ya dictada en el Estado requerido y que haya adquirido la autoridad de cosa juzgada (art. 23, 4º inciso segundo) y, de otro lado,

⁷⁸⁹ En este sentido, consúltese entre otras RDGRN (1ª) de 6 de mayo de 2010, y RDGRN (2ª) de 3 de enero de 2011.

⁷⁹⁰ Se trata de la legislación de la Seguridad Social (normativa de Derecho público español), véase el art. 23 del Convenio hispano-marroquí de 8 de noviembre de 1979, (BOE núm. 138/1985).

⁷⁹¹ Sent. del Juzgado Social núm. 6 de Barcelona, de 10 de octubre de 2001, STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2003.

figura otra condición, siempre que no conste ningún otro proceso pendiente de resolución entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido, antes de iniciarse la acción ante el Tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse (art. 23, 5º).

Sin embargo, destaca el carácter genérico de sus disposiciones, de modo que no ha contribuido a solucionar las dudas que se plantean en torno al reconocimiento. Por tanto, ha sido objeto de fuertes críticas, que pueden resumirse en las siguientes: de un lado, el convenio emplea una terminología genérica. De hecho, en caso de conflicto o de divergencia entre las leyes de ambos países, no se delimita la ley aplicable, si es la ley del país del solicitante, o de la parte solicitada. Este tipo de ambigüedades no permiten conocer la respuesta que se puede dar a un conflicto que concierna a los ciudadanos de ambos países o de uno de ellos.

De otro lado, los casos que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de este convenio (art. 5) los resuelve una comisión consultiva. No obstante, el convenio no aclara la situación en cuanto a los casos que se habían presentado con anterioridad, si se resuelven por la comisión o por otra autoridad. El art. 3 del CHM prevé que: *“el presente Convenio no priva a ninguna persona de su derecho a dirigirse a las autoridades judiciales, en los países firmantes, con independencia de la etapa del procedimiento”*.

Por último, suscita dudas la norma que se refiere a la posibilidad de recurrir a la vía diplomática para la resolución de toda dificultad derivada de la aplicación del citado Convenio. Ahora bien, la falta de claridad del término “dificultad” permite distintas interpretaciones. Un sector de la doctrina explica que se refiere a las dificultades jurídicas, pero otro, indica que se trata de toda complicación que pueda surgir en el plano práctico. Asimismo se cuestiona la validez o el efecto que entraña una decisión diplomática de estas características.

No obstante, pese a las críticas, el CHM constituye un paso necesario hacia la superación de temas difíciles, propios del ámbito de DIPr, en especial, sobre el

reconocimiento de decisiones sobre el estatuto personal. Para lograr una correcta aplicación del CHM, debe existir tolerancia y respeto recíproco. Asimismo, se exige de las instituciones diplomáticas (que se citan en el art. 21) la formalización de protocolos adicionales, para garantizar salida a las dificultades que pueden encontrarse en su aplicación⁷⁹².

V. SISTEMAS Y EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

1. SISTEMA DE RECONOCIMIENTO Y TIPOS

A) Sistema automático *versus* procedimiento de reconocimiento

El sistema de reconocimiento de una decisión extranjera hace referencia al cauce a través del cual obtiene en el foro los efectos pretendidos⁷⁹³. Dicho cauce

⁷⁹² Véase I. BAHMANI, *Ala'amal Alqada'i Fi Qadaya Alusra...*, op. cit, p. 65, y CH. ALMADKURI, *Almayyalat Almagribiya Liqanun Waiqtisad Attanmiya*, n° 17, p. 174.

⁷⁹³ Cabe indicar que el Derecho marroquí sigue la teoría de la extensión de los efectos que, como se sabe, consiste en entender que la decisión extranjera despliega en Marruecos los efectos propios que tiene de conformidad con el ordenamiento del Estado de origen. Véase, en particular, F.F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 29. Ahora bien, existen excepciones, en virtud de las que la decisión extranjera despliega en Marruecos los efectos que se aparejan a ese tipo de decisiones en el ordenamiento marroquí, como sucede, en particular, en el caso de las sentencias extranjeras de disolución del matrimonio que, como se ha señalado *supra*, no son susceptibles de recurso en la parte que se refiere a la extinción de la relación conyugal, de conformidad con lo que indica el art. 128, 1º del CF. Ahora bien, no se trata de una cuestión que se haya resuelto aún con claridad, en la medida en que, en principio, tras la homologación en Marruecos de la decisión extranjera de disolución del matrimonio, pueden interponerse todos los recursos, tanto ordinarios como extraordinarios que regula la normativa procesal marroquí (como se verá *infra* de forma más detenida). Ello conduce a que sean tratadas de distinta forma las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio y las decisiones extranjeras de extinción del vínculo matrimonial, a pesar de que afecten igualmente a marroquíes. Y, por tal motivo, puede ser más interesante en este momento litigar en Marruecos, porque, de otro lado, existe la modalidad de disolución del matrimonio por la existencia de desavenencias, que puede alegar tanto el hombre como la mujer, sin necesidad de presentar más prueba, que el hecho de la existencia de conflictos profundos en la pareja que hacen imposible o muy difícil la convivencia. De otro lado, la teoría de la equiparación también se siguió cuando la prisión por deudas aún existía en Marruecos. Las decisiones extranjeras ejecutorias en materia de deuda contractual podían ser ejecutadas mediante la pena de prisión, a pesar de que no existiese esta medida en el Derecho extranjero y estuviese prohibida por el Pacto de derechos civiles y políticos, ratificado por Marruecos (véase, la STA de Fes, de 17 de mayo de 1966).

puede consistir en su invocación directa por el particular (persona interesada) ante la concreta autoridad competente para hacer valer sus efectos (sistema automático) o en la incoación de un procedimiento declarativo específico destinado a su homologación⁷⁹⁴. Requiere, en todo caso, el inicio de un procedimiento⁷⁹⁵. Esto es, no es posible solicitar o invocar ante la autoridad marroquí de que se trate la sentencia extranjera (p.ej., para acreditar la capacidad nupcial de la persona divorciada en el

⁷⁹⁴ En el caso español, es sabido que el *exequátur*, que pervive en los arts. 951 y ss de la LEC/1881, ha sido el procedimiento tradicionalmente empleado para el reconocimiento de las decisiones extranjeras, cuya competencia correspondió inicialmente al TS, pero es competencia en la actualidad de los Juzgados de primera Instancia. En la actualidad, se trata de un régimen que tiene carácter residual, en la medida en que España comenzó a suscribir desde mediados del siglo pasado un conjunto de convenios para facilitar la homologación en este país de las decisiones extranjeras (y viceversa). De otro lado, la pertenencia de España a la UE ha hecho que el sistema se renueve y que se trate de agilizar en la medida de lo posible la homologación de efectos de las decisiones pronunciadas por autoridades de países de la UE. De este modo, se emplea con preferencia el sistema automático, incluso, en determinados casos, sin que sea preciso el control de determinadas condiciones. Así sucede, en concreto, en el caso del Reglamento 805/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (*DOCE* L nº 143, de 30 de abril de 2004). Para el ámbito del reconocimiento de decisiones véase, en particular, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Cívitas, Madrid, 2009; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cívitas, Madrid, 2012, p. 345.

⁷⁹⁵ Véase, A. OUNNIR: «La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Maroc», *Estudios e Informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén (2005-2006)*, OPIJ, Comares, Granada, 2008, pp. 461 y ss. Como se ha señalado *supra*, cuando se trata de la homologación de efectos en Marruecos de los matrimonios civiles celebrados ante autoridades extranjeras, los nuevos arts. 14 y 15 del CF permiten que sean invocados de forma directa ante las autoridades consulares del país extranjero de residencia, de tal forma que se ha recogido un sistema automático de reconocimiento en tales casos. Ahora bien, las dudas que siguen suscitando estas disposiciones permiten pensar que el sistema de reconocimiento habitual seguirá requiriendo la presentación de una demanda a tal fin. Esto es, el inicio de un procedimiento declarativo de reconocimiento de los efectos en Marruecos del matrimonio civil celebrado en el extranjero, de conformidad con lo que indica el actual CPC de 1974. Cabe citar en este sentido la Sent. núm. 455 (asunto 205-06), del Tribunal de Familia (Primera Instancia) de Tánger, de 28 de febrero de 2007, que denegó el reconocimiento de un acta matrimonial, otorgada ante el representante de un centro islámico en España conforme a lo previsto en los arts. 430 y ss del CPC, al considerar el Tribunal marroquí que la autoridad celebrante carecía de la competencia que prevé el art. 432. Ahora bien, de prosperar esta exégesis, se arruinaría la posibilidad de articular la eficacia transfronteriza de este tipo de actos así como el objeto del nuevo art. 14 del CF.

extranjero), sin que se hayan reconocido sus efectos en Marruecos a través de un procedimiento declarativo⁷⁹⁶.

Por ello, tanto si se trata de una decisión española de disolución del matrimonio (que se reconoce, como se sabe, por el convenio bilateral de 1997)⁷⁹⁷, como de una decisión extranjera procedente de cualquier otro país (salvo que el concreto convenio bilateral indique otra cosa), en principio, la decisión ha de ser previamente homologada para que pueda desplegar efectos en Marruecos y, por ello, pueda la persona interesada recuperar su capacidad nupcial en este país⁷⁹⁸, sin perjuicio de la aplicación del art. 418.2º del COC (véase *infra*).

Como es sabido, el sistema de reconocimiento de decisiones extranjeras en Marruecos ha experimentado una evolución, tras la independencia y, en especial, tras la adopción del CPC de 1974. Con anterioridad, de conformidad con el art. 19 del DCC, se reconocían en Marruecos: *“las decisiones dictados en el extranjero por los tribunales de Estados que hayan renunciado a sus privilegios judiciales durante el Protectorado francés en Marruecos se declaran ejecutorios en Marruecos sin revisión de fondo, bajo la única condición de la reciprocidad”*⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ Ahora bien, como se indica *infra* de forma más detenida, el TS marroquí ha considerado que la decisión extranjera también despliega efectos al margen del *exequátur*, en la medida en que se trata de un documento público, que permite probar determinados extremos.

⁷⁹⁷ En concreto, el Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa, entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid, el 30 de mayo de 1997, dispone en su art. 25 que: *“la autoridad competente (el Tribunal de Primera Instancia de cada uno de ambos Estados) concederá el derecho de homologación de la resolución, a solicitud de la parte interesada, conforme a la legislación del Estado en que se solicite dicha homologación (...)”* (BORM, nº 4700, de 17 de junio de 1999).

⁷⁹⁸ Para el análisis de uno de los convenios bilaterales suscritos por Marruecos con Francia véase, P. DECROUX, *“La Convention franco-marocaine du 10 août 1983 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire”*, JDI, 1985, pp. 49 y ss.

⁷⁹⁹ La reciprocidad derivaba de la existencia de un convenio bilateral o multilateral o de la existencia de una disposición como el art. 19 del DCC en la legislación extranjera. También podría demostrarse la existencia de la reciprocidad a través de la Embajada o el Consulado del país extranjero, siempre que estuviese confirmada o corroborada por un jurista con el objeto de acreditar que dicha jurisprudencia sea aplicable en el país –para aplicar la reciprocidad–, se comprobaba, en particular, la posibilidad de reconocer las decisiones extranjeras sin proceder

Tras la adopción del CPC de 1974, se puso en tela de juicio el sistema heredado del Protectorado y entre las principales novedades se encuentra la unificación del régimen del *exequátur*⁸⁰⁰. Dos artículos relevantes, el 430 y el 431 del CPC, indican las condiciones que han de reunir las decisiones extranjeras, con la excepción, por supuesto, de lo previsto por los convenios concluidos por Marruecos⁸⁰¹. De otro lado, cabe recordar la posibilidad de que el reconocimiento tenga lugar de forma parcial (véase *infra*)⁸⁰². Por tanto, la homologación en Marruecos de una decisión extranjera no plantea dificultades particulares. Basta con que sea firme (cosa juzgada formal), esto es, que se trate de una decisión definitiva y reúna las demás condiciones para ello⁸⁰³.

De otro lado, como se ha señalado *supra*, los arts. 430-432 del CPC constituyen un régimen de mínimos, de tal forma que, con independencia de lo que indique el régimen convencional, las decisiones extranjeras habrán de reunir las siguientes condiciones: en primer lugar, que sea competente la autoridad extranjera; en segundo lugar, que se haya aplicado el Derecho indicado por la norma de conflicto del foro; en tercer extremo, la regularidad de la decisión extranjera; en cuarto término, que no sea

a realizar una revisión de fondo. Véase, I. BAHMANI, *Ala'amal Alqada'i Fi Qadaya Alusra...*, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁰⁰ Esto es, deja de existir un régimen ordinario y un régimen excepcional (régimen de las capitulaciones). Como se ha señalado *supra*, este régimen consistía en reconocer las decisiones extranjeras en Marruecos bajo condición de reciprocidad.

⁸⁰¹ Véase, J. DEPREZ: "La réforme de l'organisation judiciaire et la procédure au Maroc et le Droit international privé (deuxième partie)", *RJPEM*, 1978, vol. 4, pp. 49 y ss.

⁸⁰² Véase, entre otros, M. BOURAMDANE, *Kayfiat Tafi'il Qawai'd...*, *op. cit.*, p. 65; A. OUNNIR: «La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Maroc», *Estudios e Informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén (2005-2006)*, OPIJ, Comares, Granada, 2008, pp. 451 y ss.

⁸⁰³ Salvo en el caso de que se trate de una decisión extranjera, que ponga fin al matrimonio por alguna de las causas que prevé el art. 128 del CF, pues, como se ha señalado *supra*, se interpreta esta disposición en el sentido de que permite que se reconozcan decisiones extranjeras que no revistan el carácter de firmeza (cosa juzgada formal).

incompatible con el orden publico y, por último, que reúna las condiciones particulares previstas por los convenios⁸⁰⁴.

Por último, el legislador ha tratado la homologación de decisiones extranjeras de disolución del matrimonio en el CF demostrando su interés por la situación personal y familiar de los MRE. Así, el nuevo art. 128 del CF traduce el deseo del legislador para tratar el *exequátur* de manera flexible y ofrecer soluciones a las dificultades a las que se enfrenta este colectivo⁸⁰⁵.

B) Tipos de reconocimiento: global y parcial

Los tribunales marroquíes pueden reconocer parcialmente la sentencia extranjera, si consideran que una parte es contraria al orden público, como conceder el *exequátur* a la sentencia española que pronuncia el divorcio, pero no homologar la parte relativa a la prestación de alimentos a la esposa tras finalizar la relación matrimonial o la parte relativa a la atribución de la custodia de los hijos a la madre, en casos distintos a los que establece el CF⁸⁰⁶. Podría también reconocerse la parte de la decisión extranjera que decide el pago de los alimentos a favor de un niño ilegítimo, a pesar de que no se reconocería en Marruecos en ningún caso esta relación paterno-filial entre el progenitor y su hijo⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Véase, M. BADEN: "Mudawwanat alusra bayna alahdaf almua'alana wa ichkalat atatbiq ala'amali", en I. ALFAKHORI, *Mudawwanat alusra ba'ada thalath sanawat mina attatbiq*, Uxda, 2007, pp. 50-72.

⁸⁰⁵ Ahora bien, esta disposición no se refiere a las cuestiones procesales del reconocimiento. Por ello, el sistema se determina por el CPC de 1974, a falta de reglas especiales. De hecho, para aclarar esta cuestión se aprobó la Circular por el MJ dirigida a los jueces asignados en los consulados de Marruecos en el extranjero (ya citada).

⁸⁰⁶ Véase, M. LOUKILI, "Régimen jurídico...", *loc. cit.*, pp.286 y ss.

⁸⁰⁷ Se trata de una tendencia de la jurisprudencia francesa, que también se admite en Marruecos, como señala D. ALEXANDER en la Ponencia presentada en el Seminario organizado los días 14 y 15 de junio de 2007 en el Instituto Superior de Jurisprudencia en Rabat sobre "*Reconocimiento de sentencias extranjeras*", para más información consúltese D. ALEXANDER: "*Les effets des jugements independants de l'exequátur*", *Trav. Com. Fr, DIP*, 1975-1977, pp. 51 y ss.

Otro ejemplo de reconocimiento parcial (a resultas de la acción atenuada del orden público) tiene lugar cuando se admite el reconocimiento de la decisión de divorcio unilateral, pero no puede ser reconocida la parte que consiste en el reparto de los bienes entre los esposos⁸⁰⁸. El reconocimiento parcial también está previsto por el art. 12 del Acuerdo de Cooperación judicial hispano-marroquí: “*si la decisión judicial a la cual se solicita la ejecución de sus disposiciones, no entra en marco de aplicación de este acuerdo salvo la parte relativa al derecho de custodia, o derecho de visita y los medios de su práctica*”⁸⁰⁹.

2. TRAMITACIÓN DE LA DEMANDA DE EXEQUÁTUR

A) Inicio del procedimiento

a) Autoridad competente para homologar las decisiones extranjeras

Las decisiones extranjeras pueden ser reconocidas en Marruecos de acuerdo con un procedimiento, que se presenta ante el TPI de la residencia del demandado o en el lugar de ejecución cuando no exista el primero, porque tenga su domicilio en el extranjero (arts. 430-431 CPC)⁸¹⁰. De otro lado, durante el procedimiento ha de comprobarse que la decisión extranjera ha sido pronunciada por una autoridad de un país reconocido por Marruecos o por árbitros internacionales⁸¹¹, o que se trata de un

⁸⁰⁸ Véase, STS, núm. 333, de 15 de junio de 2005 [Exp. núm. 668/2/1/2004].

⁸⁰⁹ Acuerdo de Cooperación Judicial entre España y Marruecos (*BORM* de 17 de junio de 1999).

⁸¹⁰ En aplicación del art. 431 del CPC, se adjunta a la demanda, copia de la decisión extranjera traducida por un traductor jurado y el original de la notificación traducida, con un certificado de la firmeza de la decisión (cosa juzgada formal), esto es, que no es susceptible de recurso de apelación o casación otorgada por el MP competente. Véase *infra* de forma más detenida.

⁸¹¹ El Juez marroquí tiene la obligación de comprobar que la sentencia procedente de los árbitros no es contraria al orden público marroquí, o cuando el arbitraje tiene lugar respecto a las cuestiones que no contempla la Ley marroquí, determinadas en los arts. 309 y 310 del CPC reformado por la Ley 08-05 aprobada por *Dahir* de 30 de noviembre de 2007, (*BOEM* núm. 5584).

Tribunal extranjero internacionalmente competente (art. 430 CPC); que –de otro lado– ha de respetar las reglas de competencia interna del país extranjero⁸¹².

La instancia competente es el propio TPI⁸¹³. Así, la resolución la asume el Tribunal competente, por la claridad del art. 430 del CPC, que señala al Tribunal y no al Presidente del Tribunal⁸¹⁴. El Tribunal de Primera Instancia resuelve determinados asuntos a través de un Consejo común formado por tres jueces (p.ej., casos de disolución del matrimonio, validez del matrimonio, filiación, etc). En cambio, se resuelven los casos por un único Juez (en los asuntos sobre la pensión de alimentos, estado civil, etc.).

⁸¹² Motivo por lo cual, se ha denegado el reconocimiento de una sentencia pronunciada por una autoridad judicial de Genes, que no era competente, al haber preterido la competencia de la autoridad del lugar del domicilio del demandado (Sent. de Rabat, de 2 de abril de 1928). Además, según el art. 430 del CPC, ha de comprobarse que el procedimiento se ha sustanciado de forma similar a lo previsto en el Derecho marroquí; que se hayan respetado las normas de conflicto del foro, indicadas en el DCC (de 12 de agosto de 1913). Y, por último, según el art. 430 del CPC, es preciso verificar la regularidad de la decisión extranjera y que no sea incompatible con el orden público. Véase *supra*.

⁸¹³ Tras la aprobación del CF, se reformó la composición interna del TPI en virtud del art. 2 del Código de Organización Judicial, así el TPI incluye además de las Cámaras civil, comercial, inmobiliaria, social, represiva, secciones especiales llamadas Secciones de jurisdicción de familia, cuya función es resolver las causas sobre el estatuto personal, sucesión, estado civil y asuntos notariales, menores, *kafala* y todo lo relativo a la protección de familia. Véase el Código 03-73 aprobado por *Dahir* de 3 de febrero de 2004 (*BORM* n° 5184, de 5 de febrero de 2004).

⁸¹⁴ Ello a diferencia de las sentencias y decisiones de *exequátur* resueltas por los dos árbitros cuya aplicación se efectúa por parte del Presidente del TPI explícito en el art. 327-331 del CPC. Sin embargo, con la creación de los tribunales administrativos y los tribunales comerciales, cabe plantear la cuestión relativa al ámbito de competencia de cada tribunal en el tema del reconocimiento de contratos y sentencias extranjeras. El art. 20 de la Ley núm. 53/95, de 15 de mayo de 1997, prevé la creación de los Tribunales de comercio: “*el Presidente del TC ejerce las competencias atribuidas al presidente del TPI en virtud del CPC, asimismo las competencias que le han sido atribuidas en materia comercial*”. El art. 21 establece lo siguiente: “*puede el presidente del TC en calidad de juez de asuntos emergentes y en los límites de competencia del tribunal, ordenar todas las medidas que no conciernen a ningún conflicto relevante, como que ha remitido en el art. 23 de la misma ley al tercer capítulo de la parte octava del CPC, entre ellas las disposiciones de exequátur de contratos y sentencias extranjeras*”, véase J. Y. CARLIER: “*La polygamie devant la Cour d’arbitrage*”, *Journal de Juriste*, 25 mai 2005, pp. 1 y ss.

En general, la competencia es de los TPI. No obstante, la Ley núm. 03-73 cambia y completa el *Dahir*, de 15 de julio de 1974, relativo al régimen judicial, que prevé: “...que los tribunales se dividen, en función de las causas planteadas, en secciones de jurisdicción de familia, cámaras civiles, comerciales, inmobiliarias, sociales y represivas. Las secciones de jurisdicción de familia tratan los casos de estatuto personal, herencia, estado civil, asuntos de notariado, menores, kafala y todo lo relacionado con el cuidado y protección de familia⁸¹⁵. Cada Cámara puede investigar y resolver los casos interpuestos ante el Tribunal sea cual sea su naturaleza salvo los vinculados con las secciones de jurisdicción de familia”.

