

LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO DE FAMILIA MARROQUÍ (LA MUDAWANA) QUE REGULAN EL DIVORCIO EN ESPAÑA: EL FILTRO CONSTITUCIONAL*

THE RULES' APPLICATION OF THE MOROCCAN FAMILY CODE (MUDAWANA) REGULATING ABOUT THE DIVORCE IN SPAIN: THE CONSTITUTIONAL FILTER

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

ORCID ID: 0000-0001-8221-9222

Recibido: 24.10.2017 / Aceptado: 10.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4119>

Resumen: En este trabajo se analiza las normas del Código de Familia de Marruecos que regulan la disolución del matrimonio y sus efectos, desde la óptica del orden público español. La finalidad es establecer su aplicabilidad por los Tribunales españoles para atender las demandas que en este sentido se formulan por los inmigrantes marroquíes que residen en nuestro país. Para ello se parte de un concepto estricto de orden público y del respeto a la multiculturalidad como factor de integración en las sociedades europeas. El estudio se completa con un examen crítico de las resoluciones judiciales dictadas en este sentido.

Palabras clave: repudio, divorcio, orden público, discriminación, dote, alimentos, pensión compensatoria.

Abstract: This paper analyzes the rules of the Moroccan Family Code that regulate the dissolution of marriage and its effects, from the point of view of Spanish public order. The purpose is to establish its applicability by the Spanish Courts to meet the demands made in this regard by the Moroccan immigrants residing in our country. This is based on a strict concept of public order and respect for multiculturalism as a factor of integration in European societies. The study is supplemented by a critical examination of the cases law issued in this sense.

Keywords: repudiation, divorce, public order, discrimination, dowry, alimony, spousal support.

Sumario: I. Introducción. II. La disolución del matrimonio en Marruecos y sus efectos. 1. Las distintas formas de romper un matrimonio en Marruecos. 2. Los efectos de la ruptura matrimonial. III. La aplicación de la Mudawana por los Tribunales españoles. 1. La eficacia en España de las resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales marroquíes en España. 2. El Código de familia marroquí como fundamento de resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales españoles. A) Criterios para fijar la ley aplicable. B) La prueba del Derecho marroquí. C) Las distintas modalidades de ruptura y el Derecho español. D) Las consecuencias de la ruptura y el Derecho español. IV. Reflexión final.

* Este trabajo se realiza dentro del proyecto de Investigación de Excelencia, Plan Nacional I+D del MINECO, referencia, DER2016-74971-P, titulado "Jurisprudencia y Doctrina: incidencia de la doctrina española en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral".

I. Introducción

1. La población de inmigrantes marroquíes residentes en España, a 1 de enero 2017, ascendió a 667.189 personas, ocupando Marruecos el segundo lugar, tras Rumanía, de la lista de países que más nacionales cruzan las fronteras para venir a vivir a nuestro país¹. Su ordenamiento jurídico, sobre todo en los que atañe a la regulación de las relaciones familiares, es muy diferente al nuestro y al de los países miembros de la Unión Europea. El hecho de que Marruecos sea un estado confesional², y que la *Sharia* se caracterice por contener auténticas normas jurídicas en materia de familia, son los culpables de que el Código de familia marroquí deba ser fiel a la tradición³, adecuándose en su articulado a las prescripciones de la religión islámica en esta materia.

2. La disparidad y, en muchos casos, contradicción entre ambas normativas dificulta que esta pueda aplicarse en España, bien de manera directa invocada por las partes como ley personal, bien al solicitarse el reconocimiento de efectos a sentencias sobre crisis matrimonial dictadas en Marruecos.

3. En el presente trabajo se reflexionará sobre los escollos que existen en nuestro Derecho para reconocer efectos a los preceptos del Código de familia marroquí dedicados a la ruptura del vínculo matrimonial y sus consecuencias, así como cuando es deseable (y posible) salvarlos; pues, a veces, negarles eficacia es más perjudicial que reconocerla. De ahí que invitemos al lector a desprenderse de su mirada de “occidental” y que procure ubicarse en una cultura bien diferente, para, desde ella, poder flexibilizar razonamientos y construir argumentos que faciliten la búsqueda de una solución satisfactoria y justa al conflicto. Ya que, como descubriremos, es posible que instituciones discriminatorias que, de entrada, nos resulten rechazables, ofrezcan respuestas equitativas, que, de ignorarse, situaría a una de las partes en una situación vulnerable.

4. En verdad esta no es la primera vez que estudio el Derecho de familia marroquí, pero sí es la primera en la que profundizo sobre los obstáculos que existen (o pudieran existir) en su aplicación a los inmigrantes residentes en España. Para ello partiré de los trabajos previos, actualizados con la doctrina más moderna, para recabar en un análisis jurisprudencial crítico sobre la aplicación (o no aplicación) de la *Mudawana* por nuestros Tribunales.

II. La disolución del matrimonio en Marruecos y sus efectos⁴

5. Ante la imposibilidad por parte del legislador (pues sus postulados deben sustentarse y no contradecir la *sharia*) de llevar a cabo una regulación moderna y lógica de los procedimientos en los que se sustancian las crisis matrimoniales, la *Mudawana* contiene una prolija y farragosa regulación de los diferentes tipos de ruptura, algunos con consecuencias jurídicas propias. El resultado puede ser calificado, a nuestro juicio, como caótico, amén de dificultar la comprensión de las instituciones y sus efectos. Hemos de partir, pues, de que lo más importante no es la institución en sí misma considerada, sino los efectos que el Derecho de familia marroquí le reconoce, así como los controles a los que estos

¹ Los datos se han tomado del Instituto Nacional de Estadísticas, datos provisionales publicados el 30 junio 2017 y pueden consultarse en http://www.ine.es/prensa/cp_2017_p.pdf.

² Artículo 6 de la Constitución de Marruecos: “El Islam es la religión del Estado que garantiza a todos, el libre ejercicio de los cultos.” Sobre la influencia del factor religioso en las Constituciones de los países del Magreb vid. T. LE ROY, “Le constitutionnalisme: quelle réalité dans les pays du Maghreb”, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/3, nº 79, pp. 543-556.

³ P. MARTÍN DE HIJAS Y MUÑOZ, *Lo permanente en el Derecho musulmán y las tendencias modernas en el Islam*, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1968, p. 6.

⁴ La redacción de este epígrafe se ha realizado partiendo de la exposición y conclusiones contenidas en mi obra en coautoría con la profesora ZURITA MARTÍN titulada *El Derecho de Familia marroquí: la Mudawana 2004 desde el Derecho español*, Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2010, pp. 57 a 75 y 101 a 113; a ellas me remito a mayor abundamiento sobre el tema, así como a las citas bibliográficas que, por razones de espacio, no he incluido en este trabajo.

procedimientos quedan sometidos, pues ello marcará su operatividad en la práctica. Y, sobre todo, su viabilidad o su modernidad.

6. Procederemos, en primer lugar, a describir, con orden y rigor (y no sin dificultad) las distintas formas de disolución reguladas en la *Mudawana* para, posteriormente, relacionar los efectos que de dichos tipos de ruptura se generan. Ya adelanto que los efectos no son iguales para todo divorcio, sino que, por el contrario, el tipo de ruptura determinara su eficacia.

1. Las distintas formas de romper un matrimonio en Marruecos

7. El Derecho marroquí, al igual que el Derecho español, conoce la categoría del matrimonio nulo. En este sentido, se califica como nulo al matrimonio que no despliega efecto jurídico alguno, y, como tal, puede apreciarse de oficio por el juez o a petición de interesado en cualquier momento, pues la acción de nulidad matrimonial es imprescriptible (art. 58 CF). Los motivos de nulidad se refieren a la falta de elementos esenciales del contrato matrimonial, bien en el momento de celebración (no coincidencia entre oferta y aceptación), o bien por inexistencia de consentimiento o incapacidad para prestarlo, en este último caso, por concurrir algún impedimento (art. 57 CF)⁵.

8. Junto al matrimonio nulo, el matrimonio también puede ser anulable (una institución que, si bien es conocida en nuestro Derecho en el ámbito contractual, no así aplicada a la institución del matrimonio). Y lo es cuando produce sus efectos desde su celebración y antes de que tenga lugar el pronunciamiento judicial, siempre que no haya sido subsanado. Las causas de anulabilidad contempladas en la ley marroquí son: la enfermedad mortal o terminal de uno de los cónyuges (suponemos que existente al contraer matrimonio y no conocida por el otro cónyuge), a no ser que se recupere; el uso fraudulento del matrimonio para evitar la aplicación de la norma que impide el matrimonio después de tres repudios consecutivos; la no concurrencia de tutor matrimonial, si éste fuera obligatorio; la falta de los requisitos legales de la dote y la celebración del matrimonio bajo coacción o engaño.

9. Pero es el repudio la forma más genuina del Derecho islámico de dar por finalizado el vínculo matrimonial. Como no podía ser de otra forma y fiel a la tradición islámica⁶ conserva la *Mudawana* la institución del repudio regulándola en el art. 78 CF, como un derecho del esposo (*talaq*) que ejercita sin necesidad de la concurrencia de causa o requisito alguno: basta su mera declaración de voluntad. Sin embargo, incluye el control judicial del mismo, lo que supone un importante avance en orden a la garantía de los derechos de la esposa. Ello supone que la validez del repudio se encuentra condicionada a la existencia de autorización judicial previa, amén de someterse a un control judicial durante su ejercicio cuya finalidad es garantizar los derechos económicos de la esposa repudiada⁷. A tal fin, desde que se inicia el procedimiento, se exige al actor que adjunte “las pruebas que determinen la situación material del marido y sus obligaciones económicas” estando legitimado el Tribunal para solicitar otros documentos probatorios o justificativos si estos no fueran suficientes⁸. Una vez sustanciado el mismo, y no habiendo alcanzado la reconciliación, para que el repudio prospere el marido tiene que depositar judicialmente, en el plazo de treinta días, el importe que fije el Tribunal en concepto de los derechos económicos debidos a su esposa e hijos. Satisfechos éstos, el juez autoriza el divorcio, incluyendo en el acta “la cuantía de los derechos previstos en los artículos 84 y 85 CF y la remuneración de la custodia después del período legal de espera” (art. 88.6 CF)”.

⁵ No es motivo de nulidad, sin embargo, la no observancia de las formalidades del matrimonio. La exigencia del art. 13.4 CF de los dos adules que deben estar presentes en el momento de la emisión de la oferta y aceptación de la misma por los futuros esposos lo es sólo a los efectos probatorios y no como requisito de eficacia constitutiva del contrato matrimonial.

⁶ El repudio es, en el Corán, un derecho del varón. Son muy numerosas las referencias en este sentido; así, Sura 2, 226-242; Sura 58, 2-4; Sura 65, 1-4.

