

Ser juez en Marruecos y en España.

Derecho de familia en Marruecos y en España

El derecho de familia en Marruecos.
Saadia Belmir

Saadia Belmir

Magistrada, Consejera en el Gabinete del Ministro de Justicia, Rabat

En el derecho interno de los países árabo-musulmanes, la expresión "estatuto personal" se utiliza mucho más a menudo que en derecho internacional privado. Así, en estos países la noción de estatuto personal sirve, como señala el internacionalista Yves Carlier, como categoría de incorporación a la ley personal desde un punto de vista amplio. En este sentido, designa en el derecho interno la capacidad y el estado de las personas, englobando el estatuto familiar (que comprende, entre otras cosas, las sucesiones y los regímenes matrimoniales).

En los sistemas jurídicos europeos (Europa continental), en cambio, la noción de estatuto personal tiene un contenido más restringido, que podría situarse entre la noción de estatuto personal del *Common Law* y aquella admitida en derecho musulmán.

Se recogen la noción de estado y de capacidad de las personas para excluirlas del campo de aplicación material de las reglas de las convenciones europeas relativas al estatuto personal.

En el ordenamiento jurídico marroquí el estatuto personal está regido por diversas reglas que consagran:

- 1. Una regla de conflicto interna** en la materia teniendo en cuenta las categorías religiosas de la sociedad marroquí que recoge el Código de la nacionalidad (art. 3, apartados 1 y 2), el cual prevé:
 - a. Que a excepción de los marroquíes de confesión judía, que están sometidos al estatuto personal hebraico marroquí, el código de estatuto personal y sucesorio que rige para los marroquíes musulmanes se aplica a todos los nacionales.
 - b. Que, en todo caso, las siguientes prescripciones se aplican a los marroquíes no musulmanes ni judíos:
 - i. La poligamia les está prohibida.
 - ii. La reglas que regulan la lactancia no les son aplicables.
 - iii. Su divorcio sólo puede ser proclamado judicialmente después de una tentativa infructuosa de conciliación y una vez que se haya realizado una investigación sobre los motivos de la demanda de separación.
 - c. Que en caso de conflicto prevalece la ley del marido o del padre.

En el derecho interno de los países árabo-musulmanes, la expresión "estatuto personal" se utiliza mucho más a menudo que en derecho internacional privado

El estatuto personal que depende del sistema jurídico árabo-musulmán cubre las reglas de fondo y de forma relativas al matrimonio, a sus efectos personales, matrimoniales y pecuniarios, a la filiación, a la disolución del matrimonio (divorcio, defunción) y a las sucesiones

2. Una regla de conflicto internacional consagrada por el *Dahir* de 12 de agosto de 1913 relativo a la condición civil de los extranjeros en Marruecos (DCC), texto que introdujo por primera vez en el derecho interno marroquí la teoría del conflicto de leyes y el concepto de la personalidad de las leyes, conservado y extendido a la totalidad del territorio marroquí por la ley de 26 de enero de 1965.

Así, al mismo tiempo que consagra el principio de personalidad de las leyes en materia de estatuto personal, el Derecho Internacional Privado marroquí:

- I. Se construye de forma vacilante pero consolidada por el papel de la jurisprudencia.
- II. Es calificado como ambivalente a causa de su doble pertenencia a la comunidad internacional y a la comunidad musulmana (análisis del profesor Abderrazak Moulay R'chid).
- III. Se inscribe dentro de la lógica de un derecho positivo compuesto, en el cual coexisten el derecho musulmán, el consuetudinario local y la aportación occidental, construido a partir del conjunto de códigos y textos elaborados esencialmente durante la primera fase del protectorado.
- IV. Desde esta óptica, la dimensión de la noción de estatuto personal es más amplia que aquella que pueda tener en el sistema occidental. Cubre esencialmente el estatuto familiar de una persona con las dimensiones normativas que le atribuye el sistema jurídico al que pertenece. De este modo, el estatuto personal que depende del sistema jurídico árabo-musulmán cubre las reglas de fondo y de forma relativas al matrimonio, a sus efectos personales, matrimoniales y pecuniarios, a la filiación, a la disolución del matrimonio (divorcio, defunción) y a las sucesiones.