Por tanto, cabe plantear la posibilidad de que las distintas cámaras del TPI (que no sean sección de jurisdicción de familia) puedan resolver las peticiones de *exequátur* de contratos y sentencias extranjeras de disolución del matrimonio. Lo habitual es que estas solicitudes sean tratadas por las secciones de familia⁸¹⁶. Pero, si bien la práctica confirma que la resolución de las demandas de *exequátur* sobre asuntos de familia es competencia de las secciones de familia, no existe motivo para limitar la competencia a las secciones de familia en exclusiva, porque la demanda de *exequátur* es independiente en sus reglas según el CPC al que remite el art. 128 del CF, y no tiene vinculación con el asunto que resolvió el Juez extranjero, siempre que el objetivo esencial sea comprobar si la sentencia extranjera reúne las condiciones exigidas para su reconocimiento⁸¹⁷.

El legislador ha consentido que otras cámaras resuelvan las demandas interpuestas ante el Tribunal con independencia de su naturaleza, salvo lo relativo a las secciones

⁸¹⁵ *BORM*, núm. 5184, de 5 de febrero de 2004.

⁸¹⁶ La novedad es que el legislador ha impedido a otras Cámaras del TPI resolver los asuntos que son competencia de las secciones de familia. Por ello, falta saber la posibilidad de considerar la demanda de *exequátur* de una sentencia extranjera dictada en algún tema de familia entre los asuntos pertenecientes en exclusiva a la competencia de las secciones de familia o si cualquiera de las cámaras del TPI puede resolver estas demandas. Parece ser difícil confirmar este planteamiento por la inexistencia de *Ijtihad* en el tema.

⁸¹⁷ Véase, M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 285 y ss.

de jurisdicción de familia (art. 2 del Ordenamiento jurisdiccional *supra*). Es decir, que todo lo que se incluye en la competencia de esa sección no lo puede tratar más que esta última sección –a pesar de que no exista un artículo que lo indique explícitamente en relación con el *exequátur*–⁸¹⁸. Lo mismo se aplica respecto a la jurisdicción común o individual. Debe tomarse en cuenta el asunto del contrato o de la sentencia extranjera cuyo *exequátur* se solicita, para determinar la parte que resuelve el expediente.

En cuanto a la competencia territorial, corresponde al TPI competente localmente recibir la solicitud de reconocimiento, esto es, el TPI de origen o del lugar de residencia del demandado o del lugar de homologación si no reside en Marruecos (art. 430 CPC)⁸¹⁹. En tal caso, se presenta la demanda en el lugar en el que se celebra el nuevo matrimonio, al tratarse del lugar en el que desplegará efectos la sentencia extranjera de disolución⁸²⁰. En segundo extremo, se procede de oficio o a instancia de la persona interesada en su reconocimiento, que se lleva a cabo en nombre del Rey, que representa la soberanía marroquí.

De otro lado, la demanda debe dirigirse contra la otra parte, que ha de ser citada, según lo previsto en el art. 430 del CPC, que indica el origen o el lugar de residencia del demandado, para hacer referencia a la existencia de dos partes: demandado y demandante⁸²¹. En este sentido, cabe plantearse si basta con dirigir la demanda contra

⁸¹⁸ Lo importante es que se respete la voluntad del legislador para fomentar la especialización, a pesar de que el art. 2 de *Dahir* del orden de jurisdicción no haya hecho ninguna referencia a la sanción cuando se infringen sus disposiciones. Véase en este sentido, M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 287 y ss.

⁸¹⁹ Cabe citar la STS, núm. 180, de 24 de abril de 2003, que señala que: “no reconocer en Marruecos las sentencias promulgadas por los tribunales extranjeros, solo después de revestirlas de *exequátur* de parte del TPI del origen o del lugar de residencia del demandado o del lugar de homologación si no haya ninguno de los mencionados. Así mismo, no hay ningún texto jurídico que excluye las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros en los asuntos de estatuto personal, de la posibilidad de homologarlas cuando concurren los requisitos previstos en la Ley” [Exp. núm. 99/277].

⁸²⁰ Véase, A. ZOUÏR: “*Taadil al ahkame...*”, *loc. cit.*, pp. 80-103; y M. SOUÏMI, *D.I.P. et conflit entre les statuts personnels*, Kuliyat Alhuquq, Rabat, 1992-1993, p. 112.

⁸²¹ Véase, A. ZOUÏR: “*Taadil al ahkame wa alouqoude...*”, *loc. cit.*, pp. 80-103.

el MP o es necesario que sea contra una parte, respetando las formalidades de la notificación.

En tercer extremo, tiene lugar una audiencia pública, que se somete tanto a las reglas establecidas para las audiencias y los juicios en materia civil y comercial, como a las vías de recurso. Sin embargo, no se admite una nueva demanda sobre el mismo asunto ya resuelto en el extranjero, las pruebas han de ser presentada por el demandado (salvo las que ya consten en la decisión extranjera). Asimismo, se prohíbe cualquier modificación de la sentencia extranjera original y, por último, para que se revise el fondo de la decisión extranjera, se requiere que exista un convenio, en aplicación del art. 19 de DCC⁸²².

Por último, cuando se trata del reconocimiento de una decisión de disolución del matrimonio, se tramita de acuerdo con las reglas generales del CPC. No obstante, en la mayor parte de los casos se interpone demanda contra el MP, prescindiendo de la notificación al demandado, como se verá *infra*⁸²³.

⁸²² Como se ha señalado, en principio, el reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras, en un momento anterior a la entrada en vigor del CPC de 1974, se realizaba a través del sistema de revisión (sistema ordinario), pero también existía un sistema excepcional, en virtud del cual la decisión extranjera se supeditaba a un control (régimen de las capitulaciones), en virtud de la existencia de reciprocidad. Sin embargo, Marruecos ha permitido -incluso sin la existencia de reciprocidad- la homologación de sentencias pronunciadas por autoridades extranjeras, así como contratos concluidos en el extranjero tras verificar las condiciones establecidas en los arts. 430-432 del CPC mediante el procedimiento del *exequátur* [STS núm. 251, de 5 de julio de 1967 (Dossier núm. 21219)].

⁸²³ Es el caso de la decisión, que dictó la Cámara civil del TA de Uxda, que confirmó la sentencia de instancia, apelada por el MP porque la demanda se dirigió contra el MP como parte principal y no contra el apelado, aunque dicho Ministerio es considerado como parte. La sentencia señala que: *“este tribunal después de haber consultado los documentos del expediente y su contenido en primera instancia y apelación, ha deducido que dichos documentos analizados para argumentar la sentencia apelada y valorar las causas suscitadas a su respecto, han comprobado que la opinión del MP no afecta a la decisión del TPI. En efecto, en la tercera parte del art. 430 del CPC está indicado bajo título, las reglas generales respecto a la ejecución obligatoria de las sentencias extranjeras no se realiza en Marruecos salvo después de revestirlas de exequátur, y la ejecución de dicha sentencia que fue definitiva, está condicionada por el cumplimiento de las condiciones previstas en el art. 431 de este Código”*. [véase, Sent. núm. 1512 (Exp. núm. 02/164), de 16 de julio de 2002]. Véase, A, KHADDAR: *“Mayalat taddajul aniyaba ala’amma fi qada’e alusra”*, en I. BELMAHJUBE, *Mustayyadat*

b) Notificación al demandado

El TS ha insistido en considerar la demanda de *exequátur* como cualquier otro tipo de demanda, siendo por ello necesario citar al demandado⁸²⁴. Sin embargo, deben aplicarse las reglas que regulan la práctica de la notificación de forma flexible, en especial, cuando se trata de cualquier otra modalidad de extinción del vínculo del matrimonio, sobre todo, si hay una parte extranjera, que no puede personarse durante el proceso y la parte marroquí es la perjudicada en dicho proceso⁸²⁵.

La flexibilidad mencionada se refleja en una doctrina, que establece la diferencia entre dos tipos de sentencias: las pronunciadas en presencia de las dos partes, que se han puesto de acuerdo previamente. En este caso, cualquier parte -aunque la solicitud de disolución del matrimonio sea unilateral- puede solicitar el *exequátur*, sin necesidad de citar a la otra⁸²⁶. Del mismo modo sucede cuando la sentencia extranjera se pronuncia en presencia del demandado o a petición suya, de forma que la otra parte,

Mudawwanat Alusra wa Tatbiqatuha Al'amaliya, Dicember 2010, pp.147 y ss, y M. BADEN: "Mudawwanat alusra bayna alahdaf ..." *loc. cit.*, pp. 70 y ss.

⁸²⁴ Señala el TS que: "en virtud de los arts. 32 y 36 y ss del CPC debe de incluir en el escrito de demanda los nombres y apellidos, profesión y origen o lugar de residencia del demandado y demandante, el Juez cita las dos partes en una sesión previamente determinada. Se observa en una sentencia que el escrito de incoación de la demanda supra, que la demandante solicitada en casación, se ha conformado con mencionar el nombre del demandado- su marido- sin señalar su origen o el lugar de su residencia, por tanto no se ha dirigido al demandado para que tenga la oportunidad de responder y así el tribunal podrá citarlo para que esté presente en la sesión. El tribunal cuya sentencia fue recurrida, cuando confirma la decisión anterior -que reconoció la sentencia a pesar de lo expuesto y decidió reconocer la misma que falló el divorcio entre las dos partes sin convocar al marido demandado, concernido directamente, que hubiera respondido si así lo deseaba-, habrá incumplido los arts. 32 y 36 y ss. del CPC lo que expone su decisión a casación" [Sent. núm. 211 (Exp. núm. 75/2/1/2004), de la Cámara de estatuto personal y sucesiones, de 21 de abril de 2004].

⁸²⁵ Ahora bien, en el caso del divorcio obtenido en el extranjero por mutuo acuerdo o a petición del demandado, no se precisa la citación del demandado.

⁸²⁶ Así lo dispone el art. 11 del Convenio hispano-marroquí sobre cooperación judicial, reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales en materia de custodia, derecho de visita y devolución de los niños de 1997 (aprobado por *Dahir* núm. 4700, de 17 de agosto de 1999).

aunque no estuviera presente en el procedimiento que culminó con la sentencia extranjera, puede solicitar el *exequátur*, sin necesidad de citar a la otra.

El segundo caso se presenta cuando la sentencia extranjera se dictó en ausencia de la parte que no solicita el reconocimiento. En este caso, la demanda debe dirigirse en su contra y su notificación es imprescindible. Si bien esta distinción tiene su fundamento y se adapta a la flexibilidad exigida en tales situaciones, no existe un sostén jurídico. Por ello, se propone la reforma del CPC, de modo que sea adecuado a estas novedades para reflejar los objetivos diseñados por el legislador⁸²⁷.

No cabe duda de que la práctica de la notificación complica el procedimiento, sobre todo, si se toma en cuenta que los expedientes permanecen acumulados durante años a la espera de citar al demandado que reside fuera de Marruecos, lo que conlleva un agravamiento de la situación de la persona que solicita el *exequátur*, en contra de la finalidad de la Circular del MJ, que trataba de flexibilizar y reducir en el tiempo el procedimiento iniciado por los MRE⁸²⁸.

Por último, respecto a los trámites del *exequátur*, el solicitante es -a menudo- aquel beneficiario en el juicio extranjero. En cambio, el demandado suele ser el condenado. La excepción tiene lugar cuando la persona condenada en el extranjero tiene interés en solicitar el *exequátur* de la decisión en Marruecos, pues, en definitiva, incluso la persona que fue condenada en el extranjero tiene derecho a presentar la petición de homologación⁸²⁹. No es necesario notificar a todos los que fueron parte en el litigio en el extranjero, sino que la demanda de *exequátur* puede dirigirse contra uno de los demandados en el extranjero⁸³⁰.

⁸²⁷ Véase, A. ZOUIR: "Taadiil alahkame wa alouquode...", *loc.cit*, pp. 80-103.

⁸²⁸ Véase, M. BADEN: "Mudawwanat alusra bayna alahdaf almua'alana...", *loc. cit*, pp. 50-72.

⁸²⁹ P.ej., una sentencia extranjera ha declarado el divorcio a favor de la esposa francesa, puede ser revestida de *exequátur* a petición de la misma si existe la intención de volver a contraer matrimonio.

⁸³⁰ Ahora bien, es inadmisibles dirigir dicha solicitud contra personas que no fueron parte en el proceso de origen, salvo si se trata de causas a título universal. Véase, S. ALAJRASSI, "Min

B) Documentos que es preciso adjuntar con la solicitud

El art. 431 del CPC dispone que el demandante de *exequatur* –con carácter general- debe adjuntar a su solicitud una copia original de la sentencia, el original de la notificación o todo documento que la sustituya, certificado de la Secretaría Judicial en el que conste que no es posible apelar ni recurrir en casación la decisión extranjera y, por último, la traducción completa a la lengua árabe de los documentos mencionados, cuando sea necesaria, realizada por un traductor jurado⁸³¹. Si el demandante presenta la traducción al árabe de dichos documentos y no el original, la demanda no se acepta⁸³². Se añade la exigencia de que dichos documentos sean legalizados por vía diplomática, concretamente, por el MAE marroquí⁸³³.

Sin embargo, la exigencia de presentar una copia original de la sentencia cuyo reconocimiento se solicita se debe a que el Juez ha de tener una referencia del caso que resuelve para volver a consultar sus disposiciones. Por ello, se justifica que se requiera presentar el original de la notificación y del certificado de la Secretaría Judicial, que acredita la no oposición o apelación y no haber recurrido a casación⁸³⁴.

mudawwanat Alhawal Achajssiya ila Mudawwanat Alusra: masar Attaadilat Wamataleb Alharaka annisaiya”, *Tabatu I*, Rabat, 2005, pp. 82 y ss; e I. BAHMANI, *Ala’amal Alqada’i Fi Qadaya...*, *op. cit.*, p. 90.

⁸³¹ STPI de Meknes, de 28 de febrero de 2006 [Exp. núm. 3514/05/5 (inédita)].

⁸³² Una sentencia del TPI de Tetuán indica que: “*el representante del demandante, a pesar de que fue avisado por el tribunal, no aportó la traducción de la sentencia extranjera legalizada, ni la traducción del certificado de no haber formulado oposición o apelación ante los servicios del Ministerio Exterior de conformidad con lo exigido en el art. 7. Fue el fundamento afirmado por el Tribunal para declarar que dicha demanda –viciosa formalmente- fue inadmitida*”, STPI de 27 de noviembre de 2006 [Exp. núm.13/06/1423]. Véase, el *Dahir* de 25 de julio de 1915 sobre la acreditación de la validez de las firmas y los arts. 29 y 30 del Decreto de 29 de enero de 1970 sobre la competencia de los agentes diplomáticos y consulares.

⁸³³ Salvo si existen convenios bilaterales relativos a la supresión de la exigencia de legalización de los documentos expedidos por uno de los dos países cuando se presentan ante los servicios del otro.

⁸³⁴ Sin embargo, esa justificación desaparece en algunas situaciones, sobre todo, cuando la sentencia extranjera es definitiva y no susceptible de recurso, como sucede en el caso de la

Otro caso relevante se plantea cuando el solicitante del *exequátur* presenta una copia del acta de nacimiento en el extranjero, refiriéndose a que se ha adjuntado a la documentación relativa al divorcio, su partida de nacimiento. Ello –incluso– sabiendo que no se adjuntan actas de nacimiento en la sentencia hasta que sean definitivas⁸³⁵.

La homologación de las decisiones de disolución del matrimonio debe resolverse de forma flexible⁸³⁶. En general, se toma en cuenta que la sentencia extranjera haya respetado las normas básicas previstas en el CF, en especial, la fase de conciliación –cuando proceda– y la notificación a las partes antes de tomar cualquier decisión, o dictar un auto respecto a la disolución de la relación matrimonial⁸³⁷.

El TS ha resuelto que: *“si la sentencia extranjera ha incluido datos respecto a: testificar el divorcio, citación de los esposos para iniciar el procedimiento de reconciliación, la determinación de los derechos de la esposa y los niños, el manifiesto de que el marido es la parte recurrente a la solicitud de la disolución, su solicitud fue aceptada por el tribunal extranjero, y en ello no se destaca ninguna infracción del orden público marroquí, la decisión de exequátur no puede ser declarada contraria a la ley y es suficientemente alegada”*⁸³⁸.

disolución del matrimonio bajo control judicial que se dicta basándose en un acuerdo entre las partes ante un tribunal francés.

⁸³⁵ Sentencias de dicha índole tienen que ser abordadas con flexibilidad y cautela, para llegar a averiguar su carácter definitivo, su compatibilidad con el orden público marroquí, una de las nuevas misiones atribuidas por el legislador al Juez que examine el *exequátur*, *“pero sin exceso ni severidad injustificada”*.

⁸³⁶ Véase la Sent., de 2 de octubre de 2006 [Exp. núm. 617/06/13(inédita)].

⁸³⁷ De otro lado, puede suceder que durante el proceso de reconocimiento tenga lugar la conciliación entre ambos esposos, si en la sentencia extranjera no conste este procedimiento.

⁸³⁸ Es más, *“en virtud del art. 128 del CF, las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros sobre disolución del matrimonio son susceptibles de ejecución, siempre que se dicten por un Tribunal competente, se basen en motivos que no sean incompatibles con los establecidos por el CF y, por último, reúnan las condiciones del exequátur de conformidad con lo previsto en los arts. 430 y 431 del CPC”* [STS, núm. 312, de 17 de mayo de 2006 (Exp. núm. 672/2/1/2005), *Revista Almi'ayare*, núm. 38, diciembre 2007, pp.161-164].

Se añade que la sentencia se dictó en presencia de las dos partes y decidió el cese de su relación matrimonial por la existencia de desavenencias (*Chiqaq*), tal como ambos lo acordaron, no hay indicio de que sea contraria a lo establecido en el CF respecto a este tipo de disolución, y no es incompatible con el orden público. Por tanto, se han cumplido todos los requisitos exigidos por Ley. Se trata de una de las sentencias calificadas por la doctrina de “perfecta”⁸³⁹.

En la misma línea, para que no se deniegue el *exequátur* de una sentencia – sobre disolución del matrimonio- por los Tribunales marroquíes por el único hecho que haya sido dictada por Jueces que no profesan el Islam, “*no hay un texto jurídico que excluye las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros en los procesos de estatuto personal de la posibilidad de adquirir el exequátur cuando se cumplan las condiciones previstas legalmente*”.

Así la STA de Rabat, de 19 de octubre de 2004, es conforme con la jurisprudencia del TS, al indicar que: “*el legislador marroquí se refiere con el exequátur a cualquier juicio dictado por un estado extranjero, sea musulmán, cristiano o judío*”⁸⁴⁰. De hecho, no se exige a los jueces que profesen la religión islámica para desempeñar sus funciones. Además, en el *exequátur* no se toma en cuenta la religión de quién haya dictado la sentencia, sino el cumplimiento de las condiciones estipuladas para su reconocimiento y, en particular, su compatibilidad con el orden público marroquí. Con esa tendencia, los tribunales marroquíes habrán abandonado lo establecido en algunas de sus decisiones (p. ej., la sentencia del TS de 1 de junio de 1998) respecto a la profesión de la religión islámica, que debía cumplir el Juez extranjero, para reconocer su sentencia en Marruecos.

Por último, el TA de Rabat ha empleado reglas imperativas relativas al orden público con agilidad permitiendo a una marroquí, el reconocimiento de la decisión extranjera de disolución del matrimonio, gozar de su libertad y poder contraer un

⁸³⁹ Véase, A. ZOUR: “*Taadiil alahkame wa alouqoude...*”, *loc.cit.*, pp.80-103.

⁸⁴⁰ Véase, la Sent., de 18 de julio de 1995 [Dossier núm. 91.6886].

nuevo matrimonio porque la disolución del matrimonio se regula por un Derecho divino, que conlleva la separación de pareja según reglas precisas, tras un matrimonio válido⁸⁴¹.

C) Demanda reconvenicional

La cuestión consiste en saber si dicha demanda de *exequátur* es susceptible de ser formulada en demanda reconvenicional. Tras un largo período de dudas, la jurisprudencia ha confirmado esta posibilidad. Así, el *exequátur* puede solicitarse, sea a título principal, sea en forma de demanda reconvenicional. Para ello, es preciso presentar los documentos indicados *supra*. La parte que solicita el *exequátur* en Marruecos de una decisión extranjera debe cumplir las reglas procesales previstas en el CPC, en cuanto a la formalización de la demanda, pago de la tasa judicial, plazos y vías de recurso, etc.

Los solicitantes tienen la obligación además, de entregar una copia original de la sentencia obtenida en el extranjero cuya expedición corresponde al Fiscal, acta de notificación junto con un certificado de la Secretaria judicial en la cual figura la falta de apelación y casación, y por consiguiente, la susceptibilidad de dicha sentencia de aplicación en el lugar de su promulgación, y la adquisición de cosa juzgada. Los documentos enumerados han de ir todos traducidos al árabe (traducción jurada)⁸⁴².

⁸⁴¹ Así, el Tribunal en este caso como el matrimonio es nulo, porque la mujer musulmana estaba casada con un no musulmán, pronuncia su nulidad aplicando los arts. 57 y 58 del CF. [Sent. núm. 106, de 17 de abril de 2006, Dossier 30.2006.10]. Véase comentario de M. BOURAMDANE, *Kayfiat Tafi'il Qawai'd Alqanun Alaynabi...*, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁴² Véase, A. OUNNIR: «La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Maroc», *Estudios e Informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén (2005-2006)*, OPIJ, Comares, Granada, 2008, pp. 451 y ss.

D) Aspectos criticables del procedimiento

a) Cuestiones que suscita la notificación

La tramitación de una demanda de *exequatur* encuentra obstáculos de diversa naturaleza. Conviene definir la función de los agentes judiciales y los problemas que plantea dicha profesión regulada por el *Dahir*, de 25 de diciembre de 1980, que ha privatizado el sistema público de notificación y reconocimiento de decisiones⁸⁴³. La unanimidad es absoluta respecto a las críticas dirigidas a los citados agentes, formuladas por todos los actores de la vida judicial y, en particular, por los justiciables⁸⁴⁴.

Según el art. 2 del citado *Dahir*: *“los agentes judiciales tienen la potestad de proceder personalmente a realizar todas las notificaciones necesarias para estatuir los procedimientos...pueden ser encargados de entregar las citaciones judiciales”*. La dificultad de la práctica de la notificación es la causa principal de la lentitud del procedimiento y del vencimiento del plazo legal de seis meses. No obstante, los agentes judiciales no son los únicos responsables de tales trabas, sino que la imprecisión de la dirección del implicado, en particular, en los barrios populares, en donde las calles, cuando existen, no tienen ninguna identificación que permita

⁸⁴³ Hasta esa fecha se trataba de un servicio dependiente del MP de cada jurisdicción y compuesto de funcionarios del MJ que desarrollaban esa tarea -pese a la insuficiencia de medios- de manera eficiente y bajo el control de MP.

