

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE TÁNGER (MARRUECOS) DE 30 DE ENERO 2017 SOBRE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: ¿AFIRMACIÓN DE LA TRADICIÓN O UN PASO HACIA LA INNOVACIÓN?

THE DECISION OF THE COURT OF FIRST INSTANCE OF TANGIER (MOROCCO) OF JANUARY 30, 2017 ABOUT EXTRAMARITAL FILIATION: AFFIRMATION OF TRADITION OR A STEP TOWARDS INNOVATION?

SALMA EL OUAZZANI CHAHDI

Doctoranda

Universidad de Jaén

Recibido: 29.04.2019 / Aceptado: 17.05.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4979>

Resumen: En Derecho marroquí, la prueba de ADN está limitada al reconocimiento de la paternidad dentro del marco matrimonial, con lo cual la filiación extramatrimonial no puede producir ninguno de los efectos legales entre padre e hijo. El Tribunal de Primera Instancia de Tánger (Marruecos) ha roto con una tradición jurisprudencial muy arraigada al reconocer la paternidad de una niña a través de la prueba biológica. Tal decisión fue rechazada en segundo grado. Ello, se encuentra incompatible con la realidad social marroquí, viola los principios fundamentales de la Constitución y las disposiciones de los convenios internacionales ratificados por Marruecos.

Palabras clave: filiación extramatrimonial, prueba ADN, código de familia marroquí (CFM), constitución (CM), convenios internacionales.

Abstract: In Moroccan law, DNA test is limited to the recognition of paternity within the matrimonial relationship, so that extramarital filiation cannot produce any of the legal effects between father and son. The Court of First Instance of Tangier (Morocco) has broken with a deep-rooted jurisprudential tradition by recognizing the paternity of the child through biological test. Such decision was rejected in the second degree. This is incompatible with the Moroccan social reality; it also violates the fundamental principles of the Constitution and the provisions of international conventions ratified by Morocco.

Keywords: extramarital filiation, DNA test, Moroccan Family Code, constitution (CM), international conventions.

Sumario: I. Introducción. II. La asimetría de la filiación en el CFM y sus efectos sobre la relación padre/hijo. III. Una lectura en los fundamentos del TPI de Tánger. 1. ¿Una emblemática sentencia reconociendo la paternidad “bunuwwa” sin por lo tanto reconocer la filiación “nasab”? 2. Fuentes de Derecho islámico. 3. La regulación marroquí sobre filiación ilegítima: ¿una norma inconstitucional? 4. ¿Dilema: Derecho material o instrumentos internacionales? 5. ¿Pensión alimenticia o reparación del daño causado? IV. Reflexión final.

I. Introducción

1. La realidad social marroquí se encuentra en un enorme desfase con algunas normas jurídicas vigentes, también existen ciertas contradicciones entre las distintas fuentes de regulación en el ordenamiento jurídico. Esta situación se refleja en el ámbito de la filiación y, a su vez, en las soluciones adoptadas por la jurisprudencia.

Como buen ejemplo de ello, las soluciones adoptadas en el caso que nos ocupa, que sea en primer grado (TPI)¹ o en segundo grado, Corte de Apelación (CA)².

En primer lugar, se va a realizar una breve referencia a las disposiciones de la legislación marroquí sobre filiación. En segundo lugar, un análisis de los fundamentos del TPI para averiguar hasta qué punto esta decisión realiza la equidad y la justicia para las partes y, verificar su conformidad con los demás componentes jurídicos del ordenamiento jurídico marroquí (CFM³, CM⁴ y los convenios internacionales).

II. La asimetría de la filiación en el CFM y sus efectos sobre la relación padre/hijo

2. En Marruecos, al igual que en todos los países de tradición musulmana⁵, solo la filiación paterna legítima “*nasab*” atribuye los derechos y efectos que derivan de esta relación⁶. En consecuencia, el CFM no reconoce ni la filiación ilegítima ni la adopción⁷.

De conformidad con el CFM⁸, la filiación parental resulta de la procreación del hijo por sus padres, y es de dos tipos legítima o ilegítima, de tal modo que la filiación del niño/a nacido en el seno de un matrimonio se establece de pleno derecho en relación con el padre y la madre⁹. Sin embargo, la filiación ilegítima no produce ningún efecto en relación con el padre (art.148) a excepción de la madre a quien se le atribuye el vínculo materno-filial con sus hijos que se trate de una filiación legítima o ilegítima (art. 147)¹⁰.

Esta asimetría entre la filiación paterna y materna en el CFM es la causa de una reglamentación diferenciada de dos tipos de filiaciones (materna y paterna) y permite aceptar que el hijo/a natural esté vinculado a su madre y no a su padre¹¹.

3. La filiación paterna o *nasab* se define como el parentesco legítimo entre el padre y el hijo, que se transmite en línea familiar descendente de padres a hijos (art.150), deriva principalmente de la cohabitación “*al-firās*”¹².

¹ Decisión nº 320, expediente nº 1391/1620/2016, 30 enero de 2017 (inédita).

² Decisión (sin número), expediente nº 246/1620/2017, 10 de octubre de 2017 (inédita).

³ Dahir nº 01.04.22 (03 de febrero de 2004) promulgando la ley nº 70.03 sobre el Código de Familia.

⁴ Dahir nº 1-11-91 (29 de Julio de 2011) promulgando el texto de la Constitución.

⁵ A excepción de Túnez que mediante la ley de 28 de octubre de 1998 (art. 3 bis, al.4) reformada y completada por la ley de 7 de julio de 2003 ha otorgado derechos subjetivos a favor de los hijos extramatrimoniales (pensión alimenticia, nombre, tutela, guarda) permitiendo el establecimiento de la paternidad y maternidad mediante la prueba genética (art. 3 bis al. 1 y al. 2) de la misma ley. Sin embargo, cabe destacar que sigue siendo una ley incompleta por no permitir al hijo/a ilegítimo heredar de sus padres tras el reconocimiento. En R. BOUKHARI, “La filiation en droit international privé tunisien”, *Revue de droit international et de droit comparé*, 2011, nº 3, p. 420-421, pp. 399-432.

⁶ A saber, la autoridad paterna (*wilāya*), la sucesión, la pensión alimenticia (*nafaqa*), la custodia (*ḥaḍāna*)...etc.

⁷ El art. 148 dispone: “La filiación ilegítima en relación con el padre no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima”. Asimismo, el art.149 dispone: “La adopción se considera nula y no produce ninguno de los efectos de la filiación paterna legítima”. Sin embargo, en Derecho islámico existe la institución de la *kafala* (art. 149 CFM), regulada por la Ley nº 15-01 relativa a la *kafala* de los niños abandonados, de 13 de junio de 2002, cuya promulgación tuvo lugar por Dahir nº 1-02-172, de 13 de junio.

⁸ El CFM regula la filiación en sus artículos 142 a 162.

