

MUJER E IGUALDAD EN LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DEL MAGREB: LA ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CON LOS NUEVOS TEXTOS CONSTITUCIONALES EN TÚNEZ Y MARRUECOS

Women and equality in the new constitutions
of the Maghreb: The harmonization of legislation with
the new constitutional texts in Tunisia and Morocco

JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ
Universidad de Jaén
jjruiz@ujaen.es

Cómo citar/Citation

Ruiz Ruiz, J. J. (2019).

Mujer e igualdad en las nuevas constituciones del Magreb: la armonización
de la legislación con los nuevos textos constitucionales en Túnez y Marruecos.

IgualdadES, 1, 115-158.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/lgdES.1.04>

(Recepción: 8/06/2019; aceptación tras revisión: 11/09/2019; publicación: 13/12/2019)

Resumen

La inclusión en las nuevas constituciones del Magreb de un nuevo instrumento de control de constitucionalidad de las leyes, abre unas perspectivas que pueden permitir inaugurar una nueva era de la jurisdicción constitucional en estos países ya que por primera vez los derechos constitucionales van a adquirir su verdadero estatus de derechos subjetivos, dado que sus titulares podrán invocarlos contra leyes que los violen. En paralelo, la vigencia de una importante cantidad de legislación preconstitucional hace que la tarea que se abre a los órganos de la jurisdicción constitucional inevitablemente consistirá en operar una «constitucionalización del ordenamiento jurídico», ya que el legislador en estos países muestra algunas reticencias a acometer dicha tarea al afectar a la naturaleza islámica del Estado. En efecto, la garantía constitucional de protección de la religión oficial permea un sector del ordenamiento en el que se ha llevado a cabo en todos los países del Magreb una fusión entre *fiqh* (interpretación de las fuentes sagradas) y derecho, como es el relativo a los derechos de la personali-

dad y el derecho de familia, es decir, aquellas ramas del ordenamiento donde mayor implicación tienen los derechos fundamentales. Entre ellos, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres y sus diversas manifestaciones en los textos constitucionales de estos países es con toda certeza el que más se ve afectado por la potencial inconstitucionalidad de numerosas disposiciones legales como las contenidas en el Código de Estatuto Personal o el Código Penal. A partir del marco jurídico-constitucional y convencional de la igualdad entre hombres y mujeres en Marruecos y Túnez, el propósito es indagar en aquellas disposiciones del ordenamiento que a priori discriminan a la mujer, ilustrándolas con la jurisprudencia constitucional y la de tribunales ordinarios recaída con las nuevas constituciones en vigor.

Palabras clave

Constituciones árabes; igualdad de género; paridad; jurisdicción constitucional; islam; Constitución tunecina; Constitución marroquí.

Abstract

The inclusion in the new constitutions of the Maghreb of a new instrument of constitutional control of laws, opens perspectives that may allow the beginning of a new era for constitutional jurisdiction in these countries since for the first time constitutional rights will acquire their true stature of subjective rights, as their holders may invoke them against laws that violate them. In parallel, the significant amount of pre-constitutional legislation still in force, makes the that the organs of the constitutional jurisdiction inevitably will face unavoidably a task of «constitutionalization of the legal system», since the legislator in these countries shows some reluctance to undertake this task since it concerns the Islamic nature of the State. In fact, the constitutional guarantee of protection of the official religion permeates a branch of legal system in which a fusion between *fiqh* (interpretation of sacred sources) and Law has been carried out in all countries of the Maghreb, such as the one relating to personality rights and family law, that is, those branches of the legal order where fundamental rights have the greatest implication. Among them, the right to equality between men and women and its varying manifestations in the constitutional texts of these countries is certainly the most concerned by the potential unconstitutionality of numerous legal provisions such as those contained in the Codes of Personal Status or in the Penal Codes. Starting from the legal-constitutional and conventional framework on equality between men and women in Morocco and Tunisia, the purpose of this essay is to check legal provisions that a priori discriminate women by illustrating them with constitutional case-law and that of ordinary courts settled after the new Constitutions.

Keywords

Arab constitutions; gender equality; parity; constitutional jurisdiction; islam; Tunisian Constitution; Moroccan Constitution.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA IGUALDAD. III. LA IGUALDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA: 1. Túnez. 2. Marruecos. IV. LA IGUALDAD EN EL DERECHO SUCESORIO: 1. Túnez. 2. Marruecos. V. LA IGUALDAD EN EL DERECHO PENAL: 1. Túnez. 2. Marruecos. VI. LA IGUALDAD EN LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA: 1. Túnez. 2. Marruecos. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

La inclusión en las nuevas constituciones del Magreb —señaladamente la de Marruecos de 2011 (en adelante CM), la de Túnez de 2014 (en adelante, CT), pero también la reformada Constitución argelina de 2016 (en adelante CA)— de un nuevo instrumento de control de constitucionalidad de las leyes, abre unas perspectivas que pueden permitir inaugurar una nueva era de la jurisdicción constitucional en estos países. En efecto, con la recepción en estos textos constitucionales de la excepción de inconstitucionalidad (art. 133 CM, art. 120 CT y art. 188 CA) el control de constitucionalidad de las leyes se va a extender notablemente. Esa extensión no solo se refiere al *punctum temporis* que representa la posibilidad de un control a posteriori de las leyes, sino que conllevará asimismo una ampliación del número de leyes sometidas a control, así como un más amplio escrutinio de los derechos fundamentales. En cierto modo, pues, por primera vez los derechos constitucionales van a adquirir su verdadero estatus de derechos subjetivos, dado que sus titulares podrán invocarlos contra leyes que los violen.

Pero, además, la vigencia de una importante cantidad de legislación preconstitucional hace que la tarea que se abre a los órganos de la jurisdicción constitucional inevitablemente consistirá en operar una «constitucionalización del ordenamiento jurídico», expresión que pretende indicar el proceso de transformación que debe conducir a que el ordenamiento en su totalidad quede impregnado por los preceptos constitucionales. Existen en efecto no pocos textos legales cuya vigencia parece entrar en abierta contradicción con los derechos y libertades constitucionalmente garantizados. Para la consolidación de la democracia esta operación tiene fundamental importancia, pues es la tutela

y protección efectiva de los derechos fundamentales lo que determinará la densidad democrática del ordenamiento de estos países (Boumediene, 2014: 102).

Debe tenerse en cuenta a este respecto que los jueces ordinarios hasta ahora, en ausencia de cláusula derogatoria expresa de leyes preconstitucionales en las nuevas constituciones, han venido careciendo tanto de la posibilidad de plantear por sí mismos cuestiones de inconstitucionalidad como de inaplicar leyes cuya inconstitucionalidad o bien su inconvencionalidad les pareciera manifiesta. ¿Qué hacer entonces con la legislación preconstitucional que, oponiéndose a la nueva Constitución, no solo sigue vigente sino que se beneficia además de una declaración expresa de constitucionalidad por efecto del control previo de constitucionalidad de inspiración francesa? Evidentemente, la armonización de la legislación a los nuevos textos constitucionales es una tarea que parece que debiera recaer primordialmente sobre el legislador, habida cuenta que se da la circunstancia de que los jueces no pueden cuestionar la inconstitucionalidad de la ley¹ y que los parlamentarios no pueden recurrir una ley ya entrada en vigor. Ahora bien, toda esta lógica quiebra cuando se constata que el poder legislativo se mantiene cauto en cuanto a proceder a una armonización en aquellos sectores del ordenamiento que supuestamente gozan de la garantía constitucional de protección de la religión oficial. Si hay un sector del ordenamiento en el que se ha llevado a cabo en todos los países del Magreb una fusión entre *fiqh* (interpretación de las fuentes sagradas) y derecho, ese es el relativo a los derechos de la personalidad y el derecho de familia, es decir, aquellas ramas del ordenamiento donde mayor implicación tienen los derechos fundamentales. Entre ellos, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres y sus diversas manifestaciones en los textos constitucionales de estos países, es con toda certeza el que más se ve afectado por la potencial inconstitucionalidad de numerosas disposiciones legales como el Código de Estatuto Personal tunecino (en adelante, CEPT), el Código de Familia marroquí (en adelante, CFM) o el Código de Familia argelino. En estos cuerpos normativos se condensan una gran parte de los preceptos del derecho coránico de rito malekita², que no solo complican su interpretación dada la dificultad

¹ En ambos países se ha seguido el modelo francés de excepción de inconstitucionalidad (allí denominado *question prioritaire de constitutionnalité*), en el que corresponde exclusivamente al justiciable plantear una cuestión de inconstitucionalidad, quedando excluida la posibilidad de que el juez la pueda plantear de oficio.