⁸⁴⁴ Si bien dicha función constituye desde el comienzo de los años ochenta una profesión libre, la inquietud de absorber el paro de personas que poseen determinado tipo de diplomas (bachillerato o conocimientos de Derecho o, incluso, la licenciatura en Derecho), no fue beneficiosa para el sistema jurídico. La ineficacia del sistema de notificación de actas de procedimiento y ejecución de decisiones judiciales, caracteriza el conjunto de las distintas ramas del Derecho, todos los contenciosos y, de forma particular y dramática, el familiar. Sin embargo, los justiciables reprochan su trabajo lento, su corrupción y, sobre todo, su despotismo, en especial, hacia las mujeres desprotegidas. Los jueces expresan con disgusto las mismas críticas, considerando que el sistema postal de notificación certificado con acuse de recibo es más eficaz que el recurso a un agente. En cuanto a los abogados, retiran su confianza en dichos funcionarios e, incluso han optado por velar personalmente, solicitando y acompañando a estos últimos, a la hora de notificar las actas de procedimiento.

localizar a una persona, es otro factor que dificulta el funcionamiento del sistema de notificación.

Conforme al citado *Dahir*, los agentes judiciales disponen de todas las actas requeridas para la ejecución de disposiciones, juicios y sentencias. Las mujeres temen no poder llegar a reconocer la decisión relativa a la prestación de alimentos a su favor, a pesar de ser firme, o no poder recibirla con regularidad. Y ello, porque el ex cónyuge emplea usualmente una pluralidad de estrategias para liberarse de la obligación, de un lado, y, de otro, por la inercia de los agentes. Por esta circunstancia, las mujeres perjudicadas acreedoras de una pensión alimenticia deciden compensar a los agentes los gastos de transporte, de búsqueda y de la jornada laboral.

Los abogados acusan a ciertos agentes de estar en total conveniencia con los deudores, en concreto, de la pensión de alimentos, porque se contentan con dirigirles un acta en la que consta la negativa al pago, absteniéndose de practicar un embargo, incluso cuando el deudor cuenta con un importante patrimonio. Además, ciertos agentes participan –afirman los abogados– en el cese del procedimiento penal, de abandono de familia y ocasionar el cese del proceso por una duración mínima de cuatro meses (llamado “cementerio de dossier”). Una vez que se obtenga el juicio de condena, se cae en el círculo interminable de su ejecución⁸⁴⁵.

Las audiencias que tienen lugar durante el *exequátur* son públicas, similares a las que tienen lugar en otros asuntos (pensión alimenticia, guarda, etc). Sin embargo, algunas veces hay divergencia de opinión entre las diferentes secciones de justicia de familia en el seno de una misma *wilaya*⁸⁴⁶. Un documento que suscita multitud de problemas cuando es difícil encontrar al demandado para la práctica de la notificación,

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ En Salé, p.ej., Tribunal exige al demandante agregar la mención de *exequátur* (el procedimiento del reconocimiento) y proceder a la notificación de la otra parte. Ahora bien, se ha comprobado la imposibilidad de notificar en todos los casos cuando se trata de demandas de reconocimiento de decisiones extranjeras. En Rabat, la capital administrativa, se examinan los documentos que se adjuntan a la demanda y se averigua si su objeto es contrario a las reglas de derecho aplicadas en Marruecos.

a partir de la fecha del transcurso del plazo de apelación. Con lo cual es un deseo para los justiciables agilizar el procedimiento, que permanece sin efecto cuando se comprueba que el acta de notificación está trabada⁸⁴⁷.

b) Análisis de la jurisprudencia

El análisis de las siguientes decisiones muestra que los jueces marroquíes de apelación, así como los asesores del TS aplican estrictamente el procedimiento de *exequátur*, sin que se le plantee ninguna duda cuando desestiman las demandas presentadas contra las decisiones pronunciadas en instancia, que deniegan, sin razón válida, el reconocimiento de las decisiones extranjeras. Tampoco dudan en denegar el *exequátur* de toda decisión contraria al orden público⁸⁴⁸. A nivel práctico, el sistema presenta disfunciones. Así, varios obstáculos impiden el funcionamiento ordinario del procedimiento: por la inexistencia de instituciones extranjeras análogas en el Derecho marroquí, por la incompetencia de los tribunales extranjeros o, incluso, por emplear expresiones que el Juez marroquí no considera convenientes.

Ante el TPI de Rabat, la esposa presenta una demanda de *exequátur* de disolución pronunciada por el TGI de Lyon (Francia). La decisión determina la cantidad de la pensión alimenticia de la hija. Ante la denegación del *exequátur*, la esposa interpone recurso ante el TA de Rabat haciendo valer que, en primera instancia, se ha justificado la denegación en el hecho de que la decisión extranjera no ha calificado las agresiones que había sufrido. Las expresiones empleadas son amplias y no permiten al tribunal

⁸⁴⁷ Véase, F. Z. BOUKAISSI: «Le déroulement des audiences á la Section de la justice de la famille près les tribunaux de première instance de Rabat», *Le code de la famille, perceptions et pratique judiciaire...*, *loc. cit.*, pp.189-216, y M. B. A. FARCHADOU: « Ichkaliaat tatbiq mudawwanat alusra qism qada'e alusra birribat » en I. BELMAHYUBE, *Mustayyadat Mudawwanat Alusra wa Tatbiqatuha Al'amaliya*, Diciembre, 2010, pp.120 y ss.

⁸⁴⁸ Los tribunales marroquíes reciben multitud de demandas de esta índole al principio, durante y al final del verano cuando los residentes marroquíes en el extranjero visitan el país. El Tribunal de familia del Norte, en concreto el de Tánger, Alhucemas, Nador y Tetuán, tratan un volumen importante de demandas, debido a la comunidad significativa emigrada de esa región residente en Europa occidental (España, Francia, Bélgica, los países bajos y Alemania). En el año 2005, el TF de Tánger tuvo que estatuir en 414 demandas de *exequátur*. Véase, R. ZEIDGUY: «Analyse de la jurisprudence...», *loc. cit.*, pp. 264 y ss.

pronunciarse sobre la conformidad en cuanto al fondo de la decisión extranjera con el orden público⁸⁴⁹. De otro lado, alega la falta de manutención, que constituye una causa de *Tatliq* y un incumplimiento grave de las condiciones establecidas en el pacto matrimonial. Por todo ello, considera que la decisión extranjera se adecua, en cuanto al fondo, al orden público marroquí, a la *Mudawwana* y a la *Sharia'a*.

Por su parte, el marido presenta una memoria en réplica, en la cual declara sin fundamento los citados argumentos, porque la decisión del TPI de Lyon se basó en el *Code civil* francés y no en el CF, que debe de aplicarse a los distintos ámbitos relativos al estatuto personal de los MRE, lo que ha conducido a que no se respete el procedimiento que rige el *Tatliq* por perjuicio y que determinan la pensión alimenticia. Añade que el perjuicio no se ha demostrado según las reglas aplicadas generalmente por los magistrados marroquíes y, de otro lado, los certificados médicos constituyen pruebas insuficientes.

Además, su esposa ha optado por presentar la demanda en Francia, a pesar de que el domicilio conyugal se encuentra en Marruecos, que abandonó sin su consentimiento. Por tanto, el marido cuestiona que sea posible que se le prive de la custodia de su hija, de un lado y, de otro, que pueda ser condenado al pago de una prestación alimenticia según el nivel de vida de un país extranjero. Por todo ello, solicita al TA que confirme la decisión del TPI. Sin embargo, el TA no ratifica el pronunciamiento de instancia en la parte relativa al divorcio por la existencia de perjuicios, porque la decisión extranjera ha sido pronunciada por una autoridad competente y no es incompatible con el orden público ni con la *Sharia'a*⁸⁵⁰.

Junto a éstas, existen otras dificultades que plantea el *exequatur* en la práctica. En primer lugar, la falta de información y datos por las autoridades consulares, porque

⁸⁴⁹ Se trata de una solicitud de *exequatur* de una sentencia resuelta basándose en los perjuicios ocasionados, por tanto, la demandante presenta ante el tribunal las pruebas de las agresiones físicas [Sent. de 31 de mayo de 1999].

⁸⁵⁰ Otras sentencias en este sentido, véase, Sent. núm. 8, de 3 de enero de 2005 [Dossier núm. 107/2004/10 (inédita)], y sent., núm. 81, de 26 de abril [Dossier núm. 147/2002/10 (inédita)].

numerosas demandas de *exequatur* han sido denegadas por la falta de un documento, el certificado de MP del Tribunal extranjero, que acredite que la decisión no es susceptible de ser recurrida ni en apelación, ni en casación. En lugar de presentar este documento, es frecuente que se presente un certificado expedido por las autoridades consulares marroquíes, que acredita que la decisión extranjera fue notificada a la otra parte⁸⁵¹.

En segundo extremo, las disfunciones también tienen lugar a consecuencia de la concepción que tienen ciertas autoridades marroquíes del procedimiento de reconocimiento. Sin embargo, el *exequatur* no significa volver a juzgar el asunto. El art. 430 del CPC indica que ha de comprobarse “*la regularidad de la decisión extranjeras*”, indicando que: “*...el juez ha de verificar igualmente que la decisión no es incompatible con el orden público marroquí*”.

En lo que concierne a la lentitud del proceso, según ciertos Procuradores del Rey, los fiscales prolongan el plazo para la efectiva ejecución de la decisión resultante del *exequatur*, a pesar de la ausencia de todo recurso formulado por el MP. Así, se ralentiza la efectividad de la decisión ya reconocida y, por ello, la paciencia de los justiciables, que no dispondrán del tiempo necesario hasta el momento de la notificación respecto al proceso. Un mes es el plazo mínimo de espera⁸⁵².

Son dificultades detectadas en el proceso de *exequatur*. En el país Alauí se somete cualquier demanda de reconocimiento respecto a los asuntos de familia al Derecho marroquí, como indica, en particular, el art. 25 del CHM. La demanda se resuelve por el TPI del domicilio del demandado y, si no lo tiene en Marruecos, ante cualquier Tribunal en el cual sea posible realizar el seguimiento del procedimiento de ejecución puede ser

⁸⁵¹ Por consiguiente, todas las demandas que incluyen dicha atestación fueron inadmitidas, es el caso en los juicios del TPI y del TA de Alhucemas, en las cuales las mujeres son las perjudicadas pese a ser, declaradas divorciadas en Holanda, en Alemania y Bélgica se encuentran ante la imposibilidad de tener este estatuto en Marruecos, por el motivo de no presentar un documento considerado imprescindible en el Dossier. STPI, de 15 de mayo de 2004; TA, de 26 de abril de 2005; de 17 de mayo de 2005; y de 24 de mayo de 2005 (inéditas).

⁸⁵² Véase, A. OUNNIR: «La reconnaissance... », *loc. cit*, pp. 451 y ss.

competente, como puede ser el correspondiente al lugar en el que se hallan los bienes del demandado, al tratarse del Tribunal más apto para el control del trámite relacionado con la ejecución.

Por último, no hay razón para impedir que la parte condenada por la decisión extranjera presente la demanda de *exequátur*, si la beneficiaria no ha tomado esta iniciativa y tiene interés en regularizar su situación en Marruecos. Así, la mujer puede solicitar la homologación de la sentencia española de divorcio pronunciada a petición del esposo, para poder contraer un nuevo matrimonio en Marruecos. Así lo indicó el TA de Fes, (en sentencia de 11 de julio de 2005), al reconocer -a solicitud de la esposa- una sentencia francesa de *Talaq*⁸⁵³.

El Tribunal argumentó su resolución por el hecho de que *“la sentencia francesa se pronunció después de la presentación de la solicitud por el apelado, apoyándose en la demanda que incoó contra la apelante, y el Tribunal pronunció el Talaq bajo control judicial, debido a que esa última le interesa la resolución del fallo, y por tanto, la solicitud de exequátur porque le brinda la oportunidad de volver a contraer matrimonio si así lo desea...”*. Es la misma tendencia que sigue el TS (en la decisión de 28 de junio de 2006)⁸⁵⁴.

La mujer que solicita el reconocimiento de la decisión de *Talaq* también puede presentar una nueva demanda ante los tribunales marroquíes, de pensión alimenticia o custodia de hijos si el marido no cumple con sus obligaciones materiales o entregarle los hijos. Sin embargo, el TS ha resuelto contrariamente a esa tendencia en virtud de su decisión de 2011, porque la esposa que eligió acudir a la jurisdicción belga y *“la aplicación del derecho belga para resolver la demanda de Tatliq y todos los derechos consecuentes”* no puede reivindicar sus derechos nuevamente en Marruecos, tras haber obtenido la disolución del matrimonio en el extranjero⁸⁵⁵.

⁸⁵³ Sent. núm. 1223/5 [Exp. núm. 1605/04/4 (inédita)].

⁸⁵⁴ Sent. núm. 410 [Exp. núm. 592/2/1/2005 (inédita)].

⁸⁵⁵ Sent. núm. 454 de 6 de septiembre de 2011 [Exp. núm. 36/2/1/2010].

c) Soluciones y propuestas

Como se ha señalado, los principales obstáculos a los que pueden enfrentarse las demandas de reconocimiento de sentencias extranjeras en Marruecos se refieren a la notificación al demandado, sobre todo, si reside fuera de Marruecos o si se desconoce su dirección. Por ello, la práctica de los Tribunales permite que se dirija la demanda “contra quien tenga el derecho” o “contra quien debe”. A pesar de que esta tendencia facilita la resolución de la demanda y dictar la respectiva sentencia, se contradice con el principio de respeto de derecho de defensa y con el CPC marroquí, que obliga a que se determine la identidad del demandado y su dirección en el escrito de incoación de la demanda (art. 32).

Tal vez, la solución adecuada consista en presentar la demanda de *exequátur* contra la fiscalía o el MP, una de las formas originales (en virtud del CHM en materia de custodia, derecho de visita y devolución de niños concluida el 30 de mayo de 1997) en algunos casos de familia, como las demandas respecto a la custodia, derecho de visita y devolución de hijos desplazados de manera ilegal⁸⁵⁶.

Razón por la cual, el MP actualmente puede presentar la demanda para conceder el *exequátur* de sentencias españolas, como puede presentarse en su contra si resulta difícil la determinación del domicilio del condenado o el respeto de los trámites relativos a la notificación de los documentos de la demanda. Finalmente la fiscalía puede apelar o apelan en su contra por la vía de apelación o casación en la sentencia dictada respecto a la demanda de *exequátur* de la sentencia extranjera⁸⁵⁷.

⁸⁵⁶ Además, el CF ha considerado que el MP es parte en todas las demandas y causas relativas a las cuestiones de familia (art. 3).

⁸⁵⁷ Véase, M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit*, pp.285 y ss.

d) Recursos que cabe interponer

La posibilidad de interponer recurso contra la decisión relativa al *exequátur* es otra dificultad del procedimiento. Se permite el recurso de apelación y casación, en general todos los recursos, ordinario y extraordinario, salvo la oposición. Ahora bien, es un procedimiento que no contribuye a la estabilización de la vida de las partes en este tipo de demandas y lo insólito es que los plazos relativos a los procedimientos respecto a demandas de *Talaq* y *Tatliq* son cortos en el nuevo CF, en especial, si se comparan con los plazos del procedimiento de demandas de orden de ejecución relativos a sentencias de disolución de matrimonio dictadas por Tribunales extranjeros.

Así mismo, las sentencias de esta índole que se presentan en Marruecos no pueden recurrirse en apelación en la parte relativa a la extinción de la relación personal del matrimonio (art. 128 CF), de lo que no se benefician las sentencias extranjeras de disolución del matrimonio, tras su reconocimiento. La consecuencia de esa falta de igualdad entre los MRM y los residentes en otros países, puede llevar a estos últimos a que acudan a Tribunales marroquíes para ahorrar tiempo y costas, junto a la facilidad para obtener la disolución por *Talaq*, del tipo *Chiqaq* (desavenencias).

La solución adecuada consiste en la intervención del legislador para reformar el procedimiento de *exequátur* de las sentencias extranjeras dictadas en materia de estatuto personal y familiar, mediante la imposición de plazos cortos. Así mismo, se ha de permitir que se representen expresamente por el MP o en su contra, e impedir el uso de la apelación, la implicación del que esté fuera del conflicto, y la revisión⁸⁵⁸.

Por último, el reconocimiento de las sentencias en los asuntos relativos a la pensión alimenticia a favor de la mujer o del niño presenta otro aspecto negativo, si la persona condenada es reticente o incapaz de pagar. La obligación del ex marido para ejecutar la sentencia no mejorará la condición precaria de la mujer y de sus hijos, si el

⁸⁵⁸ *Ibíd.*

Estado no se encarga de crear un fondo de solidaridad familiar, que jugará en estos casos el papel de una caja de garantía⁸⁵⁹.

3. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

A) Efectos anteriores al *exequátur*

a) Introducción

En principio, como señala la doctrina, la eficacia probatoria consistente en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica no exige la adquisición de la fuerza ejecutoria (el *exequátur*), porque el art. 418 del COC incluye las decisiones extranjeras entre los documentos oficiales, que constituyen prueba escrita de la obligación o de liberación en aplicación del art. 404 del mismo Código⁸⁶⁰. Es más, son decisiones que prueba los hechos que recogen, incluso antes de ser firmes (fuerza de cosa juzgada)⁸⁶¹.

Así, los documentos oficiales acreditativos de la capacidad de una persona en un país extranjero constituyen prueba suficiente, conforme a su Derecho nacional. Cabe

⁸⁵⁹ Un informe sobre la aplicación del CF, dos años después de su entrada en vigor, presentado el 26 de abril, en Casablanca, demuestra claramente que el CF está lejos de haber solucionado los problemas más urgentes. Se trata de un proyecto realizado de forma conjunta por la Liga democrática de los derechos de la mujer, en colaboración con el Centro de información y de observación de las mujeres marroquíes, que se ha comentado en el Capítulo Segundo de forma más detenida. *Economiste*, 28 de abril de 2006.

⁸⁶⁰ Véase, A. OUNNIR: «La reconnaissance... », *loc. cit.*, pp. 451 y ss.

⁸⁶¹ Cabe recordar la jurisprudencia francesa, que se sigue también en Marruecos, en virtud de la cual: “*las sentencias pronunciadas por un Tribunal extranjero respecto al estado de las personas y su capacidad –según el TS- tienen efectos en Francia (p.ej.), con independencia de que se haya homologado el efecto ejecutivo, salvo cuando se trate de la ejecución de bienes u obligaciones emanantes de estos juicios*”. Véase la Sent. de la Cámara de demandas (TS 3/3/1930). En el caso de Marruecos, el art. 20 de DCC establecía que: “*cuando tiene lugar una declaración de quiebra fuera de Marruecos, la liquidación judicial sobrevenida permite al liquidador o al responsable, según las reglas del país donde fue declarada la situación, sin necesidad de orden de ejecución, tomar todas las medidas conservatorias o administrativas oportunas relativas a la quiebra*”.

citar un asunto que se presentó ante el TS marroquí⁸⁶². Quedó clara la posibilidad de que los recurrentes presentaran ante el Tribunal un documento para probar la cualidad de herederos de su hermana fallecida, consistente en las actas de nacimiento, en aplicación del art. 23 de la Convención franco-marroquí, de 20 de mayo de 1965, porque las autoridades de estos dos Estados tenían que admitir estos documentos⁸⁶³.

En efecto, las decisiones relativas al estado, capacidad de las personas, derechos de la personalidad (nombre, etc.), domicilio, nacionalidad, matrimonio, filiación, etc., están dotadas de autoridad de cosa juzgada⁸⁶⁴. En definitiva, la sentencia extranjera tiene fuerza probatoria y validez de cosa juzgada antes de su reconocimiento, de acuerdo con el art. 418 del COC, que considera las sentencias extranjeras como documentos oficiales, que constituyen prueba de los hechos que acreditan. Así lo ha indicado el TS [Sent., de 27 de septiembre de 2000]⁸⁶⁵.

⁸⁶² El TS afirma que: *“cuando el derecho francés aplicado en este caso según el art. 18 del Dahir, de 12 de agosto de 1913, relativo a la situación civil de los extranjeros en la ciudad de Tánger -en aquel momento-, exige la acreditación de la condición de heredero y no litigar a través de un juicio dictado por un Tribunal de estatuto personal, por la validez de los documentos oficiales concedidos por los servicios competentes como los extractos de estado civil y las actas de herencia redactadas por notarios competentes”* [STS núm. 54, de 2 de marzo de 1979 (Dossier civil núm. 55336)].

⁸⁶³ Véase, M. BOURAMDANE, *Kayfiat Tafi'il Qawai'd Alqanun...*, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁶⁴ Así, en el asunto Bukley, el Tribunal de Casación francés considera a una mujer francesa divorciada por sentencia extranjera, una vez que presentó el acta del estado civil obtenida en el extranjero –en la que consta el divorcio justificado ante el oficial del estado civil francés-, no se le exige el procedimiento del *exequátur*. Véase, A. OUNNIR, «La reconnaissance...», *loc. cit.*, pp. 451 y ss. Dicha jurisprudencia fue confirmada y actualizada mediante la decisión de la Cámara de demandas, de 3 de marzo de 1930, que sistematiza la jurisprudencia anterior de este modo: *“las decisiones pronunciadas por un Tribunal extranjero relativas al estado y a la capacidad de personas, producen sus efectos en Francia con independencia de toda declaración de exequátur, salvo los casos en los que estos juicios deben dar lugar a actas de ejecución, material sobre los bienes o de coerción sobre las personas”*.

⁸⁶⁵ *“El tribunal, apoyándose en la sentencia extranjera presentada por la solicitante, para acreditar el perjuicio justificante del *tatliq* por ausencia del marido durante un periodo que sobrepase el año, así mismo que el maltrato ocasionado, con independencia de que dicha sentencia sea definitiva, habrá fundado su resolución sobre argumentos suficientes”*. Sent. núm. 896 [Exp. núm. 311/2/1/96, de 27 de septiembre de 2000].