Cuando acudimos al *Dahir* relativo a la condición civil de los extranjeros, nos percatamos de que reserva una situación especial a la ley nacional de los extranjeros, especialmente en lo que se refiere a su estatuto personal. De este modo:

- a. El estado y la capacidad del extranjero están sometidos a su ley nacional (art. 3)
- b. El derecho a contraer matrimonio se rige por la ley nacional de cada uno de los futuros esposos (art. 8)
- c. Los extranjeros tienen derecho a solicitar el divorcio o la separación según las condiciones fijadas por su ley nacional (art. 9)
- d. La ley nacional de los esposos rige los efectos del divorcio.
- e. Desde el punto de vista procedimental:
 - i. Los extranjeros pueden casarse únicamente siguiendo las formas admitidas en su ley nacional (art. 11)
 - ii. Los efectos del matrimonio de esposos extranjeros se rigen por su ley nacional común, o por sus respectivas leyes nacionales, en caso de tener nacionalidades distintas. Sin embargo, en relación con las obligaciones de alimentos la jurisprudencia privilegia la ley del acreedor de los alimentos. Según establece el artículo 15 del DCC, la ley nacional del marido en el momento de celebrarse el matrimonio rige los efectos de éste sobre los bienes de los esposos. El cambio de nacionalidad de uno o de ambos esposos no tiene ningún efecto sobre el régimen matrimonial.

- f. La ley nacional también rige las relaciones entre padres e hijos relativas al estatuto personal, respecto a las relaciones que se inscriben obligatoriamente en el marco de la noción de familia legítima (la ley prohíbe la adopción pero reconoce la tutela o *kafala*¹ y el *tanzil*²).
- g. En materia sucesoria, el artículo 18 del DCC prevé que sea de aplicación la ley nacional del difunto en relación con la designación de los sucesores, el orden según el cual van a ser llamados, las partes que se les atribuyen, las relaciones, la cuota disponible y la reserva. Por lo que se refiere al testamento, también está ligado a la ley nacional del difunto.

En efecto, el DCC no se limita a consagrar un respeto absoluto e integral a la ley extranjera relativa al derecho de las personas, sino que incluso incluye aquellas materias que la ley extranjera no liga al estatuto personal.

Ésta es una de las particularidades de la condición de la ley extranjera en el DCC; la otra reside esencialmente en la actitud adoptada tanto por sus autores como por las jurisdicciones bajo el protectorado francés (en la zona sur del país).

Sin embargo, algunos juristas han visto en la promulgación del *Dahir* de 04/03/1960, relativo a las condiciones formales del matrimonio mixto entre marroquíes y extranjeros, una réplica a las disposiciones del DCC, estipulando, por ejemplo, que la celebración del matrimonio civil en suelo marroquí está autorizada siempre que haya sido previamente celebrado conforme a la forma *adoular*³ o rabínica, tal y como está previsto en la ley nacional local.

En la práctica, el *Dahir* de 04/03/1960 ha sido extendido al matrimonio celebrado entre dos extranjeros cuando uno de ellos sea de confesión musulmana.

Con todo, teniendo en cuenta la gran cantidad de nacionales marroquíes establecidos en occidente (Europa, América) y la situación en la que se encontraban a causa de la aplicación por las jurisdicciones de estos países de reglas incompatibles con aquellas que rigen su propio estatuto personal, Marruecos inició a partir de 1979 un proceso de negociación con ciertos estados de cara a adoptar convenciones que permitieran limitar en la medida de lo posible los conflictos en esta materia.

Asimismo, adhirió a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1994) y ratificó los convenios multinacionales acordados en el marco de las Naciones Unidas y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Es importante recalcar en este sentido que los primeros convenios bilaterales de cooperación judicial acordados poco después de la independencia evitaban tratar de forma directa esta cuestión, aunque sí se tenía en cuenta desde el punto de vista normativo en relación con el exequátur y con la determinación de la ley aplicable en dicha materia.

A partir de 1979, se firmaron varios convenios que tratan específicamente del estatuto personal, en particular con Bélgica, y acto seguido con Francia, España y otros países como Turquía, Egipto, Siria y los Emiratos Árabes Unidos.

Los efectos del matrimonio de esposos extranjeros se rigen por su ley nacional común, o por sus respectivas leyes nacionales, en caso de tener nacionalidades distintas. Sin embargo, en relación con las obligaciones de alimentos la jurisprudencia privilegia la ley del acreedor de los alimentos

El nuevo código de la familia introduce, por primera vez, una regla ya consagrada por las reglas del derecho internacional privado marroquí: el principio de la personalidad de las leyes