⁹ Lo mismo ocurre tras el matrimonio viciado (art. 59 CFM); el que resulte de relaciones sexuales por error “*šubha*” o bien de un reconocimiento de paternidad “*istilhāq*” (art.157CFM).

¹⁰ En este caso, se le otorga al niño/a todos los derechos resultantes de la relación matrimonial.

¹¹ M-C FOBLETS/J-Y CARLIER, *Le Code marocain de la famille: Incidences au regard du droit privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 77.

¹² Literalmente “lecho conyugal”, según el guía Practico del CFM significa “relaciones conyugales”, p. 100. Además de otros modos como “*iqrār*” o “*šubha*” (art. 152).

Es importante mencionar, que las normas regulando la filiación en el CFM tienen su fuente exclusiva en Derecho musulmán o “*fiqh*”¹³, recogidas en un primer momento por el Código de estatuto personal marroquí¹⁴ y mantenidas por el CFM.

4. En cuanto a los medios de prueba, el art. 158 del CFM dispone que la filiación paterna se establece por la existencia de relaciones sexuales¹⁵ de los padres del niño/a “*al-firāš*”; por el reconocimiento de la paternidad “*iqrār*”; por el reconocimiento de dos testigos cualificados (*adules*)¹⁶, por notoriedad pública¹⁷ y, por cualquier medio legalmente previsto incluido el peritaje judicial (prueba médica)¹⁸.

5. Los supuestos en los que el CFM admite la prueba médica (ADN¹⁹) se limitan a las demandas basadas en un matrimonio válido (arts. 69-64); el reconocimiento de la paternidad “*iqrār*”; las relaciones sexuales mantenidas por error “*šubha*”²⁰. En cuanto a las relaciones extramatrimoniales²¹, la legislación marroquí las excluye de la posibilidad de reconocimiento de la paternidad²² y, menos haciendo uso de la prueba de ADN, varias sentencias van en este sentido²³.

¹³ “Ciencia del Derecho creada mediante la tarea de penetrar el sentido del texto sagrado –Corán y sunna– y obtener la norma para el caso concreto por resolver”, en T-M. ESTEVEZ BRASA, *Derecho civil musulmán*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 178

¹⁴ Primer Código marroquí de estatuto personal codificado con fecha de 1957/1958. Dicha codificación se quedó fiel a los preceptos de la escuela *mālikī*. Esta última, Fundada por el imam *Mālik Ibn Anas al-Asbahī*. Era originario de Yemen de la tribu de *al-Asbahī*. Escribió una recopilación de *hadīces* como es *al-Muwatta’*, que trata de los aspectos principales del “*fiqh*”. Esta escuela es seguida principalmente en los países de África. Existen otras escuelas jurídicas seguidas en otros Estados islámicos: *hanafī*, *hanbalī* y *šāfe’ī*.

¹⁵ Aquí cabe precisar que las relaciones sexuales son las mantenidas dentro del matrimonio, “lecho conyugal” es sinónimo de matrimonio y no puede ser asimilado a la cohabitación (relación fuera del matrimonio).

¹⁶ Se trata de notarios tradicionales de derecho musulmán, dependen del Ministerio de justicia, asisten a la autoridad judicial en el otorgamiento de determinados actos, esto es, redactan y registran actas como las de matrimonio, divorcio, filiación, sucesión. R. NAJ EL MEKKAOUI, *La Moudawanah (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en harmonie*, T3, *de la réforme de la Moudawanah a la concrétisation de son âme*, Bouregreg, Rabat, 2009, p. 343.

¹⁷ Testimonio basado en los dichos o comunicación auditiva de la comunidad honorable (personas respetables). R. NAJ EL MEKKAOUI, *La Moudawanah (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en harmonie*, T1, *Le mariage et la filiation*, Bouregreg, Rabat, 2009, p. 394.

¹⁸ La prueba médica fue introducida por el legislador marroquí en el CFM (art. 158), los demás medios citados tienen su fuente en derecho musulmán. La posibilidad de recurrir a esta última en el ámbito de la filiación, se caracteriza por una ambigüedad en la redacción de los artículos que la consagran (arts. 153 y 158) debido a la terminología usada “prueba pericial” y “prueba judicial”. Se encuentra regulada en los artículos 59 a 66 del Código de Procedimiento civil considerándola como un procedimiento que puede aportar ayuda al juez durante el proceso, mientras que el CFM la considera como un instrumento de prueba (arts. 16; 158; 222). De tal modo, el legislador no se refiere de manera expresa a la “prueba médica”, y concretamente, al análisis de las huellas genéticas (ADN). En K. BERJAOU, “Evolución de las normas relativas a la filiación en Derecho marroquí”, (en árabe), *Risālat al-mouhāmat*, junio 2007, n° 27, Dār al-qalam, p. 63, pp. 63-77. Esta ambigüedad ha sido corregida mediante el Guía elaborada por el Ministerio de Justicia marroquí que menciona de forma específica, explicando el art. 153, que se trata de la prueba médica, basada en los últimos progresos científicos en este ámbito, incluidas las huellas genéticas. En *Guide Pratique du Code de la Famille*, Publications du Ministère de la Justice, Matba’ath Fadāla, 2006, p. 99.

¹⁹ Estudio genético que tiene como objetivo determinar el vínculo genético ascendente en primer grado entre un individuo y su genitor.

²⁰ Es el error sobre la persona con quien se ha contraído matrimonio y hubo relaciones íntimas. “El CFM utiliza esta expresión para referirse al acceso carnal por presunción errada de legítimo matrimonio aduciendo razones verosímiles (art. 155 del CFM). El error puede ser de hecho, de derecho o existir un error de acta (art. 147 CFM). Es la duda, incertidumbre, presunción errada de licitud, buena fe errada. Según la mayoría de los teólogos musulmanes, el error (*subha*) es todo error que pueda ocurrir sin que la persona pueda darse cuenta de si se trata de un acto prohibido o permitido”. EN G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad* (traducción comentada del Código de Familia de 2004), Sevilla: Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 2009, p. 261.

²¹ Consideradas en derecho musulmán como “*zinā*” o fornicación. Constituyen en Derecho marroquí un delito pasible de una pena de prisión de un mes a un año (art. 490 CFM).

²² Es la posición del Tribunal supremo (Corte de Casación desde 2011) que, en varias ocasiones, ha confirmado en sus pronunciamientos: decisión n° 215 con fecha de 26 de abril de 2011, expediente n° 754/2/1/2009; decisión n° 481 con fecha de 26 de septiembre de 2007, expediente n° 06/2/1/2007. En M. BAFQUIR, *La Mudawwana y la jurisprudencia marroquí*, (en árabe), *Manšūrāt dirasāt qaḍā’iya*, Silsilat al-qānūn wa al-‘amal al-qaḍā’i al-maghribiyayn, Casablanca, 2014, pp. 196 y 197.