El TS ha mantenido esta posición en otras ocasiones. Puede resumirse de la siguiente manera: *“de forma que se ha aclarado la validez de la oposición del solicitante, en virtud del art. 418 del COC las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros son prueba, incluso antes de ser reconocidas, de los hechos que acreditan. Se comprueba de los documentos del expediente que el solicitante presentó la sentencia extranjera que lo condenó a entregar la pensión alimenticia de los hijos, pero el tribunal lo ha descartado, argumentando que, no ha obtenido el exequátur, aunque sea una prueba de los hechos existentes y de las cantidades que debe entregar el solicitante, lo que conlleva que su decisión haya incumplido el artículo señalado y, por ello, sea susceptible de casación”*⁸⁶⁶.

Sin embargo, *“en la demanda de Tatliq por perjuicio, se puede apoyar en el contenido de la sentencia extranjera en hechos acreditativos del perjuicio justificante de la disolución del matrimonio, con independencia de que la sentencia sea definitiva, cuando no hay indicio de recurso”*⁸⁶⁷.

b) Efecto probatorio y de tipicidad de la decisión extranjera

La regla general consiste en que las sentencias extranjeras sobre la situación de las personas o su capacidad tienen efectos sin necesidad de que sean homologadas (a través del procedimiento de *exequátur*), aunque no puedan adoptarse medidas de ejecución material sobre los bienes o utilizarse otras medidas coactivas⁸⁶⁸. Por tanto, la decisión judicial extranjera despliega efectos probatorios con independencia de su

⁸⁶⁶ STS núm. 452 de 12 de julio de 2006.

⁸⁶⁷ STS núm. 922 [Exp. núm. 494/2/1/99, de 4 de octubre de 2000].

⁸⁶⁸ Así sucede en el caso de la mujer que obtiene una sentencia de divorcio en Inglaterra y desea contraer nuevamente matrimonio en Marruecos. Ha de presentar la citada sentencia para demostrar la inexistencia de un vínculo matrimonial anterior y, para ello, no es preciso su *exequátur*, sino que es suficiente con verificar la competencia del tribunal extranjero. La sentencia extranjera de divorcio por mutuo acuerdo cuya homologación se solicita, se considera un documento oficial, de conformidad con el art. 418 del COC (*BORM* nº 46, de 12 de septiembre de 1913, pp. 78-112). El Tribunal no puede denegar su reconocimiento sin que tenga efectos probatorios, como indica la STS núm. 244 [Exp. núm. 512/2000, de 28 de enero de 2001] (*Revista de jurisprudencia del TS*, núm. 59/60, p. 186).

reconocimiento a través del *exequátur*⁸⁶⁹. La decisión extranjera constituye, pues, un hecho ineludible. Tiene la fuerza de un acto auténtico, como indica el art. 418.2º del COC⁸⁷⁰.

Así lo ha indicado la jurisprudencia, pudiendo citarse, en concreto, un asunto que se presentó ante el TA de Marrakech, sobre el reconocimiento de la decisión extranjera de disolución del matrimonio. Señala el TA que las decisiones extranjeras constituyen una prueba de todo lo que resuelven y despliegan efectos a partir de la fecha en la que son dictadas⁸⁷¹, sin que puedan supeditarse a la susceptibilidad de su reconocimiento, ni al proceso de *exequátur*. Así, cualquier decisión que declare la disolución del matrimonio por petición de la demandante, surte efectos para poner fin a dicha relación (antes de su reconocimiento en Marruecos), a partir del momento en el que se dictó por la autoridad extranjera⁸⁷².

⁸⁶⁹ Doctrina y jurisprudencia en Francia reconocen a la decisión extranjera ciertos efectos antes de que sea reconocida y en Marruecos se sigue esta misma tendencia. Ahora bien, el actual CF puede suponer un cambio con respecto a la interpretación del citado art. 418 del COC, al exigir que la decisión extranjera sobre disolución del matrimonio sea homologada a través del procedimiento de *exequátur* (véase *infra*). De otro lado, cabe hablar también del “efecto de tipicidad”, que se define como la posibilidad de que una decisión extranjera pueda ser subsumida en el supuesto de una norma y aplicar así su correspondiente consecuencia jurídica. Se considera que se trata de un efecto autónomo del efecto de cosa juzgada material y, por ello, independiente del *exequátur* (véase, F. F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 73).

⁸⁷⁰ Señala que: “*son igualmente auténticos: 2º los juicios dictados por los tribunales marroquíes y extranjeros en este sentido que esos últimos pueden tener fe de hechos que constatan incluso antes de haber sido dictados ejecutorios*”. De otro lado, hay que diferenciar entre los documentos y declaraciones realizadas durante el procedimiento que se ha seguido en el extranjero como elementos probatorios durante la fase de instrucción, que se mencionan en la sentencia extranjera, y la parte dispositiva de la citada decisión, que no se impone a la autoridad marroquí. Véase, A. OUNNIR : «La reconnaissance... », *loc. cit.*, pp. 466 y ss.

⁸⁷¹ Sent. núm. 21 de 14 de enero de 2009, [Exp. 177/2/1/2008].

⁸⁷² Sent. núm. 515, de 13 de septiembre de 2006 [Exp. núm. 163/2/1/2005].

Ahora bien, sólo puede adquirir la autoridad de cosa juzgada material si la decisión extranjera es firme (cosa juzgada formal) y se ha concedido el *exequátur*⁸⁷³. Sin embargo, ello no significa que dichas decisiones no se sometan a ningún control, sino que se trata del mismo que el establecido para el *exequátur*, pero no se revisten de la fórmula ejecutiva⁸⁷⁴.

Por tanto, las decisiones extranjeras sobre estado y capacidad despliegan efectos sin *exequátur*, salvo si se ha de proceder al embargo sobre bienes, porque, en tal caso, debe solicitarse el *exequátur*⁸⁷⁵. La decisión extranjera constituye un hecho ineludible y la situación creada es una realidad que el Juez marroquí ha de tomar en cuenta y no puede ignorar o descartar⁸⁷⁶. La sentencia extranjera también puede constituir prueba de la interrupción de la prescripción. El TS ha confirmado este efecto en varias ocasiones, tal y como puede apreciarse en su decisión, [de 4 de octubre de 2000]: *“las demandas de Tatliq por daño puede apoyarse en ellas en lo que incluye la sentencia extranjera de hechos acreditativos del daño que justifica el Tatliq, con independencia de si esa sentencia es definitiva, siempre que no conste un recurso”*⁸⁷⁷.

En otra decisión resolvió que el divorcio de mutuo acuerdo se considera un documento oficial, de forma que no puede impedirse que surta los efectos

⁸⁷³ La cosa juzgada material consiste en el efecto que surte el derecho sobre las sentencias que resuelven un conflicto y que impide al Juez resolver nuevamente el mismo caso, con lo cual está obligado a denegar cualquier demanda que se contradiga con ella, si se trata de las mismas partes, objeto y causa. Véase, F. F. GARAU SOBRINO, “La declaración de ejecutividad...”, *loc. cit.*, pp. 40 y ss.

⁸⁷⁴ Véase, A. OUNNIR: «La reconnaissance...», *loc. cit.*, pp. 467 y ss.

⁸⁷⁵ Evidentemente, las sentencias españolas se incluyen en este marco, antes de obtener el *exequátur*, pues pueden tener efectos y, en particular, gozar de la autoridad de cosa juzgada material siempre que reúnan las condiciones del art. 23 del CHM.

⁸⁷⁶ Por ello, una persona perseguida por poligamia puede alegar para que sea excluida su responsabilidad penal una decisión extranjera, que haya declarado el divorcio antes del segundo matrimonio.

⁸⁷⁷ Sent. núm. 922 [Exp. núm. 99/1/2/494], jurisprudencia del TS, núm. 57-58, de 4 de octubre de 2000.

oportunos⁸⁷⁸. Lo que se confirmó en la sentencia [de 24 de septiembre de 2003]⁸⁷⁹. De otro lado, en otra sentencia [de 15 de octubre de 2003] se declaró que: “*las sentencias extranjeras pueden incluso antes de que sean definitivas, ejecutarse obligatoriamente y constituir una prueba sobre los hechos que acreditan*”⁸⁸⁰. El hecho de que el tribunal deniegue el reconocimiento de la sentencia extranjera que acredita el daño que dio lugar al divorcio porque el daño en Francia no es el mismo que en Marruecos, por la diferencia religiosa y de costumbres, muestra una clara infracción al ordenamiento⁸⁸¹.

De otro lado, cuando se trata de la eficacia que deriva de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio, se trata, en concreto, de permitir que desplieguen en Marruecos efectos declarativos. Esto es, la finalidad que tiene el citado reconocimiento consiste en permitir que la persona recupere la capacidad nupcial, de un lado; y el estado civil de soltera, de otro⁸⁸². Sin embargo, tras la aprobación del CF, el legislador ha previsto en el art. 128 que las sentencias extranjeras sobre disolución del matrimonio y los actos concluidos en el extranjero se reconocen mediante el *exequátur*, de conformidad con los arts. 430, 431 y 432 del CPC, excepto si existe un convenio que prevea otro sistema⁸⁸³.

⁸⁷⁸ Sent. núm. 244 [Exp. núm. 512/2/1/2001], jurisprudencia del TS, núm. 59-60, de 28 de febrero de 2001.

⁸⁷⁹ Sent. núm. 414 [Exp. núm. 117/2/1/2002], jurisprudencia del TS, núm. 61.

⁸⁸⁰ Sent. núm. 452 [Exp. núm. 257/2/1/2002], jurisprudencia del TS, núm. 61.

⁸⁸¹ Véase, M. LOUKILI: “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 285 y ss.

⁸⁸² Ahora bien, cuando así lo prevé la normativa registral marroquí, será también posible que dicha sentencia extranjera acceda al RC, siempre que tales decisiones hayan sido reconocidas y reúnen los requisitos que exige el DIPr marroquí a este respecto. En este caso no se sigue la teoría de la extensión de los efectos, sino la teoría de la equiparación.

⁸⁸³ Así sucede en el caso del Convenio franco-marroquí sobre el estado de personas, familia y cooperación judicial entre el Reino de Marruecos y la República francesa (*BORM*, núm. 3910, de 7 de octubre de 1987). Aunque es una práctica eficiente y su procedimiento es sencillo, debido al avance surgido en las relaciones internacionales y la abundancia de desplazamiento de personas, así mismo el aumento del porcentaje de relaciones entre personas pertenecientes a distintos países.

Por último, la eficacia probatoria de la sentencia extranjera se reconoce incluso en decisiones recientes. En una decisión del TS sobre disolución del matrimonio por la existencia de desavenencias, indica que se reconocen tanto los derechos de la esposa, como los de los hijos, lo que constituye prueba de los hechos⁸⁸⁴. Por tanto, la eficacia de la decisión extranjera para probar los hechos no puede ponerse en tela de juicio (p.ej., malos tratos declarados en una decisión extranjera), ni tampoco de los que presenció la autoridad extranjera (p.ej., rebeldía del demandado)⁸⁸⁵.

B) Efectos del *exequátur*

a) Efectos derivados del *exequátur*

Cabe recordar que son dos los aspectos que es preciso verificar para comprobar si una decisión extranjera puede desplegar efectos en Marruecos: en primer lugar, que reúne las condiciones exigidas (ya analizada); y, en segundo extremo, de qué efectos se trata. Para ello, es preciso indicar -ante todo-, que las decisiones extranjeras no pueden, en principio, desplegar efectos en Marruecos, salvo si han obtenido el *exequátur*, pero, incluso sin su homologación producen determinados efectos (véase *supra*).

Así, los efectos de una decisión extranjera revestida de *exequátur* por los tribunales marroquíes consisten básicamente en la adquisición de autoridad de cosa juzgada (material) y de fuerza ejecutiva. Ahora bien, en el específico caso de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio, se trata, como se ha señalado, del efecto declarativo que le es propio a este tipo de sentencias. A pesar de que no lo indique expresamente el CPC de 1974, se sigue la teoría de la extensión, de tal forma que la

⁸⁸⁴ STS núm. 52 de 8 de febrero de 2011 [Exp. núm. 492/2/1/2009].

⁸⁸⁵ Sin embargo, si la sentencia extranjera dispone que el ex marido ha de pagar la pensión alimenticia, es necesario el reconocimiento de su efecto ejecutivo mediante el *exequátur*. Véase, A. ZOUIR: "Taadiil alahkame wa alouquode alajnabiya assadira...", *loc. cit*, pp. 80-103.

decisión extranjera tiene los mismos efectos que le son propios en el país en el que se pronunció.

De otro lado, la decisión que concede (o deniega) el *exequátur* es susceptible de recurso. Ahora bien, esta teoría puede tener una excepción en el caso de las decisiones de disolución del matrimonio, en la medida en que el art. 128 del CF indica para el caso de las decisiones extranjeras que ya han sido homologadas en Marruecos en qué ocasiones es posible interponer recurso. De otro lado, si bien el CPC guarda silencio sobre esta cuestión, es evidente que la decisión extranjera que ha sido reconocida adquiere en el territorio marroquí la autoridad de cosa juzgada (material), de forma que es imposible volver a juzgar el mismo asunto entre las mismas partes.

Por último, la decisión que concede el *exequátur* organiza y ordena la ejecución, de acuerdo con la ley marroquí, es decir, de conformidad con el CPC⁸⁸⁶. Ahora bien, si bien parece que los efectos que derivan del *exequátur* se regulan de forma específica, se trata de una de las cuestiones más polémicas del DIPr marroquí. Ésta, así como la determinación de la fecha de efectividad de las sentencias (que despliegan efectos muy relevantes: personales, materiales, y familiares) no se regulan de forma expresa. Recuérdese que, en el caso de las decisiones de disolución del matrimonio, la fecha de su efectividad incide en el inicio del cómputo de la *idda* -p.ej.-⁸⁸⁷.

b) Momento a partir del cual produce efectos la decisión extranjera

Se plantean la cuestión de saber la fecha en la que la decisión extranjera adquiere autoridad de cosa juzgada en Marruecos. Según la doctrina, los derechos y obligaciones reconocidos por la decisión extranjera a la parte beneficiaria comienzan a partir de la fecha en que se pronunció, al contrario de lo que sucede en Francia, donde, en principio, la decisión que concede el *exequátur* no tiene eficacia retroactiva. Ahora

⁸⁸⁶ Véase, A. OUNNIR: «La reconnaissance... », *loc. cit.*, pp. 451 y ss.

⁸⁸⁷ Véase de forma más detenida el Capítulo Segundo.

bien, la decisión extranjera no adquiere la fuerza de cosa juzgada en Marruecos más que a partir del momento en el que deviene definitivo el *exequátur*.

Cabe apreciar la importancia de esta cuestión respecto al embarazo, a la filiación, a la revocación de la disolución del matrimonio (en los casos que proceda) o a la pensión alimenticia. Se plantea, por ello, la cuestión acerca de la fecha que ha de tomarse en cuenta, si se trata de la fecha en la que se pronunció la sentencia extranjera o la fecha en la que se produjo su reconocimiento. Esto es, se trata de saber si la sentencia que concede el *exequátur* tiene efectos retroactivos.

El legislador no ha regulado esta cuestión, ni en el art. 128 del CF, ni en los arts. 430-432 del CPC, lo que ha dado lugar a diferentes posiciones doctrinales, de forma que un sector opina que la sentencia que es el resultado del procedimiento de *exequátur* adquiere la eficacia probatoria y de cosa juzgada (material) y, por consiguiente, se considera un reconocimiento de Derecho. Otro sector interpreta que la sentencia de *exequátur* no crea ningún derecho, sino que ya existen tales derechos antes de su homologación en Marruecos.

En concreto, se señala que: *“la sentencia de exequátur no pone fin a la relación matrimonial entre las partes, sino que aprueba la disolución de la relación mencionada en la sentencia extranjera, para poder ejecutarla en Marruecos”*. Lo que significa que dicha sentencia tiene efecto retroactivo, lo que se adapta al objetivo de recoger reglas excepcionales para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

Se trata de la opción más razonable, pues la sentencia dictada no crea una nueva situación ni reconoce nuevos derechos. Tal sentencia –p. ej.- no decide la disolución de la relación matrimonial, sino que concede o deniega el reconocimiento de la disolución ya declarada por una autoridad extranjera, por tanto, su reconocimiento. Lo contrario no concuerda con la finalidad querida por el legislador con la nueva regulación sobre el *exequátur*. No es justo que una persona obtenga una sentencia en el extranjero que, cuando quiera reconocer en Marruecos, se le pida que presente una nueva demanda, exigiéndole que adjunte varios documentos y reúna

numerosas condiciones, con independencia del efecto inmediato y no retroactivo que podrá tener en este caso.

Sin embargo, las decisiones extranjeras no despliegan efectos en Marruecos hasta que no han sido reconocidas a través del *exequátur*. Así lo indica el TS marroquí, [en la Sent., de 1 de febrero de 2006] ante la decisión de *Tatliq* pronunciada por un Tribunal holandés, que, posteriormente, se convirtió en firme y definitiva. Sin embargo, por el desacuerdo del esposo, presenta una nueva demanda en Marruecos para revisar dicha sentencia, con todo lo que ello conlleva respecto a la persona perjudicada⁸⁸⁸. Es lo que lleva a la parte interesada y a la perjudicada a dudar de la eficacia del procedimiento de *exequátur*, que ya es, de entrada, bastante complicado.

Si, al fin y al cabo, el reconocimiento de la sentencia supone que despliegue efectos sólo a partir del momento en el que es reconocida en Maruecos, ¿no sería mejor acudir directamente a la jurisdicción marroquí? Por tanto, el procedimiento perdería sentido y, por ello, el TS ha señalado:“(…) *que las sentencias constituyen una prueba de lo que han resuelto y surten efecto a partir de su pronunciamiento y no les repercute el procedimiento de reconocimiento en este aspecto. Además de agotar los procedimientos relativos a ello, con lo cual su efecto se extiende a la fecha de pronunciamiento cuando sean definitivas. La sentencia extranjera despliega efecto y se disuelve la relación a partir de la fecha de su pronunciamiento, no de la fecha de la decisión que resuelve el exequátur. Así, el tribunal que consideró la fecha de pronunciar la sentencia extranjera para decidir sobre la falta de causa de la pensión alimenticia, fundamenta su jurisdicción, en argumentos suficientes*”⁸⁸⁹.

Por último, la práctica muestra que las respuestas dadas por el CF para la resolución de las cuestiones de DIPr, esencialmente las relativas a los MRE, en particular, en los países de la UE, son interesantes, pero –al mismo tiempo- se pone de relieve la incompetencia del legislador para crear un fondo de solidaridad familiar, así

⁸⁸⁸ STS núm. 72 de 1 de febrero de 2006 [Exp. núm. 468/2/1/2005].

⁸⁸⁹ Sent. núm. 515 de 13 de septiembre de 2006.

como la oposición latente de los jueces y notarios tradicionales, que constituye una traba adicional para la efectividad de algunos ejes esenciales de la reforma.

Conclusiones generales

I

Como es sabido, el año 1992 marca una fecha importante en Marruecos, puesto que -en dicho momento- comenzaron a demandarse los cambios en el CEP, que regulaba todos los asuntos de familia, reclamando una ley más equitativa entre hombre y mujer, así como una sustancial mejora en la condición de la mujer en su papel de esposa y madre. En el año 1993 se dio un primer paso para la re-elaboración de dicho Código. Si bien la sociedad marroquí ha evolucionado de forma importante desde esta primera reforma, tales cambios fueron insuficientes para alcanzar una auténtica igualdad. Tras nuevas y constantes reivindicaciones, se aprobó en 2004 la vigente *Mudawwana* (también denominada “nueva recopilación”), que, aún conservando determinados aspectos que mantienen a la mujer en situación de desventaja con respecto al hombre, ha conseguido ciertos logros y constituye uno de los primeros marcos legales, que trata de equilibrar la posición de la mujer.

En este sentido, es innegable la originalidad del CF, que se considera –en comparación con los países del entorno- uno de los más modernos adoptados en los últimos diez años. No obstante, su eficacia no puede alcanzarse si no se trabaja con profesionalidad y en colaboración con los órganos competentes tanto en el país receptor, como en el país de origen de las personas (marroquíes) que migran, para garantizar su aplicación y, sobre todo, su eficacia. Además, deben implicarse todos sus protagonistas -en especial, el Juez-, para que dichas normas sean verdaderamente útiles para que tenga lugar una “reforma social”.

II

Respecto al reconocimiento de decisiones en materia de Derecho de familia (y, en particular, el matrimonio y su disolución), puede decirse que: en primer lugar, la falta de continuidad de las decisiones es una de las tradicionales limitaciones, a la que ha tratado de dar respuesta en todos los tiempos todo sistema de DIPr. Y, en el momento actual, se trata de uno de sus cometidos más importantes, no sólo del marroquí, sino también del español, pues este último también ha de promover el reconocimiento extraterritorial de decisiones y, de forma muy particular, cuando se trata de las nuevas “situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”. Tales situaciones están teñidas por el componente socio-económico de las migraciones y, por ello, vinculadas con dos sistemas jurídicos: el del país de origen y el del país de destino de la persona que migra.

Para dar adecuada respuesta a estas nuevas situaciones, es imprescindible conocer las legislaciones extranjeras, en particular, en el ámbito del Derecho de familia. Así mismo, resulta importante hacer una correcta utilización del orden público, que juega un papel dual y determinante, sea como punto de unión o, por el contrario, de fisura, entre los diferentes ordenamientos y, en particular, entre el marroquí y el español.

III

De otro lado, en Marruecos, la práctica del Islam se regula por lo que indica la escuela *Malikí*, cuyas reglas fueron recogidas tras su independencia en el CEP, así como por el actual CF de 2004 (art. 400). Una tendencia fuertemente asentada, a la cual varias instituciones estatales dedican su tarea de investigación y difusión de sus principios. De otro lado, dada su posición estratégica en la zona magrebí, los ritos de la escuela *Malikí* están presentes fuertemente en la vida religiosa del pueblo presidida por el Rey. De hecho, tras la entronización del Rey Mohammed VI, el camino escogido compromete a Marruecos indudablemente a una reforma global de su espacio público, pero siempre dentro del “campo religioso que debe integrar esta gestión”. Se trata de una fórmula atractiva, que se emplea para definir los contornos del campo religioso

marroquí, sus límites y sus especificidades. Así, la cuestión religiosa ya no es privada ni ajena a las instituciones públicas, sino que forma parte de ellas.

De hecho, el Consejo Científico Superior ha determinado en 2005 el itinerario de su labor en: “*definir los orígenes del rito Maliki y divulgar su cultura*”. Así, la CM prevé que el Islam es la religión oficial del Estado, y por consiguiente, la presencia del Derecho islámico en el plano social y jurídico es evidente. Por tanto, es innegable su influencia en el actual Derecho de familia de Marruecos, aunque no lo es tanto en el ámbito del Derecho procesal ni, por ello, en relación con el reconocimiento de decisiones. Ahora bien, este sector del sistema marroquí de DIPr tampoco es ajeno a la influencia religiosa, en la medida en que se trata de permitir que desplieguen efectos en Marruecos las decisiones extranjeras.