⁷ La autorización judicial previa no es, en sí misma, una novedad, pues ya estaba presente en el texto derogado. No así la extensión del control judicial a la garantía de los derechos económicos de la mujer actuando como condicionante del divorcio que es una novedad de la reforma del Código.

⁸ *Guide pratique du code de la famille* editada por el Ministerio de Justicia de Marruecos http://www.tv5monde.com/cms/userdata/c_bloc_file/0/183/183_fichier_Guide_pratique_du_code_de_la_famille.pdf

10. De una primera lectura de los arts. 78 y ss CF parece desprenderse que el repudio es un derecho que pueden ejercitar, indistintamente, el marido y la esposa⁹. En dichos preceptos se hacen declaraciones como “los cónyuges podrán recurrir al divorcio...” (art. 78 CF), “Toda persona que desee divorciarse ...” (art. 79 CF), que pudieran llamarnos a engaño. El legislador de la reforma “nos disfraza” la norma, presentándola a los destinatarios con una apariencia de igualdad. Y así sería si no fuera porque el art. 89 CF¹⁰ se inicia de la siguiente forma “En caso de que el esposo haya cedido a la esposa la facultad de disolución del matrimonio...”; y continúa más adelante: “El Tribunal garantizará que se cumplan las condiciones del acuerdo en virtud del cual le cedió la facultad de disolución del matrimonio...”; y finaliza: “El esposo no podrá revocar la facultad de disolución del matrimonio que cedió a su esposa”.

11. Podemos concluir, pues, que el repudio de la mujer al marido (*tamlík*) sólo es viable si el esposo le ha concedido tal derecho en el contrato matrimonial y tal posibilidad tampoco es una novedad de la reforma, ya que, explícitamente, se contenidas en el texto derogado.

12. Otra modalidad de ruptura a iniciativa de la esposa es el llamado repudio retribuido *jol' o khul* presente en el libro sagrado¹¹. Así como el repudio del marido es un derecho que puede ejercitar sin necesidad de causa o motivo; en cambio, la esposa sólo puede repudiar si el marido consiente a ello, concediéndole tal derecho en el contrato matrimonial. La concesión del derecho puede ser absoluta (como la de su esposo) o sometida al cumplimiento de determinados requisitos. En el repudio retribuido el consentimiento del marido es requisito indispensable y se presta si la esposa le indemniza por ello. Dicha indemnización puede consistir en la devolución de la dote, la renuncia a cobrar la parte de la dote debida, la renuncia a derechos económicos que pudieran corresponderle o el abono de una cantidad mayor o menor del importe de la dote. El divorcio retribuido, pues, no es más que una modalidad de repudio del marido por la mujer, previo pago por esta de una indemnización¹².

13. Frente a los tipos de repudio anteriormente expuestos, también conoce la *Mudawana* el divorcio judicial que, aunque abierto a ambos cónyuges, en verdad es la fórmula que permite a las mujeres solicitar la ruptura del vínculo (puesto que el varón tiene siempre asegurada la disolución ejercitando el repudio). Sin embargo, las diferencias son notables, sobre todo al precisar este tipo de divorcio la acreditación de causas o motivos que lo viabilicen y que no siempre son fáciles de probar.

14. En última instancia, el hecho de optar por una u otra forma de canalizar la ruptura acaba siendo una cuestión meramente económica. El hombre que tiene recursos, no se verá frenado por el montante de las indemnizaciones a abonar a su esposa para que progrese la acción de repudio; la mujer con un *status* elevado, tiene mayor poder de negociación en el contrato matrimonial y puede imponer condiciones en el contrato que le permitan ejercitar el *tamlík* (previamente cedido por su esposo) o el *khul*, abonando una fuerte compensación a su ex marido. Así argumentado, el divorcio judicial quedaría como la única forma de canalizar la crisis para las mujeres que no poseen un patrimonio suficiente para liberarse del vínculo de otra manera menos desagradable, como es el repudio.

15. El divorcio judicial presenta, a su vez, distintas modalidades o subtipos. El primero de estos subtipos es el divorcio por motivo de discordia (*siqaq*) que es una novedad de la reforma y uno de los

⁹ Algunos autores, incluso, han afirmado que el repudio es una prerrogativa de ambos sexos. Así, C. CARRILLO LERMA, “Divorcio en España entre cónyuges marroquíes: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 diciembre 2014, en Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2015), vol. 7º, Nº 2, pp. 413-419, la cita es a la p. 415.

¹⁰ Nos valemus de la traducción del art. 89 de la obra *Nuevo Código de familia marroquí y su aplicación en España*, obra colectiva coordinada por G. ESTEBAN DE LA ROSA, Edit. Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 65.

¹¹ Sura 2,229.

¹² La reforma añade la posibilidad de que se disuelva el matrimonio, aun cuando no exista acuerdo sobre el importe de la indemnización, bastando con que el marido hubiera consentido en admitir esta modalidad de divorcio. En este caso, dispone el art. 120.1 CF, que el Tribunal, tras los pertinentes intentos de reconciliación, propios de todo procedimiento de disolución matrimonial en Derecho islámico, fijará el importe de la indemnización teniendo en cuenta para ello: el importe de la dote, duración del matrimonio, causas del divorcio, situación económica de la mujer.

instrumentos de los que hace uso el legislador para modernizar la legislación marroquí, abriendo nuevas vías para que la esposa pueda quedar liberada del vínculo.

16. El divorcio por *siqaq* quiere decir el divorcio por “desavenencia”; desavenencia o discordia entre los esposos que genera serios problemas en la convivencia. El concepto de “desavenencias” debe ser fijado por el Tribunal que deberá de calibrar si los motivos o causas alegadas son suficientes para romper el vínculo matrimonial¹³. De acuerdo con el espíritu conservador de la institución matrimonial, se realizarán los pertinentes intentos de reconciliación con la intervención de dos árbitros que serán los encargados de informar sobre la gravedad de la discordia. Que esta fórmula sea capaz de dotar de un papel mayor a la mujer en ese juego de voluntades (donde el varón obtiene un papel preponderante al disponer, como derecho, al repudio) depende de la interpretación que de estos preceptos (art. 94 a 97 CF) lleven a cabo los tribunales. Pues, podría encubrir un repudio de la mujer si el concepto “desavenencia” se interpretara de forma muy amplia y se identificara con la falta de *affectio maritalis*¹⁴

17. Así como el divorcio judicial por discordia puede iniciarlo cualquiera de los cónyuges, la segunda de las modalidades se encuentra reservada a la esposa: es el llamado divorcio judicial a instancia de la esposa. Para que prospere la solicitud de ruptura del vínculo matrimonial, la mujer debe probar en el proceso la existencia de una causa que justifica su voluntad de dar por finalizada la unión conyugal¹⁵. A la lista de las reconocidas en el texto al que sustituye la *Mudawana* (incumplimiento de la obligación de alimentos, vicio redhibitorio, ausencia del marido, juramento de incontinencia o abandono), se añade el incumplimiento de lo estipulado en el contrato matrimonial y el perjuicio, y se lleva a cabo una nueva redacción a las ya tradicionales (desaparece, también, la sevicia que es sustituida por el perjuicio). Es de destacar que cuando la causa alegada por la esposa permite una “rectificación” por parte del marido, accediendo a cumplir las obligaciones cuyo incumplimiento se le imputa (concediéndole, incluso, en algunos casos un plazo para ello¹⁶), se paralizará la acción de divorcio pues ya no existe motivo para ello. En cuyo caso solo le queda a la esposa iniciar un procedimiento de divorcio por discordia.

18. Finalmente, junto con el divorcio por discordia, es el divorcio por mutuo acuerdo la segunda novedad de la reforma de 2004¹⁷. De forma muy semejante a la prevista en las legislaciones occidentales (en las que, sin duda, se inspira, pues esta modalidad carece de tradición en el Derecho islámico), se accede al divorcio por la mera voluntad de los esposos, debiendo acompañar un acuerdo a la solicitud de éste¹⁸.

¹³ En la práctica, el divorcio por se convierte, también, en un “cajón de sastre” donde se puede acudir siempre que no quede acreditado el motivo alegado, o se incumpla alguno de los requisitos necesarios para que prospere cualquiera de las otras fórmulas para acceder a la ruptura del vínculo. Por ejemplo, en caso de divorcio revocable, si el marido ejercita su derecho de revocación, la esposa puede entablar el divorcio por cuando no consigue acreditar el incumplimiento contractual o el perjuicio o cuando la mujer persiste en disolver su matrimonio, previo pago de una compensación, y no llega a un acuerdo con su marido al respecto.

¹⁴ Así lo apunta M.C. FOBLETS Y M. LOUKILIV “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 2006, vol. 95, n° 3, pp. 521 a 555, concretamente la cita es a la p. 524

¹⁵ Sólo la mujer necesita probar una causa para poder romper el contrato matrimonial, a no ser que el marido haya manifestado su consentimiento anterior o coetáneo. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Edit. Fundación La Caixa, Madrid, 2002, p. 70.

¹⁶ Por ejemplo, el art.116 CF cuando la causa es el juramento de incontinencia y abandono le concede al marido un plazo de cuatro meses para rectificar su comportamiento.

¹⁷ Le merece un juicio favorable la introducción de estas modalidades de ruptura desde el punto de vista de la igualdad entre los sexos a J. OUHIDA, “Le Code de la Famille: quel changement pour la situation juridique de la femme marocaine residente en Europe”, en *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, (2016), pp. 316-327, la cita es a la p. 325.

¹⁸ Fiel a la libertad característica en el contrato matrimonial, el texto marroquí no dice nada sobre el contenido del acuerdo, aunque admite que en éste se incluyan “condiciones”, siempre y cuando no perjudiquen el interés de los hijos. Pero nada impide que dichas condiciones sean gravosas y excesivas para la mujer, que puede verse abocada a aceptarlas si quiere poner fin a su relación conyugal.

2. Los efectos de la ruptura matrimonial

19. Es de observar que la *Mudawana* carece de un régimen jurídico general de las consecuencias de la ruptura. Se contiene en la norma un conjunto de efectos variados, dispersos, propios del tratamiento asistemático de la ruptura del vínculo matrimonial descrito en el epígrafe precedente. Dichos efectos se despliegan sólo para la mujer y los hijos; nunca para el marido (con alguna excepción como el divorcio por discordia, *siqaq*, si concurre culpa de la esposa) y no son iguales para todas las variedades de divorcio. Además, el momento temporal de la crisis al que aludamos mediatizará las consecuencias económicas, por lo que debemos distinguir entre aquellas que tienen lugar antes de la ruptura (a modo de medidas provisionales) y durante el período de espera, de las ya definitivas.

20. Las medidas provisionales que el Tribunal puede adoptar, bien de oficio o a instancia de parte, en el marco del art. 121 CF y mientras se sustancia el procedimiento son: la designación de la vivienda donde deberá residir la mujer y el establecimiento de una cuantía económica en concepto de alimentos para los hijos y la esposa. Sin embargo, dichas medidas solo proceden cuando el procedimiento de crisis fuera el divorcio judicial y la convivencia de los esposos resultara imposible. Los beneficiarios son la mujer¹⁹ y los hijos menores.