²³ Decisión n° 574, expediente n° 465/06, con fecha de 14 de noviembre de 2007; decisión n° 651, expediente n° 395/06, con fecha de 22 de noviembre de 2006, *ibidem*, pp. 197 y 198. También, decisión (sin número), de 17 de abril de 2008, expediente n°

III. Una lectura en los fundamentos del TPI de Tánger

1. ¿Una emblemática sentencia reconociendo la paternidad “*bunuwwa*” sin por lo tanto reconocer la filiación “*nasab*”?

6. Partiendo de la diferencia entre, de un lado, el concepto de “*bunuwwa*” que es la relación de sangre entre el hijo/a y los que le han procreado, pudiendo ser legítima o ilegítima (art. 142 CFM) y por otro, el concepto de “*nasab*” (filiación jurídica paternal) definida por el CFM como: “*El parentesco legítimo entre el padre y su hijo que se transmite en línea familiar descendente de padres a hijos*”²⁴, el Juez reconoció a favor de la niña la “*bunuwwa*” a excepción del “*nasab*”. Esta declaración de paternidad a través de la prueba de ADN, si bien constituye un avance en la jurisprudencia marroquí²⁵ no cambia la situación jurídica de la niña porque le priva de todos los derechos otorgados a los hijos/as legítimos²⁶.

2. Fuentes de Derecho islámico

7. El Tribunal se basó principalmente en el verso coránico²⁷ que establece la obligación hecha a cargo de los padres de reconocer a sus hijos una vez que se haga efectiva tal relación, porque este reconocimiento corresponde con la equidad.

También, se ha recurrido a los *hadices*²⁸ del Profeta y a los distintos procedimientos inventados por los jurisconsultos musulmanes o *fuqahā*²⁹ con la finalidad de dar respuestas a las nuevas problemáticas sociales. De estos procedimientos está el “*istislāh*”³⁰. En el contexto de la decisión analizada, el interés del niño sería determinar su filiación, este interés prevalece sobre otras consideraciones de orden legal o social con el fin de protegerle contra la exclusión social, la discriminación normativa y la irresponsabilidad de su padre. Un reconocimiento que corresponde perfectamente con la equidad de la *šarī’a*³¹.

32/07, TPI de Zagoura. “*Dado el hecho de que la solicitud de efectuar la prueba de ADN para el reconocimiento de la filiación legal está supeditada a que la persona que la solicite esté vinculada a la demandada por una relación matrimonial o noviazgo conocido por las familias. Considerando que la solicitud de la demandante se hizo en el contexto fuera del matrimonio y del noviazgo, con lo cual no tiene fundamento y se declara su rechazo*”. (Traducción propia). En *Justice de la famille*-Revue spécialisée, Ministère de la Justice, Publications de l’Association de Diffusion de l’Information Juridique et Judiciaire (A.D.I.J.J), n° 4-5, febrero 2009, p. 267.

²⁴ Art. 151 CFM.

²⁵ Las decisiones de la jurisprudencia marroquí, que sea antes o después del Protectorado, condenando al padre a pagar una indemnización en concepto de alimentos al niño/a y a la madre a base del reconocimiento de la paternidad, vinculaba, únicamente, a extranjeros no musulmanes. Tratándose de marroquíes, les era prohibido la presentación de una acción de reconocimiento de la paternidad, así como la demanda de alimentos; además de ser condenados por fornicación o adulterio. En M. CHAFI, “L’enfant né hors mariage au Maroc”, *Revue Marocaine de Droit et d’Economie du Développement*, n° 19, 1989, P. 146, pp.133-152.

²⁶ Se trata de la sucesión, la pensión alimenticia, la existencia de los impedimentos matrimoniales, así como los derechos y obligaciones derivados de la parentalidad contenidos en el art. 54 CFM.

²⁷ Sura 33, 5: “*Llamadles por su padre. Es más equitativo ante Dios. Y, si no sabéis quién es su padre, que sean vuestros hermanos en religión y vuestros protegidos. No incurris en culpa si en ello os equivocáis, pero sí si lo hacéis deliberadamente. Dios es indulgente, misericordioso*”. Versión Castellana de Julio Cortés, Centro Cultural Islámico Fátimah Az-Zahra - Publicaciones Electrónicas, pp. 32 y 33.

²⁸ Se trata de las “*Narraciones que representaran los dichos y hechos del Profeta*”, su conjunto forma la “*sunna*” del Profeta “*Conducta o tradición del Profeta*”, en T-M. ESTEVEZ BRASA, op. cit., p. 153.

²⁹ Son “*juristas especializados en el Derecho Islámico. La palabra castellana alfaquíes deriva de la misma en singular (al-faqīh)*”. En G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), op. cit., p. 256.

³⁰ Es el interés o bien público en beneficio general de la comunidad. En este sentido, para IBN ROCHD (Abū l-Walīd’ Aḥmad ibn Muḥammad ibn Rušd) al igual que para el rito *malikī*, el interés debe prevalecer aunque no se basa en ningún texto de Derecho musulmán. En *Bidāyat al-mouytahid wa nihāyat al-muktašid*, T 1, Egypto, Maktabat al-kouliyāt al-azharia, 1982, p. 270. Asimismo, se recurría a un procedimiento llamado “*al-qiyāfa*” consistiendo en que una persona especializada en este ámbito llamada “*al-qāif*”, confirma la existencia del vínculo paterno familiar entre el padre y el hijo basándose en el parecido entre los cuerpos de ambos y, en particular, los pies. Son procedimientos reconocidos por parte de los jurisconsultos musulmanes (particularmente la escuela *malikī* y *šāfi’ī*. En A. EL KHAMLI, *Comentario sobre la ley de estatuto personal: efectos del nacimiento, la capacidad y la tutela legal*, (en árabe), T2, Dār a-nnašr wa al-ma’rifā, Rabat, 1994, p. 66.

³¹ Literalmente es el camino a seguir, es el conjunto de las reglas que fijan la conducta de los musulmanes en la legislación islámica, sus principales fuentes son el Corán y la *sunna*.

8. Si bien existe en las fuentes primarias (Corán y *sunna*) normas a favor del reconocimiento de la filiación extramatrimonial, la posición dominante de los “*fuqahā*” a través de la interpretación de dichas fuentes es el rechazo de dicha filiación.

Esta posición conduce a otorgar exclusividad a los medios de prueba de Derecho musulmán³², que son propios a un contexto histórico donde no existía la prueba del ADN. Esta supremacía vence la prueba genética en el reconocimiento de la filiación extramatrimonial creando un desfase con el progreso científico hoy en día.

De hecho, no se trata de la imposibilidad de probar la filiación natural³³, sino de la concepción que tiene el Derecho musulmán de las relaciones sexuales³⁴.

9. Por otro lado, cabe destacar que la posición de rechazo ante el reconocimiento de la filiación extramatrimonial tiene su base en el consenso unánime (*iḥmā*)³⁵ de los jurisconsultos de Derecho musulmán³⁶. Sin embargo, relevantes autores de los cuales M. EL KHAMLI, consideran que no existe unanimidad sobre esta cuestión³⁷. Efectivamente, si la corriente dominante considera que el hijo/a extramatrimonial no puede vincularse a su padre (escuelas jurídicas *mālikī*, *šāfi* *ī*, *ḥanbalī* y *ḥanafī*) otros estiman que se puede establecer dicha relación paterno-filial (parte de los *mālikī* y *ḥanafī*).