En este marco, si bien el procedimiento de reconocimiento ocupa una importancia adjetiva (menor), en relación con el contenido de la decisión extranjera, de un lado, la jurisprudencia ha llegado, incluso, a exigir en el trámite del *exequatur*, que la autoridad extranjera que ha pronunciado la decisión profesase la religión islámica.

IV

Sin embargo, cabe señalar un cambio en la “mentalidad” de los jueces marroquíes, en especial, en el ámbito del estatuto personal. Si bien la jurisprudencia marroquí ha sido reacia a permitir el reconocimiento de las decisiones extranjeras, en especial, las relativas al Derecho de familia y, en concreto, de disolución del matrimonio, cuando no se había aplicado el antiguo CEP o el actual CF, se registra en los últimos años cierta apertura respecto a la admisión del Derecho extranjero, siempre que no vulnere el orden público marroquí.

Y, en este sentido, tiene interés plantearse la existencia de un orden público (internacional) islámico, que estaría constituido por los valores o principios que son comunes en los ordenamientos jurídicos que tienen esta influencia religiosa. En todo

caso, sea cual sea la respuesta que se dé a esta cuestión, no se reconocerán en Marruecos las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio si no se ha respetado la fase de reconciliación, que ha de ser considerada en el momento actual integrante de la noción del orden público internacional marroquí. Ahora bien, ha de tomarse en cuenta la posibilidad de que pueda tener lugar dicha fase en el propio procedimiento de homologación que se sustancie en Marruecos.

V

De otro lado, si bien el Estado español es aconfesional, no ve con recelo ni hostilidad la práctica religiosa, sino que, bien al contrario, obliga a los poderes públicos a cooperar y a convivir con las distintas religiones. Una cooperación que se ha traducido en forma de acuerdos con algunas confesiones, en particular, con las de notorio arraigo, no sólo por el número de fieles, sino por sus antecedentes históricos en España. Como es sabido, se firmaron en 1992 los Acuerdos de Cooperación con las tres confesiones que en aquel momento se consideraban numerosas: musulmana, protestante, evangélica y judía. España es el único país europeo que ha firmado un pacto de carácter general con el Islam “español”.

En esta misma línea, se aprecia en España un cambio, que marca la posición de los Jueces respecto a determinadas instituciones del Islam, de forma que se aceptan algunos efectos, p.ej., del matrimonio (poligamia, legitimidad de los hijos de la segunda esposa o derecho sucesorio de la segunda mujer) o de su disolución, incluyendo, el caso del abono de la parte aplazada de la dote en caso de ruptura de la pareja, la pensión alimenticia y el derecho a algunas prestaciones sociales, que tiene la mujer en los ordenamientos de tradición islámica.

VI

Por tanto, si bien se trata de dos ordenamientos DIPr distintos (el marroquí y el español), es interesante encontrar el punto común entre ellos, en especial, para permitir que desplieguen efectos en Marruecos las decisiones españolas (y a la

inversa). Por último, cabe descubrir un estrecho vínculo entre el sector del reconocimiento de decisiones y la protección o tutela de los derechos humanos, puesto que, en definitiva, son situaciones personales, cuyo carácter es especial y sensible.

Conclusiones particulares

I

En relación con la regulación del matrimonio y su disolución en el actual CF de Marruecos, cabe señalar que la válida celebración del primero se supedita al cumplimiento de los siguientes requisitos: la existencia de la oferta y de la aceptación de los contrayentes, que no se haya suprimido la dote, la presencia de testigos (musulmanes) y el tutor matrimonial (en el caso de que la mujer mayor de edad, lo decida). Como es sabido, la entrada en vigor del CF ha supuesto la reforma de la institución de la *wilaya* (arts. 24-25), cuya génesis se relaciona con la protección de la mujer (en el pasado reciente) cuando todavía estaba subordinada al hombre, fuese hermano, padre u otro pariente. La finalidad de la reforma ha sido adaptar esta figura a la situación actual. Así, hoy en día, la mujer marroquí mayor de edad puede contraer matrimonio, sin necesidad de que sea representada por un tutor. Por ello, la presencia del *wali* se limita a los casos de la joven menor de edad.

En cuanto a la dote, su regulación emana del *Corán*. Dada la situación existente anteriormente –en especial, en algunas regiones del país-, cuando el padre se beneficiaba de la totalidad o de gran parte de la dote, el CF ha dado una respuesta sensata a esta cuestión, al indicar que es un derecho de la mujer, sin que otra persona pueda interferir en su administración, sea el marido, el padre u otra (art. 29).

II

El matrimonio válido que reúne los requisitos de fondo y forma expuestos anteriormente, es el que permite que nazcan un conjunto de derechos y obligaciones entre los esposos, hacia los hijos, hacia los padres e, incluso, hacia los parientes. Entre ellos, la *Nafaqat*, obligación que pesa sobre el marido y que comprende la manutención, la vestimenta, la atención sanitaria y todo lo considerado como indispensable para cualquier persona. El principio del cual deriva este derecho de la mujer es la responsabilidad que asume el hombre para mantener a su esposa, con independencia de su trabajo. La *Nafaqat* está inspirada en la *Sharia'a*, cuya finalidad es proteger y garantizar una vida digna y cómoda a la mujer.

III

De otro lado, cabe citar las nuevas vías que se abren en el CF para la obtención de la sentencia de *Tatliq* por la mujer, pues se ha facilitado considerablemente el procedimiento, en orden a que la mujer que desea disolver su relación matrimonial no se encuentre ante la obligación de alegar o –como era el caso anteriormente-, de aportar pruebas (certificados médicos) para comprobar los daños ocasionados por el marido -en especial-, el maltrato. Hay que hacer hincapié en la nueva modalidad de *Chiqaq*, que ofrece un abanico de posibilidades y que constituye una herramienta a disposición de la mujer para poner fin a la relación matrimonial.

IV

Llama la atención la eficacia que está teniendo esta modalidad de disolución del matrimonio. De hecho, ha ido en constante aumento el número de solicitudes presentadas por mujeres que desean obtener el *Tatliq*. Otras modalidades que deben destacarse son: el *Talaq bilitifaq*. Las estadísticas -como fuente de análisis- también indican en este caso el importante número de expedientes que se depositan con el objeto de obtener la disolución del matrimonio.

V

De otro lado, cabe señalar la importante evolución que ha experimentado el sistema marroquí de DIPr, en especial, tras la adopción del actual CPC de 1974, aunque no sólo. Una de estas novedades ha consistido en la unificación de las jurisdicciones, de tal forma que, por vez primera, extranjeros y marroquíes han de acudir al mismo tribunal de estatuto personal. Así, el TPI se convierte en el Juez de Derecho común para resolver los asuntos concernientes al estatuto personal, sucesorio, comercial, administrativo y social. Por tanto, el CPC trata de igualar la condición del extranjero y la del marroquí ante la justicia.

Otra novedad es la supresión de la revisión de fondo de las sentencias extranjeras, que despertó fuertes críticas, en especial, después de la independencia, hasta su eliminación en 1974. En todo caso, no hay que olvidar que el control o posibilidad de revisar el fondo de la decisión extranjera fue producto de la influencia de la teoría francesa importada a partir de 1913, sin que contase con ninguna tradición local anterior. Lógicamente, en 1974 ya no existían motivos para conservar una solución de estas características en el Derecho positivo marroquí, ausente en la mayoría de los sistemas de DIPr.

VI

Por todo ello, sin lugar a duda, la construcción del sistema marroquí actual de DIPr es fruto de circunstancias y antecedentes históricos determinados. Ahora bien, si el *Dahir* aprobado en 1913 puede considerarse el Código marroquí de DIPr, ésta es una declaración atrevida, puesto que Marruecos no ha sido libre para decidir la creación de un DIPr, que se haya podido equiparar a los estándares internacionales, hasta después de la independencia política. Este momento histórico marca una nueva etapa, que supone una transformación de la estructura de los tribunales, que

comenzó con la abolición de todas las instancias incompatibles con la soberanía e independencia de Marruecos.

No obstante, una destacada evolución tuvo lugar tras la aprobación del *Dahir*, de 15 de julio de 1974, mediante el cual se anularon los tribunales existentes hasta este momento, para crear los tribunales de las comunidades, los tribunales provinciales, los tribunales de primera instancia, los tribunales de apelación y el TS. Junto a los señalados, dada la evolución de la sociedad marroquí, en general, y de la jurisdicción marroquí, en particular, el legislador ha creado dos nuevas instancias: tribunales administrativos vigentes a partir del 10 de septiembre de 1993, y tribunales comerciales a partir del 12 de febrero de 1997, y más adelante se crearon otros más, con la ocasión de la reforma de la organización judicial operada en 2007.

VII

Como es sabido, el actual CPC de 1974 regula el “*exequátur*” de las decisiones extranjeras en Marruecos. Ahora bien, hay que hacer hincapié en la existencia de normas de origen convencional, que tienen también aplicación preferente en el ordenamiento marroquí (al igual que en el ordenamiento español). Ahora bien, las exigencias y condiciones que indica el legislador en el citado CPC no pueden ser preteridas, ni tan siquiera por la existencia de un convenio suscrito por Marruecos en el ámbito de la homologación de las decisiones extranjeras. El Convenio permitirá, en caso de que no sea clara la interpretación de alguna de estas condiciones, establecidas en el CPC, que puedan ser interpretadas de conformidad con el sentido dado en el convenio bilateral o multilateral.

Sucede de este modo, en particular, en el supuesto de la condición que consiste en el control de la competencia de la autoridad de origen de la decisión, que también recoge el CHM de 1997 en el art. 23. No obstante, el CHM, no resuelve la cuestión de la competencia de la autoridad del Estado de origen, de forma tajante-ni tampoco la regula de forma clara el CPC-, dado que no indica criterios o foros de competencia

indirectos, que habrían permitido saber cuál es la medida para realizar el citado control de la competencia judicial de la autoridad del Estado de origen.

VIII

Se trata de una condición cuyo significado consiste en que el Tribunal extranjero que pronunció la sentencia debe ser competente en virtud, tanto de las reglas relativas a la competencia judicial internacional aplicadas en Marruecos, como conforme a las reglas de competencia internas del ordenamiento de origen. Como indica el CHM de 1997 en el art. 23, las resoluciones (...) tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio de la otra parte contratante si la resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en el que ha sido dictada.

IX

El control de la competencia interna plantea dificultades mayores que la internacional, con independencia de que es normal que la competencia objetiva o territorial corresponda al Juez extranjero, de conformidad con su propio ordenamiento procesal. Ahora bien, el Juez marroquí del *exequátur* tiene que comprobar la competencia del Tribunal extranjero tanto objetiva como territorial e internacional, a pesar de que, en los dos primeros casos, no pueden aplicarse las reglas establecidas por el legislador marroquí.

Si bien el art. 430 del CPC no ha dado respuesta clara y definitiva a esa cuestión, la jurisprudencia admite el control de ambas competencias. Ahora bien, la tendencia moderna se basa en que el Tribunal al que se solicita el reconocimiento no deniegue la solicitud, aunque sea evidente el incumplimiento de una norma relativa a su competencia interna, porque es una cuestión, que ha de resolver el ordenamiento del país en el que se dictó la sentencia, esto es, lo importante es que tenga existencia jurídica en dicho país.

X

En todo caso, se trata de una de las cuestiones que aún siguen constituyendo un obstáculo para el reconocimiento de las decisiones extranjeras, pues resulta complicado y requiere demasiado tiempo para las autoridades marroquíes, realizar este control de conformidad con lo que indique el ordenamiento de la autoridad del Estado de origen. Por tanto, el citado Convenio puede calificarse de obsoleto, puesto que su aplicación es ocasional, lo que significa que habría llegado el momento de introducir modificaciones en esta materia o, incluso, de firmar otro convenio, que se adapte a las nuevas circunstancias. El ámbito convencional es primordial, no sólo para regular los temas de Derecho de familia, sino también para superar diferencias, incluso políticas y culturales.

XI

Por tanto, la normativa convencional no desplaza a la estatal, sino que el procedimiento, así como las condiciones para reconocer decisiones extranjeras que prevén los arts. 430-432 del CPC constituyen un “régimen de mínimos”. De otro lado, es evidente la relación entre el art. 128 del CF y los arts. 430-432 del CPC, cuya aplicación exige la no susceptibilidad de apelación/casación de acuerdo con lo establecido en la Ley, salvo casos especiales previstos en los arts. 130 y 134 del CPC. Y, en este marco, el citado art. 128 del CF constituye una norma especial, no sólo en orden a eliminar el control de la competencia legislativa, sino que permite realizar una interpretación de la noción de orden público, que estará constituido por los principios que inspiran el CF y no tanto por un “orden publico islámico”.

XII

De otro lado, el sistema marroquí de DIPr no prevé que el reconocimiento de los matrimonios celebrados por autoridades extranjeras (con la excepción de lo dispuesto por los nuevos arts. 14 y 15 del CF) ni la homologación de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio tenga lugar de forma automática, sino mediante un procedimiento específico (*exequátur*), a través del cual se verifica el cumplimiento de las condiciones que indican los arts. 430-432 del CPC de 1974, que tienen la consideración de “mínimos”.

Si bien los actuales arts. 14 y 15 del CF, representan una oportunidad valiosa para todos los/las marroquíes que desean contraer matrimonio sin retornar a Marruecos – habiendo sido bien recibidos por la doctrina-, su aplicación suscita en el momento actual aún más interrogantes que soluciones cuando se trata de verificar hasta qué punto pueden servir para que sean aceptados en Marruecos los matrimonios civiles celebrados por los MRE. Ahora bien, el Juez goza de un amplio margen de apreciación para verificar que los matrimonios celebrados en el extranjero reúnen las condiciones exigidas, al admitir, p.ej., el testimonio de una mujer, en lugar de dos hombres musulmanes, que, como es sabido, es la condición establecida para su validez en el CF.

XIII

Otra novedad es el citado art. 128 del CF, en cuya virtud las decisiones de disolución del matrimonio por *Tatliq* no son susceptibles de apelación en el pronunciamiento relativo a la extinción de la relación conyugal. Esta consecuencia no se aplica sólo a las decisiones nacionales, sino que se extiende a las sentencias extranjeras que no se contradicen con las causas previstas en el CF. Por tanto, se deduce la desaparición de la obligatoriedad de la presentación del certificado que acredita la firmeza de la decisión extranjera en estos casos.

Su falta de exigencia estriba en que las decisiones de disolución del matrimonio por *talaq*, *tatliq* por compensación o anulación del matrimonio, según el último párrafo del

art. 128 del CF, no son recurribles y, por ello, las pronunciadas en el extranjero pueden ser reconocidas en Marruecos sin necesidad de demostrar su firmeza, siempre que hayan sido pronunciadas por un Tribunal competente y se hayan basado en causas que no sean incompatibles con las establecidas en el CF.

XIV

De otro lado, cabe plantear la posibilidad de reconocer en Marruecos la disolución el matrimonio solicitada por uno de los cónyuges, sin que pueda aportarse la existencia de desavenencias, ni el consentimiento del otro cónyuge. La respuesta es afirmativa, puesto que la nueva regulación de la disolución del matrimonio en el CF por existencia de desavenencias, no requiere la prueba de tales disputas o de los conflictos que han llevado a la disolución. De hecho, la autoridad judicial no exige la prueba de las causas o razones de las desavenencias, de forma que, si, realizando un intento de reconciliación, una de las partes persiste en su voluntad de disolver el matrimonio, la autoridad judicial lo declara.

XV

Si bien la práctica demuestra que la resolución de las demandas de *exequatur* sobre asuntos de familia es competencia de las secciones de familia, no existe motivo para limitar la competencia a las secciones de familia en exclusiva, porque la demanda de *exequatur* es independiente en sus reglas según el CPC al que remite el art. 128 del CF, y no tiene vinculación con el asunto que resolvió el Juez extranjero, siempre que el objetivo esencial sea comprobar si la sentencia extranjera reúne las condiciones exigidas para su reconocimiento.

XVI

Sin embargo, se permite un amplio margen discrecional a las autoridades marroquíes para poder denegar el *exequatur* de las sentencias extranjeras, si

consideran que existe incompatibilidad con el CF de la causa de disolución del matrimonio o es incompatible con el orden público islámico o con las normas de carácter imperativo. De hecho, los casos que se han presentado son muy variados e, incluso, puede denegarse el reconocimiento existiendo convenios, cuya aplicación es preferente a la normativa marroquí de origen autónomo (interno). En todo caso, el Juez posee potestad para denegar –de acuerdo con el CF- el *exequátur* de cualquier decisión pronunciada por una autoridad incompetente o cuando su contenido sea contrario al orden público.

XVII

En cuanto al procedimiento de reconocimiento, se deduce que el legislador no ha previsto un sistema especial para homologar las sentencias extranjeras sobre disolución del matrimonio, sino que ha partido del sistema ordinario (CPC). Para ello, el art. 431 del CPC exige que figure entre los documentos que se presenten junto con la demanda de *exequátur*, un certificado de la Secretaría Judicial del Tribunal extranjero, que indique que la decisión es firme y no es susceptible de ningún ulterior recurso de conformidad con el ordenamiento extranjero. El CHM indica también como condición para el reconocimiento que la resolución haya adquirido autoridad de cosa juzgada y haya llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en el que haya sido dictada.

XVIII

En cuanto a la notificación, si bien el TS ha insistido en considerar la demanda de *exequátur* como cualquier otra, siendo necesario la citación del demandado, deben tomarse en cuenta ciertas particularidades, en especial, cuando se trata de una demanda de reconocimiento de disolución cuya parte es extranjera, que no puede personarse y la otra marroquí, perjudicada en este proceso.

Puede diferenciarse según el caso de que se trate: a) si se ha pronunciado la sentencia en presencia de las dos partes que se han puesto de acuerdo, cualquiera de

ellas podrá solicitar el *exequátur*, sin necesidad de citar a la otra. b) Si la sentencia extranjera se dictó en ausencia de la parte que no solicita el reconocimiento, la demanda debe dirigirse en su contra y su notificación es imprescindible. Sin embargo, esta distinción no encuentra fundamento legal y, por ello, es el momento de llevar a cabo una reforma del CPC, que se adapte a las novedades introducidas por el CF.

XIX

Los principales obstáculos a los que pueden enfrentarse las demandas de reconocimiento de sentencias extranjeras en Marruecos se refieren a la notificación al demandado, sobre todo, si reside fuera de Marruecos o si se desconoce su dirección. Por ello, la práctica de los Tribunales permite que se dirija la demanda “contra quien tenga el derecho” o “contra quien debe”. A pesar de que esta tendencia facilita la resolución de la demanda y dictar la respectiva sentencia, se contradice con el derecho de defensa y con el CPC marroquí, que obliga a que se determine la identidad del demandado y su dirección en el escrito de incoación de la demanda (art. 32).

Tal vez, la solución adecuada consista en presentar la demanda de *exequátur* contra el MP, una de las formas originales (en virtud del CHM) en algunos casos de familia, como las demandas respecto a la custodia, derecho de visita y devolución de hijos desplazados de manera ilegal.

XX

Por último, los efectos de la sentencia extranjera sobre la situación de las personas o su capacidad, tienen lugar sin necesidad de que sean homologadas, aunque no puedan adoptarse medidas de ejecución material sobre los bienes o utilizarse otras medidas coactivas. Por tanto, la decisión judicial extranjera despliega efectos probatorios en Marruecos con independencia de su reconocimiento a través del *exequátur*. Constituye un hecho ineludible y tiene la fuerza de un acto auténtico (art. 418.2º COC).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

-A-

AAZIBU, A.: "Da'ewa Attatliq Lichiqaq Walichkaliat A'amaliya Almuthara Bichaniha", en ALFAKHORI, I, *Mudawwanat Alusra Ba'eda Thalath Sanawat Mina Attatbiq*, (Actas del Seminario internacional organizado por el Grupo de Investigación en Derecho y familia, 15 y 16 de marzo), Uxda, 2007, pp. 145 y ss.

ABDELLAH, A., *Alqanun Addawli Aljass, Alyus'e Athani*, Tab'e Alhay'a Ala'amma Lilkitab, 1986.

ABDELKABIR, R/ ASSGHIWARE, M.: "Mustayyadat Mudawwanat Alusra Fi Mawdo'e Azzawaye", en BELMAHJUBE, I, *Mustayyadat Mudawwanat Alusra Wa Tatbiqatuha Al'amaliya*, Mulhaq Biaham Mabadi'e Qararat Almaylis Aa'ela, Annas Alkamel Limudawwanat Alusra, dicembar 2010, Rabat, pp. 113 y ss.

ABDELHALIM, M., *Alqanun Addawli Aljasse*, Fés, 1979.

ABDEL HAMID, M., *Ahkam al-iytihad fi a-chari' al-islamiyati*, Dar al-kitab al-jami'i, El Cairo, 1978.

ABEL, A., *L'étranger dans l'Islam classique*, Recueil de la Société Jean Bodin, t. X, "L'étranger", 1 er partie, Bruxelles, Librairie Encyclopédique, 1958.

ABITBOL, M., *Histoire du Maroc*, Perrin, 2009.

ABI ZAID AL QAYRAWANI, I., *Compendio de Derecho Islámico*, Ed. de Jesús Riosalido, Trotta, Madrid, 1993.

ABOUD, M., *Alwajize fi alqanounne addawli aljasse almaghribi*, Ed. Almarkaze Athaqafi Alarabi, 1994.

ABOUD, M.: « L'ordre public comme moyen d'éviction de la loi étrangère », *Almohamat*, nº 14, 1979, pp. 25 y ss.

ABOUD, M.: "Annidam Ala'am Kasabab Listiba'ad Alqanun Alayanabi", *Mayyalat Almuhamat* nº19, 1979, pp. 45 y ss.

ABOUD, M.: "Zaway Alayanib Bilmagreb", *Mayyalat Almuhamat Tusdiruha Haye'at Almuhamin Bilmagreb*, nº 1, november 1968, pp. 9-14.

ABOUD, M., *Markaz Alayanib Fi Almaghrib, dirassa qanuniya liwadiyat Alayanib fi Almaghrib qabla alhimaya wa jilalaha*, matabi'e u'kad, Rabat, 1988.

ABUALWALID, A., *Ihkam Alfusol Fi Ahkam Alusol*, revisión Abdelmayid Turquí, Beirut, Dar Algharb Alislami, 1986.