21. El Código de Familia mantiene la arcaica institución conocida como *idda* o periodo de espera²⁰ (arts. 129 a 137 CF): periodo de tiempo posterior al divorcio o a la viudedad en el que la mujer no puede contraer matrimonio, por lo que se considera que debe estar atendida económicamente por el marido. En consecuencia, la mujer, solo durante este corto periodo de tiempo, es titular de un derecho de alimentos, si el divorcio fuera revocable o siendo irrevocable estuviera embarazada, y un derecho de alojamiento, en todo caso. Si el divorcio no fuera revocable, y le fuera concedida la custodia de sus hijos menores, tendría derecho, también, a la remuneración de la custodia, y si alguno de los hijos comunes fuera lactante debería percibir el salario de lactancia.

22. Ya en el ámbito de las medidas definitivas comunes a cualquier tipo de divorcio, podemos distinguir tres: el salario de lactancia, la pensión alimenticia a los hijos y la remuneración de la custodia (*hadana*).

23. El salario de lactancia es la cantidad económica a la que tiene derecho la madre lactante divorciada mientras cumpla esta función. Se justifica en la tradición islámica²¹, y alude a ella el art. 201 CF. El concepto de “lactante” se refiere a la madre (u otra persona) que alimenta naturalmente al hijo, ya que, en caso de lactancia artificial, los gastos de ésta, lo cubriría la pensión alimenticia a la que el hijo tiene derecho. Las beneficiarias son las personas que alimentan naturalmente al hijo y sólo mientras dure tal situación.

24. El derecho de los hijos a ser alimentados se transforma en pensión cuando los hijos no viven con sus padres porque estos se encuentren divorciados. La pensión alimenticia de los hijos se convierte, pues, en una consecuencia económica de la ruptura, de la que debe responder, en primer lugar, el padre, a no ser que los hijos quedaran bajo su custodia en cuyo caso, la citada pensión alimenticia no incluiría los gastos generados por su alojamiento.

25. En el Derecho marroquí no existe un derecho de uso de la vivienda familiar, por lo que, roto el matrimonio, los hijos deben ser alojados conjuntamente con el adulto que asume su custodia. Nace, entonces, la obligación del padre de garantizarle, no sólo la pensión alimenticia, sino también un alojamiento digno. Aunque este no tiene por qué identificarse con el inmueble que, hasta entonces, fuera la vivienda familiar, es cierto que existe un derecho preferente al uso de ésta a los menores, mientras el padre no les haya proporcionado otra (art. 168 CF).

¹⁹ M FLOBETS, / J.Y. CARLIER, *Le code marocain de famille*. Bruxelles, 2005, p. 70.

²⁰ Suras, 65, 1; 65, 2; 65, 4; 33, 49.

²¹ Sura 65, 6.

26. Según el art. 168 CF es el padre el responsable de la obligación de alimentar y alojar a los hijos; sin embargo, una interpretación de este precepto con el art. 167 CF y con los dedicados a la regulación del derecho de alimentos, nos invitan a deducir que, si el padre careciera de medios para ello, respondería el patrimonio de la madre, de forma subsidiaria.

27. La persona que se encarga del cuidado de los menores (la madre, padre, abuela materna y otros parientes, en este orden), tiene derecho a percibir una cantidad económica cuya finalidad es compensarle por el desempeño del cuidado y atención de los menores a su cargo con independencia del tipo de ruptura. El obligado a pagarla es “la persona que deba ocuparse del sustento económico del hijo”, es decir, el padre. Ahora bien, en caso de que fuera asumida por persona distinta de la madre, y el padre careciera de patrimonio debería, pues, retribuirla la madre en la cuantía en la que el padre carece de medios para ello. Al ser la madre preferente al padre es implanteable el supuesto de padre que ejercita la *hadana*, sin medios económicos, y madre que abona al padre la pensión remuneratoria de la custodia.

28. Hasta aquí las consecuencias económicas que tienen lugar cualquiera que sea el tipo de cauce por el que ha tenido lugar la ruptura del vínculo. A ellas hay que añadir las que proceden según el tipo de ruptura ya que, como hemos adelantado en párrafos precedentes, en el Código de Familia no hay una sistematización de las consecuencias económicas, sino que existen particularidades en función de la tipología por la que se sustancie la disolución del vínculo.

29. Si el matrimonio es nulo, declarada la nulidad, debería procederse a la restitución de la dote, puesto que el matrimonio no ha existido. No obstante, el propio art. 58 CF dispensa de tal devolución si el matrimonio se hubiera consumado. Si la dote no hubiera sido abonada parcial o íntegramente, tampoco se exime al marido del cumplimiento de la obligación, que pervive después de la declaración de nulidad y que puede ser exigida, en cualquier momento, por la ya ex esposa. No se pone en conexión este efecto económico con la buena o mala fe de los contrayentes; pudiendo darse el caso de mujer de mala fe que, una vez consumado el matrimonio, conserva un patrimonio que sabía no debería corresponderle, pues su matrimonio estaba afecto de nulidad. También ligada a la consumación del matrimonio declarado nulo, la mujer debe respetar el período de espera (*idda*), procediendo a las consecuencias económicas que en dicho período se generan y a los que nos hemos referido. La declaración de no-efectos del matrimonio nulo es de tal rigor que ni siquiera se extiende a los hijos, como norma general ya que el Derecho islámico desconoce la figura del matrimonio putativo. Sin embargo, el art. 58.2 CF reconoce algún efecto a este matrimonio, si existe buena fe de los contrayentes, y relacionado con la filiación de los hijos habidos durante su vigencia.

30. En el supuesto de matrimonio anulable, y siguiendo con el razonamiento esgrimido en el matrimonio nulo, si no se consuma el matrimonio la esposa debe devolver la dote. Si se consuma y posteriormente se anula y el marido no hubiera pagado la dote o ésta no hubiese sido fijada en el contrato matrimonial, debe pagar a su esposa la “dote de paridad”. Además, si el motivo fuera la coacción, engaño, el cónyuge que lo ha sufrido, aparte de ser el legitimado para interponer demanda de anulabilidad, puede solicitar del otro cónyuge una indemnización por los daños y perjuicios causados (art. 63 CF). Esta última aparece como una consecuencia económica típica de este tipo de anulabilidad. A diferencia del matrimonio nulo, el anulable despliega efectos hasta que se declara la ineficacia del mismo, tras comprobarse judicialmente la existencia de los motivos que alude el que inicia el procedimiento. Este desplegar efectos, no obstante, precisa ser matizado, en función de si hubiera existido o no la consumación del vínculo. Si el matrimonio, aún anulable, no estuviera consumado, carecería de efecto alguno entre los contrayentes (art. 64 CF), con excepción de si el motivo de anulabilidad fuera la coacción o el engaño, en cuyo caso tendría efectos, aunque no estuviera consumado el matrimonio. En relación a los hijos y la determinación de la filiación, el matrimonio anulable consumado es más beneficioso para los hijos habidos del mismo, afirmación que sólo tiene sentido desde la óptica de la particular regulación de la filiación legítima como la única forma de filiación conocida para el Derecho islámico.

31. Si la mujer es repudiada por su marido se generan una serie de consecuencias y medidas económicas, cuya finalidad es garantizar su posición y evitar la arbitrariedad en el uso del marido de esta facultad. En primer lugar, la esposa tiene derecho a la parte de la dote que no hubiese sido pagada; en segundo lugar, la pensión alimenticia durante el periodo de espera y si no pudiera residir en el domicilio conyugal, el pago de la cantidad necesaria en concepto de importe de gastos de alojamiento y, finalmente, una cantidad en concepto de indemnización (art. 84 CF). También deben quedar garantizados los derechos económicos de los que son titulares sus hijos en concepto de alimentos (art. 85 CF).

32. Sí merece algún comentario el derecho de la esposa repudiada a ser indemnizada. No es una partida novedosa, pues ya figuraba en el texto anterior, y encuentra su fundamento en el Corán²². En cambio, sí es original la redacción del art. 84 CF y la sistematización clara que hace el legislador sobre los criterios que debe utilizar el juez para fijar el importe de dicha partida. En este sentido, el citado precepto se refiere a cuatro criterios: duración del matrimonio, situación económica del marido, causas del divorcio (si las hubiere) y la arbitrariedad del marido en el uso del derecho al repudio. La indemnización que menciona la norma no asume la modalidad de “pensión”, aunque pudiera abonarse a plazos, si así lo estima el Tribunal. Es una cantidad total y única en la que el órgano judicial fija el perjuicio causado a la mujer, y, jurídicamente, se justifica por el carácter contractual del matrimonio que se rompe por la voluntad de una de las partes. La *Mudawana* permite una moderación de la cantidad indemnizatoria en función de la existencia de causa justificativa del ejercicio del varón de su derecho de repudio. De esta forma el repudio unilateral sin causa se convierte en una forma de resolución “cara”, que se abarata si se acredita la concurrencia de motivo o causa que justifique la decisión. No obstante, una interpretación acorde con el sentido indemnizatorio de las partidas a las que se alude en el citado art. 84 CF, nos invita a concretar que sólo las causas que tengan origen en un inadecuado comportamiento de la esposa podrán moderar la cantidad a favor del marido, ya que si las causas estuvieran relacionadas con incumplimientos del marido de deberes conyugales no paralizarían el repudio, pero tampoco actuarían en la fijación de la indemnización. De todas formas la cantidad indemnizatoria del art. 84 CF es, de hecho, una “consolación” que no le permitirá a la ex esposa rehacer su vida si carece de patrimonio propio²³.

33. Cuando la mujer ejercita el repudio, pues su esposo le concedió tal facultad en el contrato matrimonial (*tamlik*), las consecuencias económicas para la esposa y sus hijos son idénticas, por la remisión del art. 89 CF a los ya comentados arts. 84 y 85 CF. Si el repudio fuera retribuido (*jol' o khul*)²⁴, la esposa puede renunciar a las cantidades económicas a las que pudiera tener derecho, en concepto de pago indemnizatorio en cuyo caso el divorcio carecería de consecuencias económicas para ella. Ahora bien, dicha renuncia no puede recaer sobre posibles consecuencias económicas de las que la mujer se beneficia relacionadas con el cuidado de sus hijos (así, la remuneración de la *hadana* o el salario de lactancia que quedarían fuera de todo pacto). Una diferencia: el repudio de la mujer es irrevocable, por lo que no tiene derecho a ser alimentada durante la *idda*, que debe cumplir en el domicilio conyugal o en el de algún pariente, y sí a percibir la remuneración de la *hadana*, si hubiera lugar.