² A diferencia del Código tunecino, el Código de Familia marroquí de 2004 hace expresa referencia a dicha inspiración en su preámbulo, al tiempo que remite al derecho malekita como derecho supletorio (art. 400). La malekita es una de las cuatro *madhabib* o «direcciones» ortodoxas del islam a las que se puede acoger todo musulmán,

de contemporizar criterios teológicos con criterios constitucionales, sino que directamente privan a los derechos de la mujer de un valor constitucional

con la posibilidad de pasar libremente de una a otra. Esas cuatro orientaciones o escuelas (a veces se las equiparan igualmente a ritos) deben su nombre a sus respectivos fundadores: Abu Hanifa (†767 d. de J. C.), Malik ben Anas (†795 d. de J. C.), al Safhi (†820 d. de J. C.) y Ahmad ben Hanbal (†820 d. de J. C.). Estas escuelas se perfilan en el espacio de un siglo gracias al celo reformador de los primeros Abasidas, quienes pretendían volver a los principios originarios que habían presidido la comunidad musulmana bajo Mahoma y los cuatro primeros califas. Fue en tiempos de los Idrisíes, en la segunda mitad del primer siglo de la hégira, cuando Marruecos adopta el rito sunita malekita. Al fundador de la orientación malekita, Malik, se debe su obra *Muwatta* (*La vía recta*) y el digesto *Mudawwana*, que recogen sus lecciones redactadas por sus discípulos Ibn al-Kasim, Asad ben al-Furat y Sahnun. La codificación del derecho malekita actual procede principalmente de dos tipos de fuentes. En primer lugar, de la laboriosa tarea de los *fuqaha* de la escuela, que darán ya una forma definitiva a las reglas jurídicas a partir del siglo XIII en compendios como los de Ibn Shâs, Ibn Al Hâjib, de Khalîl o de Ibn Al' Acem, que a su vez fueron objeto de numerosos comentarios y glosas. La *madhab* malekita adquirió tal importancia en todos los centros urbanos del Magreb que entre la opinión especializada, pero también en el sentir general, la malekita se consideraba como la cultura propia del Magreb. La segunda fuente de la que proceden sus reglas es la costumbre (*Amal, urf*), procedente tanto de las ciudades como de las tribus y abarcaba una parte del derecho de familia, el derecho inmobiliario y el derecho mercantil, tratándose en la mayoría de casos de costumbres *praeter legem*, pero en ciertos lugares predominaba alguna costumbre *contra legem*. En el ámbito del derecho de familia el derecho malekita clásico se caracterizaba, entre otras cuestiones, por permitir la posibilidad de que el padre de la contrayente se opusiera al matrimonio de su hija, que no se perfeccionaba por el solo consentimiento de los contrayentes (a diferencia de la escuela hanefita, que obligaba a consultar a la mujer contrayente); por hacer del divorcio una prerrogativa del hombre mediante el repudio unilateral de la mujer ante dos testigos; por establecer como regla general (aunque con importantes excepciones) la mayoría de edad para contraer matrimonio; por hacer de la custodia una institución preferentemente compartida entre el padre y la madre a diferencia del rito hanefita, que reconoce el derecho de guarda exclusivamente a la madre durante el matrimonio o ya disuelto este, cesando la guarda y custodia en el rito malekita hasta la pubertad del hijo o hasta el matrimonio o declaración de mayoría de edad de la hija (a diferencia del rito hanefita, en el que la hadana o guarda de la madre cesa para la hija a los 9 años y para el hijo a los 7 años), o por ampliar generosamente el plazo para reconocer la filiación legítima de un hijo/a nacido de un matrimonio ya disuelto (a diferencia de la escuela hanefita, en el que rigen los plazos máximos de una gestación). La opción por el Islam malekita en todo el Norte de África se explica porque era la orientación que permitía preservar en mayor grado la cultura bereber sin renunciar por ello a la islamización (Ben Achour, 1992: 80). Marruecos ha hecho de la escuela

efectivo; de ahí la consideración de estos códigos como un freno a los derechos de la mujer en los nuevos textos constitucionales (El Mossadeq, 2013: 20). A través de ellos la transposición de las reglas del rito *malekita* puede erigirse en factor de inmutabilidad de dicho sector del ordenamiento. Sin embargo, esta afirmación no encierra el mismo valor por ejemplo para Marruecos que para Túnez, ya que en el primero el rey ejerce como garante de la ortodoxia religiosa en su papel de comendador de los creyentes (art. 41 CM)³, mientras que Túnez en años anteriores ya ha modificado su CEPT apartándose del derecho musulmán, caso realmente particular, ya que si bien por una parte se inspira en la *sharia*, por otra se aparta de ella (Amor, 2004: 66). Para ilustrar esta diferente situación baste citar unas palabras del rey Mohamed VI cuando se aprobó la reforma del CFM en 2004 en las que afirmaba que no permitiría «autorizar lo que Dios ha prohibido ni prohibir lo que Dios ha autorizado». Tanto es así que cada una de las once nuevas disposiciones del Código venía precedida de su justificación en un versículo del Corán (Jean, 2009: 143).

Mediante la excepción de inconstitucionalidad se van a poder delimitar y medir el alcance de algunas de las cláusulas incorporadas al articulado constitucional que mayor incidencia van a tener en la tarea interpretativa de la extensión y límites de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en Marruecos resulta indispensable conocer el alcance que la nueva jurisdicción constitucional dará a las cláusulas que figura en el preámbulo constitucional y que obliga a interpretar y aplicar los tratados internacionales «en el respeto a la identidad nacional inmutable», o a la cláusula del art. 19 CM, que impone interpretar el respeto de la igualdad entre hombres y mujeres en el marco de «las constantes y las leyes del reino». Parece que a través de estas categorías jurídicas indeterminadas puede subyacer la pretensión de subordinar el respeto de los derechos humanos y fundamentales a principios suprapositivos e inmanentes vinculados a la tradición y a la religión. Del mismo modo resultará indispensable concretar el alcance que la jurisdicción constitucional dará en Túnez al art. 6 que ordena al Estado «proteger la religión» y a «proteger lo sagrado e impedir atentados contra el mismo».

En lo que sigue se abordará en primer lugar el marco jurídico-constitucional y convencional de la igualdad entre hombres y mujeres en Marruecos

malekita un estandarte nacional que presenta como un islam moderado, signo de identidad nacional (Tazi, 1980: 87).

³ Por ejemplo, solo gracias a una instrucción regia impartida al ministro de Justicia en el Consejo de Ministros de 22 de enero de 2018, la profesión de *adoul* (ministro religioso que oficia los matrimonios y realiza la partición de la herencia) se ha abierto a las mujeres.

y Túnez (II), para a continuación indagar en aquellas disposiciones del ordenamiento que a priori discriminan a la mujer en el ámbito del derecho de familia (III), en las reglas de sucesión (IV), en el ámbito de la representación política (V) y en los ilícitos penales (VI), tratando de integrar la jurisprudencia constitucional y la de tribunales ordinarios recaída con las nuevas constituciones en vigor. Estos cuatro sectores del ordenamiento son los que a juicio de la doctrina y de las evaluaciones de los tratados internacionales contravienen de manera más evidente tanto las disposiciones constitucionales como convencionales, principalmente por la impregnación de disposiciones religiosas y patriarcales.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA IGUALDAD

En la Constitución marroquí de 2011 se contabilizan hasta dieciocho preceptos⁴ que reconocen derechos de la mujer en el ámbito —como precisa el art. 19 CM— de los derechos civiles, políticos, culturales, sociales y medioambientales. La razón por la que se incluye todo este compendio de derechos sobre el que se proyecta la igualdad es que en la anterior Constitución de 1996 la igualdad entre hombre y mujer solo aparecía explícitamente constitucionalizada respecto a los derechos políticos (art. 8), si bien el art. 5 consagraba la igualdad de todos los marroquíes ante la ley de forma abstracta. Asimismo se recoge la igualdad de deberes entre hombres y mujeres en el art. 37 CM. Especialmente relevante por lo que luego se dirá es el art. 30 CM, según el cual «la ley establecerá disposiciones para favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a las funciones electivas». En su preámbulo, la Constitución proclama que «el Reino de Marruecos se compromete a combatir y a prohibir toda discriminación hacia cualquiera por razón de su sexo». Una de las grandes novedades que ha traído consigo el nuevo texto constitucional ha sido el compromiso de que el Estado actúe para la consecución de la paridad entre hombres y mujeres (art. 19 CM), para lo cual el propio texto constitucional contempla la creación de una Autoridad para la Paridad y la Lucha contra Todas las Formas de Discriminación (APALD) con el objetivo de favorecer los avances en este terreno (art. 164 CM), si bien se le ha privado de las competencias suficientes para incidir en la regulación normativa y en la supervisión de las políticas públicas (Abounai, 2014:25).

⁴ Se trata de los siguientes preceptos: arts. 6, 7, 10, 11, 14, 15, 16, 27, 30, 31, 34, 38, 42, 115, 139, 146, 154 y 161.

Marruecos ha procedido a retirar sus reservas⁵ al art. 9.2 (igualdad de padre y madre en la transmisión de la nacionalidad a sus hijos/as) y al art. 16 (igualdad derechos y obligaciones de los cónyuges, igualdad en la tutela, en la transmisión del apellido y en la sucesión) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), pero sigue sin retirar las declaraciones interpretativas al art. 2, consistente en que este precepto se aplique a condición de que no contradiga la *sharia* islámica (reconociendo así valor jurídico a esta fuente religiosa) y al art. 29.

Otro ejemplo es el de la adhesión al Protocolo Facultativo de la CEDAW, que hasta 2015 no ha sido objeto de la Ley 125/12, votada por unanimidad el 7 de julio de 2015⁶. No obstante, al igual que ha sucedido con la retirada de las reservas, la firma del Protocolo Facultativo de la CEDAW también está sufriendo la habitual dilación *sine die*, ya que todavía no se han depositado los instrumentos de adhesión en el Secretariado General de Naciones Unidas, sin los que no se puede activar el Protocolo. Además de la mencionada CEDAW, Marruecos es en la actualidad signatario de tres convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre igualdad (Convención 100 sobre Igualdad de Remuneración, 111 sobre Discriminación en el Empleo y 183 sobre Protección de la Maternidad).

En Túnez, según el tenor del art. 21 CT, « los ciudadanos y ciudadanas son iguales en derechos y en deberes. Son iguales ante la ley sin discriminación alguna. El Estado garantiza a los ciudadanos las libertades y derechos individuales y colectivos. El Estado les asegura las condiciones de una vida decente». Pero sin duda la clave de bóveda del entramado constitucional en lo que se refiere a los derechos de la mujer es el art. 46 CT, donde se recogen cuatro mandatos a los poderes públicos orientados a la protección de los derechos de la mujer. En efecto, el art. 46 dispone que «el Estado se compromete a proteger los derechos adquiridos de la mujer, los promueve y vela por mejorarlos. El Estado garantiza la igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer en el acceso a las diversas responsabilidades y en todos los ámbitos. El Estado trabajará para consagrar la paridad entre la mujer y el hombre en las asambleas electivas. El Estado adopta las medidas necesarias para eliminar la violencia contra la mujer ». Además de una cláusula de no regresión, este precepto parece dejar margen abierto a la ampliación de derechos de la mujer al comprometerse el Estado a mejorarlos (Ben Jemia, 2016: 432).