La nueva reforma del código de familia

- a) Las reglas relativas a esta materia fueron codificadas por vez primera en 1957, en un texto de derecho positivo llamado *Moudawana*.
- b) Situado en su contexto, esta operación reviste un gran valor jurídico dada la coyuntura y la gran capacidad de los *Oulemas* que lo elaboraron.
- c) En los años 70, la Comisión Real de la Codificación elaboró un primer proyecto de texto refundido de la *Moudawana*, compuesto por más de 300 artículos, que finalmente no vio la luz.
- d) En 1993, el difunto Rey Hassan II recibió una delegación de mujeres marroquíes que le presentaron sus demandas en relación con la reforma de la *Moudawana*. Situando estas demandas dentro de una perspectiva religiosa, Su Majestad el Rey designó una Comisión Real para que examinara los siete puntos que eran objeto de las súplicas, a saber:
 1. El papel del *wali* en la celebración del matrimonio;
 2. La representación legal de los niños;
 3. La regulación de la poligamia;
 4. El arbitraje y la conciliación;
 5. La custodia de los hijos;
 6. La pensión alimenticia.La Comisión Real sometió a la apreciación del difunto Rey Hassan II sus proposiciones relativas a los puntos incluidos en el *Dahir* de 10 de septiembre de 1993.
- e) En 1999, el departamento encargado de los asuntos sociales incluyó en un plan de integración al desarrollo de la mujer algunas proposiciones relativas a la reforma de la *Moudawana*. El clamor provocado por dicho plan hizo necesaria la intervención del Rey.
- f) El 5 de marzo de 2000, Su Majestad el Rey Mohammed VI recibió diversas organizaciones femeninas que acudieron a él para presentar toda una serie de propuestas en relación con la nueva reforma de la *Moudawana*.
- g) Su Majestad el Rey designó una Comisión Real para proceder a una refundición del código de la familia, teniendo en cuenta el referente religioso, la evolución de la sociedad marroquí y el papel de la mujer en dicha sociedad.

El nuevo texto entró en vigor el 5 de marzo de 2004, después de ser adoptado por el Parlamento y de ser homologado por Su Majestad el Rey.

Soluciones adoptadas en el nuevo código de la familia

El nuevo código de la familia se caracteriza por:

1. Introduce, por primera vez, una regla ya consagrada por las reglas del derecho internacional privado marroquí: el principio de la personalidad de las leyes, consagrado por el artículo 3 del código de la nacionalidad marroquí, del código de obligaciones y contratos, del DCC de 12 de agosto de 1913 y del artículo 1 del convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981 sobre el estado de las personas y de la familia.

2. Mantiene el sentido amplio de la noción de estatuto personal en relación con una noción más restrictiva de esta disciplina en el ordenamiento jurídico europeo, en el marco del cual algunas legislaciones excluyen los regímenes matrimoniales y los contratos.
3. Eleva hasta los 18 años la edad mínima para contraer matrimonio para ambos esposos.
4. Reconoce que ambos esposos deben compartir las responsabilidades del hogar conyugal y las obligaciones relativas a los hijos comunes.
5. Añade nuevas condiciones de forma y de fondo a la poligamia.
6. Extiende el derecho de la futura esposa mayor de edad a no tener que recurrir a un padre tutor (*wali*) para la celebración del matrimonio en caso de ausencia o alienación de éste.
7. Mantiene a cargo del marido solvente la obligación de mantener a su esposa e hijo y consagra el papel judicial en el procedimiento de la repudiación (*Ministère public*⁴, juez *tawtik*⁵)
8. Consolida el papel de la madre respecto a la representación legal de los hijos.
9. Añade a la posibilidad de solicitar el divorcio judicial por culpa, en los casos estrictamente fijados por la ley (facilitando la producción por parte del esposo demandante -la esposa- de las pruebas del maltrato o del perjuicio sufrido), los procedimientos de *chikak*⁶, y el divorcio por consentimiento mutuo.
10. Con relación a los regímenes matrimoniales, prevé, además del régimen legal de separación de bienes entre esposos, la posibilidad de concluir un contrato de comunidad limitada a los bienes gananciales.