34. Si el divorcio es judicial (*tatliq*) se generan las consecuencias económicas ya estudiadas y reguladas en los arts. 84 y 85 CF (alimentos para los hijos, para la mujer sólo si es revocable y durante la *idda*, la dote debida y la compensación económica). Además, si lo fuera por motivo de discordia (*siqaq*) el juez procederá a fijar una indemnización que deberá abonar el cónyuge culpable de la discordia al

²² Suras 2, 236 y 2, 241.

²³ A. QUIÑONES ESCAMEZ, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico” en la obra colectiva *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, nº VIII de 2002, Cuadernos de Derecho Judicial, p. 139.

²⁴ Algún sector de la doctrina considera esta forma de disolución como una modalidad de mutuo acuerdo (por ejemplo, M. DE PERALTA Y CARRASCO, “El nuevo código de derecho de familia marroquí: la Mudawana. Estudio sobre su contenido y aplicabilidad en España”, pp. 183-239, en la obra colectiva *Aspectos sociales y jurídicos de la inmigración en Extremadura*, Ed. Dykinson, coordinada por J. ROSELL GRANADOS, Madrid, 2012, concretamente p. 220). No estamos de acuerdo, pues, con esa argumentación también lo sería el repudio de la mujer en la medida que debe estar consentido por el marido.

cónyuge inocente, que constituye una consecuencia económica típica de esta modalidad de ruptura (art. 97 CF). También el esposo tiene derecho a ser indemnizado si se acredita la culpabilidad de la mujer en el divorcio. Cuando se sigue el procedimiento por incumplimiento contractual o perjuicio (arts. 99 a 101 CF), y prospera la acción, el juez debe establecer en la sentencia la indemnización que el marido debe abonar a su mujer como consecuencia del perjuicio causado. Dicha cantidad se integrará en la cantidad indemnizatoria conocida como “don de consolación” (*mut'a*) a la que se refiere, con carácter general, el art. 84 CF. En cambio, si el motivo aludido fuera la existencia de vicio redhibitorio (arts. 107 a 109 CF), contiene la reforma una norma especial en relación al pago de la dote: así, si el divorcio tiene lugar antes de la consumación del matrimonio se aplica la norma general de no obligación de pago, a no ser que el marido hubiera conocido la existencia del vicio, en cuyo caso quedará penalizado debiendo pagar a la mujer la mitad de la dote estipulada. Si el matrimonio ha sido consumado, también quiebra el principio general de no devolución, penalizándose, esta vez, a la esposa que oculta el vicio de forma intencionada, que debe devolver al marido la integridad de lo recibido en concepto de dote (y si no hubiese recibido, pierde el derecho a reclamarlo).

35. En el divorcio de mutuo acuerdo el derecho de la esposa a la dote, dado su carácter imprescriptible e irrenunciable no puede ser objeto de acuerdo. Como divorcio irrevocable, no hay obligación de alimentar a la mujer en el período de *idda* a no ser que estuviese embarazada, aunque nada impide que el acuerdo de divorcio incluya esta obligación. Igualmente, no se le reconoce a la esposa el derecho a ser indemnizada, pudiendo serlo si efectivamente así se acuerda.

III. La aplicación de la *Mudawana* por los Tribunales españoles

36. Hasta aquí una breve descripción de la regulación del divorcio y sus consecuencias en el Código de familia, imprescindible para pasar a la segunda parte de este estudio donde se ubica el objeto del mismo: establecer el alcance de la aplicabilidad del régimen jurídico descrito en nuestro Derecho, analizando las resoluciones judiciales acaecidas en este sentido. Será, pues, el orden público la barrera que impedirá la eficacia de normas que lo contravengan. Y el referido concepto se extraerá de los casos concretos donde se ponga de manifiesto. De ahí la relevancia de la casuística jurisprudencial.

37. Dicho lo anterior, sí es de justicia poner de manifiesto que partimos de un concepto de orden público amplio, como el que propone un sector de la doctrina²⁵ al que nos adherimos sin reserva. En otro escenario más estricto o escrupuloso, el debate quedaría sin sentido, pues es evidente el carácter discriminatorio para la mujer de la normativa marroquí sobre el divorcio en su conjunto lo que conlleva a un juicio de contravención del orden público español, uno de cuyos pilares es el principio de igualdad.

38. El juicio sobre la compatibilidad con el Derecho español puede producirse en dos momentos diferenciados: bien porque se solicite el reconocimiento de una resolución marroquí sobre disolución del matrimonio y sus efectos en España, bien porque, dentro del ámbito del artículo 107,2 o del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y separación judicial (a partir de ahora Reglamento 1259/2010)²⁶, se invoque la *Mudawana* como legislación aplicable.

²⁵ Por todos, G. ESTEBAN DE LA ROSA “Application of the New Moroccan Family Code in Spain (with a gender perspective)” en *Beijing Law Review*, 2013, vol. 4, pp. 147-154, concretamente pp. 150 y 151. Muy significativas las palabras que, a continuación, transcribo “The terms of this comparison are: the essential content of the fundamental law, which expresses the higher values of the forum’s legislation, on one side, and the other, the effect produced by the specific application of the foreign law in the forum”. En igual sentido, N. BOUZA VIDAL, “Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho Internacional privado”, en *La Notaria*, n° 42, 2007, pp. 11-40; concretamente pp. 19 a 22 donde estructura el concepto de orden público sobre el respeto del Derecho interno del estado de acogida y a la identidad cultural del inmigrante.

²⁶ DOUE L 343/10 de 29 de diciembre de 2010

1. La eficacia en España de las resoluciones judiciales de Tribunales marroquíes de divorcio

39. El marco jurídico que marca la aplicación en España de las resoluciones judiciales marroquíes sobre disolución del matrimonio así como las consecuencias en ellas contenidas, es el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo 1997²⁷. Pues las resoluciones judiciales definitivas recaídas en procedimientos de disolución matrimonial se encuentran dentro de su cobertura, así como aquellas cautelares o provisionales que versen sobre alimentos²⁸. En consecuencia, si concurren los requisitos del art. 23 de la citada norma, las partes podrán solicitar la ejecución en España de las resoluciones judiciales iniciando, previamente, un procedimiento de *exequatur* ante el Juzgado de primera instancia correspondiente²⁹, en el que el juzgador deberá apreciar dicha concurrencia³⁰. Entre los requisitos procedimentales (el órgano que la dicta debe ser competente para ello, las partes deben ser citadas, debe tener efectos de cosa juzgada y que no se estén, actualmente, juzgando en España, una cuestión idéntica de objeto y partes), se incluye uno de Derecho sustantivo: su adecuación al orden público español.

40. Con carácter general, podemos afirmar que el reconocimiento de efectos a resoluciones marroquíes de disolución del vínculo, cuenta con dos escollos: el hecho de que el repudio sea un derecho del varón conectado con su masculinidad y la revocación de algunas formas de divorcio. Veamos cada una de ellas y, en qué medida, pudiera (o no) ser salvado el escollo en uno u otro caso.

41. En verdad la propia institución del repudio, es, por sí misma atentatoria al principio de igualdad entre los sexos que preconiza nuestra Constitución en el conocido art. 14³¹. Sin embargo, el régimen jurídico del repudio (*talaq*) en la *Mudawana* marroquí caracterizado por la intervención judicial puede evitar que esta modalidad de divorcio quede excluida de efectos en nuestro ordenamiento jurídico. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos islámicos más conservadores en los que el repudio del varón no precisa intervención judicial (basta su mera declaración de voluntad más o menos formalizada, según los casos)³², la regulación del Código de familia salva la barrera de no judicialización de la disolución del vínculo que exige el orden público.

42. También se cumple con otro requisito que pudiera excluir su eficacia por razón del orden público: que la otra parte sea llamada al proceso. En este sentido, la existencia de citación judicial a la esposa necesaria para garantizar sus derechos económicos, es una condición inexcusable para que prospere el divorcio por repudio del varón (amén de los intentos previos de reconciliación que exigen, lógicamente, que sea citada como parte). Aunque la mujer carece de derecho alguno a oponerse a la viabilidad de la pretensión, sí podrá discutir la veracidad o no de la documentación aportada a los efectos de fijar la cantidad económica indemnizatoria u otras cuestiones, como la existencia o no de causa, que afectan al montante que pueda percibir³³.

²⁷ BOE nº 151 25 junio 1997.

²⁸ El art. 22,2,d) excluye de su ámbito de aplicación las medidas cautelares y provisionales, excepto las que versen sobre alimentos.

²⁹ Previamente a la entrada en vigor del Convenio, el procedimiento se iniciaba antes el Tribunal Supremo. De ahí algunas resoluciones del Tribunal Supremo declarando su incompetencia como consecuencia de la aplicación de este acuerdo. Así, AATS, 22-12-98, RJ 1998\10804; 16-3-99, RJ 1999\2149; 23-11-99, RJ 1999\991; 14-3-00, RJ 2000\1768; 14-11-00, RJ 2000\9581; 5-2-02, RJ 2002\48796; 2-3-04, RJ 2004\1321.

³⁰ Así lo prescribe el art. 26 del citado Convenio

³¹ Dice la RDGRN de 26 de enero 2009, RJ 2010\99177: "...dado que el acto de repudio no está reconocido en el ordenamiento español como causa de disolución del vínculo matrimonial, ni en este ordenamiento puede surtir efecto alguno por oponerse a ello el orden público internacional español por ir en contra de la dignidad de la mujer..."

³² A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, "El reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, volumen I, nº 1, Julio, 2006, pp. 109 a 123, la cita es a la p. 122.

³³ El hecho de no existir motivo para oponerse a la pretensión disolutoria tampoco es algo extraño para nuestro ordenamiento jurídico, pues desde la reforma de 2005 en España es posible el divorcio o la separación por la simple voluntad unilateral de una de las partes, sin que la otra tenga posibilidad de oponerse a dicha pretensión.

43. Es de observar que los Tribunales tienen en cuenta como indicio favorable al reconocimiento de efectos a las sentencias de disolución del vínculo el hecho de que sea la esposa la que tome la iniciativa en el *ex aequator*. Pues ello pone de manifiesto que desea la eficacia de la resolución judicial del Tribunal marroquí, es decir, que el divorcio despliegue sus efectos y sea reconocido en nuestro país (lo cual la desliga del vínculo matrimonial). Negársela y obligarla, por tanto, a estar unida con un marido al que ya no quiere sobre la base de un análisis formal y estricto del ordenamiento jurídico que sirvió de fundamento a la resolución judicial, es perjudicial a sus intereses y supone una vulneración a su dignidad como persona³⁴. En este sentido, es muy significativo el Auto del Tribunal Supremo de 21 de abril 1998³⁵, en el que el Tribunal considera que el divorcio por el ejercicio del repudio de su esposo pasa el filtro del orden público entre otros motivos por ser la esposa la que inicia el procedimiento de *exequatur*³⁶. Se aboga, pues, por una interpretación flexible³⁷ para aquellos supuestos que existe una voluntad de la mujer, bien previa en el contrato matrimonial al habersele reconocido el derecho a repudiar a su marido, aunque no lo haya ejercitado, o bien al ser ella la que demanda el reconocimiento de efectos al repudio que ha sufrido por parte de su esposo³⁸.