⁵ Depositadas ante la Secretaría General de Naciones Unidas el 28 de abril de 2011.

⁶ *Boletín Oficial* 6392 del 3 de septiembre de 2015 (versión francesa).

Túnez mantiene formulada una declaración general a la CEDAW en su conjunto, en virtud de la cual el Gobierno tunecino no adoptará en relación con dicha Convención ninguna decisión administrativa o legislativa contraria a las disposiciones del capítulo primero de la Constitución tunecina, en el que se proclama el islam como la religión del Estado. Además de esta declaración interpretativa, Túnez ha mantenido hasta la caída del régimen de Ben Alí otras reservas específicas, formuladas contra las disposiciones de la Convención y que garantizan la igualdad de la mujer en el derecho de familia. Antes de la caída del régimen las autoridades tunecinas habían manifestado su intención de retirar la reserva del art. 9.2, introduciendo las medidas legislativas pertinentes mediante la ley 2010/55, de 10 de diciembre de 2010, que modificaba el art. 6 del Código de Nacionalidad redactado así: «Es tunecino el hijo nacido de un padre o una madre tunecina». Finalmente, el 24 de octubre de 2011, el Gobierno de transición tunecino adoptaba el Decreto Ley 2011/103, por el que se retiraban las reservas a los arts. 9, 15 (derecho de la mujer a escoger su residencia y domicilio), 16 y 29 (sometimiento al arbitraje y al Tribunal Internacional de Justicia) de la CEDAW. Sin embargo, Naciones Unidas no confirmaba la recepción de la notificación por parte de Túnez para retirar oficialmente dichas reservas específicas.

III. LA IGUALDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

Tanto Túnez como Marruecos han codificado en los códigos del Estatuto Personal el derecho musulmán de rito malekita, por lo que presentan numerosos puntos en común. Así ocurre, por ejemplo, en la exigencia de una dote para el matrimonio, en la tutela parental de los hijos que excluye a la mujer, en la desigualdad entre hombre y mujer en la sucesión, en la imposición de un período vidual de tres meses de espera a la divorciada que pretende contraer nuevo matrimonio, en la atribución solo al padre de la autorización para el matrimonio de hijos menores, la prohibición de matrimonio entre los denominados niños de lactancia o la prohibición de atribuir la filiación al padre biológico de los hijos de madres solteras, entre otros.

Aun así, y a pesar de coincidir ambos países en un gran número de cuestiones, el CEPT tunecino presenta algunas diferencias que lo apartan de las tradicionales soluciones del derecho musulmán, razón por la cual merecen ambos países un tratamiento por separado. De entrada, una diferencia fundamental es que el código marroquí en su art. 400 reenvía al derecho musulmán de rito malekita como derecho supletorio en todo lo no expresamente previsto en su articulado, mientras que el código tunecino no efectúa ningún reenvío

a ninguna fuente supletoria⁷. En concreto, se puede entender este reenvío como una remisión al texto en el que se ha inspirado el legislador marroquí entre 1957 y 1958, cuando el rey promulgó el Código mediante cinco *dahirs*. Se trata de la *al-Mudawana al-Kubra* de Sahnûn Ibn Saïd de Kairouan, principal texto del malekismo (Aouchar, 2012: 256). Otras diferencias que alejan el código tunecino respecto al marroquí son la prohibición total de la poligamia, que además se encuentra sancionada como ilícito penal, o la inexistencia de impedimento para el no musulmán para poder celebrar matrimonio con una musulmana, para poder heredar o para poder adoptar, cuestiones sobre las cuales el código tunecino no se pronuncia, a diferencia del art. 39.4 del CFM marroquí, que prohíbe el matrimonio entre un no musulmán y una musulmana y el de un musulmán con una no musulmana, salvo que esta pertenezca a una de las religiones del Libro (cristiana o judía).

1. TÚNEZ

Túnez respecto a Marruecos (y en general respecto al resto del Magreb) es el país que presenta mayores avances en lo que se refiere al matrimonio y al divorcio. A diferencia de Marruecos⁸, en Túnez la poligamia está prohibida desde 1956 por el art. 18 del CEPT, y además está penada con un año de prisión y multa para quien contraiga matrimonio sin haber disuelto uno anterior. Así pues, el único matrimonio reconocido es el monogámico. El código tunecino recoge también la adopción (prohibida en Marruecos por el art. 149 CFM⁹) y la custodia de los hijos/as, confiada a uno de los padres según el interés del/la menor. Asimismo, el divorcio debe ser siempre judicial (art. 30 CEPT).

El art. 31 del CEPT dispone, en efecto, que «el Tribunal dictará el divorcio: 1) en caso de consentimiento mutuo de los esposos; 2) a instancias de uno de los esposos en razón del perjuicio que ha sufrido¹⁰; 3) a petición

⁷ En efecto, según el tenor del art. 400 «para todo lo que no ha sido expresamente enunciado en el presente Código, hay que remitirse a las prescripciones del rito malekita y/o a las conclusiones del esfuerzo jurisprudencial (*Ijtihad*), a fin de dar expresión concreta a los valores de justicia, de igualdad y de coexistencia armoniosa en la vida común que propugna el islam».

⁸ El propio Código justifica en su preámbulo el mantenimiento de la poligamia ante la tentación de que el hombre se la procure igualmente, aunque esté prohibida.

⁹ El art. 149 del Código de Familia prescribe en efecto que «la adopción (*Attaban*) es jurídicamente nula y no entraña ninguno de los efectos de la filiación parental legítima».

¹⁰ El perjuicio debe ser probado y además ser apreciado como grave por el juez, como por ejemplo, el adulterio probado, violencias graves, la falta de sostenimiento económico a la familia o el abandono definitivo de la vivienda conyugal.

del marido o de la mujer». A pesar de que el divorcio unilateral (o «divorcio por capricho») del art. 31. 3 CEPT mantiene algunos puntos comunes con el antiguo repudio del marido, presenta importantes diferencias, puesto que a) no basta con notificarlo al notario como sucedía anteriormente, sino que debe ser decidido y decretado por un tribunal; b) a diferencia del repudio tradicional el «divorcio por capricho» puede ser solicitado igualmente por la mujer, si bien solo desde comienzos de los años ochenta, y c) al igual que el repudio, el divorcio se concede sin justificación alguna, pero el/la demandante será condenado por el juez al pago de una renta de divorcio si así lo solicita el otro cónyuge como indemnización por el perjuicio moral y material. La existencia de este tercer tipo de divorcio es extremadamente importante para la mujer, en primer lugar por ser el más solicitado por mujeres frente a los otros dos tipos de divorcio, y en segundo lugar al ser una modalidad de divorcio que no somete a la mujer a la prueba de un perjuicio¹¹, lo cual distancia enormemente a Túnez en materia de igualdad respecto a Marruecos, donde repudio masculino e inexistencia de divorcio sin motivos perjudican en muchas ocasiones a la mujer.

En Túnez se mantiene en el CEPT la exigencia de dote para que se pueda celebrar un matrimonio. En efecto, el art. 13 condiciona la celebración del matrimonio al pago de una dote al establecer que «el marido no puede, si no ha satisfecho la dote, obligar a la mujer a consumir el matrimonio. Tras la consumación del matrimonio, la mujer, acreedora de su dote, no puede sino reclamar su pago. La falta de pago por el marido no constituye un supuesto de divorcio». La dote constituye, por tanto, una condición sin la que el matrimonio se considera nulo y no celebrado en virtud del art. 154 CEPT, según el cual «el matrimonio no se perfecciona más que por el consentimiento de los dos esposos. La presencia de dos testigos honorables y la fijación de una dote a favor de la mujer son además requisitos para la validez del matrimonio». Sin embargo, no estamos ante un requisito del perfeccionamiento del matrimonio inocuo desde un punto de vista discriminatorio, ya que la *ratio* de este precepto es la que ha venido inspirando el derecho musulmán, en el que la dote es un pago por las relaciones sexuales de la mujer, a las que vendría obligada una vez recibida la misma, pero mientras no haya recibido tal pago la mujer tiene derecho a rechazar toda relación sexual (Micou, 2016: 173), lo cual lo convierte no solo en profundamente discriminatorio, sino también en

¹¹ No obstante, el divorcio por perjuicio es muy solicitado por la mujer en Túnez, incluso a veces de forma fraudulenta, para obtener una renta y una pensión frente al exmarido. La jurisprudencia viene valorándolo como perjuicio grave para la mujer.

fuente de violaciones conyugales, dado que el marido suele exigir el mantener relaciones forzosas en contraprestación por la dote (Ben Achour, 1992: 241)¹².

Del mismo modo, el reconocimiento del marido como cabeza de la familia comporta que si su esposa se ausenta sin su autorización, incurre en *nouchouz* (insubordinación). El marido puede solicitar y obtener fácilmente en tal caso el divorcio según la jurisprudencia y ello a pesar de la derogación en 1993 del deber de obediencia de la mujer a su marido.

En Túnez las madres solteras se encuentran asimismo discriminadas, ya que si bien el Código permite atribuir la filiación de los hijos a su madre, sin embargo a los hijos de padre desconocido no les permite usar automáticamente el apellido de su madre, de ahí que estos niños se vean privados de apellido real. Las madres solteras sufren también la discriminación de no tener reconocida la tutela legal de sus hijos, de forma que constantemente precisan de la autorización del juez para actos de gestión mientras el hijo sea menor de edad.