Las nuevas disposiciones relativas al estatuto personal de los marroquíes residentes en el extranjero

- A. La primera disposición es aquella prevista por el artículo 2, que dispone que el código se aplique:
 - a. A todos los marroquíes, incluidos aquellos que también tengan otra nacionalidad (binacionales),
 - b. A los refugiados y a los apátridas,
 - c. A las relaciones entre dos personas marroquíes, una de las cuales sea musulmana.
- B. Una primera lectura muestra:
 - a. Que el elemento religioso no aparece en el primer apartado del artículo 2, en la medida en que, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 3 del código de la nacionalidad y del DCC, se trata en principio de marroquíes musulmanes.
 - b. De igual modo, la residencia o el nacimiento en el extranjero no aparecen en el texto, aunque se sobreentiendan.
 - c. El texto no refleja claramente los efectos jurídicos de la regla de conflicto interno, prevista en el artículo 3 del código de la nacionalidad.
- C. Así pues, según esta primera lectura:
 - a. A través de esta formulación del citado artículo 2, el legislador subraya la regla por la cual el estatuto personal del marroquí se

Si la característica principal del derecho internacional privado marroquí reside, en este ámbito, en la preferencia por el principio de personalidad de las leyes con el fin de favorecer la estabilidad del estatuto personal del extranjero, en Occidente en general, y en Europa en particular, prevalece la territorialidad de las leyes

rige por el código marroquí de familia; el hecho de que dicha persona tenga otra nacionalidad o que resida en el extranjero no puede ser tomado en consideración. Se privilegia aquí claramente el principio de la personalidad de las leyes frente al de la territorialidad de las leyes. Sin embargo, en la mayor parte de países que acogen a nuestros nacionales, entre los cuales se encuentra España, prevalece este último principio, en la medida en que supone, como ya hemos indicado más arriba, que toda persona presente en el territorio de un estado se someta a su legislación.

Personalidad de las leyes frente a la opción europea de la territorialidad de las leyes

Como ya hemos precisado antes, si la característica principal del derecho internacional privado marroquí reside, en este ámbito, en la preferencia por el principio de personalidad de las leyes con el fin de favorecer la estabilidad del estatuto personal del extranjero, en Occidente en general, y en Europa en particular, prevalece la territorialidad de las leyes.

De hecho, la personalidad de las leyes era utilizada durante la colonización como un factor de protección de los extranjeros que provenían del estado colonizador (impacto del derecho colonial). Los pueblos colonizados, entre los cuales se encontraba Marruecos, y que estaban excluidos de la nacionalidad del país colonizador, tuvieron la fortuna de poder mantener sus estatutos personales confesionales, de lo cual deriva el mantenimiento en los territorios colonizados de un dualismo jurídico, que evolucionó hacia una progresiva restricción del campo de intervención del derecho musulmán en provecho del derecho colonial.

Después de la independencia de las colonias, se acentuó el flujo migratorio hacia Europa, especialmente hacia España, Francia, Bélgica, Holanda, Italia, Gran Bretaña y Suiza.

En los territorios de los países de acogida prevalecía el dualismo del código civil del estado de acogida/estatuto personal del derecho personal de los países colonizados, que posteriormente dio lugar al dualismo código civil/ley extranjera.

Así, en España por ejemplo, las reglas del derecho internacional privado en vigor entrarán en colisión con las leyes locales sobre la entrada y residencia de los emigrantes, prerrogativa ligada a la soberanía del Estado, los decretos y las circulares, en la medida en que se trata de reglas cuyas estructuras, objetivos y autores son fundamentalmente diferentes.

Según Emmanuelle Andreg, la puesta en marcha de las leyes sobre la entrada y la residencia se impondrá a las reglas del derecho internacional privado. Una de las razones de esta situación reside en el hecho de que las reglas del derecho internacional privado tienen diversas fuentes pero no están codificadas, lo que convierte su conocimiento en una ardua tarea; por otro lado, éstas conducen de forma indiferente a la aplicación de una ley extranjera o de una ley del país de acogida del migrante. Su variación está ligada al factor de arraigo más apropiado en términos absolutos, mientras que la variación de las leyes de entrada y de residencia depende de imperativos económicos y políticos.

En otro plano, se ha constatado que a pesar de la similitud de los términos empleados tanto por las leyes europeas de entrada y de residencia como por su derecho internacional privado, *dichos términos encierran nociones muy diferentes*, como es el caso de la expresión “orden público”, cuya utilización en las leyes de entrada y residencia es de orden represivo (privar del acceso al territorio y del derecho de residencia al extranjero que constituye una amenaza para el orden público) mientras que en derecho internacional privado la excepción de orden público internacional persigue impedir la aplicación de una ley extranjera cuyas disposiciones sean incompatibles con los principios fundamentales del derecho del estado que acoge al extranjero.

A menudo, las afectadas son reglas de derecho de países musulmanes en relación, por ejemplo, con la prohibición de establecer la filiación no matrimonial a partir del padre, así como con la poligamia o con la repudiación.