44. Siguiendo con este razonamiento, es lógico que cuando el matrimonio se disuelve en Marruecos por iniciativa de la esposa, bien por ejercitar el repudio que le concedió su marido en el contrato matrimonial (*tamliq*), bien porque lo hace pagando una cantidad (*jol' o khol*), dichas resoluciones pasen, sin problema, el filtro del orden público. Así lo hace el Tribunal Supremo en el Auto de 27 de enero 1998³⁹, al considerar que es el tipo de divorcio ejercitado por la esposa el que garantiza su adecuación a nuestro ordenamiento jurídico⁴⁰ o la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero 2006⁴¹ en relación al divorcio por compensación económica *jol'l o khol*.

45. El resto de las modalidades de ruptura⁴², en general, pasarían, sin mucho problema el filtro constitucional, siempre que realicemos, como debe ser, una interpretación flexible y estricta de esta barrera. Y ello, porque, en verdad, alguna de las causas que permiten a la esposa solicitar la ruptura (divorcio judicial o por discordia), sería, a todas luces contrarias a nuestros principios fundamentales; pero, una vez la ruptura se ha producido, negarle los efectos es más perjudicial para la mujer y atenta más a su dignidad que no reconocer dicha eficacia.

46. La concesión del *ex aequator* no impide que alguno de sus pronunciamientos pudiera ser revisado por los Tribunales españoles, si los litigantes fueran residentes en el territorio español y existiera un motivo o interés superior que así lo justifique. En este sentido, la sentencia de la AP Lleida de 25 de noviembre 2016⁴³ aborda el siguiente supuesto: concedido el *ex aequator* en un divorcio por discordia, uno de los ex cónyuges, residente en España, impugna la pensión alimenticia fijada en

³⁴ S. PEREZ NAVARRO, "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español", en *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2008, 13, pp. 183 a 223, la cita es a la p. 221 así como las referencias jurisprudenciales allí ubicadas.

³⁵ RJ 1998\3563

³⁶ "...así ha de tomarse en consideración el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el *exequatur*".

³⁷ N. MARCHAL ESCALONA, "El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista de la Facultad de Derecho de la universidad de Granada*, nº 5, 2002, pp. 367 a 376, concretamente p. 370. M.D. ORTIZ VIDAL, "El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2014, vol. 6, nº 2, pp. 201-244, concretamente p. 241, párrafo 170, nota a pie 120, se hace eco de un sector doctrinal que interpreta de forma estricta y que no es partidario de la solución general que mantenemos en el texto principal.

³⁸ De forma semejante en la doctrina extranjera. Así, J.Y. CARLIER Y C. HENRICOT, "Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements reciproques?" Université Catholique de Louvain, CeDIE, working Paper nº 2011/03, pp. 1-30, la cita es a la p. 26 que califica de "doublé victimisation" el hecho de negarle la eficacia a una sentencia de divorcio sustentada en normas discriminatorias para la mujer cuando es ella la que solicita el reconocimiento de tales efectos.

³⁹ RJ 1998\2924

⁴⁰ "La adecuación al orden público deriva del tipo de divorcio pronunciado por las autoridades judiciales marroquíes".

⁴¹ RJ 2006\4338

⁴² Por supuesto, los divorcios de mutuo acuerdo. TS 17 octubre 2006, JUR 2006\250609

⁴³ VLEX-672419017

la sentencia a favor de los hijos. A lo que accede la Audiencia, revocando la sentencia de instancia, en atención del interés del menor que exige la adecuación de la cuantía al nivel de vida de España, aunque sin alterar los demás postulados de la resolución judicial marroquí en cuanto al resto de las consideraciones.

47. Superada la viabilidad del repudio dada la regulación con intervención judicial del Código marroquí, el mayor escollo que existe para el reconocimiento de las resoluciones judiciales marroquíes en España sobre divorcio son aquellas que afectan a divorcios revocables. El régimen jurídico del divorcio en Marruecos admite, en algunos casos, que este sea revocable en el periodo de espera o *idda*. Solo está legitimada para emitir la declaración de revocabilidad del divorcio el varón y se encuentra conectada con divorcios que parten de una voluntariedad previa del esposo.

48. El sentido común nos lleva a afirmar que no es posible dotar de efectos en nuestro Derecho al divorcio revocable mientras exista tal posibilidad⁴⁴. Una vez ha caducado la acción del marido para revocarlo, la disolución del matrimonio debe de gozar de plenos efectos en nuestro Derecho si no existe algún otro motivo, que no sea este, para su adecuación al orden público. Aunque en este punto existe una unanimidad de la doctrina⁴⁵, no así la jurisprudencia que no siempre ha estado acertada en sus resoluciones. Pues si bien existen pronunciamientos en esta línea, como la RDGRN 24 mayo 2002⁴⁶, que estima que, aunque en puridad el divorcio fuera revocable, de hecho, y por trascurso del tiempo ya no lo es⁴⁷; otros rechazan tal reconocimiento por tal carácter sin atender a su operatividad en el momento de la solicitud. En este sentido, podemos citar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril 1998⁴⁸, que no es la única⁴⁹, que niega la eficacia de una resolución de repudio revocable, aun cuando el esposo ya había contraído nuevo matrimonio en su país⁵⁰. Sí, efectivamente, se acredita tal irrevocabilidad como el supuesto de un tercer repudio consecutivo⁵¹ la adecuación al orden público no presenta problema.

⁴⁴ Así lo afirma la RDGRN de 12 de septiembre 2002, RJ 2003\136

⁴⁵ Por todos, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio”, en la obra colectiva *Matrimonio y divorcio...*, cit., pp. 99 a 179, concretamente se refiere al divorcio revocable pp. 155 a 157.

⁴⁶ RJ 2002\8983; o AP Barcelona 25-11-2009, VLEX-210467623

⁴⁷ “En efecto está probado que obtuvo un divorcio revocable el 5 de septiembre de 2001 y que este divorcio se convierte en irrevocable pasados cien días desde su fecha si los interesados no reanudan la relación matrimonial. Las certificaciones consulares egipcias acompañadas al recurso acreditan esta particularidad de la legislación egipcia e igualmente, corroborando las manifestaciones del interesado, que su divorcio revocable devino irrevocable a partir del día 20 de diciembre de 2001”.

⁴⁸ RJ 1998\3563

⁴⁹ Raya en lo absurdo la RDGRN de 4 de junio 2001, RJ 2002\5494, relativa al acta de repudio que el ex esposo adjunta en el expediente matrimonial que inicia en España para contraer nuevo matrimonio, negándose eficacia sobre la base jurídica de la revocabilidad del repudio. Pues no sólo ha transcurrido el plazo para ejercitar la revocación, sino que, además, el que hubiera podido revocarlo es el que alega la ruptura del vínculo por repudio.

⁵⁰ “Se ha de tener a la vista el criterio uniforme seguido por esta Sala en casos precedentes en los que se instaba el reconocimiento de resoluciones de este tipo, y así en los AATS 16 y 23 julio 1996, 24 septiembre 1996 y 28 enero 1997 se indicaba que “es lo cierto que del propio tenor literal del documento presentado se desprende la imposibilidad de conceder el reconocimiento de la resolución extranjera conforme se solicita. Se ha de advertir ya inicialmente sobre el carácter revocable del divorcio acordado ante los notarios autorizantes del acto, lo que confiere a la disolución del vínculo matrimonial, como se dijo en el ATS 16 julio 1996, resolutorio de un caso similar, un tinte de condicionalidad que, en el supuesto examinado en el citado auto, de una parte, pugnaba con la exigencia de la firmeza de la resolución a reconocer, requisito éste impuesto –cualquiera que sea el régimen de reconocimiento– por el art. 951 LECiv, y de otra, se alzaba como un elemento añadido a la disolución del vínculo que se antoja contrario a los principios que inspiran y conforman el concepto de orden público, que en esta materia se encuentra sin duda en íntimo entronque con los principios y derechos constitucionales; pues, como asimismo se indicaba en el antes citado Auto de 16 julio 1996, “la disolución del vínculo por el divorcio se construye en nuestro ordenamiento jurídico desde la esencial nota de la invariabilidad, es decir, de una manera definitiva e irrevocable, lo cual no empuja a que quepa un ulterior nuevo matrimonio entre los esposos, pero sin que en modo alguno la subsistencia del ligamen pueda quedar sometido a la libre disposición de los cónyuges de manera que, por su mera voluntad, pueda volverse al anterior estado marital –aun cuando la apreciación de las circunstancias determinantes de la revocación del divorcio se deje a una cierta Autoridad–, ya que ello repugna a la estabilidad y certeza que ha de darse en las situaciones que conforman el estado civil de las personas y, por ende, a la igualdad de derechos y deberes del marido y de la mujer que desde el art. 14 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), que consagra el principio de igualdad, se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico civil, con carácter general, en el art. 66 CC””. En igual sentido, STS 23 julio 1996, RJ 1998\2907.

⁵¹ ATS 27 julio 2004, JUR 2004\290634

Cuando, por el contrario, el Tribunal carece de certeza sobre su estabilidad deberá negarle su eficacia⁵², ya que no puede acreditarse la no revocabilidad.

2. El Código de Familia marroquí como fundamento de resoluciones judiciales dictadas por Tribunales españoles

A) Criterios para fijar la ley aplicable

49. Si dos marroquíes que vivieran en España iniciaran un procedimiento de divorcio con posterioridad al 21 de junio de 2012, para determinar la ley aplicable, debería acudir a los criterios establecidos en el Reglamento 1259/2010 Roma III; si el conflicto fuera anterior (pues el Reglamento es irretroactivo) el art. 107,2 del CC indicaba, antes de la modificación sufrida por la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, que la ley que rige la separación y el divorcio será la propia legislación nacional, es decir, el Código de familia, siempre que no fuera contrario al orden público.

50. El marco normativo diseñado por el Reglamento 1259/2010, para resolver los problemas de competencia en las crisis matrimoniales que se articulen bajo las fórmulas de separación y divorcio (aunque excluidas para la nulidad⁵³), se sustenta en el criterio de la autonomía de la voluntad⁵⁴, como preferente para establecer la normativa aplicable, siempre, claro está, que se aprecie un punto de conexión (en el caso que nos ocupa el punto de conexión viene determinado por la residencia en España de los marroquíes). Se debe tener presente que el citado texto europeo no se aplica a las consecuencias patrimoniales derivadas de la crisis, ni a la responsabilidad parental ni a las obligaciones de alimentos por indicación expresa del art. 1.2⁵⁵.