ACUAVIVA. A., *La condition civile des étrangers au Maroc*, Paris, 1937.

ACHAFIE, M.: "Qira'a fi almadda 49 min Mudawwanat Alusra", *Mudawwanat Alusra bayna annasi wa almumayasa*, silsilat anadawat waalayam addirasiya nº25, 27 y 28 de enero, Murrakuch, 2006, pp. 179-188.

ACHAFIE, M., *Mudawwanat Alusra fi aliytihad alqada'i*, Matbaat Alwwaraqa Alwataniya Bi Murrakuch, 2011.

ACHAFIE, M.: "Qanun Alusra Almagrebi Bayna Athabat Wa Attatawer", *Silsilat Albuhuth Alqanuniya*, nº 8, pp. 15 y ss.

ACHAFIE, M.: "Azzawaye Fi Mudawwanat Alusra", *Silsilat Albuhuth Alqanuniya*, nº 9, 2005, pp. 285 y ss.

ACHATWI, M., *Aliyra'at alidariya walqadai'ya litawtihiq azzaway*, Matbaat Alwwaraqa Alwataniya Bi Murrakuch, Attaba'a Alula, 2004.

ACHRIF, N., *Les conflits de lois en matière de mariage en droit international privé marocain*, DES, Droit privé, Rabat, 1963.

ADDAHAK, I.: "Tatawer Fikrat Alyinsiya Bilmagreb", *Mayyalat Almuhamat, Assadira A'an Yamia'yat Hayat Almuhamina Bilmagreb*, nº 8-9, mars-yulious 1971, pp. 53 y ss.

ADRIWACH, S.: "Kayfa Naqra'e Muqtadayat Tanfid Alahkam Alaynabiya A'ala Daw'e Almadda 128 Min Mudawwanat Alusra", *Mayyalat Alqada'e Walqanun*, nº 152, pp. 65 y ss.

AFAZZAZ, A.: «Alyinsiya Min Mandour Alfiqh Alislmi Wattachr'e Almagrebi», *Mayyalat Almayadin* nº 1, 1986, pp. 95 y ss.

AGUILAR GRIEDER, H.: "Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el DIPr.", en MORÁN GARCÍA, G (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho comparado*, La Coruña, Universidade da Coruña, Serv. Pub., 2003, pp. 235-264.

AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación historia al derecho musulmán*, Dykinson, Madrid, 2007.

AHMED ASANHOURI, A., *Alwasit fi Charh Alqanoun Almadani, Alyuz'e Attasi'e, Asbab Kasb Almilkiya*, Dar Annahda Ala'arabiya Bialqahira, 1968.

AIT ZAIT, N, A.: "Révolution tranquille au Maroc: le principe d'égalité consacré en partit dans la Mudawwana", en *CIDDEF magazine* n°1, janvier-mars 2004, pp. 4 y ss.

ALAJRASSI, S.: "Min mudawwanat Alhawal Achajssiya ila Mudawwanat Alusra: masar Attaadilat Wamataleb Alharaka annisaiya", *Tabatu I*, Rabat, 2005, pp. 82 y ss.

ALALOUI, B., *La loi personnelle dans les relations franco-marocaines en DIP français et marocain*, thèse pour le doctorat d'état, Paris II, 1978.

ALAZHAR, M., *Mudawwanat Alusra*, Silsilat Attachri'e Almaghrebi, Casablanca, 2004.

ALAZHAR, M., *Charhe Mudawwanat Alusra*, Dar Annachr Almagrebiya, Casablanca, 2008.

ALAZHAR, M., *Charhe Mudawwanat Alusra*, Dar Annachr Almagrebiya, Casablanca, 2011.

ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho civil*, Madrid, Edisofer, 2007.

ALBALADEJO, M/DIAZ ALBERT, S., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo I, Vol. 2, RDP 1995.

ALBERCA DE CASTRO, J, A.: "El reconocimiento del matrimonio islámico por el ordenamiento español", GAVIDIA SÁNCHEZ, J (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, 2011, pp. 209 y ss.

ALBLAWI, H.: "Attatliq Lisiyn Azzawy", en *Mudawwanat Alusra bayna annasi wa al mumarasa*, Silsilat anadawat wa alayam addirasiya n°25, los días 27 y 28 de enero, Murrakuch, 2006, pp. 109 y ss.

ALDEEB, S/BONOMI, A, (eds.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, 1999.

ALEXANDER, D.: "Les effets des jugements indépendants de l'exequatur", *Trav. Com. Fr. DIP*, 1975-1977, pp. 51 y ss.

ALFAKHORI, I.: "Ba'ed Madahir Qiam Huquq Alinsan Fi Mudawwanat Alusra Alyadida", *Maqal Manchur Bimayyalat Alich'a'ae*, n° 29, ghucht, 2004, pp. 56 y ss.

ALFAKHORI, I.: "Dawre alqada'e fi tahdid mustahaqat azzawya walatfal", en I. ALFAKHORI, *Mudawwanat Alusra Ba'eda Thalath Sanawat Mina Attatbiq*, (Actas del

Seminario internacional organizado por el Grupo de Investigación en Derecho y familia, 15 y 16 de marzo de 2007) Uxda, pp. 104-127.

ALFAKHORI, I., *Ala'amal Alqada'e Alusari*, Matba'at Alamniya, Rabat, 2009.

ALFASI ALFIHRI, Y., *Alqanun Addawli Lihuquq Alinsan Min Khilal Dasatir Doual Almaghreb Ala'arabi*, Outruhah, Qanun A'am 1990/1991, Rabat.

ALHAJAWI, M, A., *Almara'a Bayna Achar'e Walqanun*, Attaba'a Alula, 1967.

ALHURR, Z.: "Azzawaye", *Alayyam addirasiya hawla mudawwanat alusra*, Rabat, 2004, pp. 27 y ss.

ALI SADEQ, H., *Tanazu'e Alqawanin, dirasa muqarana fi almabad'ie al'amma walhulul alwad'iya almuqarrara fi attachri'e almisri*, Munchat Alma'arif Biliskandariya, 1993.

ALJIDI, O, *Alu'urf Wala'amal Fi Almadhab Almaliki*, Matba'at Fdala, 1982.

ALKACHBOUR, M., *Charhe Mudawwanat Alusra, Aljuz'e Alawale*, Matbaate Anajahe Aljadida, Casablanca, 2006.

ALKACHBOUR, M.: "Ta'rif Qa'idat Attanazu'e Awe Alisnade" *Almanahije, Mayyalat Qanuniya Fasliya* nº. 9-10, 2006, pp. 18-25.

ALKACHBOUR, M., *Charhe Mudawwanat Alusra, Aljuz'e Athani, Inhilal Mithaq Azzawyjiya*, Matbaate Anajahe Aljadida, Casablanca, 2006.

ALKACHBOUR, M/ AZZahr, Y/ FATTUKH, H.: « Attatliq Lichiqaq Fi Mudawwanat Alusra », *Silsilat Addirasat Alqanuniya* Attaba'a Aloula, 2006, pp. 25 y ss.

ALKHADRAWI, M (Juez del TPI de Abi Alja'd): "Taadiil alahkam alajnabiyat bisighat attanfidiya", *Mayyalat Muhakama* núm. 1, september, 2006, pp. 60 y ss.

ALKHAMLICHI, A., *Min Mudawwanat Alahwal Achakhsiya Ila Mudawwanat Alusra, Alyuz'e Alawal: Azzaway*, Rabat, 2012.

ALKHAMLICHI, A.: "Atta'liq A'ala Qanun Alahwal Achajssiya: Azzawaye Wa Attalaq", *Alyuz'e Alawal*, Taba'a 1984, pp. 5 y ss.

ALMADKURI, CH.: "Markaz Alqanun Alaynabi Amam Alkada'e Almagrebi" *Mayyalat Alqanun wa Aliqtisad*, Kuliyyat Alhuquq, Fés, nº 6, 1990, pp. 81-115.

ALMADKURI, CH.: "Ichkaliat riqabat almajlise ala'ala a'ala tatbik wa tawil alqanoun alajnabie", *Almayyala almaghribiya liqanoun waiqtisad attanmiya*, núm. 17, Universidad de Ciencias Jurídicas y Económicas de Casablanca, 1988, pp. 169 y ss.

- ALMAHDI, M., *Almuqtadab Fi Ahkam Alusra, Aljuza'e Alawal Azzaway*, Fés, 2004.
- ALMALKI, A., *Nidam Alkadd Wassia'aya*, Rabat, 2002.
- ALMASRI, M, W., *Alwayize Fi Charhe Alqanun Addawli Aljasse*, Dar Wamaktabat Alhamil Linnachr Wattawzi'e, Attab'a Aloula, 2002.
- ALMOSTAFA, A.: « Le DCC et le concept d'ordre public », *Al Moulhaq Alqada'i*, nº12-13, avril 1984, pp. 256 y ss.
- ALMUMNI, A.: "Taamulat Hawla A'amal Wawaqi'e Anniyaba Ala'amma Min Jilal Alfasl 3 Min Mudawwanat Alusra", *Alqustas Ala'adad 5*, yuniyu 2005, pp. 5 y ss.
- ALMUTTAQI, A.: "Zaway Alqasirina bayna alqa'ida walistithna", *halaqat dirasiya hawla mudawwanat alusra wadawr alwasata*, ayyam 5-8 dicember 2005, Tetuán, pp. 6 y ss.
- AL-QURTOUBI IBN OMAR IBN IBRAHIM, A., *kitab annikah, kitab arida3, kitab atalaq, kitab ali3an, kitab al3atq, kitab albouyou3 wa kitab al-musaqat*, Ed., dar alkitab al misri, El Cairo, 1995.
- ALVAREZ GONZALEZ, S.: "La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional", *REDI*, 2002-I, pp. 205-223.
- ALWAHLI, N.: "Rasde Liba'ede Alichkaliyat Ala'amaliya Allati Afrazaha Tafi'ile Muqtadayat Mudawwanat Alusra A'ala Mustawa Almahkama Alibtidaiya Bi Rramani Ba'ed Sit Sanawwat Wa Nisfe Mina Attatbiqe", en I. BELMAHJUBE, *Mustayyadat Mudawwanat Alusra wa Tatbiqatuha Ala'amaliya*, dicember, 2010, Rabat, pp. 90 y ss.
- ANTONIO XIOL RÍOS, J (dir.), *Código Civil, comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Colección Tribunal Supremo, Madrid, 2010.
- ARRUBIO, S.: "Tadbir Alamwal Almuktasaba Athnaa Azzaway", en ALFAKHORI, I *Mudawwanat Alusra Ba'ada Thalath Sanawat Mina Attatbiq*, (Actas del Seminario internacional organizado por el Grupo de Investigación en Derecho y familia, 15 y 16 de marzo), Uxda, 2007, pp. 272 y ss.
- ASAD, A/, PÉREZ, A, (Traducción al español), *El mensaje del Qu'ran, Traducción del Árabe y comentarios*, Córdoba, 2001.
- ASBAN, S.: "Dahirat Attatliq Lichiqaq –Alasbab Walhulul–", en BELMAHJUBE, I, *Mustayyadat Mudawwanat Alusra Wa Tatbiqatuha Ala'maliya*, Mulhaq Biaham Mabadi'e Qararat Almaylis Aa'ela , Annas Alkamel Limudawwanat Alusra, dicember, 2010, Rabat, pp. 103 y ss.

ATTAHIRI, J.: "Qira'a Maqasidiya Fi Almadda 128 Min Mudawwanat Alusra" *Mayyalat Almilaf n°10*, abril, 2007, pp. 178 y ss.

ATTALAB, A., *Attandim Alqada'i Almaghrebiye*. Matbua'at Alma'erifa, Murrakuch, 2003.

ATTEGDWINI, M., *Alwasit Fi Alqanun Addawli Aljass*, Matbaat Anfou, Fés, 2009.

ATTEGDWINI, M., *Anadariya Ala'amma Lilqanun Addawli Aljasse -Alyinsiya-* 2002.

AYT ALHAJE, M.: "Athare tatbiq mudawwanat alusra a'ala alyaliya almaghribiya almuqima biljariy -mistarar zaway almaghariba almuqimina biljariy namuthayan-", en ALFAKHORI, I, *Mudawwanat Alusra Ba'eda Thalath Sanawat Mina Attatbiq* (Actas del Seminario internacional organizado por el Grupo de Investigación en Derecho y familia, 15 y 16 de marzo de 2007), Universidad de Uxda, pp. 273-277.

AYT ARJDAL, S.: "Assulhu fi Da'awi Attalaq wa Attatliq wifqa Mudawwanat Alusra", en *Mudawwanat Alusra bayna annasi wa almumarasa*, Silsilat anadawat wa alayam addirasiya n°25, los días 27 y 28 de enero, Murrakuch, 2006, pp. 251 y ss.

AZZAHILI, W.: « Alfiqh Alislami Wadilatuh » *Alyus'e Aljamis*, Dar Alfikre, pp. 764 y ss.

AZNAR GIL, F/ OLMOS ORTEGA, M^a, E., *La preparación, celebración e inscripción del matrimonio en España*, Serv. Pub. Univ. Pontificia de Salamanca, 1996.

-B-

BADEN, M.: "Mudawwanat alusra bayna alahdaf almua'alana wa ichkalat atatbiq ala'amali", en ALFAKHORI, I, *Mudawwanat Alusra Ba'eda Thalath Sanawat Mina Attatbiq*, (Actas del Seminario internacional organizado por el Grupo de Investigación en Derecho y familia, 15 y 16 de marzo), Uxda, 2007, pp. 50-72.

BAFQIR, M., *Mudawwanat alusra wala'mal Alqada'i Almagribi*, Addar albida'e, 2006.

BAHMANI, I., *Ala'amal Alqada'i Fi Qadaya Alusra, Murtakazatuh wamustayaddatuh Fi Mudawwanat Alahwal Achajsiyya wamudawwanat Alusra*, Rabat, 2009.

BAHMANI, I.: "Jitab Arra'is Alawal Lilmaylis Ala'ela Bimunasabat Iftitah Assana Alqadaiya", *Mayyalat Qda'e Alusra* n°2, 1968, pp.12 y ss.

BAHMANI, I.: "Maqal Nasab Alabnae Fi Azzaway Alfasid", *Mayyalat Alqadae Walqanun* n°149, pp. 39 y ss.

BARDAJÍ MUÑOZ, L/HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A.: "Derecho Civil (Carrera Judicial)", *Centro de Estudios Financiero*, Madrid, 1993, pp. 84 y ss.

BARJAWI, K., *Alqanun Addawli Aljass Fi Maddat Alahwal Achajsiya, Alhulul Almuqarrara Litanazu'e Alqawanin Fi Addawal Alislamiya Bayna Manteq Alintisab Ila Alumma Alislamiya Wamanteq Alintima'e Ila Alyama'a Addawliya*, Dirasa Muqarana Fi Arrawabit Addawliya Alkhasa Almagharibiya, Kulliyat Mohamed V, Rabat, 2001.

BARJAWI, K.: "Mada Istiyabat Mudawwanat Alusra Limatalib Almuytama'e Almadani Wassiyasi Almagrebi", *Dar Alqalam*, 2004, pp. 145 y ss.

BARJAWI, K.: "Taqiim Mudawwanat Alusra Min Zawiat Alqanun Addawli Aljass", *Almurafa'a*, nº 16, octubre, 2005, pp. 68 y ss.

BATAL, N.: "Hikaya maghribiya liaramil wamutallaqat sara'ena litarbiyat abnai'hinna", en *Alitihad Alichtiraki* (periódico), nº 8963, 4/9/2008, pp. 4-5.

BELMIR, S.: « Arrawabit Al'ailiya Fi Alqanun Addawli Aljasse Almaghrebi », *Manchurat Jam'iyat Tanmiyat Albuhuth Waddirasat Alqadaiya*, 1988, pp. 10 y ss.

BELMIR, S.: "La conflictividad de las Leyes en el Derecho internacional especial marroquí y el Derecho internacional especial español; aplicación a los vínculos familiares, al matrimonio mixto y a la nacionalidad", *Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el CGPJ y la Corte Suprema de Marruecos*, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002, pp. 11 y ss.

BELMIR, A.: "Alahwal Achaksiya Lilajanib Fiattachri'e Almaghrebi; Arrawabit Ala'ailiya" *Manchurat Jam'iyat Tanmiyat Albuhuth Waddirasat Alqadaiy*, Matba'at Assahil, Rabat, 1989, pp. 2 y ss.

BELMIR, S.: "Être juge au Maroc et en Espagne", *Droit de la famille au Maroc et en Espagne*, en www.cidob.org, pp. 14 y ss.

BELQASEM, A., *Alqanun Addawli Aljass Aljazairi, Tanazu'e Alqawanin*, Dar Huma Aljazair, 2001.

BEN ABOUD, A. A., *Markaze Alayanibe Fi Murakuch*, Attaba'a Athaniya, 1980.

BENATTAR, R.: "Problèmes relatifs au DIP de la famille dans les pays de droit personnel", *R.C.A.D.I.*, 1967, pp. 14 y ss.

BENCHEIKH, S.: "La vraie Histoire des Alaouites", *Telquel* nº 408, de 23 a 29 de Janvier 2010, pp. 40 y ss.

BENCHRIF, M.: "Azzaway wa Attalaq Bayna Ahkam Alfiqh wa Nusus Mudawwanat Alusra", *Almunathara* nº 11, pp. 21-30.

BENMOUSA, M., *Charhe Almayyala Attunsiya Lilqanun Addawli Aljass, tafsir fiqhi ta'esili lisa'ir Ahkam Almayyala*, Dar Almizan Linnachr, Attaba'a Alula, 2003.

BENRADI, M.: "Genre et droit de la famille", *In Féminin Masculin: la marche vers l'égalité au Maroc 1993-2003*, pp. 16 y ss.

BENTALAB, A.: « Hasilat Alqiraa Alyama'ya Lilichkaliyat », *Qada'e Alusra, Mayyala Mutajassisa* nº 4, 5 febrayer, 2009, pp. 191 y ss.

BLÁZQUEZ VILAPLANA, B (ed.), *Actas del seminario internacional "Retornos de los inmigrantes a sus países de procedencia u origen. Estado de la cuestión"*, celebrado en la Universidad de Jaén, los días 9 y 10 de mayo de 2012, Serv. Pub. Univ. de Jaén, 2013.

BONASSIES, P.: "Structure Fédérale et Conflits interne de lois", *Revue Critique internationale privé*, 1953, pp. 289 y ss.

BORRÁS ALEGRIA, I/MERNISSI, S. (eds.), *El Islam Jurídico y Europa*, Icaria, ICM, Barcelona, 1998.

BORRMANS, M.: "Le nouveau Code algérien de la famille dans l'ensemble des Codes musulmans de Statut personnel, principalement dans les pays arabes", *RIDC*, 1986, pp. 133 y ss.

BOTIVEAU, B., *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Karthala, París, 1993; *id.*, "Derecho islámico: de lo político a lo antropológico", AAVV, *El islam jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998.

BOUKAISSI, F, Z.: « Le déroulement des audiences á la Section de la justice de la famille près les tribunaux de première instance de Rabat », *Le code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, 2007, pp.189-216.

BOURAMDANE, M., *Kayfiat tafiile qawaid alqanoun alajnabiye amama alqadaa bilmaghreb*, Simposio Euro-mediterráneo sobre *Conflicto de leyes y jurisdicciones en el marco de la cooperación judicial internacional en materia civil*, Marrakech, 11-14 de diciembre de 2006.

BOURELY, M.: "Le Droit international privé du Maroc indépendant", *RCDIP*, 1962, pp. 212 y ss, (esp. p. 236); *id.*, «Nouveaux aspects du droit international privé marocain», *RMD*, 1963, pp. 3 y ss.

BOUTALAB, A.: « La réforme du code de statut personnel renforce l'institution familiale et consolide les droits de l'homme » *le matin du Sahara et du Maghreb*, dimanche 14 novembre, 1993, pp.3 y ss.

BOUZA I VIDAL, N.: “Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho internacional privado español”, *La Notaria*, 2007-1, pp. 11-40.

BOUZIDI, A.: “Ichkaliaat Aljibra Fi Ithbat Annasab Aw nafih », en ALFAKHORI. I, *Mudawwanat Alusra Ba’eda Thalath sanawat Mina Attatbiq*, (Actas del Seminario internacional organizado por el Grupo de Investigación en Derecho y familia, 15 y 16 de marzo de 2007), Uxda, pp. 185-202.

BRUNO, CH., *Partage de compétences et conflits de juridictions au Maroc*, Alger, Imp. La tipo et Jules Carbonnel réunis, 1944.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes”, AAVV, *Derecho islámico e interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 89 y ss.

RODRIGUEZ BENOT, A.: “El ordenamiento aplicable al estatuto personal de los extranjeros en España: a propósito de la inmigración marroquí y el nuevo Código de Familia (Mudawwana) de 2004”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 250 y ss.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “Tráfico externo derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español” en AAVV, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, 2002, pp. 21-27.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “La unificación del derecho de familia en los procesos de integración regional: la experiencia europea”, en GONZALEZ MARTIN, N/ RODRIGUEZ BENOT, A (coord.), *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, México, ed. Porrúa, UNAM, 2007, pp. 93-121.

-C-

CALVO CARAVACA, A, L/CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997.

CALVO CARAVACA, A, L/CARRASCO GONZÁLEZ, J (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 11ª ed., Comares, Granada, 2010.

CALVO CARAVACA, A, L/CARRASCOSA GONZÁLEZ, J (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. 2, ed. 13ª, Comares, Granada, 2012.

CAMARERO SUÁREZ, V., *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

CAMPIGLIA, C.: “Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar”, *Caudernos de Derecho Transnacional CDT*, octubre 2012, Vol. 4, nº 2, pp. 123 y ss.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo”, CALVO CARAVACA, A, L/IRIARTE ÁNGEL, J, L (eds.): *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 39-63.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Familia, casos, reglas, argumentos*, Ed., Dilex, Madrid, 2006.

CARDAHI, CH.: « La conception et la pratique du DIP dans l’Islam », *RCADI* 1937, T ; II, pp. 518 y ss.

CARRILLO SALCEDO, J, A.: “Le renouveau du particularisme en droit international privé” *RdC*, 1978-II, vol. 160, pp. 247 y ss.

CARLIER, J, Y: «Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiation intervenus à l’étranger », *Rev. Trim. de droit familial*, 1991, pp. 90 y ss.

CARLIER, J, Y.: “La polygamie devant la Cour d’arbitrage”, *Journal de Juriste*, 25 mai 2005, pp. 1 y ss.