Con frecuencia las mujeres se ven obligadas a acudir al juez para poder obtener el pasaporte de sus hijos sin la autorización del padre, ya que la Administración lo suele denegar y lo mismo ocurre para poder abandonar el territorio nacional. En cambio, el padre no necesita de la autorización de la madre para obtener el pasaporte del hijo o para viajar con él al extranjero.

En Túnez el matrimonio de una tunecina musulmana con un no musulmán ha venido estando prohibido por varias circulares ministeriales que se remontan a los años sesenta y setenta, en que para hacer frente a los islamistas se adoptan algunas medidas (circular n.º 23, de 17 de marzo de 1962, del secretario de Estado del Interior dirigida a los funcionarios del Registro Civil; circular 606 de 19 de octubre de 1973, del primer ministro; circular n.º 216, de 5 de noviembre de 1973, del ministro de Justicia). Por tanto, la disparidad de cultos ha seguido vigente como impedimento para contraer matrimonio, a pesar de que no existe referencia explícita a este impedimento en el CEPT y a pesar también de que las circulares administrativas en el sistema de fuentes tunecino no pueden innovar una norma de rango superior añadiendo o imponiendo condiciones, ya que su naturaleza no es la de una norma creadora del derecho, sino simplemente son normas interpretativas o aclaratorias de disposiciones legales. Hay que recordar, además, que este impedimento de disparidad de culto contradecía la ratificación por Túnez sin formular ninguna reserva de la «Convención de Nueva York de 1962 sobre igualdad de

¹² En efecto, como ha explicado Ben Achour, en el matrimonio musulmán «el hombre compra su placer», hasta el punto que «la mujer se consume», y, como cualquier otro objeto de consumo, cuando se gasta, entonces «se le cambia por otra, se la repudia, se la corrige y se le priva del lecho (al revés está prohibido)».

mujer y hombre en la elección del cónyuge, sin discriminación de raza, sexo y religión». Sin embargo, la única posibilidad para una tunecina (al igual que en Marruecos) de contraer matrimonio con un extranjero era la conversión de este al islam. Por tanto, la mujer tunecina, al igual que la marroquí, se ve discriminada, ya que el tunecino varón tiene libertad para casarse con una no musulmana, sin que se exija a esta la conversión ni ninguna otra condición para contraer matrimonio.

Este impedimento de disparidad de culto se convertía asimismo en impedimento para que el marido no musulmán heredase de su esposa musulmana, sin que exista disposición alguna en el Código que así lo indique. Ello significa que detrás de este impedimento de disparidad de culto no solo hay una incorrecta aplicación de la jerarquía de fuentes que en su día criticó ampliamente la doctrina tunecina (Bourraoui, 1983: 425), invirtiendo el Código con rango de ley frente a una simple circular, sino que es la jurisprudencia de los tribunales la que sigue acudiendo a la *sharia* como fuente del derecho. A este respecto, salvo alguna aislada excepción, en la jurisprudencia prevalece la aplicación del derecho coránico (Gallala-Arndt, 2016: 602). Cabe citar como ejemplo la Sentencia 36737, de 26 de junio de 2014, del Tribunal de Apelación de Túnez, en la que un marido no musulmán recurre la sentencia de instancia que le deniega heredar de su mujer tunecina. El razonamiento de la citada sentencia del Tribunal de Apelación de Túnez se apoya (como ocurre en tantas ocasiones en los países del Magreb) en la equívoca versión árabe del art. 5 del CEPT, que exige que para que el matrimonio sea válido los esposos no pueden estar incurso en alguno de los impedimentos previstos por la ley. La expresión «impedimentos previstos por la ley» en la versión árabe textualmente aparece como impedimentos de la *sharia* (فِي عَرَشِ عِنَاوِم). Sin embargo, ello contradice el art. 14 del Código, en el que no menciona como impedimento para el matrimonio la disparidad de culto del marido. Tampoco aparece mencionada la disparidad de culto en el art. 88 del Código, que recoge los impedimentos para suceder. Sin embargo, en la versión árabe ese único impedimento aparece formulado como «uno entre los impedimentos a la sucesión», de donde el Tribunal extrae una remisión implícita a otros impedimentos previstos en la *sharia*, entre los que de nuevo figuraría la disparidad de culto del marido. Así pues, basándose en esta argumentación, el Tribunal considera nulo el matrimonio con un marido no musulmán y extrae de ahí el principio de que toda sucesión interreligiosa está prohibida. Evidentemente, la sentencia convierte la *sharia* en fuente supletoria, y lo reconoce abiertamente invocando para ello que el CEPT se inspira en el *fiqh* malekita y recuerda la invocación con la que se promulgó el Código en la que se afirmaba que sus disposiciones se inspiraban en él. Sin embargo, la sentencia en ningún momento acepta el recurso del marido, en el que se recuerda que según la Constitución de 2014 Túnez es un Estado civil. Además de la aplicación de la *sharia*,

la sentencia invoca asimismo la circular de 1973, en cuyo texto se aclaraba que se apoyaba en el art. 1 de la Constitución de 1959, precepto que el Tribunal de Apelación considera que sigue siendo el mismo que el art. 1 de la Constitución de 2014, en el que se proclama el islam como la religión del Estado.

Finalmente, una iniciativa del presidente de la república anunciada en un discurso el 13 de agosto de 2017, ha dado el impulso político para derogar esta normativa inconstitucional. Así, el primer ministro, mediante circular de 8 de septiembre de 2017, anulaba su circular de 19 de octubre de 1973, que prohibía el matrimonio entre tunecinas musulmanas y no musulmanes, y notificaba al ministro de Justicia la obligación de anular su circular de 5 de noviembre de 1973, quien mediante circular fechada el 8 de septiembre de 2017 anulaba dicha circular y todas las demás con el mismo objeto, enviándola a los presidentes de todos los tribunales y juzgados, a los fiscales y a los Registros Civiles, haciendo hincapié en que la circular 216 era contraria a los arts. 21 y 41 de la Constitución de 2014, además de contravenir los tratados internacionales ratificados por Túnez. Asimismo, los ministros de Interior, de Asuntos Exteriores, de Medio Ambiente y de Desarrollo Local anulaban sus propias circulares sobre el mismo objeto (Circulares nº 3631, de 27 de noviembre de 1992, del ministro de Asuntos Exteriores y nº 56, de 23 de noviembre de 2004, del ministro de Desarrollo Local).

Aunque se haya suavizado, existe una regla extraída del rito malekita que en su origen prohibía el alejamiento o el desplazamiento de la madre, que es quien tradicionalmente ejerce la custodia (*hadana*) de los hijos, con la finalidad de que el padre, que es el tutor legal, pudiera ejercer la debida vigilancia y su derecho a dirigir la familia. Esta obligación de la madre de residir bien donde resida el tutor, bien de escoger un domicilio cercano al del tutor¹³, se encuentra recogida en el art. 61 CEPT, si bien de forma neutra, de modo que puede constituir una discriminación indirecta¹⁴. Si se incumple dicha obligación, el art. 61 CEPT impone la pérdida de la custodia del cónyuge (normalmente la madre). Si la madre que tiene la custodia de los hijos contrae nuevo matrimonio, puede incurrir en una causa de privación de la custodia, salvo que el juez considere que es contrario al interés del menor (art. 58 CEPT)¹⁵.

¹³ Los autores del rito malekita clásico consideraban que la distancia máxima que podía separar la distancia del domicilio de la madre con la custodia era de 6 *bérids* (120 km).

¹⁴ Dispone el art. 61 del Código tunecino que «si quien tiene la custodia del hijo cambia de domicilio y se instala a una distancia que impide al tutor cumplir sus deberes con su pupilo, es privado de su derecho».

¹⁵ Según el art. 58 del Código tunecino en efecto se establece que «el titular del derecho de custodia de sexo femenino debe estar soltero, salvo si el juez considera lo contrario en interés del menor».

2. MARRUECOS

En Marruecos, a pesar de las dos reformas al anteriormente denominado Código de Estatuto Personal y de Sucesiones en 1993 y en 2004, tras las cuales ha pasado a denominarse CFM, persiste la desigualdad entre hombres y mujeres. No obstante, no hay que perder de vista que con la reforma de 1993 se ponía fin a la supuesta inmutabilidad de los preceptos de este código (Ruiz de Almodóvar, 1995: 29).

La consecuencia de haber mantenido en los arts. 78 a 88 CFM el privilegio masculino del repudio (el *talaq* del derecho musulmán) ha sido que la estabilidad y permanencia del vínculo matrimonial se encuentra muy amenazada. La figura del repudio, que permite al marido desentenderse de toda responsabilidad sin motivo ni justificación, alcanza su mayor grado de discriminación en el caso de las mujeres que están a cargo de hijos menores, ya que el repudio las condena a unas condiciones de vida precarias. Esta situación se ve agravada por la inexistencia de mecanismos para garantizar y asegurar el pago de la pensión de alimentos que legalmente le corresponde al padre. Asimismo, recae sobre la esposa repudiada la carga de procurarse una vivienda adecuada para acogerla, no solo a ella, sino también a sus hijos. La mujer, por su parte, solo dispone de un divorcio por repudio (*tamlík*) si el marido se lo consiente previamente (art. 89 CFM).