51. El artículo 5.1 establece que: “Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro”. Elección que no necesariamente deberá realizarse de forma expresa, sino que también es factible de forma tácita cuando es invocada la ley nacional en la interposición de la demanda. No obstante, y a falta de sumisión expresa o tácita, también se prevén en la norma criterios supletorios de la voluntad no manifestada (art. 8)⁵⁶. En cualquier caso, tal y como se expresa en los arts. 10⁵⁷ y 12⁵⁸ no podrá aplicarse normativa alguna contraria al orden público.

⁵² ATS 12 abril 2005, RJ 2005\3631

⁵³ Así lo dice, expresamente, el considerando 10 del Reglamento 1259/2010

⁵⁴ Como pone de manifiesto M.P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI/2, julio-septiembre 2014, pp. 49-79, concretamente en la p. 62 que “es la primera vez, en Derecho Internacional Privado de la Unión Europea se propicia que sean los cónyuges los que puedan determinar la ley aplicable a su separación o divorcio”.

⁵⁵ “2. El presente Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial: a) la capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias.”

⁵⁶ “A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el periodo de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda”

⁵⁷ Artículo 10: “Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro”.

⁵⁸ Artículo 12: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.”

52. El régimen jurídico descrito, pues, deja sin efecto la previsión del art. 9.7 del CC en orden a la competencia en materia de alimentos entre parientes (cuestión muy ligada a las crisis matrimoniales), dirigida a la ley estatal común del menor y sus progenitores (en el caso que nos ocupa la ley marroquí). La nueva redacción del art. 9.7 CC se remite a los criterios fijados en el Protocolo de la Haya de 23 de noviembre 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que entró en vigor el 18 de junio 2011⁵⁹.

53. La principal diferencia estriba en que el régimen jurídico anterior conducía a la aplicación de la ley de la nacionalidad de los litigantes, excepto si esta fuera contraria al orden público, en cuyo caso se aplicaría la ley nacional, y el nuevo escenario da preferencia a la autonomía de las partes para optar entre la ley española o la marroquí.

54. Sin embargo, y en lo que nos interesa, en ningún caso pueden ser aplicadas las disposiciones del Código de Familia marroquí que contravengan el orden público español, por lo que es necesario establecer reglas o pautas en este sentido. Ya que, si no pasara el filtro, el conflicto se solventaría aplicando nuestra ley nacional. Por cierto, y tras la reforma de 2005, muy permisiva y laxa a la hora de dar viabilidad a la ruptura matrimonial sin tener presente cualquier consideración de culpa o reproche que se encuentra muy presente, como hemos visto, en la *Mudawana*.

B) La prueba del Derecho marroquí

55. En cualquiera de los dos escenarios (antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma III o después de que esta tuviera lugar), para que el Código de familia sirva para dar respuestas a procedimientos que versen sobre crisis matrimonial o sus consecuencias, las partes deben alegarlo y probarlo.

56. Son múltiples las resoluciones judiciales que, aun existiendo los presupuestos para ello, no resuelven conforme a la legislación marroquí sino a la nacional (común o foral, según la residencia de los sujetos implicados), argumentando que no ha sido invocado por las partes⁶⁰.

57. Cuestión distinta es la prueba del Derecho extranjero, pues, en este punto la jurisprudencia realiza una interpretación muy flexible del requisito⁶¹. En este sentido, resulta muy clarificadora la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 10 de noviembre de 2014⁶², donde el Tribunal se cuestiona sobre la procedencia del recurso de apelación presentado por el progenitor solicitando que la sentencia de instancia vulnera la Ley valenciana al no resolver el juez acordando la custodia compartida de su hijo menor de edad. Concluye el Tribunal que la causa que impide la aplicación del Derecho valenciano, no es que las partes carezcan de residencia en el territorio foral, sino que son nacionales de Marruecos y que la ley sobre la que debe resolver es el Código de Familia marroquí que no regula, porque no la conoce, la custodia compartida.

58. Para llegar a este punto, el Tribunal debe argumentar y justificar la aplicación de oficio de Derecho extranjero, pues, en verdad, el Derecho del que se va a valer para resolver no se ha probado en el procedimiento. En este sentido, y con apoyo jurisprudencial, afirma que el juez, si lo conoce, puede y debe resolver de acuerdo con el Derecho extranjero al que se remite la norma, y que el requisito de la prueba no puede impedir la entrada de un Derecho no patrio si, efectivamente, es conocido por el juzgador. Incluso, afirma que el juez debe realizar averiguaciones para poder dar cumplimiento a la norma de

⁵⁹ R. LAPIEDRA ALCAMÍ, “La regulación del derecho de alimentos en la Unión Europea”, en la *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 19, 2015, pp. 127-139, concretamente la cita es a las pp. 134 y 135.

⁶⁰ Así sucede, por ejemplo, en las sentencias AP Barcelona, 24-01-08, VLEX-37802828 y 26-02-2010, VLEX-201133035

⁶¹ Afirma la sentencia AP Barcelona, 30-12-2014, que “...el derecho extranjero debe ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación considere necesarios para su aplicación. El precepto exige a los Tribunales una labor activa de búsqueda”.

⁶² VLEX-566239014

Derecho nacional que realiza tal consideración. La prueba, pues, es sólo un requisito para los casos en los que el Derecho extranjero no fuera conocido o su acceso fuera difícil para el juez⁶³.

C) Las distintas modalidades de ruptura y el Derecho español

59. Podemos afirmar, en concordancia con la jurisprudencia, que el Derecho marroquí no puede servir de fundamento para resolver demandas de separación matrimonial, pues esta es una figura desconocida en la *Mudawana*, carente, pues, de regulación alguna, lo que provocaría la aplicación de la ley española según el art. 107,2 CC⁶⁴.

60. Si la demanda de divorcio es instada como consecuencia del ejercicio del derecho al repudio reconocido sólo el esposo, en principio, debería ser rechazada por nuestros Tribunales, en la medida que, por ser un derecho exclusivo del varón, conculcaría el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y, por tanto, el orden público⁶⁵. No obstante, dado que en España la acción de divorcio puede ser interpuesta por cualquiera de los cónyuges, no se va a impedir a un varón marroquí que pretenda disolver el vínculo matrimonial por medio del repudio en España con el argumento de que su mujer no podría hacerlo de igual forma en Marruecos. Distinto es que se le impidiera acceder al divorcio a la esposa, en igualdad con su marido, tal y como pudiera suceder en su país.

61. Tampoco presenta problema el llamado divorcio retribuido *jol' o khul*, pues el pago de la indemnización pactada libera a la esposa del vínculo, sin que sea necesario entrar a valorar si ese hecho es, en sí mismo discriminatorio en comparación con la regulación del repudio masculino.

⁶³ “El Derecho extranjero puede ser objeto de prueba porque no se les puede exigir a los jueces y tribunales españoles conocerlo (a diferencia de lo que sucede con el Derecho español, conforme al principio *iura novit curia* y al art. 1.7 del C. Civil). Pero no se trata de un material probatorio civil más, sujeto al principio de aportación de parte, sino que el tribunal está facultado con absoluta generalidad y amplitud para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para poder aplicar el Derecho extranjero al que se remita la regla de conflicto española. Según la sentencia del T.S. número 436/05, de 10 de junio (ponente: Ferrándiz Gabriel), ello significa tanto como que el juez puede y debe aplicar de oficio el Derecho extranjero aplicable si es que lo conoce, y que la aportación de parte sólo puede ser necesaria para suplir la falta de información y conocimiento sobre dicho Derecho extranjero. Es más, parece que la propia norma encomienda al juez un papel especialmente activo con orden a la averiguación del Derecho extranjero. Lo cual es perfectamente lógico, si tenemos en cuenta que, al aplicar el Derecho extranjero al que se remite la norma de conflicto de Derecho internacional privado español, no se hace otra cosa que aplicar la propia normativa española; pues es la propia norma de conflicto española (aplicable de oficio, según impone expresamente el art. 12.6 del C. Civil la que se remite al Derecho extranjero. Por tanto, fácilmente se comprenden las amplias facultades reconocidas al juzgador para averiguar el Derecho extranjero, desde el entendimiento de que con la aplicación del Derecho extranjero al que se remite la regla de conflicto española no se hace otra cosa que dar estricto cumplimiento a la normativa española de Derecho internacional privado. Así lo resalta la sentencia número 381/06, de 8 de junio, de la Sec. 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, o el T.S. en su sentencia número 436/05, de 10 de junio, y el T.C. en su sentencia número 10/00, de 17 de enero. Consecuencia de ello es que, como se afirma en la sentencia del T.S. recién citada, el Derecho extranjero no tiene necesariamente que ser alegado y probado por las partes en el proceso para que el juzgador pueda aplicarlo a partir de la designación o remisión que al mismo haga la norma de conflicto”.

⁶⁴ AP Barcelona 06-04-2000, AC 2000\1088, considera que no puede aplicarse la institución de la separación matrimonial al súbdito marroquí, al igual que la de la misma AP de 25-04-2006, VLEX-203317911. Dice la sentencia de AP Barcelona en la sentencia de 12-11-2013, VLEX-484575038: “No estando en vigor todavía a la fecha de la demanda el Reglamento UE/1259/2010, la norma de conflicto de leyes para el divorcio viene determinada por el artículo 107.2 del Código Civil estatal (CC), que por razón de la nacionalidad común es en principio la marroquí. Sin embargo, como bien señalaba la contestación a la demanda, la inexistencia de separación en el Código de familia de Marruecos (*Mudawana*) hace aplicable la ley española según el artículo 107.2.c) CC, como hace de hecho la sentencia apelada.”

⁶⁵ Dice R. ARENAS GARCÍA *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, 2004, p. 318: “Entre estos supuestos de contrariedad con el orden público podremos incluir aquéllos casos en los que el ordenamiento permite la disolución del vínculo por la sola voluntad del esposo, negando esta misma facultad a la mujer”. Abundando en la materia, en la citada obra, nota a pie nº 585, p. 292 se realiza un estudio detenido del repudio unilateral y sus implicaciones con el orden público, decantándose el autor en el sentido apuntado. No opinan así, en cambio, G. ESTEBAN DE LA ROSA, y otros en “Las formas de disolución del matrimonio en el nuevo Código de Familia de Marruecos (2004)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 759/2008, p. 2.

62. Si el divorcio tiene lugar por discordia o *siqab*⁶⁶, al ser una fórmula a la que tienen ambos cónyuges acceso por igual y no haber diferencia alguna entre los sexos en dicha tramitación, la demanda prosperaría sin problema alguno. De hecho, es una de las modalidades de ruptura, junto con el mutuo acuerdo⁶⁷, con más fácil acogida en nuestros Tribunales

63. Más dificultad presenta el divorcio judicial causal cuya legitimación la ostenta la esposa. Ciertamente, cuando el divorcio se solicita por la esposa aludiendo a las causas relacionadas en la *Mudawana*, siempre que éstas no sean atentatorias a su dignidad, debería procederse a dar trámite a la demanda, no en vano la aplicación de la ley española llevaría a consecuencias disolutorias idénticas, amén del criterio *favor dissolutionis* que guía la aplicación de las normas extranjeras⁶⁸. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de septiembre de 2013⁶⁹ en la que se confirma la de instancia accediéndose al divorcio solicitado por la esposa alegando la causa de incumplimiento de los deberes conyugales y el abandono del hogar por más de un año, que recoge el Código de Familia marroquí⁷⁰ o de la misma AP de 10 de octubre de 2013⁷¹, que se accede al divorcio equiparando la violencia de género ejercida por el marido con el daño material o moral que, según el art. 99.2 de la *Mudawana* da derecho a la esposa a solicitar el divorcio.