10. Partiendo de estas premisas, se hace preciso destacar el carácter positivo del Derecho musulmán así que su fuerte vinculación a las circunstancias de su elaboración³⁸.

Las normas regulando la filiación extramatrimonial son el resultado del *iḥtihād*³⁹ o “esfuerzo intelectual” de los jurisconsultos musulmanes. Son normas basadas en las convicciones personales y en las circunstancias sociales de una época determinada, en consecuencia, no tienen carácter imperativo.

11. Por tanto, cuando una disposición resulta contradictoria con los principios de justicia y de equidad, como finalidad de toda norma jurídica, debe ser revisada o eliminada. Es la idea por la cual aboga IBN ROCHD cuando afirma: “*Es preciso liberarse de las codificaciones de las escuelas islámicas consideradas como parte integrante del fiqh o Derecho musulmán de obligado cumplimiento y, ba-*

³² “*Al-firās*”; testimonio de dos *adules* “*iḥhād al-ṣuhūd*”; “*al-iqrār*”.

³³ Ya que en otros casos se admite la prueba del ADN como es el caso de los conflictos sobre la maternidad de un niño/a; el reconocimiento o denegación de la filiación resultante de la relación matrimonial.

³⁴ Que condena las relaciones extramatrimoniales. En S. BEN HALIMA, “L’enfant en droit privé”, *Actualités juridiques tunisiennes*, Actes du Colloque organisé par l’Association Tunisienne de Droit Privé, Tunis les 12-13 décembre 2002, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, n° 16, 2003, p. 26. En el mismo sentido, afirma S. JAHEL, el carácter de crimen contra la religión que constituye el acto sexual ilícito explica la severidad del sistema y con ello la imposibilidad de reconocer un hijo natural. S. JAHEL, *La place de la chari’a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, LGDJ, Paris, 2012, p. 144.

³⁵ Cabe mencionar que en Derecho comparado, los ordenamientos jurídicos de todos los Estados islámicos rechazan el reconocimiento de la paternidad en los supuestos de las relaciones extramatrimoniales, un rechazo basado exclusivamente en la unanimidad de los jurisconsultos musulmanes. En M. EL KACHBOUR, *Paternidad y filiación en la Mudawwana-lectura de las novedades: Estudio comparativo de las normas legales y de Derecho musulmán* (en árabe), *Silsilat a-ddirāsāt al-qānuniya al-mou āsira*, n° 14, 2007, p. 33.

³⁶ “*El Derecho musulmán o el “fiqh” es un Corpus de reglas jurídicas que trata de todos los problemas de la vida en sociedad. Este monumento jurídico ha sido desarrollado por centenares de autores en miles de obras referentes a las distintas ramas del Derecho: derecho penal, estatuto personal, derecho de bienes raíces (contratos y obligaciones) o contencioso administrativo...etc.*”, M. CHARFI, *Islam y libertad: el malentendido histórico*, Almed, Granada, 2001, p. 73. Cabe mencionar que en Derecho comparado, los ordenamientos jurídicos de todos los Estados islámicos rechazan el reconocimiento de la paternidad en los supuestos de las relaciones extramatrimoniales, un rechazo basado exclusivamente en la unanimidad de los jurisconsultos musulmanes. En M. EL KACHBOUR, *Paternidad y filiación en la Mudawwana-lectura de las novedades: Estudio comparativo de las normas legales y de derecho musulmán* (en árabe), op. cit., p. 33.

³⁷ A. EL KHAMLI, Comentario sobre la ley de estatuto personal, op. cit., p. 92 y 93. Esta opinión, se ha plasmado con anterioridad con IBN ROCHD cuando afirma: “*La imposibilidad de la unanimidad general*”, en IBN ROCHD, ‘*Faṣl al-maqāl*’ (*Discurso decisivo*), Beyrouth, Dār al-maṣriq, 1973, p. 73.

³⁸ A. MEZGHANI, “Réflexions sur les relations du Code de statut personnel avec le droit musulman classique”, *Revue tunisienne de Droit*, Imp. G.I.S.T, Sfax, 2ème semestre, 1975, p. 59, pp. 53-84.

³⁹ Es la opinión personal de un doctor musulmán, en fin de solucionar un problema que no tiene respuesta en las diferentes fuentes directas o indirectas. En S. MAHMASSANI, *La filosofía de legislar en el Islam: Estudio comparativo de los ritos islámicos y los sistemas legales modernos*, (en árabe), Dar al ‘ilm lil malāyin, 1980, Bayrouth, p. 21.

sarse en la razón -el uso objetivo de la razón-(*dañil al- 'aql*) cuando no existe un verso coránico sobre alguna cuestión”⁴⁰.

12. Esta última constatación nos lleva a concluir que el Derecho musulmán no es inmutable, sino es susceptible de renovarse, de adaptarse a los cambios sociales y a los avances científicos⁴¹. Efectivamente, el mantenimiento de algunas instituciones desfavorables hacia las mujeres y los niños/as no tiene su causa en “*El carácter inmóvil de los orígenes del Derecho marroquí, sino en las posiciones conservadoras de los diferentes codificadores que han optado por el inmovilismo*”⁴². La cuestión de la filiación ilegítima suscita, hoy en día, un “*Enfrentamiento entre la tradición y la modernidad, una tradición jurídica que una interpretación literal impide de conciliar con la modernidad científica*”⁴³.

Este caso al igual que el asunto *Belakhdim*⁴⁴ muestra de manera clara “*La posición tradicionalista que hace prevalecer la doctrina “fihiste” del lecho conyugal contra la prueba de ADN*”⁴⁵. Cabe gran relevancia destacar que tras la entrada en vigor del CFM, el Tribunal Supremo⁴⁶ procedió a afirmar su posición que hace prevalecer los medios de reconocimiento tradicionales sobre la prueba de ADN.

3. La regulación marroquí sobre filiación ilegítima: ¿una norma inconstitucional?

13. El art. 32.3 de la CM dispone: “*El Estado asegura una protección jurídica y una igual consideración social y moral a todos los niños, con independencia de su situación familiar*”⁴⁷. Basándose en estas disposiciones, el Juez ha considerado que la niña debe ser vinculada a su padre independientemente de su situación familiar (que sea hija legítima o ilegítima) tal como proclama la CM.

14. A nuestro entender, este precepto no deja duda de que todos los niños/as son iguales ante la ley y merecen el mismo trato, con lo cual sus derechos y obligaciones en relación con sus padres y la sociedad⁴⁸ han de ser idénticos con independencia de que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Efectivamente, el art.32.3 de la CM al reconocer a los menores de edad una igual protección jurídica⁴⁹; una protección social⁵⁰ y una protección moral⁵¹, pretende hacerles beneficiar del disfrute

⁴⁰ IBN ROCHD, op. cit., p. 1, (traducción propia).