En general y sobre la base del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los países de la Comunidad Europea tratan el derecho de los extranjeros a través del criterio de la igualdad total de los esposos tanto en el plano individual como en lo relativo al estatuto familiar. Se insiste en la preocupación (del legislador, del juez y del jurista en general) de que las reglas del derecho de familia de los países de origen mejoren a favor de la consolidación de los derechos de la mujer y que se refuerce el contenido de su capacidad jurídica en tanto que sujeto de derecho, capaz de obligar y de obligarse.

Pero la dicotomía existente entre las reglas de derecho internacional privado y las leyes locales europeas acerca de la entrada y la residencia de los extranjeros en su territorio dificulta la apreciación de cualquier avance en los códigos de familia árabo-musulmanes, como ha ocurrido con la *Moudawana*, en Marruecos.

De este modo, para evitar la aplicación de las leyes de los países de origen, especialmente los musulmanes, designadas por las reglas de derecho internacional privado relativas al estatuto personal de sus migrantes, las jurisdicciones de los países europeos invocan las desigualdades contenidas en los códigos de los países de origen que tratan del estado de las personas y de la familia, en particular aquellas referidas a la tutela matrimonial, visto el desequilibrio existente entre deberes y derechos recíprocos de los esposos, tanto en lo relativo a la celebración del contrato de matrimonio como durante la vida familiar y en el momento de su disolución, desequilibrio sintetizado en la obligación de obediencia de la mujer, que la privaría de sus derechos en tanto que sujeto de derecho.

Conclusión

La reforma del código de la familia en Marruecos ha sido sin duda considerada en el ámbito europeo, por ejemplo en España, como un gran avance dentro de su contexto, pero recibe, en función de las reglas de derecho internacional privado en vigor en esos países, una apreciación insuficiente para que pueda ser tomada en consideración por su ordena-

La dicotomía existente entre las reglas de derecho internacional privado y las leyes locales europeas acerca de la entrada y la residencia de los extranjeros en su territorio dificulta la apreciación de cualquier avance en los códigos de familia árabo-musulmanes, como ha ocurrido con la *Moudawana*

miento jurídico, precisamente a causa del mantenimiento, aunque con más condiciones, de la poligamia y la repudiación, consideradas en el marco de dicho ordenamiento como contrarias al principio de igualdad entre los esposos; una actitud y un rechazo que se ven confirmados por las leyes de entrada y residencia en estos países.

Con todo, en el marco más general de la condición de los extranjeros:

1. Las reglas de conflictos, de leyes, de jurisdicciones y de nacionalidad que generan las reglas de derecho internacional privado en vigor en estos países privilegian la territorialidad de las leyes, particularmente cuando se trata de leyes de países musulmanes.
2. Las garantías contenidas en las propias leyes nacionales del migrante relativas a su plena capacidad jurídica, especialmente en el código de la familia, son, a menudo, insuficientes.
3. Los países de la Comunidad Europea, así como los países de Oriente Medio que reciben inmigrantes, no han ratificado todavía la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias de 1990.

En resumen, se plantea la cuestión de cómo es recibida la reforma de nuestro código de la familia en relación con las reglas de derecho internacional privado en vigor en los países europeos, entre los cuales se encuentra España. Algunos de estos países, a través de la codificación de las reglas del derecho internacional privado en general y particularmente de aquellas relativas al estatuto personal, llegan incluso a prescribir la prohibición de aplicar la ley nacional del extranjero que prevea instituciones tales como el repudio o la poligamia, aunque no haya habido intervenciones legislativas al respecto.

La justicia en estos países (España, Francia, Italia y Países Bajos) rechaza a menudo dichas instituciones y sus efectos dando preferencia al Convenio Europeo de salvaguardia de los Derechos Humanos. Esta situación podría agravarse con la emergencia, indicada más arriba, del derecho internacional privado comunitario.

Notas

1. La *kafala* (similar a un acogimiento permanente) de un menor requiere una sentencia judicial de declaración de abandono de éste, es constituida y ejecutada por orden judicial y se acompaña de autorización judicial para que la persona que ha acogido al menor pueda, si es el caso, establecerse con él de manera permanente en el extranjero. *N. del T.*
2. El *tanzil* es una institución que permite remediar a la carencia de derechos sucesorios, asegurando un sucesor a la persona que no tiene descendencia. *N. del T.*
3. Ante el *Adoul*, que en el derecho marroquí es una especie de notario tradicional. *N. Del T.*
4. El *ministère public*, es el conjunto de magistrados que en una jurisdicción determinada están encargados de defender los intereses de la colectividad nacional que constituyen el orden público. *N. del T.*
5. Juez de familia. *N. del T.*
6. Divorcio por discordia. *N. del T.*