El divorcio es un procedimiento extremadamente largo y costoso y se encuentra sometido a un sistema probatorio muy estricto, si bien ahora se contempla como una modalidad más el divorcio por consentimiento mutuo (art. 114 CFM). Por ello, las mujeres prefieren recurrir al *khôl* (art. 115 CFM), pagando la compensación a sus maridos para poder liberarse del vínculo matrimonial. Con anterioridad, el *khôl* que debía pagar la mujer se limitaba a la dote pagada por el marido aplicando un *hadith* del profeta. Sin embargo, en la actualidad se ha convertido en un auténtico negocio que los maridos usan de manera abusiva para obtener un rendimiento económico, exigiendo el máximo a la mujer en contraprestación a la renuncia de su derecho al repudio, de modo que despoja completamente a la mujer de sus bienes. Así pues, un marido que esté decidido a poner fin a su matrimonio, pero que no puede hacer frente al coste que implica el repudio al no poder pagar, bien sea el denominado don de consolación, bien sea la pensión alimenticia equivalente a la de viudedad junto a la pensión alimenticia a sus hijos, suele utilizar todos los medios posibles (incluida la violencia) para presionar a su esposa al uso del *khôl*, lo cual significa que la esposa se ve forzada a renunciar a todos sus derechos, es decir, a la pensión alimenticia y a los bienes adquiridos durante la unión conyugal.

En cuanto al divorcio por desavenencias irreconciliables (*chīqaq*), que permitiría unilateralmente a la mujer el divorcio sin alegar ninguna causa, sin embargo suele ser interpretado por los jueces como un divorcio por perjuicio, lo que hace recaer en la mujer la carga de aportar las pruebas y testigos que prueben el perjuicio (invocando alguna de las causas legales: incumplimiento de manutención, vicio redhibitorio del marido, maltrato, ausencia del marido o abstinencia de marido). En efecto, según el art. 97 del CFM marroquí, «en caso de imposibilidad de conciliación, cuando la discordia persiste, el Tribunal redacta el acta, dicta el divorcio y decide sobre los derechos exigibles conforme a los arts. 83, 84 y 85 del Código. A este respecto, el Tribunal tendrá en cuenta la responsabilidad de cada uno de los esposos en las causas del divorcio para evaluar la reparación del perjuicio del esposo lesionado». Este procedimiento es aplicable por reenvío del art. 100.2, que prescribe que «si la esposa no consigue probar el perjuicio, pero persiste en solicitar el divorcio judicial, puede recurrir al procedimiento previsto en materia de discordia». Ahora bien, en un divorcio por diferencias irreconciliables la mujer no suele aportar pruebas para justificar las diferencias, puesto que este tipo de divorcio oculta causas íntimas que las esposas prefieren no desvelar. Sobre el papel, podría pensarse que esta es la fórmula más utilizada de divorcio por las mujeres gracias a la facilidad del proceso. Sin embargo, los datos demuestran que no siempre es así.

El matrimonio de musulmanas con no musulmanes sigue estando prohibido, pero no así al contrario, puesto que los marroquíes varones sí están autorizados a casarse con no musulmanas. De aquí además deriva que una mujer marroquí no pueda transmitir su nacionalidad a su marido de nacionalidad extranjera. Esta discriminación supone un perjuicio para el esposo no marroquí respecto a la residencia, a la entrada y salida del territorio nacional y en cuanto a las propiedades de familias con doble nacionalidad en aquellos casos en que la madre y los hijos son marroquíes, pero el padre les obliga a residir en el extranjero. En cambio, el art. 10 del Código de la Nacionalidad (reformado en 2007)¹⁶ permite a la mujer extranjera, casada con un marroquí, solicitar la nacionalidad.

El matrimonio con chicas menores de edad sigue estando permitido, y ello a pesar de que en 2004 se reformó la edad legal obligatoria para contraer matrimonio¹⁷. Este tipo de matrimonios obliga a las menores a interrumpir

¹⁶ Modificado por la Ley 62-06, promulgada por el Dahir 1-07-80, de 23 de marzo de 2007.

¹⁷ El art. 19 del Código dispone que «la capacidad matrimonial se adquiere para varón y mujer en el disfrute de sus facultades mentales, a los 18 años cumplidos».

su escolarización, lo que las aboca a una situación de precariedad. En efecto, a pesar de que se haya establecido la edad de 18 años como edad mínima para contraer matrimonio para ambos cónyuges, sin embargo, el Código sigue autorizando el matrimonio precoz mediante resolución motivada de un juez, previa audiencia a los padres o del representante legal (art. 20 CFM) y con el consentimiento del representante legal del menor (art. 21 del CFM). El Código no ha limitado los supuestos de este tipo de matrimonios, sino que deja en manos del juez que razone el interés y los motivos que justifiquen el matrimonio con el/la menor. La resolución judicial que autoriza el matrimonio es además irrecurrible (art. 20 CFM). Se constata en este punto un retroceso, puesto que, a diferencia de la anterior versión del Código de Estatuto Personal de 1957, que prohibía el matrimonio antes de cumplir 15 años, el Código de 2004 ha guardado silencio sobre este punto, dejando la puerta abierta a los matrimonios precoces de las menores de edad. El art. 49 CFM sigue manteniendo que cada cónyuge dispone de su propio patrimonio, aunque puedan llegar a acuerdos sobre reparto de bienes y condiciones de distribución de rendimientos. Sin embargo, en ausencia de este acuerdo queda a la valoración del juez determinar el trabajo de cada uno de los cónyuges, así como los esfuerzos y cargas asumidas para hacer rendir los bienes de la familia¹⁸. Ello provoca que, dada la ambigüedad del art. 49.4 CFM, suelen atribuir una cantidad fija a la mujer, en lugar de un porcentaje del valor de los bienes adquiridos durante el matrimonio y, lo que es más grave, algunos jueces tienden a excluir de lo aportado por la mujer al sostenimiento de las cargas del matrimonio el trabajo doméstico, acogiéndose a una línea jurisprudencial de la Corte de Casación (Ghounbaj, 2013: 75)¹⁹.

Las madres no pueden acceder a la tutela legal de sus hijos/as menores sino en condiciones muy restrictivas. En efecto, la madre no puede acceder a la tutela legal de los hijos menores salvo que fallezca el padre o sea incapacitado jurídicamente o se declare su ausencia (art. 238 CFM). Sin embargo, si el padre ha designado en vida otro tutor legal diferente a la madre, esta quedará excluida de la tutela. En caso de divorcio, aunque la custodia esté confiada a la madre, el padre continúa siendo el tutor legal de los hijos/as. Ello significa que la madre no puede adoptar ninguna decisión que afecte al hijo/a sin la autorización del tutor, como por ejemplo llevarlo de viaje al extranjero o cambiarlo

¹⁸ El párrafo cuarto del art. 49 en efecto dispone que «a falta del mencionado acuerdo se recurrirá a las reglas generales de prueba para tener en cuenta el trabajo de cada uno de los cónyuges, los esfuerzos que ha realizado y las cargas que ha asumido para hacer fructificar los bienes de la familia».

¹⁹ Sentencia de 18 de octubre de 2006.

de centro escolar, lo cual contraviene el art. 16.1 e), d) y f) de la CEDAW. Incluso cuando el Código obliga a la madre con recursos a contribuir a las necesidades de la familia por incapacidad material del padre, no le atribuye la tutela de los hijos (art. 199 CFM). El derecho de custodia de la esposa se ha consolidado al establecer el Código que, excepto motivos apreciados por el Tribunal, el cambio de residencia dentro de Marruecos no entraña la retirada del derecho de custodia (art. 178).

En Marruecos, con la última reforma al Código de la nacionalidad que data de 2007, se reconoce el derecho de las mujeres a transmitir su nacionalidad a sus hijos/as (art. 6). Aun así, sigue produciéndose una discriminación en lo que se refiere a la transmisión de la nacionalidad entre cónyuges, ya que el Código permite al marido transmitir su nacionalidad a la esposa extranjera, pero no a la inversa, de modo que la mujer marroquí no puede transmitir su nacionalidad a un marido no marroquí. Incluso las mujeres marroquíes con esposos musulmanes de nacionalidad extranjera no pueden transmitir su nacionalidad a sus hijos a pesar de que estos últimos hayan nacido o hayan sido escolarizados en Marruecos (art. 6 del Código)²⁰. Estas disposiciones contravienen abiertamente el art. 9.2 de la CEDAW, que reconoce, de manera expresa y solemne, el derecho de la madre, en igualdad con el padre, a transmitir su nacionalidad a sus hijos.

Asimismo, las marroquíes madres solteras se encuentran excluidas de la pensión de alimentos que distribuye el Fondo de Ayuda Familiar, contraviene el art. 32 de la Constitución. Otra de las discriminaciones es que no tienen derecho a utilizar el apellido del padre aunque sea conocido; es más, estas madres no pueden registrar su hijo en el Registro Civil con su apellido, salvo que lo autorice el padre de la mujer o su hermano, y a condición de que el nombre de pila comience por «Abd».

En cuanto a la filiación, en virtud de la combinación de los arts. 151 y 152 CFM, la filiación paternal solo puede derivar de una relación conyugal (*Al Firach*), de un reconocimiento del padre (*Iqrar*), o de una relación sexual por error mediando buena fe en la validez del matrimonio (*choubha*) (art 154 CFM). Por su parte, la filiación maternal es legítima cuando la maternidad es resultado del matrimonio, de una relación por error, pero también cuando es resultado de una violación (art. 147 CFM).

²⁰ En lo que se refiere a la nacionalidad por nacimiento en Marruecos, el Código dispone que «es marroquí el hijo nacido de madre marroquí y padre apátrida y el hijo nacido en Marruecos de padres desconocidos». Asimismo, es marroquí «el hijo de padre marroquí y el hijo de madre marroquí y padre desconocido».

El art. 156 CFM contempla la posibilidad de establecer la filiación respecto al padre solo en el caso de concepción del hijo cuando la pareja se ha comprometido mediante la pedida de mano²¹, a pesar de que el matrimonio no se haya formalizado todavía: «Si la pedida de mano ha tenido lugar y se ha prestado consentimiento mutuo²², pero circunstancias imperiosas impiden llevar a cabo el acto de matrimonio y aparecen señales de embarazo en la prometida, este embarazo es imputado al prometido, si se reúnen las siguientes condiciones: a) si la pedida de mano ha sido conocida por ambas familias y aprobada en su caso por el tutor matrimonial²³ y por la prometida; b) si se demuestra que la prometida ha quedado embarazada tras la pedida de mano, y c) si los dos prometidos han reconocido que han sido los causantes del embarazo». La verificación de estas condiciones corresponde a una decisión judicial no susceptible de recurso. En cualquier caso, ambos progenitores incurrir en el delito de relaciones sexuales fuera del matrimonio del art. 490 del Código Penal.