⁴¹ Distintas instituciones de Derecho musulmán que han sido eliminadas sin invocar su carácter religioso o sagrado tales como “*al-inzāl*”, “*al-kirdār*”, “*al musākat*”...etc. En M. CHARFI, op. cit., p. 75. Otras instituciones fueron prohibidas para luego admitirlas como es el caso del préstamo con intereses, prohibido en una época durante la cual el capital financiero no tenía ningún rol, sin embargo la interdicción fue retirada cuando este interviene en la vida económica, en A. MEZGHANI, op. cit., p. 60. Asimismo como avanza S. JAHEL “*Efectivamente, para dar repuestas a las exigencias de la vida cotidiana, los jurisconsultos se han esforzado en disminuir el rigor de los principios establecidos para asegurar la perfectibilidad del hombre, es el caso de los subterfugios jurídicos o “hiyal” destinadas a desviar las reglas difícil a soportar*”. En S. JAHEL, op. cit., p. 141.

⁴² K. ZAHER, “*Quel accueil en France pour les divorces prononcés au Maghreb?*”, en *Revista Rihāb al- mahāquim*, n° 5, abril 2010, p. 15, pp. 5-18.

⁴³ F-P. BLANC, “*La présomption al-walad li-l-firās et les tests ADN- la position du droit marocain: à propos de l’arrêt Bel-lakhdim contre Ijourk rendu par la cour d’appel d’el Jadida le 29 avril 2003, Revue franco-maghrébine de droit*, n° 12, 2004, p. 243, pp. 243-264.

⁴⁴ “*Un asunto que enfrente en materia de derecho internacional privado dos concepciones de orden público, uno islámico prevaleciendo “l’enfant du lit” contra la solución occidental secular y positivista del ADN*”. En M. MOUATIQ, “*Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau Code de la famille*», en *Le Code de la famille: perceptions et pratiques judiciaires*, M. BENRADI, H. ALAMI M’CHICHI, A. OUNNIR y [Al], Friedrich Ebert Stiftung, 2007, pp. 176 y 177, pp. 141-188.

⁴⁵ Ibidem, p. 142, (traducción propia).

⁴⁶ Decisión n° 658, con fecha de 30 de diciembre 2004, expediente n° 556/2/1/2003. En A. ZOUGARI, “*El reconocimiento de la filiación*”, (en árabe), *Revista Al-moulhaq al-qadāi*, n° 40, enero 2007, p. 7, pp. 7-17.

⁴⁷ Asimismo el art. 32.3 de la CM afirma en su Preámbulo que Marruecos reafirma y se compromete a: “*Abolir y combatir toda discriminación contra cualquiera, por razón de sexo, color, creencias, cultura, origen social o regional, lengua, incapacidad o cualquier otra circunstancia personal; [...]*”.

⁴⁸ El hijo ilegítimo, como cualquier otro ciudadano, participa en la defensa de la patria; contribuye a las cargas públicas, arts. 38-39 y 40 de la CM. En M. CHAFI, “*L’enfant né hors mariage au Maroc*”, op. cit., p. 152.

⁴⁹ Derechos económicos que son la sucesión, la pensión alimenticia, preservar su identidad en lo que se refiere a sus nombres, nacionalidad e inscripción en el RC...etc.

⁵⁰ Acceder a un estatuto familiar protector.

⁵¹ Garantizándoles un crecimiento normal físico como psíquico.

de todos sus derechos, tal protección debe ser entendida en su sentido más amplio incluyendo a todos los menores.

Sin embargo, estos principios de igualdad y no discriminación resultan vulnerados cuando el Juez reconoce a la niña la paternidad “*bunuwwa*” a excepción de la filiación “*nasab*”.

15. Partiendo de estas premisas, resulta que la ley contenida en el CFM es una ley discriminatoria en relación con los hijos extramatrimoniales por razón de nacimiento y con ello vulnera los principios constitucionales, en particular, el art. 32.3. En consecuencia, se convierte en una ley contraria a una norma superior contenida en la CM, estos es, una norma inconstitucional que ha de ser eliminada por atentar a los derechos garantizados a los niños/as por la CM. Cabe señalar que esta última, otorga el derecho de invocar una cuestión de inconstitucionalidad conforme a sus arts. 133 y 134⁵². A nuestro juicio, en estos casos, la invocación de una cuestión de inconstitucionalidad queda la única salida porque la violación de la Constitución por una ley injusta es el único instrumento eficaz de contestar esta ley⁵³.

4. ¿Dilema: Derecho material o instrumentos internacionales?

16. El Tribunal se basó en los convenios internacionales ratificados por Marruecos, básicamente, la *Convención sobre los derechos del Niño*⁵⁴ comprometiéndose a cumplir con sus disposiciones, concretamente, en lo que se refiere a la filiación, el art. 2 sobre la no discriminación⁵⁵ y el art. 7 sobre la inscripción, nombre y nacionalidad⁵⁶. Y, el *Convenio de Estrasburgo* sobre el ejercicio de los derechos del niño de 25 de enero 1996⁵⁷.

17. Los convenios internacionales ratificados por Marruecos abogan por el interés superior del niño, un principio que, hoy en día, ocupa un lugar central en el Derecho de familia y del niño⁵⁸. Por lo tanto, los jueces a la hora de decretar, deben considerar no solamente el Derecho material (CFM), sino también los convenios internacionales. Estos últimos deben ser promovidos con el fin de conseguir los objetivos requeridos por su elaboración y ratificación. La CM, en su preámbulo, proclama expresamente

⁵² El derecho de plantear la inconstitucionalidad de una norma jurídica o una decisión judicial está previsto por la CM en su art. 133: “*El Tribunal Constitucional es competente para conocer de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en el curso de un proceso, cuando una de las partes sostenga que la ley de la que depende el fallo del litigio, atenta a los derechos y libertades garantizados por la Constitución*”. Asimismo el art. 134 dispone: “*Una disposición declarada inconstitucional sobre el fundamento del artículo 132 de la presente Constitución no puede ser promulgada ni puesta en aplicación*”.

⁵³ Porque cualquier contestación de dicha ley injusta quedara en el “*verbiage*” filosófico o polémico. En R. DRAGO, “*La méthode législative a la lumière du juste et de l’injuste*”, *De l’injuste au juste*, Dalloz, Paris, 1997, p. 68.

⁵⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 1989, ratificada por Marruecos por dahir de 21 de junio de 1993, B.O n°4440, p. 2847 dahir n° 1.93.363 de 21 noviembre 1996.

⁵⁵ “*1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares*”.