CARLIER, J, Y/VERWILGHEN, M., *Le statut personnel des musulmans. Droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992.

CAZIÑARES LASO, A (dir.), *Código civil comentado*, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

CERVILLA GARZÓN, M^a, D/ZURITA MARTÍN, I., *El Derecho de Familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, Ed. Difusión, Madrid, 2010.

COBANO DELGADO PALMA, V., *Repercusiones Socioeducativas de las Reformas del Código de Familia en Marruecos*. Foro de Educación, nº 10, 2008, Universidad de Sevilla.

COLOMA, R., *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Barcelona, Ed. Serlipost, 1990.

COLOMER, A., *Droit musulman, les personnes, la famille*, Ed. Laporte, Rabat, 1983.

CUKAR, A/, ZABALETA, I., *Islam, La religión de Alá*, Edimat Libros, Madrid, 2006.
Compendio de Derecho Civil, Derecho de Familia Tomo IV, Dykinson, Madrid, 2005

COULSON, N, J., *Historia del derecho islámico*, Bellaterra, Biblioteca del Islam Contemporáneo, Barcelona, 1998.

CHABAN, Z., *Usoul al-fiqh al islami*, Dar a-ta'lif, El Cairo, 1956.

CHAFIQ, A., *Ala'alaqat Addawliya Fi Ala'sr Alhadith*, Rabat, 1985.

CHAKIR CHALAL, S.: « Alwayize Fi l'elm Ala'alaqat Addawliya », *Muhadarat Ulqiat Fi Kuliyat Alhuquq Birrebat Fi Al'am Alyami'e*, Maktabat Attaleb, 1978-1979, pp. 45 y ss.

CHALABI, M, M., *Ahkam Alusra Fi Alislam*, Attaba'a 4, Addar Alyamie'ya, Beirut, 1983.

CHALTÛT, M., *Islam, dogme et législation*, Alburaq, Beirut, 1999.

CHARFI, M.: "L'influence de la religion dans le Droit International Privé dans les pays musulmans". *R.C.A.D.I.*, 1987, III, pp. 27 y ss.

CHARFI, M., *Charhe Mudawwanat Alusra*, Addarlbida, 2011.

CHAWQI, N.: "Alahkam Alqanuniya Alyadida Almuta'alliqa Bitanfid Alhukm Alaynabi Wifqa Qawai'id Mudawwanat Alusra", *Mayyalat Risalat Addifa'e Matba'at Alyusur Uxda*, n°5, 2004, pp. 128 y ss.

CHAWQI, N.: « Qira'a fi mistarat ibram u'qud azzaway tibqan liahkam almaddatayni 14 y 15 min mudawwanat alusra alyadida», achghal anadwa alyadida alwataniya almuna'aqida bikuliyat alhuquq, Uxda, 17 y 18 fabraye, 2005, *manchurat maymua'at albahth fi alqanun walusra, silsilat annadawat ala'dad alawwal*, pp. 238 y ss.

-D-

DARMICH, A.: "Qimat alhukm alajnabiye bilmaghreb fi daw'e atachria'e wa alitifaqiyate alqadai'a allati sadaqa a'alayha almaghreb", *Mayyalat Almuhamat*, núm. 20, 1982, pp. 48 y ss.

DE BLAERE, S.: "Introduction au droit marocain", *ADDE asbl SIPS Liège* 16 novembre, 2007, pp. 1-15.

DECROUX, P.: «La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et á la coopération judiciaire », *JDI*, 1985, pp. 54 y ss.

DECROUX, P.: "Le régime successoral en Droit International Privé Marocain", *RJPEM*, 1959, pp. 187 y ss.

DECROUX, P.: "Exequatur et exécution des décisions de justice au Maroc", *RMD*, 1956, pp. 56 y ss.

DECROUX, P., *Droit international privé. Tome I: Les sources du Droit. Tome II: Droit international privé*. Col. Manuels de Droit et d'économie du Maroc, éd. La Porte, Rabat, 1963 (ambos volúmenes).

DECROUX, P., *L'application des lois nationales au Maroc*, LGDJ,- Institut des Hautes études marocaines- Centre d'études juridiques tome XLIII, 1955.

DEL CAMPO, S.: "Matrimonios y tipos de familia" en Gavidia Sánchez. J. V, (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 181 y ss.

DE LAUBADÈRE, V, A.: "Le statut international du Maroc et l'arrêt de la Cour Internationale de Justice", *Revue Juridique et politique de l'Union Française*, 1952, Rabat, 12 de nov. 1952, pp. 76 y ss.

DEPREZ, J.: "La réforme de l'organisation judiciaire et la procédure au Maroc (*Dahirs* de 15 juillet et 26 septembre 1974) et le Droit international privé», *RJPEM*, 1977, vol. 3, pp. 45 y ss ; *id.*, «La réforme de l'organisation judiciaire et la procédure au Maroc (et le Droit international privé) (deuxième partie)», *RJPEM*, 1978, vol. 4, pp. 49 y ss.

DEPREZ, J., *Législation comparée droit international privé et conflits entre les status personnels historique, théorie générale des conflits de lois*, 1981.

DEPREZ, J.: "Bilan de vingt cinq années de Droit international privé au Maroc", *RJPEM*, 1981, vol. 10, pp. 125 y ss.

DEPREZ, J.: "La réforme de l'organisation judiciaire et la procédure au Maroc et le Droit international privé (première partie)», *RJPEM*, 1977, vol. 3, pp. 45 y ss.

DIAGO DIAGO, P.: "La *kafala* islámica en España", AAVV, *Derecho islámico e interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 121 y ss.

DÍEZ PICAZO, L/ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

-E-

EL AYAD, M.: "La jeunesse et l'islam tentative d'analyse d'un habitus religieux cultivé", *les jeunes et les valeurs religieux*, EDIFF/CODESRIA, 2003, pp. 75 y ss.

ELGEDDAWY, A, K.: « Relation entre systèmes confessionnel et laïque en DIP », *Lib Dalloz*, 1971, pp. 53 y ss.

EL GHISSASSI, H., *Regard sur le Maroc de Mohammed VI*. Ed. Michel Lafon, Neuilly-sur-Seine, France, 2006.

ERDOZAIN LÓPEZ, J, C/RODRÍGUEZ CANO, R, B (dir.), *Código civil*, Tecnos 2012.

ESPINAR VICENTE, J, M, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos 1996.

ESPINAR VICENTE, J, M., *Elementos de Derecho Internacional privado español, vol. I: Introducción a la Teoría General*, Madrid, Mawijo 1991.

ESTEBAN DE LA ROSA, G(dir.), *Código Marroquí de la familia*, Ed. Blanca, Jaén, 2009.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000.

ESTEBAN DE LA ROSA, G (dir.), *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004)*, Col. Materiales, Consejería de Empleo, Junta de Andalucía, 2010.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Inmigración y Derecho de extranjería (hacia la superación de la nacionalidad como vínculo político exclusivo de la persona con un concreto Estado)”, *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 6/2005, pp. 29 y ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., *Inmigración y Derecho internacional privado*, Ed. Difusión, Madrid, 2009.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “El nuevo Derecho internacional privado de la inmigración”, *REDI*, 2007-1; *Id.*, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Difusión, Madrid, 2009, pp. 103 y ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “La forma del matrimonio como requisito integrativo de su válida celebración y sus consecuencias con respecto al reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero. Los arts. 49 y 50 del Código civil”, *AAVV, Temas actuales de Derecho Civil*, Ed. Normas legales, Trujillo, Perú, 2007, pp. 769 y ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, G/GÓMEZ VALENZUELA, E.: “El Código de Familia de Marruecos (2004) y la religión islámica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2008, pp. 193 y ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, G/ OUHIDA, J/ OUALD ALI, K/ SAGHIR, T., *Nuevo Código de Familia marroquí, y su aplicación en España*. Ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

ESTEBAN DE LA ROSA, G/OUALD ALI, K/SAGHIR, T.: “El derecho de hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el Derecho español», *AAVV, La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Estudios del IAM, vol. 25, Sevilla, 2008, pp. 269 y ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, G/SAGHIR, T.: “Reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio (en el marco de las relaciones hispano-marroquíes)”, en *AAVV, Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Difusión Jurídica y Temas de actualidad, Madrid, 2009, pp. 513 y ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, G/ OUHIDA, J.: “Reconocimiento en España de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio” en, Sánchez Lorenzo. S (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 765 y ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, G/OUALD ALI, K.: “El Derecho de sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes” en, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S (ed.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Univ. De Santiago de Compostela, 2009, pp. 159 y ss.

-F-

FARCHADOU, M, B, A.: « Ichkaliat tatbiq mudawwanat alusra qism qada’e alusra birribat », en BELMAHJUBE. I, *Mustayyadat Mudawwanat Alusra wa Tatbiqatuha Al’amaliya*, Mulhaq Biaham Mabadí’e Qararat Almaylis Aa’ela , Annas Alkamel Limudawwanat Alusra, Dicember, 2010, pp.120 y ss.

FARISI, Y.: “Qira’at fi almaddat 128 min Mudawwanat Alusra”, en Mudawwanat Alusra bayna annasi wa al mumarasa, silsilat anadawat wa alayam addirasiya nº25, los días 27 y 28 de enero, Murrakuch, 2006, pp.243 y ss.

FATHAWI, A.: “Qira’a fi alkitab athani min mudawwanat alusra almuta’aliq binhilal mithaq azzawiyá wa atharuh”, en *Alayyam Addirassiya Hawla Mudawwanat Alusra*, 2004, pp. 137-148.

FERRARI, S., *El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, Cristianismo e Islam*, Herder, Barcelona, 2004.

FERNANDEZ ROZAS, J, C/ SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Civitas, 2011.

FELIX BALLESTA, Mª, A., *El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las confesiones religiosas minoritarias*, “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado”, XVI 2000.

FELLOUS, A., *Ahkam Alusra Lilyaliya Almaghrebiya Biespaña*, Risala Linayl Diplome Addirasat Alu’liya Fi Alqanun Aljass, 1995-1996.

FOBLETS, Mª-C/ LOUKILI, M.: “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille. Quelles implications pour les marocaines en Europe ?», *RCDIP*, 2006, pp. 521 y ss.

FOBLETS, Mª, C/CARLIER, J, Y., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

-G-

GANNAGE, P.: “La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales”, *RCADI*, 1979, pp. 195 y ss.

GARAU SOBRINO, F, F.: “La declaración de ejecutividad automática ¿hacia una nueva teoría general del exequátur?”, *AEDIP*, 2004. pp. 91-116.

GARAU SOBRINO, F, F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F, J., *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 2012.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F, J., *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial: cinco cuestiones clásicas*, Madrid, Tecnos, 1994.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999.

GAUTHIER, P, Y.: “La contrariété à l’ordre public de une décision étrangère, échec à sa reconnaissance ou son exequátur”, *in vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques, mélanges en l’honneur de Hélène Gadmet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 265 y ss.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J, V.: “Concepto constitucional de matrimonio, Código de familia marroquí y orden público internacional”, GAVIDIA SÁNCHEZ, J, V (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 191 y ss.

GHAMIJA, A., *Mawqif al maylis ala’ela min thunaiyati alqanuniyi wa alfiqhi fi masaili alahwali achajsiya*, Manchurat Yami’iat nachr almae’luma alqanuniya wa alqadaiya, Rabat, 2007.

GÓMEZ VALENZUELA, E/SAGHIR, T.: “Reconocimiento en Marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero”, *Actas del V Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2009, pp. 153 y ss.

GÓMEZ CAMARERO, C.: “Algunas cuestiones en torno a la reforma de la *Mudawwana*”, *Miscelánea de Estudios árabes y hebraicos. Sección Árabe-Islam*, vol. 45, 1996, pp. 49 y ss.

GONZÁLEZ CAMPOS, J, D.: “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, t. IV, pp. 5.239-5.270.

GRAULISH, P., *Principes de droit International privé*, Dalloz, Paris, 1961, nº1.

GUTZWILLER, M.: “Le développement historique du Droit international privé”, *RdC*, 1929-IV, tomo 29, pp. 291 y ss.

-H-

HADDAD, A., *Imraatuna Fi Asharia’a Walmuytama’e*, Dar Alma’arif Litteba’a Wannachre, Attaba’a 4º, Túnez.

HADDOUCH, A.: “Alfiqh Alislami Waniza’at Dat Alu’nsur Alaynabi”, *Rabitat Alqudat* nº 4, pp. 120 y ss.

HAMIDI, A.: “Taamulat fi ahami alichkaliat alqadaiya lida’awi annafaqa”. *Qadae Alusra, Manchurat yami’at nachre alma’aluma alqanuniya waalqadaiya*, nº 4, 5, febrayer 2009, pp. 57 y ss.

HATTABI, M.: “Les conventions judiciaires entre le Royaume du Maroc et les Etats maghrebins africains et européens”, *RMDC*, 1983, vol. 2, pp.95 y ss.

HATIMI, M.: “le privilège de juridiction sous le régime des capitulations au Maroc”, *RJPFM*, nº 5, 1979, pp. 97 y ss.

HAYYAN, I., *Crónica de los emires Alhakam I y Abdarrahan II entre los años 796 y 847* (traducción, notas e índices de ALI MAKKI, M y CORRIENTE, F), Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2001.

HUBSCH, A., *Los Profetas del Islam, mensajes y visiones sobre el futuro del mundo*, Ed. Tikal, Madrid, 1999.

-I-

IBN AHMAD AL HAKMI, H., *Mi’atay sou’al wa jawab fi al-3aqida al islamiyati*, Dar al-*i3tisam*, 1982.

IBN ABD AL WAHHAB, M., *L’unicité de Dieu*, Dar Alqalam, El Cairo, 1992.

IBN ATTAHAR ASSOUSI ATTANANI, A., *Mudawwanat Alusra Fi Itar Almadhab Almaliki Wa Addilatih*, *Alkitab Alawwal Azzaway*, Addar Albida’e, 2005.

IBN ATTAHAR ASSOUSI ATTANANI, A., *Mudawwanat Alusra Fi Itar Amadhab Almaliki Wa Addilatih*, *Alkitab Attani Attalaq*, Addar Albida’e, 2007.

IBN MOHEMMED ABU HANIFA, N., *Kitab al-ijtisar*, texto presentado por M. WAHID MERZA, institución francesa, Damas, 1457.

IRAQUI, H., *Tarij a-chari'a al-islamiyati*, Fedala, Casablanca, 1958.

ISSAD, M., *Droit international privé, I- les règles de conflits*, éditions publisud, Paris 1986.

ISMAIL, M., *Les causes de la Révélation Du saint Coran*, Beirut, 2005.

-J-

JAMBU MERLIN, R.: "Essai sur l'histoire des conflits de lois au Levant et en Afrique du nord" *R.C.D.I.P.*, 1958, pp. 1-35

JAMIL AHMED NASER, J., *Ahkam Alhwal Achajsiyya, Fi daww Acharia'a Alislamiya Alghara'e wa Alqawanin Alhaditha*, 1994, Ománe.

JAVIER SÁNCHEZ CALERO, F (coord)., *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de familia y Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

JAYME, E.: "Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne" *Recueil des cours*, 1995, pp. 178 y ss.

JAYME, E.: "Ordre public, droit de l'homme, et diversité de religion" en *VVAA Islamic Law and its reception by Courts in the west*, Congrés from 23 to 24 october 1998, in Osnabruck, Bonn, 1999, pp. 221-230, en especial *Identité culturelle et Droit de l'homme*, p. 224.

JIRARI, A.: « Alyaliya Almagrebiya Biljariye Waqadaya Alhala Almadaniya », *Almulhaq Alqadaie* nº.3, 1980, pp. 145 y ss.

JWIYED, A., *Mayyala li-dirasat a-sari'a al islamiyati*, kuliyyat al-huquq bi fes, Fes, 1995.

-K-

KAMAL FAHMI, M., *Osoul Alqanun Addawli Aljass*, Attaba'a Athaniya, Aliskandariya, 1980.

KATHIR, I., *Al-Bidayah wa A-Nihayah*, Dar al-Kutub al-Ilamiya, Ed., 1º, Beirut, 1985.

KHALID, H/NAJA, A.: « Ahkam Alahwal Achajsiya Fi Asharia'a Alislamiya » *Attaba'a Aloula*, Dar Alfikr, Beirut, Lubnan, pp. 356 y ss.

KHADDAR, A.: "Mayalat taddajul aniyyaba ala'amma fi qada'e alusra", en BELMAHJUBE, I, *Mustayyadat Mudawwanat Alusra wa Tatbiqatuha Al'amaliya*, Dicember, 2010, pp.147 y ss.

KHIHLI, K.: "Anidam Ala'am Almagribi wa Tanfid Alhkam Alaynabiya", *Mayyalt Alqasr*, nº6, september 2003, pp.72 y ss.

-L-

LAABI, M.: "Fikrat Annidam Al'aam Fi Alqanun Addawli Aljass" *Mayyalt Alqada'e Walqanun* nº 96, 1969, pp. 35 y ss.

LAAYAL, S.: "Zaway alqasirat raghma quyud Mudawwanat Alusra, tiflat yantaqlna mina alla'ib ila firach azzawiyi", *Alahdath Almaghribiya*, nº 3496, de 3 de septiembere de 2008, pp. 11 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J, L., *Elementos de Derecho civil*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2002.

LACRUZ BERDEJO, J, L/ DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, F/ LUNA SERRANO, A/ DELGADO ECHEVERRÍA, J/RIVERO HERNÁNDEZ, F/RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Dykinson, Madrid, 2005.

LAFROUJI, M., *Mudawwanat Alusra Walqawanin Almusahiba*, Taba'a Aloula, Rabat, 2009.

LAGARDE, P.: "La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs", *Revue critique de DIPr*, nº 2, 1997, pp. 217 y ss.

LAHLOU, N., *La condition de la loi étrangère en Droit international privé. Essai d'étude comparative du Droit international privé français et marocain*, Doct. d'Etat en droit privé, Paris II, 1981, cit en *Le droit international privé dans les pays Magrébins*, Vol. I, Janvier-Juin, 1995.

LAHSSAYNI, M/ALWARDI, M., *Alqanun Addawli Aljasse Lilmagreb Almustaqel*, Kuliyyat Alhuquq, Rabat, 1991-1992.

LAMIN, O.: "Qira'a fi alkitab atthani min mudawwanat alusra almuta'aliqa binhilal mithaq azawiyi waatharuh", *Alayyam Adirrasiya Hawla Mudawwanat Alusra*, Rabat, 2004, pp. 137 y ss.

LASARTE, C., *Principios de derecho civil*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

LASARTE, C., *Derecho de familia, Principios de Derecho civil VI*. Marcial Pons, Madrid, 2006.

LASARTE, C., *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI (Jornadas Internacionales)*, UNED-El Derecho, Madrid, 2006.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El sistema matrimonial español, matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Serv. Pub. Univ. Complutense de Madrid, 1995.

LLAVADAR RASCÓN, E., *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del matrimonio*, Madrid, 1982.

LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de droit musulman comparé*, vol. II, Paris/La Haye, 1965.

LOUKILI, M.: "Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las decisiones españolas relativas al estatuto personal y familiar" en, AAVV, *Inmigración e integración de los inmigrantes desde una perspectiva hispano-francesa en el contexto de las actuales políticas comunitarias sobre inmigración*, Comares, Granada, 2010, pp. 285 y ss.

LOUKILI, M., *Durus Fi Alqanun Addawli Aljasse*, Matbu'a A'la Araqina, Kuliyyat Alu'ulum Alqanuniya Waliqtisadiya Waliytima'iya, Rabat, 1991-1992.

LOUKILI, M/ ZIRARI DEVIF, M.: «Le nouveau Code Marocain de la Famille: Une réforme dans la continuité», *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 11, 2004-2005, pp. 209-218

-M-

MAALAMI, A.: "Afaq atta'wil litatwir ahkam alusra fi almagreb: alustad ahmad alkhamlihi namujdayan", en MOUAQIT, M., *Imkanat attawil min ayle taadil yawhari liqanun alusra*, Almayyala Almagharibiya Lilikitab, nº4, pp. 53-67.

MANDIROLA BRIEUX, P., *Introducción al Derecho musulmán*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

MANSORA, F., *Aliytilhad Alqada'ie Lilmaylis Ala'ela Fi Alqadaya Almuta'aliqa Bilqanun Addawli Aljass*, Kuliyyat Alu'lum Alqanuniya Waliqtisadiya, Rabat, 1989-1990.

MANUEL RODRÍGUEZ RAMOS, A.: "Identidad cultural y ciudadanía universal, La alianza de civilizaciones y la identidad como garantía de una globalización justa y solidaria", en

Alianza de civilizaciones, Alianza por la paz, Seminario Internacional celebrado en Córdoba 18 y 19 de junio de 2007, pp. 30 y ss.

MARTINEZ DE AGUIRRE, C, (dir.), *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Madrid CGPJ, Centro de documentación judicial D.L, 2008.

MARTI GILABERT, F., *El matrimonio civil en España. Desde la República hasta Franco*, Eunsa, Pamplona, 2000.

MARTOS QUESADA, J.: “Religión y Derecho en el Islam”, *Revista de Ciencia de las Religiones*, 2004, XI, pp. 69-88.

MAUREY, J: “Règles générales des conflits de lois”, *Rec cours La Haye*, nº167, 1936.

MAYER, P.: “Droit International privé”, Ed. 4^{ème}, 1991, pp. 2 y ss.

MEIJERS, E.: “L’histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du moyen age, spécialement dans l’Europe occidentale”, *RdC*, 1934-III, vol. 49, pp. 547 y ss.

MEKAWI, A., *Alwasit Fi Charhe Mudawwanat Alahwal Achajsiya, Alyus’e Alawal*, Attaba1º, 1971.

MENARD, A., *Traité de Droit international privé marocain*, 3 tomes, Librairie Dalloz-Sirey, París, 1931-1936.

MENOR TORIBIO, J.: “Implicaciones territoriales y demográficas de la inmigración: fuentes y análisis”, AAVV, *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Madrid, Difusión jurídica, 2009, pp. 23-103.

MERNISSI, S.: « Quelques Aspects de la codification du Statut Personal Marocain » *Le Statut Personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé*. Travaux de la Faculté de droit de l’Université Catholique de Louvain, 1992, pp. 112 y ss.

MERNISSI, S.: “El estatuto de la mujer en Marruecos”, AAVV, *El islam jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 112 y ss.