Si el novio niega su paternidad habiendo mediado un noviazgo oficial, el código expresamente contempla que «se puede recurrir a todos los medios legales de prueba para establecer la filiación paternal» (art. 156 *in fine*). Ahora bien, esta remisión a «todos los medios legales de prueba», lejos de lo que pueda parecer, no supone una apertura a cualquier medio de prueba, sino todo lo contrario. En efecto, los medios de prueba a los que hace referencia el Código se contienen en los arts. 155, 156 y 158, en los que se efectúa un reenvío a los medios de prueba admitidos por la *sharia*. De aquí resulta que los medios de prueba aceptados son los clásicos admitidos en el derecho musulmán. Por tanto, la cuestión es si podrían admitirse otros medios como la prueba de ADN. La práctica en los tribunales viene siendo la de admitir dicha prueba cuando el novio rechace reconocer a su hijo, pero sin considerarla un medio de prueba sobre la filiación legítima del niño²⁴. Esta cuestión ha sido abordada

²¹ El noviazgo informal de estilo occidental no está permitido en los países musulmanes.

²² La pedida de mano se encuentra regulada en el art. 5 del Código marroquí como una promesa mutua de matrimonio entre hombre y mujer. La pedida tiene lugar «cuando las dos partes expresan por cualquier medio comúnmente admitido su promesa mutua de contraer matrimonio. Normalmente se recita la *Fatiha* (nombre que recibe la primera sura del Corán) y se intercambian regalos según el uso y costumbre». Este precepto indica como medio de prueba de la pedida el banquete, los regalos o cualquier práctica admitida por el uso y la costumbre.

²³ Siempre y cuando sea preciso su concurso según los arts. 24 et 25 del Código de Familia marroquí.

²⁴ El Código de Familia marroquí en ningún momento hace referencia en rigor a filiación legal, sino que sobre la forma del derecho musulmán distingue entre filiación

por el Tribunal Supremo, que viene considerando que «si bien el análisis de ADN prueba la filiación biológica respecto al padre, no está admitida como medio de prueba de la filiación legítima del hijo hacia este mismo padre». Esta jurisprudencia recientemente ha pretendido ser superada por la jurisdicción ordinaria en una conocida sentencia de un juzgado de Tánger de 30 de enero de 2017 que al intentar superar la contradicción que encierra el rechazo a reconocer la filiación paterna de un hijo biológico, había procedido por primera vez en Marruecos a reconocer una filiación parental (*al Bounouwwa*), pero no la filiación paterna (*al Nasab*). Esta última es la que permite al hijo llevar el apellido del padre, recibir una pensión o heredar de su patrimonio. El no reconocimiento de la filiación paterna, a pesar de haber quedado probada la filiación biológica respecto al padre, se imponía en la sentencia de primera instancia, en primer lugar porque la demandante no había solicitado en su demanda el reconocimiento de dicha filiación. Pero además, en segundo lugar, la pretensión de la demandante de condenar al padre al pago de una pensión alimenticia no tenía sustento ya que la filiación paternal solo puede derivarse de una de las causas tasadas y señaladas más arriba: relación conyugal (*Al Firach*), de un reconocimiento del padre (*Iqrar*) o de una relación sexual por error (*choubha*) (art 152 de la Moudawana). En realidad, estas causas tasadas no terminan por excluir la relevancia probatoria de una prueba biológica de paternidad, solo que por mor del art. 151 CFM dicha prueba solo tiene validez para destruir la presunción de paternidad en la relación conyugal o de noviazgo, no estando permitida practicarla para atribuir la filiación legítima paterna, sino solo para retirar una filiación presumida, puesto que según su enunciado, «la filiación paternal se establece por presunción y no puede ser destruida sino por una decisión judicial». De este modo la prueba biológica, al contrario de lo que sucede en países europeos, no aparece orientada a la garantía de los derechos del/la hijo/a ilegítimo/a, sino que se convierte en desprotectora del hijo/a que se presume legítimo/a (Casas Planes y García López, 2014: 1291).

Además de conculcar derechos fundamentales como el derecho de igualdad de protección jurídica de los hijos del art. 32 CM y el derecho a un

marital o legítima y bajo la filiación ilegítima engloba tanto la filiación natural, la filiación adulterina y la filiación incestuosa (art. 142 CFM). En este sentido no existe una filiación legal, sino una dualidad de filiaciones legales, legítima e ilegítima, consagradas en un orden jerárquico en razón de la protección dispensada al matrimonio y a la familia, de forma que la filiación ilegítima no niega la verdad biológica, sino que los efectos legales los limita entre el/la hijo/a y la madre, pero lo/la excluye de pertenecer a una familia parental (Chafi 2018: 212).

debido proceso del art. 120 CM (Adnane, 2017: 97, 103) la negativa a utilizar el ADN como medio de prueba en la filiación paterna atenta contra la prohibición de discriminación recogida tanto en el preámbulo como en el art. 19 CM al no dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones iguales, perjudicando claramente a la mujer, quien no podrá reclamar una pensión alimenticia para el hijo de ambos y deberá soportar dicha carga económica. Por ello, se ha ido abriendo paso la posibilidad de plantear una demanda de resarcimiento de daños al padre por responsabilidad civil derivada del delito. Esto es lo que ocurrió por primera vez en la citada sentencia del Juzgado de Familia de Tánger, que condenaba al padre a 100 000 dirhams, fundándose precisamente en el principio de responsabilidad derivada del delito (art. 77 del Dahir de Obligaciones y Contratos)²⁵, ya que la participación del padre en una relación extraconyugal lo convierte en culpable de un delito, producto del cual ha nacido el hijo que por verse privado de padre ha sufrido un perjuicio. De hecho, la madre, antes de dirigirse al Juzgado de Familia planteando una demanda de filiación parental junto a la reclamación de una pensión alimenticia al padre desde el día del nacimiento de la hija en 2014, había sido condenada en 2016 junto al padre en la vía penal por relaciones sexuales fuera del matrimonio a la pena de un mes de prisión.

Sin embargo, la sentencia del Juzgado de Familia de Tánger fue revocada por la sentencia del Tribunal de Apelación de 9 de octubre de 2017 (*Arrêt* 246/1620/2017), que condenaba a la madre a pagar las costas de instancia y de apelación. En dicha sentencia el Tribunal de Apelación lleva a cabo una interpretación muy discutible del art. 148 del Código de Familia. Según el enunciado de dicho precepto, «la filiación ilegítima no produce ninguno de los efectos de la filiación parental legítima respecto al padre» (Tribunal de Apelación, *Arrêt* 246/1620/2017). De ahí el Tribunal de Apelación Civil extrae la siguiente interpretación: la hija nacida debe considerarse «como extraña al padre, puesto que la filiación ilegítima no produce ningún efecto, como enuncia el art. 148 del CFM. El término “efecto” es aquí global. No se le puede reducir únicamente a los efectos basados en la filiación parental legítima (*al nasab*), sino que es extensible a otros efectos» (Tribunal de Apelación, *Arrêt* 246/1620/2017). Sin embargo, esta interpretación del Tribunal de Apelación del art. 148 del CFM hace decir a dicho precepto algo que realmente no dice. Textualmente el art. 148 del CFM dispone que «la filiación

²⁵ El art. 77 del Dahir de Obligaciones y Contratos en Marruecos establece que «todo hecho humano que sin autoridad de la ley cause consciente y voluntariamente a otro un daño material o moral, obliga a su autor a reparar dicho daño siempre que se acredite que ese hecho es la causa directa».

ilegítima no produce ninguno de los efectos de la filiación parental (*al nasab*) legítima respecto al padre» (Tribunal de Apelación, *Arrêt* 246/1620/2017). Ciertamente, por otro lado, el art. 146 prescribe que «la filiación, ya resulte de una relación legítima o ilegítima, es la misma respecto a la madre en lo que se refiere a los efectos que produce». Ahora bien, en su interpretación el Tribunal de Apelación ignora que el art. 148 delimita de forma nítida su propio campo de acción, que es el de privar a los hijos ilegítimos de los efectos que produce una filiación legítima, pero en ningún caso está negando que no exista filiación alguna (aunque sea ilegítima). Así pues, lo que hace el CFM marroquí es determinar los efectos de la filiación legítima de forma taxativa y limitada, como la propia *Guía* del Código se encarga de explicar, al indicar que la filiación legítima produce los efectos que se derivan de una unión conyugal en lo que se refiere a los impedimentos para casarse, el derecho a la pensión alimenticia, la protección a la familia y el derecho a heredar. Pero todavía más sorprendente es que esta misma *Guía práctica del Código de Familia*, encargada por Mohamed VI en 2005 y elaborada por el Ministerio de Justicia, incluye el siguiente comentario justo tras el texto del art. 148 del CFM: «Nada impide la posibilidad de recurrir a la aplicación de las reglas generales relativas a la indemnización del perjuicio ocasionado por la persona que ha sido la causa de un nacimiento fuera del marco permitido por la ley». Esa indemnización por responsabilidad derivada de dicho ilícito fue lo que el juez de primera instancia se limitó a constatar, por lo que no se alcanza a ver la fundamentación jurídica de la revocación de esa primera sentencia. Hablando con propiedad, la sentencia del Tribunal de Apelación no ha invocado precepto constitucional o legal alguno a la hora de revocar la sentencia de primera instancia, sino que se ha apoyado en razonamientos de naturaleza estrictamente teológica, en un ejercicio que convierte la *sharia* en fuente supletoria. Esta posibilidad se encuentra contemplada, en efecto, en el art. 400 CFM: «En todo lo que no se encuentre expresamente previsto en el presente Código, habrá lugar a referirse a las prescripciones del rito malekita y/o a las conclusiones del esfuerzo jurisprudencial (*Ijtihad*)». La sentencia del Tribunal de Apelación se apoya, en primer lugar, en un *hadith* atribuido al profeta hasta el punto de que encabeza su fundamentación. Dicho *hadith* recita que «el niño pertenece al lecho (conyugal) y el fornicador recibe la piedra», en el que la expresión «recibir la piedra» o «llenar la boca de piedra y tierra», según la tradición del árabe, se utilizaba para expresar que alguien solo merece decepción.