⁵⁶ “*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”. En el mismo orden de ideas, Marruecos ha puesto en marcha varios mecanismos institucionales para proteger a los menores en situación de desamparo, citaremos, el *Observatorio Nacional de los Derechos del Niño*; el *Parlamento del Niño* y la *Liga Marroquí para la protección de la infancia*; también sus programas nacionales como la *Iniciativa Nacional para el Desarrollo Humano (INDH)* y el *Plan de acción nacional para un Marruecos digno de sus niños*. Todos estos mecanismos tienen como misión introducir cambios efectivos para mejorar la situación de todos los menores, protegerles y preservar sus derechos a nivel jurídico como social, sin lo cual su razón de ser es totalmente simbólica.

⁵⁷ Ratificado por Marruecos por dahir de 27 de marzo de 2014, BO n° 6242.

⁵⁸ D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T II (partie spéciale), 2 Ed, Thémis, Presses Universitaires de France, 2010, p. 160.

la supremacía de los convenios internacionales ratificados por Marruecos sobre el derecho interno⁵⁹, lo que conduce a armonizar las disposiciones de este último con las de los convenios internacionales.

18. Ahora bien, esta afirmación debe ser matizada debido, por un lado, a las disposiciones contenidas en la CM que supeditan la supremacía de dichos convenios al “*Respeto de las disposiciones de la Constitución, de las leyes del Reino y de su identidad nacional inmóvil*”. Aquí, cabe preguntarse: si las disposiciones del CFM basadas en Derecho musulmán son disposiciones inmutables y forman parte integrante de la identidad nacional, en consecuencia, no pueden ser sustituidas por las disposiciones de las convenciones internacionales. Y, por otro, debido a las reservas emitidas contra algunas disposiciones de los Convenios y pactos internacionales⁶⁰.

A nuestro juicio, consideramos que cuando una disposición de los convenios internacionales choca con una norma de Derecho musulmán conduce a la eliminación de la primera y la supremacía de la segunda. Esta sentencia es un buen ejemplo de ello porque a pesar de que el Juez del TPI, para dar una solución “relativamente” satisfactoria al caso, ha recurrido a los convenios internacionales debidamente ratificados por Marruecos, su solución fue rechazada en segundo grado dando primacía a la norma contenida en Derecho interno.

No cabe duda que al supeditar la supremacía del Derecho internacional convencional al respeto de la “*identidad nacional inmóvil*” del Reino, en la cual predomina la religión musulmana, se ha introducido una relevante reserva para la efectividad de esta nueva jerarquía normativa⁶¹.

19. Asimismo, se puede preguntar si el Juez marroquí, en su búsqueda de la solución que se adecua a la justicia, se encuentra libre a recurrir directamente a las disposiciones de los convenios internacionales ratificados por Marruecos.

Algunos autores⁶² consideran que tal posibilidad está descartada por dos razones. Primero, debido a que la función judicial es una función delegada⁶³, el Juez es el representante del Rey, comandante de los creyentes (*amīr al-mu'minīn*) y el protector de la religión⁶⁴. Segundo, la disposición del art. 400⁶⁵ del CFM hace del recurso a las disposiciones de la escuela *mālikī* y a la jurisprudencia una obligación a cargo de los magistrados⁶⁶.

En consecuencia, el margen de libertad otorgado a los Jueces para elegir la norma aplicable (nacional o internacional) queda muy limitado. Asimismo, no hay que olvidar otros factores que influ-

⁵⁹ “*Otorgar a las convenciones internacionales, debidamente ratificadas por él, en el marco de las disposiciones de la Constitución y de las leyes del Reino, en el respeto de su identidad nacional inamovible, y desde la publicación de estas convenciones, la primacía sobre el Derecho interno del país, y armonizar en consecuencia las disposiciones pertinentes de su legislación nacional*”.

⁶⁰ No obstante, cabe mencionar que siguiendo su política de armonización de su legislación interna con la internacional, Marruecos ha retirado algunas reservas: el 8 de abril 2011 sus reservas al párrafo 2 del art 9 y 16 de la CEDAW; el 19 de octubre 2006 su reserva al art. 14 de la Convención sobre los derechos del Niño, referida al derecho de elegir su religión reemplazándola por una declaración interpretativa.

⁶¹ D. MELLONI, “La Constitution marocaine de 2011: Une mutation des ordres politique et juridique marocains», *Pouvoirs (Revue française d'études constitutionnelles et politiques)*, n° 145, Le Maroc, avril 2013, p. 16, pp. 5-15.

⁶² M-C. FOBLETS/M. LOUKILI, “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, n° 3, julio- septiembre, 2006, p. 553 y 554, pp. 457-742.

⁶³ En Marruecos, el ámbito judicial está estructurado en lo que se refiere a su funcionamiento, al menos a nivel de sus altas esferas, por un referencial religioso que reenvía a la teoría de la delegación del poder judicial en derecho público musulmán. En N. BERNOUSSI/A. EL MASLOUHI, “Les chantiers de la “bonne justice”: Contraintes et renouveau de la politique judiciaire au Maroc”, *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/3, n° 91, p. 483, pp. 479-510.

⁶⁴ El Rey en su calidad de garante del Islam y sus disposiciones, su poder tiene su legitimidad directamente de la tradición islámica, en consecuencia, no puede contradecir los valores fundamentales arraigadas en la mentalidad de toda una sociedad, consideradas como derivadas directamente del Corán y por ende sagradas. En este sentido, como lo explica B. BOTIVEAU, la misión del Príncipe, como garante de un ordenamiento jurídico basado en la *šarī'a*, no es solamente gobernar sino gobernar de conformidad con este orden. B. BOTIVEAU, “Droit islamique: du politique à l'anthropologique”, *Droit et société*, n°15, 1990, Le changement juridique dans le monde arabe: jalons théoriques, p. 162, pp. 161-174. Esta idea se encuentra confirmada en el discurso del Rey a la ocasión de la promulgación del CFM plasmado en su Preámbulo cuando afirma: “*No puedo, en mi calidad de Amir al-Mu'minin, autorizar lo que Allah prohibió, ni prohibir lo que Él autorizó [...]*”, Preámbulo del CFM, p. 38.

⁶⁵ El art. 400 dispone: “*Todo lo que no regule el texto de este Código se someterá a la Escuela Malikí y al esfuerzo intelectual (iytiḥad) con la finalidad de que se cumplan los valores del Islam de justicia, igualdad y buena convivencia*”.

⁶⁶ M-C. FOBLETS/M. LOUKILI, “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille”, op. cit., p. 553 y 554.

yen en dicha elección como son la mentalidad dominante en el cuerpo de la magistratura (una postura muy tradicional) y sobre todo el miedo de ser cuestionados si se oponen a normas erigidas en principios sagrados⁶⁷. Efectivamente, el poder de interpretación del Juez marroquí está sometido a la intervención del poder ejecutivo y administrativo; su función dirigida y orientada por las autoridades políticas⁶⁸.

5. ¿Pensión alimenticia o reparación del daño causado?