64. No obstante, en algún caso, los Tribunales han optado por aplicar el Derecho español, al considerar que es atentatoria para la dignidad de la mujer la regulación marroquí en este punto. Entre ellas las sentencias de AP La Rioja 07-04-2014⁷².

⁶⁶ En el caso resuelto por sentencia de AP de Cáceres de 23-05-2012, VLEX-379075502, tras una afortunada reflexión sobre el alcance del concepto de orden público (“Hoy en día se identifica el Orden Público Internacional español esencialmente con los valores y principios constitucionales. Es por este motivo que el art. 107.2.II c) del Código Civil aclara que no sería aplicable nunca la Ley extranjera que fuera determinada con arreglo a los puntos de conexión previstos en este precepto, si tal Ley regulase la separación o el divorcio, pero de forma discriminatoria en el caso concreto contemplado para alguno de los cónyuges. Como destaca la Sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 12 de julio de 2003, “... de este modo la Norma española viene a completar y dar adecuada protección jurídica a aquellas situaciones que, bajo el amparo de ordenamientos basados en tradiciones ajenas a la occidental, encubrían una discriminación, no amparaban suficientemente a los afectados por la crisis matrimonial o simplemente se enfrentaban a los principios y garantías que configuran el orden público español...”. Debe significarse que la inaplicación de la Ley extranjera por invocación del Orden Público Internacional español ha de tener carácter restrictivo. Así se desprende de reiterada doctrina del Tribunal Supremo expuesta, entre otros, en los Autos de 23 de febrero de 1999 y 12 de mayo de 1998. No aplicar el derecho extranjero, al margen de los supuestos excepcionales que permiten dicha inaplicación, supone, además, una sentencia claudicante, no reconocible en el país de origen de los litigantes.”), resuelve aplicando la normativa prevista en la *Mudawana* para el divorcio por discordia: “Pues bien, en este caso se insta una declaración judicial de divorcio, a la que el esposo no se opuso en el acto de la vista –solo se limitó a pedir un efecto o medida del divorcio–, primera comparecencia que realizó, pues no contestó a la demanda en su momento. En consecuencia, y conforme a la legislación marroquí, rige nuestra antigua *affectio maritalis*, que resulta palmaria a través de las alegaciones de las partes y del propio recurso, en el que no hay oposición a tal pronunciamiento principal, por lo que concurre la causa genérica invocada y acreditada, conforme al art. 94 del Código de Familia marroquí, del desacuerdo o (art. 94 CF), que lleva a la Sala a acordar el divorcio de las partes conforme a su legislación común.”

⁶⁷ Por ejemplo, AP Barcelona 19-07-2013, VLEX-475079518 y la de 08-04-2014, VLEX-511528786.

⁶⁸ Sobre este criterio, J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Edit. Civitas, Madrid, 1996, p. 238.

⁶⁹ VLEX 476935654

⁷⁰ En igual sentido, sentencia AP Barcelona 10-07-2014, VLEX 537272314.

⁷¹ VLEX 48206726

⁷² La sentencia 2014 VLEX511534930, es una clara muestra de la afirmación sustentada en el texto principal: “El Código de Familia marroquí, ó *Al Mudawana*, en sus artículos 78 y siguientes regula el divorcio como medio de disolución del matrimonio, pero, así como la solicitud del esposo puede ser sin causa, existiendo esta posibilidad para la esposa solo con consentimiento del esposo (artículo 89), en cambio la esposa solo puede solicitar per se el divorcio por una de las causas que previene el artículo 98 del Código de Familia, esto es, se exige la concurrencia de una de las seis causas que prevé el precepto si es la esposa la que solicita el divorcio sin consentimiento del esposo, en cambio éste puede instarlo sin que se le exija causa de disolución. La discriminación por razón de sexo resulta evidente. También se produce tal discriminación en cuanto a la previsión del divorcio revocable si se ha producido a iniciativa del marido, salvo los casos excepcionales que establece el Código de Familia, no cuando se ha producido el divorcio por iniciativa de la esposa (artículos 123 y 124). En el caso que nos ocupa, instado el divorcio por la esposa, los preceptos invocados en la demanda, artículos 81-2º y 86 del Código Civil, no encuentran correlación en *Al Mudawana*, y es que no invocada ninguna de las causas previstas en el artículo 98 del Código de Familia Marroquí, instado el divorcio solo por la esposa y sin el consentimiento del esposo, no podría este decretarse, resultando por ello aplicable la ley española, conforme

También la de AP Málaga de 22 abril de 2014⁷³, en las que subyace un concepto amplio de orden público ya superado en la doctrina más actual.

D) Las consecuencias de la ruptura y el Derecho español

65. Distinto de la tramitación del procedimiento de disolución, se encuentran los efectos de dicha disolución. Y es aquí, sin lugar a dudas, donde se ubican las mayores controversias entre ambos ordenamientos. Aun cuando expresamente el texto del art. 107,2 CC no alude a los efectos (y si lo hace el legislador al referirse a la nulidad en el párrafo 1), debemos interpretarlo de forma paralela en el sentido de afirmar que la ley en la que los cónyuges encuentran la salida a la crisis conyugal, es la que debe establecer los efectos derivados de la ruptura⁷⁴.

66. Todas las consecuencias económicas enumeradas y abordadas en el epígrafe correspondiente, podrían ser aplicadas a la esposa si, efectivamente, tuvieran lugar los presupuestos de hecho que determinan su nacimiento. Pero, entiendo, que también tendría derecho a otras no previstas en la legislación marroquí, como el uso de la vivienda familiar, atribuido de acuerdo con el art.96 CC al ex cónyuge en atención a la asunción de la guarda y custodia de los hijos menores. Incluso, cuando nuestro derecho le concede el uso temporal del inmueble al “cónyuge más necesitado de protección”, también debiera hacerse a la súbdita marroquí, si así lo solicita en el procedimiento de crisis, aunque se aplique

al artículo 8 del Reglamento del Consejo de la Unión Europea nº 1259/2010, en relación con el artículo 10 del mismo, ya que El Código de Familia marroquí, ni se convino por las partes como aplicable, ni permitiría a la esposa solicitar sin causa el divorcio, además de que según el artículo 8-a) del Reglamento del Consejo de la Unión Europea nº 1259/2010, la ley española sería la aplicable, por ser la de la residencia habitual de los cónyuges al momento de la interposición de la demanda. Por tanto, aplicable el Código Civil español, procede decretar el divorcio solicitado unilateralmente por la esposa, cumplido el requisito de haber transcurrido más de tres meses desde la celebración del matrimonio, tal y como se establece en la sentencia de instancia, conforme a lo dispuesto en los artículos 81 y 86 del Código Civil”.

⁷³ VLEX 549013414. Dice la citada resolución: “la ley marroquí, el Código de Familia Marroquí, el denominado “Al Mudawana”, vigente desde el año dos mil cuatro, documento aportado como número quince a la demanda (folios 48 a 126), resulta discriminatorio, por razón de sexo, para la (ex) esposa demandante, ya que aunque dicha normativa legal reconoce el divorcio (“*taliq*”), sin embargo, establece notas diferenciales según quién sea el ejercitante de la acción, de manera que, así como el hombre puede hacer uso del repudio, donde no tiene que acreditar justificación alguna para su decisión, si como en el caso, en cambio cuando es la mujer quien insta la disolución del vínculo matrimonial, se dispone imperativo intento de reconciliación, bien realizado por juez y/o por dos árbitros nombrados al efecto, lo que se justifica por el concepto que al matrimonio dan los textos sagrados como un deber de todo musulmán y la necesidad de evitar la ruptura, y así, además, sucede ser necesario la necesaria acreditación de causa o del motivo en cuestión que justifique su voluntad de dar por finalizada la unión conyugal, es decir, así como el marido puede dar por finalizada la unión matrimonial por su mera declaración de voluntad, la mujer necesita probar una causa para poder romper el contrato matrimonial, a no ser que el marido haya manifestado su consentimiento anterior o coetáneo, lo que supone estar ambos cónyuges en desigual situación, nota de quebranto del principio de no discriminación por razón de sexo que se pone de manifiesto a su vez en el hecho de admitirse la revocabilidad del divorcio en determinados casos (como consecuencia del ejercicio del derecho de repudio por el esposo o cuando la mujer inicia procedimiento de divorcio judicial por incumplimiento del marido de la obligación de mantenerla o si ésta está desatendida como consecuencia del abandono o del juramento de incontinencia de su esposo), pero sólo a instancia del hombre, supuestos en los que la mujer, la esposa, queda a expensas de que el marido unilateralmente tome una nueva decisión, convirtiendo así el divorcio ejercitado por la mujer como una simple “llamada de atención” a que reconsidere el marido su comportamiento, que de no hacerlo, producirá como efecto la disolución del matrimonio, pero que de actuar en tal sentido, amparado por disposición legal, el efecto es paralización del divorcio y restablecimiento de las relaciones personales y sexuales, bastando con comunicar su decisión a dos adules que, a su vez, lo pondrán en conocimiento del juez, y así (i) si el motivo alegado fuera el juramento por incontinencia o el abandono, no se llega a dictar sentencia hasta que transcurrir un plazo de cuatro meses, señalado a efectos no revocatorios, sino reanudatorios de la vida matrimonial y paralizadores del procedimiento iniciado y suspendido a tales efectos, y (ii) en los demás supuestos esa comunicación provoca se deje sin efecto la sentencia de divorcio ya dictada, convivencia que en caso de no ser deseada obliga a la mujer a iniciar contra su marido, si quiere divorciarse, nuevo procedimiento por discordia o “*siqab*”, obligándole en tanto a una convivencia bajo un mismo techo, siendo consecuencia ineludible de lo expuesto que mientras que el repudio del varón es una fórmula que permite al marido disolver el matrimonio, por su mera voluntad y sin causa, sucede que también depende de su voluntad que prospere el procedimiento judicial instado por su esposa, en base a unas causas legales que se articulan sobre los derechos y deberes asumidos por el matrimonio y que el marido incumple, lo que conlleva dejar claras muestras de desigualdad y discriminación de la esposa dentro del matrimonio islámico, quebrantando así principios constitucionales básicos como el de igualdad –entre los cónyuges– (artículo 32.1) y el de no discriminación por razón de sexo (artículo 14)”.