En segundo lugar, la sentencia del Tribunal de Apelación de Tánger cita la exégesis de un teólogo musulmán del siglo XI, llamado Ibn Hazm de Córdoba. En particular, la sentencia cita uno de sus obras, titulada *Al Muhalla*, en donde se afirma que «el hijo de la *zina* (fornicación) no es adscribible en absoluto a su padre. La filiación parental ilegítima no produce absolutamente

ninguno de los efectos del parentesco. El hijo no hereda de su padre, del mismo modo que el padre no hereda de su hijo. Este último no tiene derecho sobre el padre ni en lo que se refiere la buena acción ni en lo que se refiere a la pensión alimenticia (*nafaqa*), los impedimentos para contraer (*al tahrim*) u otros derechos»²⁶. Hasta aquí la transcripción de la sentencia que dice citar la obra de Ibn Hazm. Sin embargo, el juez se ha permitido modificar las dos primeras frases añadiendo el término «en absoluto», pero al hacerlo el juez no ha sido consciente de que si el hijo o hija son totalmente extraños al padre al no reconocerle ningún efecto del parentesco, se entiende que entre dichos efectos queda excluido el del impedimento para contraer matrimonio, lo cual supondría admitir la posibilidad de un incesto.

Evidentemente, la sentencia del Tribunal de Apelación ha llevado a cabo una aplicación muy cuestionable de la propia Constitución, que proclama el compromiso del Estado en el cumplimiento de los tratados. Precisamente el juez de instancia parece haberse mostrado más escrupuloso en la aplicación de la nueva Constitución de 2011, que los tribunales de Apelación y Supremo, que habitualmente vienen ejerciendo como «jueces *fiqhistas*»²⁷ (Mouaqit,

²⁶ *KitabAl-Muballa*, cuestión 1742.

²⁷ En los «jueces *fiqhistas*» hay que englobar un amplio sector de la judicatura que se ampara en dos elementos para aplicar como fuente tanto el derecho como la jurisprudencia religiosa: a) en que el derecho *malekita* expresamente es derecho supletorio del Código de Familia en virtud del propio art. 400 del Código, y b) en que el Código de Familia, al declarar ser un compendio de la jurisprudencia (*fiqh*) *malekita*, en su interpretación no puede por menos que ser integrado y guiado por los principios del *fiqh malekita*. Pero hay un tercer elemento que asiste y sustenta la posición de los jueces *fiqhistas* que no debe desdeñarse, y es que la Constitución ordena expresamente al juez a aplicar la ley en el art. 110 CM al afirmar que «las decisiones de la justicia se dictan bajo el solo fundamento de la aplicación imparcial de la ley», no encontrándose entre sus funciones ni el enjuiciamiento de su posible incompatibilidad con la Constitución ni tampoco la de inaplicar la ley si no es posible una interpretación conforme. Recuérdese a este respecto que, al menos en lo que respecta las leyes orgánicas, así como el resto de leyes ordinarias no recurridas, se benefician de una presunción de constitucionalidad que no le es dado al juez ordinario desvirtuar. Otro tanto cabe decir de los tratados internacionales, ya que el juez debe atenerse a la estricta prescripción legal, pues en ningún caso está autorizado a inaplicar una ley, incluso si el tratado debe prevalecer, ya que aun cuando la Constitución afirma dicha prevalencia en su preámbulo, el disfrute de los derechos a la igualdad de sexos reconocidos por los tratados no puede contradecir las propias disposiciones constitucionales, las constantes del reino (en las que encuentra encaje el islam) y sus leyes (de las que inequívocamente forma parte el Código de Familia).

2008: 205). En particular, el juez de primera instancia invocaba el art. 32 de la Constitución, que no parece dejar margen alguno de apreciación cuando prescribe que «el Estado [...] asegura una igual protección jurídica y una igual consideración social y moral a todos los hijos, con abstracción de su situación familiar». De igual modo, el juez de instancia no ha hecho sino aplicar estrictamente el texto constitucional al aplicar a este caso un tratado internacional frente a una ley que lo contradice, en este caso el Tratado de Naciones Unidas de Derechos del Niño de 1989, ratificado por Marruecos en 1993, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996, ratificado por Marruecos en 2014, según el cual el Estado parte debe permitir al niño/a, en la medida que lo permita su discernimiento, conocer toda información «pertinente» (art. 3) y expresar su opinión (arts. 6 y 10), y en el que se impone a la autoridad judicial asegurarse de que posee toda la información «suficiente», de la que parece difícil excluir la información de quiénes son sus padres.

IV. LA IGUALDAD EN EL DERECHO SUCESORIO

Tanto en Túnez como en Marruecos encontramos las clásicas reglas de sucesión del rito malekita. No obstante, Túnez incorporaba dos figuras que no son de tradición malekita para mitigar la discriminación de la mujer en ciertos casos, como son el *radd*²⁸ del art. 143 bis CEPT y el legado obligatorio de los arts. 191 y 192 CEPT (Mezghani y Meziou-Dourai, 2006: 112). En ambos casos el derecho de sucesiones se muestra profundamente discriminatorio y especialmente resistente a cambios, ya que en materia de sucesiones el Corán contiene una regulación muy detallada. Este carácter deja poco margen a la *ijtihad* (la interpretación basada en la razón). De ahí la dificultad de modificar las cuotas hereditarias de la mujer sin evocar una aparente derogación de la norma religiosa en este punto.

El Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación hacia las Mujeres ha expresado en su recomendación general 21 sobre «Igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares» que las discriminaciones de la mujer en el reparto de la herencia son contrarias a la Convención y deberían ser por tanto eliminadas.

La desigualdad de las reglas hereditarias se ha edificado, en efecto, a partir de una doble desigualdad: a) la de la extensión de los llamados a la sucesión,

²⁸ El *radd* permite asegurar a las hijas del hijo, cuando ellas son las únicas herederas, acceder a la integridad de la herencia.

que es mucho más amplia en el caso del varón que en el de la mujer²⁹, y b) a igual grado de parentesco y salvo muy limitadas excepciones³⁰, la mujer no hereda más que la mitad de lo que hereda un hombre. Esta regla discriminatoria procede directamente de una sura del Corán: «Al varón corresponde la parte de dos féminas (*li dhakarimithloughadhi al ounthayayn*)». Su aplicación puede resultar más perjudicial cuando se trata de la viuda o los descendientes.

Asimismo, los códigos de Estatuto Personal de ambos países recogen la clásica distinción entre herederos *fardh* y herederos *aceb* (art. 89 CEPT y arts. 334 y 335 CFM). A los primeros, los *fardh*, se los puede considerar como herederos *reservatarios*, ya que tienen garantizada una parte predeterminada en la sucesión y además gozan de prioridad respecto al resto de herederos, y su número está tasado. En esta categoría de herederos tienen cabida las mujeres, pero asimismo, en cuanto al sexo masculino, se extiende hasta el abuelo paterno aunque sea en un grado superior, el hermano uterino y el marido supérstite (art. 91 CET y art. 337 CFM³¹). Las mujeres susceptibles de heredar son la madre, la abuela, la hija y la nieta solo por parte del hijo, las hermanas y la esposa. Fuera de la reserva sucesoria, otras mujeres pueden heredar si hay testamento en su favor. La cuota de los herederos *fardh* se encuentra, por tanto, establecida legalmente y variará según el número de herederos.

Por su parte, los herederos *aceb* comprenden los herederos agnaticios, que son todos los parientes agnados (por línea masculina) del difunto, sin límite de grado. Este tipo de herederos son universales cuando no existan herederos *fardh* y, en caso de concurrencia con estos, tienen derecho a heredar del patrimonio restante una vez adjudicada su parte. Así, por ejemplo, si el marido difunto solo tiene hijas y hermanas, las hermanas son las herederas, pero según el derecho del *taasib* (agnado), al menos un varón debe formar parte del reparto de la herencia. En tal caso, se integran por orden prioritario el tío paterno, o bien sus hijos, o bien los sobrinos (y no las sobrinas) por parte

²⁹ En efecto, mientras que el tío, el sobrino y el primo del difunto pueden heredar en ciertos casos, dicha posibilidad queda excluida para la tía, la sobrina o la prima que se encuentren en la misma situación que los anteriores.

³⁰ Existe un caso en el que una mujer recibe una parte igual que la del hombre. Dicho supuesto sería aquel en que el difunto esposo no tiene ni padre ni madre ni hijos, pero sí un hermano y una hermana, en cuyo caso hereda entonces cada uno de ellos una sexta parte. Asimismo, existe un solo supuesto en el que la mujer recibe en herencia una mayor parte que la del hombre: cuando una difunta que no tiene hijos ni hermanos o hermanas y solo le sobreviven su padre, su madre y su marido, el marido hereda la mitad de sus bienes, la madre un tercio y el padre una sexta parte.