20. La legislación marroquí otorga el derecho de obtener una compensación a toda persona que haya sufrido un perjuicio, sea pariente o no del demandado⁶⁹, en este sentido, el hijo/a natural está considerado como un tercero que debe probar el perjuicio sufrido mediante hechos, otros que el parentesco⁷⁰. El Juez se basó sobre el hecho de que el demandado fue condenado en 2016 a un año de prisión firme por libertinaje⁷¹ (relaciones sexuales fuera del matrimonio), ello constituye una falta de la cual nació la niña, causándole un perjuicio. Esta disposición permitió al Juez determinar la responsabilidad del demandado y reparar el daño mediante el otorgamiento de una indemnización a la niña⁷².

21. Esta solución emana también del art. 148 del CFM⁷³, que siguiendo al *Guía Practico del CFM*, “*Cuando el hijo es ilegítimo, el padre no está obligado en cuanto a los efectos de la filiación. Sin embargo, nada impide la posibilidad de recurrir a las reglas generales relativas a la indemnización por el perjuicio sufrido por parte de la persona que está al origen del nacimiento fuera del marco permitido por la ley*”⁷⁴.

22. Por un lado, esta disposición limita el poder del juez obligándole a otorgar a la niña, únicamente, una indemnización en lugar de una pensión alimenticia (así como los demás derechos). Por otro, si bien el objetivo requerido a través de esta norma es salvaguardar algún derecho de los hijos/as naturales, consideramos que resulta insuficiente y sobre todo constituye un obstáculo para una efectiva regulación de la filiación extramatrimonial.

A nuestro juicio, hacer responsabilizar al padre biológico, aunque parcialmente, a través del pago de una indemnización a la niña, en lugar de otórgale todos sus derechos constituye una solución que solo hace reforzar la discriminación y a mantenerla. Además refleja una dualidad en el trato de la cuestión de los hijos/as naturales privándoles por un lado, de sus derechos legítimos y reconociéndoles por otro, un derecho a una indemnización como si fueran niños de segunda categoría.

23. Por último, cabe mencionar que la decisión de la CA que caso la sentencia del TPI fue muy retrograda y lamentable. El Juez se basó únicamente en algunas referencias irrelevantes y contradicto-

⁶⁷ Pudiendo generar repercusiones negativas sobre su carrera y promoción.

⁶⁸ Un guía de aplicación del CFM elaborado por el Ministerio de Justicia contiene las directivas del Rey orientando la aplicación de dicho Código. En M. MOUATIQ, “Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau Code de la famille», en *Le Code de la famille: perceptions et pratiques judiciaires*, M. BENRADI, H. ALAMI M’CHICHI, A. OUNNIR y [AI], Friedrich Ebert Stiftung, 2007, p. 158, pp. 141-188.

⁶⁹ Basándose en la responsabilidad civil delictual contenida en el art. 77 del DOC (Código de las Obligaciones y de los Contratos), promulgado por dahir de 12 de agosto 1913 y modificado por la Ley sobre el Intercambio Electrónico de Información. Según este artículo: “*Cualquier hecho de cualquier hombre que, sin la autoridad de la ley, a sabiendas y con conocimiento, provoca voluntariamente a otro un daño material o moral, obliga a su autor reparar dicho daño, cuando se establece que este hecho fue la causa directa*”. (Traducción propia).

⁷⁰ A. EL KHAMLICHI, La responsabilidad civil de los padres en relación con sus hijos menores, (en árabe), Matba’at a-nnajāh al-jadīda, Casablanca, 1982. P. 73.

⁷¹ Por la cual el demandado ha sido condenado (decisión n° 4345, con fecha de 16 de marzo de 2016, expediente n° 278/17/2102, del TPI de Tánger).

⁷² Esta solución recogida por el *Guía practico* del CFM que en su comentario del art. 148 relativo a la filiación ilegítima dispone: “*Cuando el hijo es ilegítimo, el padre no responde a los efectos de la filiación legítima. Sin embargo, nada impide la posibilidad de recurrir a la aplicación de las reglas generales relativas a la indemnización del perjuicio ocasionado por la persona quien fue la causa de un nacimiento fuera del margen permitido por la ley*”. (Traducción propia), en *Guide Pratique du Code de la Famille*, Publications du Ministère de la Justice, Matba’ath Fadāla, 2005, p. 95.

⁷³ Dispone: “*La filiación ilegítima en relación con el padre no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima*”.

⁷⁴ (Traducción propia).

rias de Derecho musulmán. Además, hizo uso de una interpretación muy restrictiva sino ignorando las disposiciones del CFM (art. 148) y con ello denegando la posible indemnización de la niña. Tal decisión es el reflejo de un excesivo inmovilismo y una mentalidad retrograda que domina el ámbito de la magistratura, influenciada por los dogmas de Derecho musulmán, de las costumbres y las tradiciones que en algunos casos conduce a sentencias que carecen de lógica.

24. En este sentido, para M. LOUKILI a pesar de una moderna formación de los jueces marroquíes, tienen tendencia a aplicar de manera tradicional las disposiciones del CFM. Ello tiene su causa en la fuente misma de dicho Código, concretamente, en las reglas ancestrales de Derecho musulmán. Asimismo, los jueces se encuentran enfrentados a un contexto social caracterizado por la vigencia de estructuras familiares patriarcales y un regreso de la sociedad marroquí a una forma de religiosidad más bien retrograda⁷⁵.

IV. Reflexión final

25. No cabe duda que, hoy en día, Marruecos está experimentando una complejidad de su realidad social, cultural y económica. La voluntad del Estado marroquí de inscribirse en un marco moderno que refleja la imagen del Estado de Derecho contradice con las estructuras tradicionales vigentes y con ciertas normas vigentes en el ámbito familiar.

26. A la hora actual, no se debe limitar a las soluciones del “*fiqh*” y tener refugio en la mera tradición. Se hace preciso una lectura innovadora de este legado que ha de estar adaptado al contexto social actual y, en consecuencia, proceder a reformar el arsenal jurídico relacionado con el Derecho de familia como elemento fundamental en la construcción de la sociedad.

27. En el contexto de dicha reforma, el codificador marroquí no debe ser prisionero de un *Corpus* que contiene un conjunto de normas injustas y discriminatorias⁷⁶, esto es, debe encontrar soluciones adaptadas a la realidad social, para ello, es necesario que disponga de la libertad de escoger la norma más garantizadora de la justicia y la igualdad.

28. La regulación marroquí relativa a la filiación extramatrimonial en lugar de promover la integración de los niños/as naturales en el seno de su familia y de la sociedad, constituye un factor de exclusión y segregación. Una exclusión jurídica, social y económica que genera consecuencias relevantes sobre su vida en sociedad.

29. Aquí se puede preguntar sobre la finalidad de esta norma discriminatoria. Si el objetivo es disuadir las personas de mantener relaciones extramatrimoniales porque están consideradas contrarias a la moral y a la conducta que debe observar un buen musulmán, su cumplimiento no debe en ningún caso tener repercusión sobre los derechos de los niños/as fruto de estas relaciones. No se debe hacer recaer sobre ellos el peso de la ley, la mentalidad conservadora del codificador, de los jueces y de la sociedad.