⁷⁴ M. AMORES CONRADI, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, p. 425.

su Derecho para resolver el divorcio. El derecho a ser alimentada en caso de separación, como quiera que el procedimiento de separación matrimonial se solventa, necesariamente, por el Derecho español, no merece más comentario.

67. Ahora bien, el Tribunal español no podría aplicar las normas que regulan las consecuencias económicas de la ruptura al esposo que las solicitase, por ser normas cuyo destinatario único es la mujer. Si el marido pretendiera tener derecho a una pensión compensatoria su denegación o reconocimiento debería llevarse a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho nacional, común o foral, según el caso. En otro escenario se estaría vulnerando el orden público al negárselo sobre la base de normas discriminatorias (esta vez para el varón). Si la pretensión lo fuera en orden al uso de la vivienda familiar o al derecho de alimentos en el ámbito de una separación matrimonial, es la no regulación de ambas instituciones en el Derecho marroquí la que justifica la entrada del Derecho patrio.

68. Asimismo, en relación a las instituciones de guarda y custodia de los menores, incluida la custodia compartida, que deben activarse como consecuencias de la crisis a fin de establecer quién y cómo deben ejercerse, se resuelven de acuerdo a la ley española, pues el régimen de la *Mudawana* es altamente discriminatorio al distribuir las funciones de tutela (*wilaya*) y custodia (*hadana*) de los menores valiéndose de criterios sexistas⁷⁵.

69. No así, en cambio, el derecho de alimentos de los hijos menores que, en la mayoría de los supuestos⁷⁶, se establece de acuerdo con la normativa marroquí, aunque, en algunas ocasiones se ha aplicado la tesis jurisprudencial del “mínimo vital” para, en apelación, aumentar la cantidad fijada en la sentencia de instancia⁷⁷.

70. Poco comentario merece la liquidación del régimen económico matrimonial en los matrimonios entre súbditos marroquíes⁷⁸ cuya disolución se insta en España, pues dada la inexistencia de reglas en este sentido y que, por tanto, rige la más absoluta independencia patrimonial, no procede la aplicación de precepto algunos de nuestro Derecho en este sentido⁷⁹.

71. Muy partidarios son nuestro Tribunales a la hora de aplicar el Código de familia (concretamente el art. 84) como fundamento para determinar la cantidad indemnizatoria⁸⁰ que debe abonar el marido a la esposa conocida como “don de consolación” o *mut’á*, que asimila a la pensión compensatoria. Ciertamente, en muchos casos los Tribunales han tenido que hacer un esfuerzo interpretativo del orden público, para mantener la institución y, dentro de ella, fijar cantidades indemnizatorias a favor de la ex esposa, aun teniendo que prescindir de los criterios que el Código de familia marroquí tiene en cuenta para concretar el importe, por ser estos discriminatorios y atentatorios, por consiguiente, con el orden público español⁸¹.

⁷⁵ *El Derecho de Familia marroquí: la Mudawana 2004 desde el Derecho español*, cit. 151-179. También puede consultarse M.D. CASAS PLANES Y P. GARCÍA LÓPEZ, “La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de la filiación y de la autoridad parental”, *ADC*, tomo LXVII, 2014, pp. 1254-11335, concretamente la cita es a las pp. 1297-1325.

⁷⁶ En este sentido, sentencias AP Barcelona 09-07-13, VLEX-475079146; 21-01-13, VLEX-427008930; 30-09-14, VLEX-54335670. Cuando el Tribunal accede a fijar una pensión de alimentos en interés del menor, sin mediar solicitud de parte, como es el caso de la sentencia AP Barcelona, 12-03-09, se fija aplicando, como es lógico, el Derecho catalán en aplicación del art. 9.6 CC *in fine*.

⁷⁷ Así lo hace, por ejemplo, sentencia AP Barcelona 14-10-08, VLEX-228914134; AP Tarragona, 02-05-13, VLEX-44742314

⁷⁸ Vid. mi trabajo “Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en la Mudawana 2004: una reflexión desde el Derecho español” en *Actualidad civil* nº18, pp. 2098 – 2117.

⁷⁹ Muy rotunda la sentencia AP Almería 22-07-16, VLEX-678162669. En igual sentido sentencia AP Huesca 14-12-05, VLEX-53390810

⁸⁰ También para considerar que no existe el derecho, como la sentencia AP Barcelona 07-11-07, VLEX-203797455, la de AP Huesca 24-02-10, VLEX-220160147 y la de AP Girona 02-10-14, VLEX-551697690.

⁸¹ Así sucede en la sentencia AP Huesca 07-12-11, VLEX-364259738 dice: “Respecto a la pensión compensatoria, como dijimos en nuestra sentencia de 24 de febrero de 2010, tanto si se aplica el artículo 84 del Código de Familia marroquí, conocido

72. Más controvertida es la institución de la dote y los posibles efectos jurídicos que pudiera reconocer nuestros operadores jurídicos. Una vez disuelto el matrimonio, uno de los instrumentos de los que puede valerse la esposa para conseguir una situación económica más favorable es la reclamación de la dote, si no hubiese sido pagada antes o durante el matrimonio. Como está definida y conceptuada en el Derecho islámico, la dote no puede menos que considerarse atentatoria contra la dignidad de la mujer, que tiene derecho a ella en la medida que hubiera consumado el matrimonio contraído. Desde esta perspectiva, la dote “no pasaría” el filtro de la constitucionalidad y, por consiguiente, el del orden público, que impide aplicar normas en España que lo contravenga.

73. Pero debemos ser más cautos ante tan rotundas afirmaciones. En verdad es una institución discriminatoria, como lo es el derecho al repudio del varón, pero eso no impide que puedan reconocerse sus efectos en determinados casos. El principio de actuación sintetizado en la siguiente afirmación: “la acción del orden público no debería jugar en perjuicio de la mujer musulmana”⁸² debe ser prevalente a la hora de optar por la aplicación (o no) de normas provenientes de un Derecho extranjero, como es el caso que nos ocupa. Desde esta perspectiva, la dote, en la medida que comporta una atribución patrimonial para la esposa, es una fórmula beneficiosa para ella. Aunque el ordenamiento jurídico marroquí es muy prolijo a la hora de establecer las consecuencias patrimoniales para la esposa derivada de la ruptura, en verdad, estas no tienen la entidad de las que conocemos en el Derecho occidental, por lo que la situación de una mujer divorciada en Marruecos, suele ser precaria. La dote cumple, pues, en el Derecho marroquí una función similar a la que realiza en nuestro ordenamiento jurídico la pensión alimenticia y/o a la pensión compensatoria, según las circunstancias patrimoniales de la esposa⁸³. Siguiendo este razonamiento, sea como contenido del acuerdo matrimonial donde se fijó, sea como obligación legal impuesta a consecuencia del matrimonio, deberían aceptar los Tribunales españoles⁸⁴ y al igual que otros Tribunales⁸⁵, reclamaciones de este tipo, no procediendo, pues, por los motivos aludidos, la excepción de orden público.

IV. Reflexión final

74. El Derecho de familia marroquí y el español, por obedecer a diferentes concepciones de la sociedad, se encuentran en planos distintos. No obstante, es posible percibir un acercamiento en el Derecho marroquí a parámetros occidentales de igualdad entre los sexos y entre los miembros de la familia.

con el nombre de La Mudawana [o Al Mudawwanah], en razón de la nacionalidad común de los cónyuges al momento de contraerlo (artículo 9.2 del Código civil), como si tenemos en cuenta el artículo 97 del Código civil, para fijar la compensación que el marido ha de prestar a la esposa en caso de divorcio han de tomarse en consideración la duración del matrimonio y la situación económica del esposo. No podemos valorar a tales efectos lo que el citado artículo 84 del Código de Familia marroquí denomina “los motivos del divorcio”, porque este criterio es contrario al orden público español (artículo 12.3 del Código civil).”

⁸² La frase no es nuestra sino de E. ZABALA ESCUDERO, “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam”, en la obra colectiva *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, nº VIII de 2002, Cuadernos de Derecho Judicial p. 245.

⁸³ Si la mujer no presenta una situación de necesidad, la dote debida podría cubrir la función de pensión compensatoria, si, además, concurren las circunstancias que la generan en nuestro Derecho; en cambio, si hubiera una situación de necesidad, su finalidad sería alimenticia.

⁸⁴ La SAP de Castellón de 04-01-2004 (AC 2004\452), ha resuelto una petición de este tipo con un resultado desfavorable para la peticionaria. De “incorrecta” califica esta resolución J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *“La inmigración islámica en España. Su problemática jurídica*, Madrid, 2007, p. 127. Tampoco accede a ello la sentencia AP Huelva 22-09-14, VLEX-559314530.

⁸⁵ En otros países del mundo occidental sí ha habido pronunciamientos sobre la dote debida reclamada por la esposa al hilo del procedimiento de divorcio o tras obtenerse el divorcio, como una consecuencia de éste. Así, por ejemplo, en EE.UU se le dota de eficacia considerándolo un contrato prenupcial; en Alemania, en cambio, se ha optado por una consideración “funcional” de la dote, reconociéndole efectos en la medida que cumple una función equiparable a la realizada por otras figuras del Derecho alemán, relacionada con los efectos económicos del matrimonio (la pensión alimenticia, un derecho de alimentos...); En el Reino Unido, de forma semejante a la jurisprudencia estadounidense, se considera a la dote como una obligación contractual accediéndose a su reconocimiento y a la obligatoriedad del esposo de pagarlo cuando no lo hubiera hecho constante matrimonio; finalmente, en Francia se le reconoce carácter contractual pero ligado al régimen económico matrimonial. Para un mayor detalle sobre el Derecho comparado vid. E. ZABALO ESCUDERO, *op. cit.* pp. 247 a 252.

Ahora bien, mientras exista esa vinculación y dependencia entre la religión y el Derecho de familia es muy difícil alcanzar logros mayores a los obtenidos en el Código de 2004.

75. Sin embargo, ello no debe impedirnos buscar fórmulas que permitan una interacción entre los dos textos normativos, sobre todo en materia de ruptura matrimonial, en las que el intérprete realizará su función teniendo como objetivos la búsqueda de soluciones que consigan obtener el resultado más beneficioso y la protección de los intereses más débiles. Con esa finalidad, hemos propuesto en este trabajo soluciones a las cuestiones enunciadas, evitando que un estricto sentido del orden público actúe como freno o impedimento para dar viabilidad a soluciones justas y equitativas.

76. El Derecho puede (y debe) ser un instrumento de integración y respeto de la multiculturalidad. Por lo que abogamos por interpretaciones favorables a la aplicación de las normas del Código de familia marroquí a los súbditos marroquíes residentes en España, buscando en ellas reglas que permitan solucionar de forma adecuada los conflictos matrimoniales que entre ellos se suscitan. Pues, esta es una vía idónea para el entendimiento y la convivencia entre ambas culturas.