MESSAOUDI, L.: «Condition de la femme et les différentes formes de discrimination à son égard», *Colloque organisé par la Faculté de Droit de Fès en collaboration avec UNESCO*, du 12 au 14 mars, 1987, pp. 57 y ss.

MESSAOUDI, L., *Muhadarat Fi Alqanun Addawli Aljass*, 1990-1991.

MEZIOU, K.: “Le droit de la famille au Magreb”, *Études Maghrébines*, nº9, 1999, pp. 3-9.

MEZIOU, K/MEZGHANI, A.: « Les musulmans en Europe, l'application de la loi nationale au statut personnel: essai de clarification, en *Le Droit International Privé dans les pays Maghrébins, les conflits de lois: le statut personnel* ». *Cahiers des droits Maghrebins*, Vol. I, Janvier- Juin 1995, pp. 67 y ss.

MILLIOT, L/ BLANC, F, P., *Introduction á l'étude du Droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001.
MOHA, E., *Les relations hispano marocaines*, Ed. Eddif, 1994.

MOHAMMED, A., *Qanun Alachjass Aljassa A'abra Adduwal Aw Alqanun Addawli Aljass*, Fés, Kuliyyat Alu'ulum Aqanuniya Waliqtisadiya Waliytima'iya, 1983.

MOLINA MELIA, A., *La regulación del matrimonio, Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Salamanca, 1994.

MORICE, A/RODIER, C.: "Ces migrants indésirables et tellement indispensables", *Monde Diplomatique*, L'Atlas, 2013, pp. 24 y ss.

MORÈDE, M., *Une symbiose juridique au Maroc: la condition civil des étrangers*, Rabat, Imprimerie Officielle, 1955.

MORENO QUESADA, B/ BUSTOS VALDIVIA, C/ TRUJILLO CALZADO, M^a, I., *Derecho civil de la persona y de la familia*. Ed. Comares, 2006.

MOSTAFA MOHAMED, K., *Introducción al comentario de los capítulos del sagrado Corán*. Ed, La Casa del Libro Árabe, 1999.

MOTILLA, A/ LORENZO, P/ CIAURRIZ, M^a JOSÉ (coord)., *Derecho de Familia Islámico, Problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, 2002.

MOTILLA, A (coord)., *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, Universidad de Córdoba 2003.

MOTILLA DE LA CALLE, A.: "Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España": Problemas en la adaptación del derecho de familia al ordenamiento español, en AAVV *Globalización y derecho*, Madrid, 2003, pp. 381 y ss.

MOUAQIT, M.: "Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille", *Le code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, 2007, pp. 143 y ss.

MOULAY RCHID, A.: «Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel», *Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 143 y ss.

MOULAY RCHID, A., *L'exequatur des jugements étrangers en droit international privé marocain (du Protectorat à 1972)*, Faculté de Droit de Rabat, juin, 1975 (inérita).

MOULAY RCHID, A., *Les conflits de juridictions*. Cours polycopié, Faculté de Droit, Université Mohamed V, Rabat, 1989-1990.

MOULAY RCHID, A.: "Les grandes lignes du droit international privé marocain en matière de statut personnel" *Revue de droit et d'économie*, n°7, 1997, pp. 45 y ss.

MOULAY RCHID, A.: «Quelles solutions pour le statut personnel des émigrés marocains en Europe?», *Cahiers de droits maghrébins*, 1995, pp. 109 y ss.

MOUNIR, O., *Le nouveau droit de la famille au Maroc, Essai analytique le sort des mariages mixtes les marocains à l'étranger*, Ed., Cheminements, 2005.

MOUTAWALI CHA3RAOUI, M.: *Mi'at su'al wa jawab fi al fiqhi al islami*, Maktabat atourath al.islami, El Cairo, 1984.

MTIWI MACHKOURI, N., *Mabadi'e Alqanun Addawli Aljass*, Kuliyyat Alhuquq, Fés, 1997-1998.

-N-

NACER, M/MECHKOURI, M.: "La religion et les droits familiaux de la femme marocaine résidente à l'étranger", *Revue Marocaine de l'enfant et de la famille*, Albalabil, Vol. 2, abril 2011, pp. 80 y ss.

NAJI MAKAWI, R., « Almustayyadat fi ibram a'eqde azzaway », *Manbar Alyamia'a* n° 5, pp. 43 y ss.

NASR, SH., *La vida y el pensamiento islámicos*, Nueva York, 1978.

NIBOYET, F., *L'ordre public matrimonial*, Paris L.G.D.J, 2008.

-O-

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6ª ed., La Ley, Madrid, 2008.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil, comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2005.

ODRIOZOLA IGUAL, C., *La celebración del matrimonio en forma ordinaria en el sistema matrimonial español*, Serv. Pub. Univ. del País Vasco, 2000.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: « La adecuación del sistema matrimonial a las necesidades de la inmigración en el Estado español” en GARCÍA CASTAÑO, F, J/MURIEL LÓPEZ, C (ed.), *La inmigración en España. Contextos y alternativas*. Vol. II. Laboratorio de Estudios Interculturales, Univ. de Granada, 2002, pp. 323 y ss.

OLIVA MARTÍNEZ, J, D., *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Univ. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 240.

OUALD ALI, K.: «La inmigración de la mujer marroquí a España en relación con el nuevo Código de Familia de Marruecos (2004)” en, AAVV: *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Ed. Difusión, Madrid, 2009, pp. 477 y ss.

OUALD ALI, K.: “La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí”, J.V. Gavidia Sánchez (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 289 y ss.

OUHIDA, J.: « Almara’a almagrebiya almuhayira wa alhulul arrasmiya alhaliya alholandiya ». *Almayallat almagrebiya lilqanun wa assiyasa wa aliqtisad, Mayyalat Tusdiruha Kuliyat Alu’ulum Alqanuniya Aliqtisadiya wa Aliytimaiya Bi Rebat*, 1992, pp. 27 y ss.

OUHIDA, J.: “Del Código del Estatuto personal al Código de familia de 2004 (de la preservación y consagración de los valores tradicionales a la apertura y modernización del régimen jurídico de las relaciones de familia), G. Esteban de la Rosa (dir.), *La nueva Mudawwana marroquí entre tradición y modernidad (traducción anotada del Código de familia de Marruecos de 2004)*, Ed. Junta de Andalucía, Sevilla, 2010, pp. 19 y ss.

OUNNIR, A.: «Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille », *Le Code de la Famille, Perceptions et Pratique judiciaires*, 2007, pp. 102 y ss.

OUNNIR, A.: «La reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers au Maroc», *Estudios e Informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén (2005-2006)*, OPIJ, Comares, Granada, 2008, pp. 451 y ss.

OUNNIR, A.: “La reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers au Maroc”, I Congreso Internacional Hispano-Marroquí sobre “La inmigración extranjera en Jaén, problemas y soluciones en el horizonte del II Plan Andaluz”, celebrado en la Universidad de Jaén, los días 8 y 9 de mayo 2006, pp. 8 y ss.

OURDET, G., *L’effectivité en droit international privé*, (thèse), Nice, 1978.

OURKIA, A.: "Las fuentes del Derecho Malekí y su influencia sobre el Código de Familia de Marruecos", MENOR, J/ESTEBAN. G (coords.): *Estudios e Informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén 2009-2010*, Comares, 2012, pp. 353 y ss.

-P-

PALAO MORENO, G.: "La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de identidad cultural", *Actualidad Civil*, núm. 15(2001), pp. 541 y ss.

PANIZO ORALLO, S/GARCÍA CANTERO, G/GIRALT, N/TAMAYO HAYA, S., *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia* CEU Ed., Madrid 2009.

PAZ AGUERAS, J, M^a.: "El matrimonio en forma religiosa en los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones no católicas", *BIMJ*, núm. 1661 (1993), pp. 714-722.

POLO SABAU, J, R., *Matrimonio y constitución ante la reforma del derecho de familia*, Civitas, Madrid, 2006.

-Q-

QATRAN, H.: "Mayyalat Aalqanun Addawli Aljass Wa Huquq Alachjas", Ala'emal Alkamila Lilmultaqa Aladi Nadamahu Markaz Addirasat Alqanuniya Walqada'iya Yawm 12 mars 1999, Hawla Almayyalat Attunsiya Lilqanun Addawli Aljass, *Manchurat Markaz Addirasat Alqanuniya Walqada'iya*, 2000, pp. 76 y ss.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana) en Europe", *RDIPP*, 2004, núm. 33, pp. 880 y ss.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Ed. Fundación La Caixa, Barcelona, 2000.

QUTB, S., *Ataswir al-fanni fi al qur'an*, Dar al-ma3^crif, El Cairo, 1980.

QUTB, S., *fi thilali al qur'an*, Darachrruq, Beirut, 1977.

-R-

RAGEL SÁNCHEZ, L, F.: "La guarda y custodia de los hijos", *RDPC* núm. 15/2001, pp. 75 y ss.

RAHA'IM, S., *Mudawwanat Alusra Bayna Aliytilah Wannas*, Matba'at Annayah Alyadida, AddarAlbida, 2004.

RAMÍREZ GONZÁLEZ, M., *Cuando los padres se separan*, Madrid, Biblioteca Nueva 2003.

REUTER, P.: «Droit International Public », 5 ème éd., Collection Thémis, 1976, pp.236 y ss.

RIAD, F.: "Ta'addud Azawyat Bayna Addin Walqanun", en *Mudawwanat Alusra bayna annasi waalmumarasa, silsilat anadawat wa alayam addirasiya n°25*, los días 27 y 28 de enero, Murrakuch, 2006, pp. 17-38.

RIAD, F/SADEK, H: "Les conflits de lois en droit international Egyptien dans les matières de statut personnel", *Le statut personnel des musulmans, droit compare et droit international privé, travaux de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain*, Bruylant, Bruxelles 1992, pp. 39 y ss.

RICO CARABIAS, M.: "La libertad religiosa y la lianza de civilizaciones, El Proyecto Alianza de Civilizaciones: situación actual", en *Alianza de civilizaciones, Alianza por la paz*, Seminario Internacional celebrado en Córdoba los días 18 y 19 de junio de 2007, pp. 87 y ss.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: "El matrimonio religioso no canónico en Derecho español", *ADEE*, X (1994), pp. 369-425.

RODRIGUEZ BENOT, A.: "El ordenamiento aplicable al estatuto personal de los extranjeros en España: a propósito de la inmigración marroquí y el nuevo Código de Familia (Mudawwana) de 2004", en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 250 y ss.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: "Tráfico externo derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español" en AAVV *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid 2002, pp. 21-27.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: "La unificación del derecho de familia en los procesos de integración regional: la experiencia europea", en GONZALEZ MARTIN, N/RODRIGUEZ BENOT, A (coord.), *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, México, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México 2007, pp. 93-121.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: "El estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes", AAVV, *Derecho islámico e interculturalidad*, lustel, Madrid, 2011, pp. 89 y ss.

ROMERO COLOMA, A, M^a.: "Análisis y valoración de la reconciliación en la separación y el divorcio", *RDF* 2002/14, pp. 39 y ss.

ROUSILLON, A.: "Réformer la Moudawana: Statut et conditions de marocaines", *Maghreb-Machrek*, 2004, núm. 179, pp. 79 y ss.

RUANO ESPINA, L.: "Derecho e Islam en España", *Ius Canonicum (Revista de Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico)*, Universidad de Navarra, Vol. XLIII, núm 86, 2003 y ss.

RUEDA VALDIVIA, R.: "Las decisiones de divorcio y de separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos" en SÁNCHEZ LORENZO, S (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 715 y ss.

RUIZ ALMODÓVAR, C., *El Derecho privado en los países árabes, Código de Estatuto Personal*. Editorial Universidad de Granada 2005.

RUIZ VIEYTEZ, E, J., *Minorías, inmigración y democracia en Europa: una lectura multicultural de los derechos humanos*, Univ. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 345.

-S-

SAADI, S.: "Tatbiq Mudawwanat Alusra Yai'erifu Ta'athuran", en *Assabah*, nº 1861, el 1-2 de abril de 2006, pp. 7-8.

SADEQ, H, *Tanazu'e Alqawanin*, Attaba'a Athalitha, Manchaat Alma'arif 1974.

SAEF, A, (dir.): "Al'alaqat Almagrebiya Alispaniya", *Attaqir Alistratiyi Almagrebi*, 2003-2005, pp. 86 y ss.

SAGHIR, T.: "Regulación de la *kafala* en el Derecho marroquí", J.V. Gavidia Sánchez (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 315 y ss.

SAGHIR, T/OUALD ALI, K.: "Acercamiento a la adopción en los países del Magreb", AAVV, *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 84 y ss.

SALAMA, A., *Mabadi'e Alqanun Addawli Aljasse Alislami Almuqaran*, Dar Annahda Ala'arabiya, Alqahira, 1989.

SALAMA, A., *Almabsout Fi Charhe Nidam Alyinsiya*, Attab'a Aloula 1993.

SALAMA, A, A., *Alisti'eyal Fi Alqanun Addawli Aljass Min Qanun Almurfa'at Addajili Ila Almurafa'at Almadaniya Addawliya*, Dar Annahda Ala'arabiya, 1989.

SALIM, A.: «Alhimaya almaddiya littifle fi mudawwanat alusra», en ALFAKHORI, I, *Mudawwanat Alusra Ba'ada Thalath Sanawat Mina Attatbiq*, (Actas del Seminario internacional organizado por el Grupo de Investigación en Derecho y familia, 15 y 16 de marzo de 2007), Facultad de derecho Uxda, pp. 229-263.

SALVADOR CODERCH, P.: "De la inscripción del matrimonio en el Registro Civil", *Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia*, Madrid, Tecnos 1984, Vol. I, pp. 280-281.

SÁNCHEZ CALERO, F, J (coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de Familia y Sucesiones*. Tirant Lo Blanch, 2009.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: "La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia", *AAVV, La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, IAM, Sevilla, 2008, pp. 181 y ss.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: "Globalización, pluralidad cultura y Derecho internacional de la familia", *XXIII Congreso 13-17 septiembre 2004*. Secretaria general, Madrid, 2004. pp. 8 y ss.

SAREHANE, F., *Les conflits de lois relatives aux rapports entre époux en droit international privé marocain et tunisien*. Thèse de Doctorat d'Etat en Droit, Paris II, 1984.

SAREHANE, F.: « Alqanun Alwayib Attatbiq A'ala Alahwal Achajsiya Lilayanib Wa'adimi Alyinsiya Fi Alqanun Addawli Aljass Amaghribi », *Almayyalat Almaghribiya Lilqanun* n°1, 1986, pp. 63 yss.

SAREHANE, F.: «Le nouveau Code marocain de la Famille », *Gazette du Palais*, 2004-2, pp. 2 y ss.

SARHALI, A., *La convention maroco-français relative à l'état des personnes, de la famille et de la coopération judiciaire 10 aout*, Faculté de sciences juridique, Rabat, 1981.

SAVIGNY, F, C., *Sistema de Derecho romano actual*, Tomo 6, Libro III (Imperio de las reglas del Derecho sobre las relaciones jurídicas), trad. de J. de Messía y M. Poley, Madrid, 1875.

SCHACHT, J., *An intrdouction to islamic law*, Oxford, Clarendon Press, 1964.

SEFROUI, H., *La condition des étrangers au Maroc*, Dar Alkitab, 1973.

SEHIMI, M.: "La justice de bakchich", *Maroc-Hebdo International* n° 576, 17-23 octobre 2003, pp. 8 y ss.

SELOUANI, M., *Jususiyat almistara fi almadda alusariya: daw'e inhilal mithaq azaayiya*, almaktaba wa alwwaraqa alwataniya, Murakuch 2011.

SOUIMI, M., *D.I.P. et conflit entre les statuts personnels*, Kuliyyat Alhuquq Birribat, 1992-1993.

STAATH, C.: "Excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico", *Comunicación presentada en el V Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado*, Tendencias en la evolución del Derecho Internacional Privado, Madrid, 24 y 25 de marzo de 2011, pp. 378 y ss.

STEFANI, G., *Leçons en Droit International Privé*, Paris, 1974.

SHASHT, J., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Maisonneuve et Larose 1983.

-T-

TABARRA., *ʿumq a-sariʿa al islamiya*, Vol. 12, Dar al ʿilm lilmalayin, Beirut, 1974.

TAKMANT, M.: "Zaway Almaghariba Fi Aljariy wainhilalih A'ala Daw'e Alislah", *A'emat Nadwat Mustayyaddat Mudawwanat Alusra Almuna'qida Biyamia't Muhammed V Assiwisi*, november, 2003, pp. 66 y ss.

TAZI, M., *Histoire Diplomatique du Maroc*, Muhamadiya, 1990.

TAZI, M.: "Attabia'a alqanuniya Lilmuta'a min jilal Atta'eliq A'ala Qarar Almaylis Ala'ela", *Almayyala Almaghribiya Littifl Walusra Albalabil*, n°443, Fés, 2011, pp. 143 y ss.

TOUFIQ, A., *Qanun Almistara Almadaniya Ma'a Akhir Atta'edilat*, Dar Athaqafa, 2002.

TOZY, M.: «Monarchie et islam politique au Maroc», *Presses de Sciences Po*. 1999, Ed. 1^o, pp. 87-95.

TURKI, N.: "Ba'ed Alichkaliat Almurtabita Bimawdoa'e Attalaq Wattatliq Fi Alqanun Almagribi Wahululiha Al'amaliya", en BELMAHJUBE, I, *Mustayyaddat Mudawwanat Alusra Wa Tatbiqatuha Ala'amaliya*, Rabat, 2010, pp. 11 y ss.

TUTA, H.: "Attatliq Bisabab Achiqaq fi Mudawwanat Alusra", en *Mudawwanat Alusra bayna annasi wa almmumarsa, Silsilat anadawat wa alayam addirasiya n°25*, los días 27 y 28 de enero, Murrakuch, 2006, pp. 123 y ss.

-V-

VALLADAR RASCÓN, E., *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del matrimonio*, Madrid 1982.

VALLINDES, P, G.: “La structure de la règle de conflit”, *RdC*, 1960-III, vol. 101, pp. 333 y ss.

VÁZQUEZ DE CASTRO, L, M., *El concepto de matrimonio en el Código civil*, Civitas Madrid, 2008.

VERNET, J., *Introducción a El Corán, plaza y Janés*, Barcelona, 2000.

-Y-

YASSARI, N.: “Die Rechtsquellen des islamischen rechts; eine Einführung”, *ZfRV*, 1999/3, pp. 103 y ss.

-Z-

ZABALO ESCUDERO, E., “Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 18, 2008, pp. 45-81.

ZEIDGUY, R.: « Analyse de la jurisprudence », *Le code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, Janvier, 2007, pp. 264 y ss.

ZEIDGUY, R.: « Le juge et le divorce judiciaire par consentement mutuel », *Le code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, Janvier, 2007, pp. 250 y ss.

ZEKRI, H.: “El nuevo Código de Familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano-marroquíes”, *REDI*, 2004-1, Universidad de Granada, pp. 310 y ss.

ZLAYJI, M.: « Tanazu’e Addaf’e Bilihala Watharuhu A’la Alijtisas Alqada’i Fi Munaza’at Azzawaje Almujtalit », *Bahth Manchur Fi Almayyala Almaghribya Liddirasat Addawliya*, Kuliyyat Alhuquq Uxda, Octubre, 2003, pp. 131 y ss.

ZOUGARI, A., *Ahkam Alqanun Addawli Alkhas fi Tachri’e Almaghrebi, Aljuz’e Athani “Tanazu’e Alqawanin”*. Dar Tubqal linachre, Addar Albida, 1992.

ZOUGARI, A., *Ahkam Alqanun Addawli Aljasse Fi Attachri’e Almagrebi, I Alyinsiya*, Ed. Dar Tubqal Linnachre, Casablanca, 1996.

ZOUGARI, A.: "Alyinsiyya Almaghribiya Alasliya Almabniya A'la Rabitat Annasab Min Yihat Alum", *Almayyalat Almaghrebiya Liliqtisad waAlqanun*, Oujda, 2004, pp. 17 y ss.

ZOUGARI, A., *Azzaway Wattalaq Hasaba Assigha Alhaliya Limudawwanat Ausra*, Matba'at Dar Alqalam, Rabat, 2002.

REVISTAS

"Aproximación a las relaciones de la charia y el derecho positivo en el mundo árabe", AAVV, *El islam jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 67 y ss.

Almayyalat Addawliya Lilqanun Addawli Aljasse, R.I.D.I.P., 1981, pp. 27 y ss.

Almuntaqa Min A'amal Alqada'e Fi Tatbiq Mudawwanat Alusra, Alyuz'e Alawal, Manchurat Yam'iyat Nachr Alma'elumaAlqanuniya Walqadaiya, SilsilatAchuruhWadalail, nº 10, Fabrayar, 2009

"Al iytihad". De las investigaciones presentadas al Congreso del "Fiqh al islami", que ha organizado la Universidad del *Imám Mohammed Ben Saoud al Islamia*, 1976, dirección de la cultura y edición en la facultad, 1984.

Dalil A'amali Limudawwanat Alusra, Manchurat Yamiaat Nachr Alma'aluma Alqanuniya wa Alqadaiya. Silsilat Achuruh wa Adalail, nº 1, 2004.

Economiste, 28 de abril de 2006.

Guide pratique du Code de la famille, ADJJ, Ministerio de Justicia, Rabat, 2005.

"Le droit International Privé au Maroc entre la fidelité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale", *In Droit et environnement social au Maghreb*, Ed. CNRS/Fondation du Roi Abdulaziz Al Salud, 1989, pp. 281-330.

Matrimonio y Divorcio en las relaciones hispano-marroquíes, y compilación de legislación de Derecho Privado marroquí. Volumen II, Proyecto ADL 2005-2009.

Mayyalat Almadhab Almaleki, A'adad Jass Bifiqh Alusra, nº 6, 2008.

Mayyalat Almi'eyar nº 38, duyanbir, 2007.

Mayyalat Alqada'e Walqanunnúm. 135 y 136, 1986.

Qada'e Alusra Mayyala Mutajassisa, *Manchurat Jamiay'at Nachr Alma'eluma Alqanuniya wa alqadaiya* nº 4, 5, Fabrayar 2009.

Qada'e Alusra, Manchurat Yami'at Nachr Alma'eluma Alqanuniya Walqada'iya n° 1, youliouz 2005.

Revue de la Cour d'appel de Casablanca, n° 2, 2012, pp. 283-285.

Revista Icha'ae, n° 5, pp. 171 y ss.

Tel Quel, "Mudawwana: l'opinion de la rue", *juillet*, 2004, pp. 15 y ss.