30. Considerando la realidad social marroquí a día de hoy se desprende la ineficacia de esta norma debido al significativo aumento en el número de los niños/as naturales. Los cambios sociales

⁷⁵ M. LOUKILI, “La jurisprudence marocaine relative à l’application du Code de la Famille”, *Le Code marocain de la famille en Europe: Bilan compare de dix ans d’application*, M-C. FOLETS (dir.), La Charte, 2016, p. 70 y 71, pp. 69-84.

⁷⁶ Básicamente, cuestiones como es el caso de otorgar la *wilāya* o patria potestad al padre a excepción de la madre; el matrimonio de la musulmana con el no-musulmán; la no vocación sucesoria entre un musulmán y un no musulmán; la vigencia del llamado “*ta’sīb*” que es un mecanismo de derecho musulmán que consiste en buscar un heredero masculino para participar en la sucesión cada vez que las herederas son únicamente niñas, v. *‘Asaba* (sing. *‘asib*): herederos agnados; el matrimonio de los menores; en materia de custodia está la cuestión de la madre que pierde la custodia de los hijos al volver a casarse mientras que el matrimonio del padre no le hace perder la custodia.

y las mutaciones profundas que está experimentando la sociedad marroquí⁷⁷ deben necesariamente ir acompañados de manera paralela de una reforma legislativa adecuada que responda a dichos cambios.

31. El compromiso de Marruecos a nivel internacional impone la necesidad de proceder a armonizar las disposiciones de su legislación interna con las normas de los convenios internacionales. Esta armonización es imprescindible cuando se trata de los derechos de personas vulnerables (la mujer y los niños/as), especialmente, en una sociedad que responsabiliza a la mujer a excepción del hombre⁷⁸, como lo subraya M. CHAFI, “*También está el padre que esta ignorado por la ley y por la sociedad, pero conocido por la madre y siendo, igualmente un elemento activo en la concepción del niño/a*”⁷⁹.

En todos los asuntos relacionados con los niños/as, el interés superior del menor como principio fundamental debe prevalecer sobre cualquier otra consideración, especialmente, frente a las estructuras tradicionales rectoras de la vida privada.

32. Este tipo de decisión constituye la ocasión para abrir el debate y encontrar soluciones efectivas y eficientes a la problemática de las madres solteras y los niños/as naturales en lugar de constituir una afirmación de la regresión a nivel jurídico y científico.

33. Dado el hecho de que la madre es residente en España, se puede preguntar sobre los eventuales efectos de esta decisión ante las autoridades españolas en cuanto a su reconocimiento⁸⁰ para una posible inscripción de la niña en el Registro Civil español.

Como punto de partida, la regulación de la filiación en el ordenamiento español y marroquí se basa en concepciones distintas. Así pues, en la regulación española, el *favor filii* se identifica con la obtención de la verdad biológica en tema de paternidad mientras que en el ordenamiento marroquí se identifica como el *favor legitimitatis* vinculado al carácter legítimo de la filiación⁸¹.

Se puede afirmar que esta decisión se encuentra en absoluta contrariedad con el orden público internacional español que actúa frente a las leyes cuya aplicación resulte incompatible con los principios básicos de Derecho español⁸².

Efectivamente, en España, al igual que los demás países europeos, la Constitución española (CE)⁸³ establece la absoluta igualdad ante la ley de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y los consiguientes deberes de los padres en cualquiera de ambos casos (art. 39.2 y 3). En este sentido, la CE ordena y asegura la investigación de la paternidad que deberá ser posibilitada por la ley (art. 39.2) y

⁷⁷ El aumento del número de las madres solteras que según los datos del estudio “*El Marruecos de las madres solteras*” efectuado por la asociación INSAF (*Institution Nationale de Solidarité avec les Femmes en détresse*) en el año 2010, con el apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer, en Marruecos nacen cada año más de 50.000 niños fuera del matrimonio, de los cuales casi 9.000 son abandonados (<https://www.facebook.com/pg/Association-INSAF-1431932187078362/posts/>).

⁷⁸ La madre debe soportar la carga de la educación del hijo/a, sus alimentos, hacer frente a la sociedad, asumiendo el estatus de madre soltera.

⁷⁹ M. CHAFI, “L’enfant né hors mariage au Maroc”, op.cit., p. 152.

⁸⁰ Este reconocimiento está regulado y supeditado al cumplimiento de las condiciones exigidas por el Convenio Hispano marroquí relativo a la Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (RCL1997/1606) BOE nº 151 de 25 de junio, entro en vigor el día 1 de julio de 1999. En particular el art. 23.4 relativo al control del orden público de la decisión que se pretende reconocer.

⁸¹ C. RUIZ SUTIL, “Effets “pervers” de la paternité légitime marocaine en Espagne: une question à résoudre”, *Paix et Sécurité Internationales*, nº 4, janvier-décembre 2016, p. 337, pp. 335-373.

⁸² Básicamente en estos supuestos: “*Leyes extranjeras que prohíben la investigación de la paternidad o limitan de modo no razonable los medios de prueba de la filiación (este último supuesto en especial si no admite la prueba biológica de la paternidad); leyes extranjeras que impiden ejercitar acciones judiciales de impugnación o reclamación de paternidad; leyes extranjeras que fijan plazos muy breves para el ejercicio de tales acciones; cuando la ley extranjera reconozca una “filiación atenuada”, solo a ciertos efectos jurídicos, como los relativos al derecho de alimentos; leyes extranjeras que impiden la acreditación de la filiación de un hijo habido fuera de matrimonio porque dicha filiación no existe en tales ordenamientos jurídicos, lo que es un supuesto frecuente en las legislaciones islámicas*”. En A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCO GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, V 1, 15 ed., Comares, Granada, 2014-2015, p. 308.

⁸³ De mismo modo que los códigos latinos y siguiendo al modelo napoleónico, en el Código Civil español existía una barrera insuperable entre la filiación legítima e ilegítima. La primera reforma legislativa sobre la cuestión surgió en la CE de 1931 (art. 43.3) estableciendo “*Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que para los nacidos en él*”. En C. LASARTE, *Compendio de Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 205 y 206.

mediante toda clase de pruebas (art. 767. 2 LEC). Esto es, el derecho a conocer el propio origen considerado como un derecho fundamental de la persona se fundamenta en el derecho de preservar su dignidad de conformidad con el art. 10.1 de la CE⁸⁴.

Ahora bien, con el objetivo de preservar los derechos de la mujer y la niña como partes débiles en esta relación jurídica internacional, entendemos que el orden público internacional español debe actuar de manera atenuada permitiendo la inscripción de la niña en el Registro Civil español con todos los efectos correspondientes.

⁸⁴ C. RUIZ SUTIL, “Effets «pervers» de la paternité légitime marocaine en Espagne: une question à résoudre”, *Paix et Sécurité Internationales*, nº 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373, p. 365.