³¹ Según el art. 337, los herederos *fardh* son solamente seis: la madre, el abuelo, el esposo, la esposa, el hermano uterino y la hermana uterina.

de los hermanos y no las hermanas, o bien los primos por parte del padre (art. 114 CET y art. 338 CFM). Particularidad, por tanto, del *taasib* es que incluye solamente a los descendientes varones por línea masculina. En virtud de esta regla, la mujer se ve desposeída de la condición de heredera universal por sí misma (*aceb*), pues dicha condición es exclusiva del varón, de donde se sigue que la mujer no puede heredar la totalidad de la herencia cuando sea heredera única, sino que se le reconoce en ambos países la mitad (si es heredera única) o los dos tercios (si son dos hijas o más), mientras que el resto corresponde al padre o al abuelo.

Otras situaciones de desigualdad hacia la mujer se corresponden en cambio con aquellos supuestos en que la esposa hereda menos que el esposo. Así, si es la esposa la que fallece sin haber dejado descendencia, el esposo hereda la mitad de sus bienes. Ahora bien, si es el esposo quien fallece sin haber dejado descendencia, a la esposa le corresponde solamente una cuarta parte. Es más, si el esposo fallece habiendo dejado descendientes, la esposa hereda una octava parte. Frente a ello, en el supuesto de que quien fallece es la esposa habiendo dejado descendientes, entonces el marido hereda una cuarta parte. Solo si alguno de los cónyuges fallece sin haber tenido descendencia, pero dejando tanto el esposo como la esposa un hermano o una hermana, aunque el cónyuge sobreviva, se da una situación de igualdad al repartirse equitativamente una sexta parte. Si se trata de dos hermanos y hermanas o más, se reparten el tercio.

Si una mujer que fallece sin haber dejado esposo ni hijos, los hermanos y hermanas heredan sus bienes íntegramente. Pero si el hermano ha fallecido, y este no tiene hijos ni viuda y solo tiene una hermana, le corresponde a esta última únicamente la mitad de los bienes, porque sin la presencia de un varón una mujer no puede ser heredera universal (*taasib*). Del mismo modo, las huérfanas que no tengan hermanos deben compartir la herencia con los parientes masculinos más cercanos al difunto, en muchos casos desconocidos y sin relación con la familia.

1. TÚNEZ

Recientemente, el 23 de mayo de 2018 la Asamblea de Representantes del Pueblo ha aprobado la Convención Internacional sobre el Protocolo Africano de Derechos de la Mujer de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, cuyo art. 21 dispone que los niños heredan del padre fallecido «sobre la base de la igualdad total sin distinción de sexo». Este nuevo tratado internacional ha sido publicado en el *Diario Oficial* el 6 de junio de 2018, por lo que es vinculante.

En cuanto a las viudas no musulmanas, en Túnez la jurisprudencia se suele apoyar más en el derecho musulmán que en el propio CEPT. Los jueces,

en efecto, invocan la regla de que un no musulmán no hereda de un musulmán y viceversa, regla que no existe en el CEPT. En razón de dicha regla las mujeres no musulmanas al quedar viudas, a pesar de ser madres de musulmanes y de tunecinos, quedan excluidas de la sucesión salvo que se conviertan al islam. En cambio, la paradoja es tal que la viuda no musulmana puede beneficiarse del tercio de los bienes de su marido difunto mediante vía testamentaria, lo cual es mucho más ventajoso que la octava parte de la que se beneficiaría una esposa musulmana.

Un importante paso para superar la desigualdad de las mujeres en la sucesión ha sido la presentación del *Informe de la Comisión de Libertades Individuales e Igualdad* (creada por Decreto Presidencial) encargado por el presidente de la república³². En dicho proyecto se parte de dos principios. El primero es el de imponer la igualdad entre hombres y mujeres en el primer grado de parentesco. El segundo ha consistido en mantener para el resto de casos la igualdad como principio, pero con la posibilidad de aplicar el derecho musulmán si así lo decide el/la testador/a. Correspondería a la mujer heredera decidir el régimen que prefiere que le sea aplicable (la igualdad en la sucesión o recibir la mitad del varón).

Así, en primer lugar, el proyecto contempla que en caso de existir hijos e hijas, estas deben heredar una parte igual a la de sus hermanos en lugar de la mitad de lo que heredan respecto a ellos. Si solo hay una hija única y además un padre o un abuelo, la hija debe tener prioridad sobre ellos. De ahí que el proyecto contemple una reducción de estos (*Hajb Noqsan*), cambiando su actual condición de herederos agnaticios (*aceb*) por la condición de herederos forzosos de una sexta parte en concepto de legítima.

El *Informe de la Comisión de Libertades* concede a los nietos el título de herederos en caso de premoriencia de los padres. De este modo quedaría derogada la regla que mide la parte de los nietos en materia hereditaria, que actualmente permite a los nietos heredar un tercio, mientras que los dos tercios restantes corresponden al Estado. El proyecto contempla, además, que los nietos hereden a partes iguales, sin distinción de sexo. Asimismo, se reconoce en el proyecto la igualdad de la madre y el padre del difunto en caso de ausencia de descendientes, de modo que hereden todo el patrimonio o lo que reste de él tras calcular la legítima del viudo o viuda, si existe.

Entre cónyuges el proyecto tunecino deroga la distinción entre la parte legítima del marido y la de la esposa. Hasta ahora al viudo corresponde la

³² 1، سنوت، 2018، تيروم جمل اس ييزى ل ايرى رقت. ةاواس مل او تي در فل ات ايرى رقت ل ر ي رقت ن اوج (Comisión de Libertades Individuales e Igualdad. Informe al presidente de la república, Túnez, 1 de junio de 2018).

mitad de la herencia en ausencia de descendientes porque entonces hereda la cuarta parte. En cambio, en ese mismo supuesto hasta ahora a la viuda correspondería la cuarta parte si no hay descendientes, y una octava parte en el segundo caso con descendientes. El proyecto pretende eliminar esta desigualdad. Además, pretende garantizar al viudo o viuda un derecho vitalicio a habitar en el domicilio conyugal, pero solo a condición de tener un hijo con el fallecido/a o a condición de llevar cuatro años casado/a con el difunto/a antes del deceso. Este derecho se extinguiría si se contrae un nuevo matrimonio.

El proyecto proclama la igualdad entre hermana/s y hermano/s, de manera que la actual regla que adjudica al hermano el doble de la parte que corresponde a la hermana quedaría derogada. Como segundo principio, al régimen anterior se superpondría el principio de elección del testador, que básicamente se traduciría en la posibilidad de eliminar la igualdad entre hombre y mujer en la sucesión, manteniendo la regla coránica de que el hombre hereda el doble que la mujer. Dicha voluntad del testador debe ser expresa y clara en testamento otorgado ante notario. Sin embargo, introducir este principio supondría que la autonomía de la voluntad del testador puede derogar un derecho fundamental como es la igualdad. Así pues, sería la propia heredera la que decide si escoge que le sea aplicable la igualdad en la sucesión o prefiere el régimen de la *sharia*³³. Esta disposición se aproxima a lo que cabe entender como renuncia de un derecho. Entre hermanos, por ejemplo, la hermana tendría que decidir bien recibir la mitad que su hermano o bien la misma parte.

Para adaptar las reglas de sucesión basadas en los herederos agnaticios, la Comisión ha propuesto que la hija sea agnaticia del hermano, de forma que herede conjuntamente con él, ya sea la totalidad del patrimonio o el remanente aplicando la regla de atribución al heredero masculino del doble de la heredera femenina, salvo si la hermana reclama que le sea atribuida una parte igual a su hermano. Las hermanas carnales pueden intervenir como herederas agnaticias si son agnaticias del hermano carnal y del abuelo, de nuevo aplicando la atribución del doble al heredero masculino, salvo que las hermanas reclamen la misma parte que sus hermanos. El problema de los herederos agnaticios no se plantea respecto a los ascendientes del fallecido, puesto que tanto el padre como la madre heredan cada uno la sexta parte. En caso de

³³ La elección de las mujeres herederas por un sistema u otro en cada caso está prevista que actúe como condición a todo reparto de la herencia y se llevará a cabo ante notario o mediante escrito dirigido al Tribunal de Familia. Se ha previsto que la mujer pueda retractarse cargando los honorarios del notario a su costa. En caso de silencio, la Comisión propone que o bien se entienda a favor de la igualdad o bien que se interprete a favor del régimen tradicional.

que no haya ascendientes la madre hereda un tercio, mientras que el resto es atribuido al padre. La comisión entiende que la madre puede reclamar una parte igual a la del padre.

En cuanto al viudo, hasta ahora se le atribuye la mitad de la herencia en ausencia de descendientes y un cuarto en caso contrario. En cambio, a la viuda corresponde hasta ahora una cuarta parte si no hay descendientes y una octava parte en caso contrario. El proyecto propone permitir a la viuda heredar la misma parte que un viudo.

2. MARRUECOS

El Consejo Nacional de Derechos Humanos, instancia constitucional consultiva en materia de derechos fundamentales, ha señalado en un informe la necesidad de proceder a una reforma del Código del Estatuto Personal en este punto por su clara inconstitucionalidad y por contravenir la CEDAW.

La desigualdad en la sucesión aumenta asimismo la vulnerabilidad de la mujer en Marruecos al colocarla en muchos casos en el umbral de la pobreza. Especialmente en el ámbito rural la práctica de los *habous* (donación caritativa de bienes) y las reglas que rigen las tierras colectivas tienen como efecto práctico privar a la mujer de tener derechos sobre tierras agrícolas quedando fuera de la sucesión, como es el caso de las denominadas *soulaliyates*, mujeres que se ven privadas no solo de la propiedad, sino también del usufructo y explotación de la tierra (Yafout, 2016: 303).

No obstante, se constata una tímida modificación en favor de los nietos por parte de la hija, en caso de premoriencia de esta, para que el denominado legado obligatorio (un tercio de la herencia) sea recibido también por estos, al igual que los nietos por parte de un hijo (art. 369 y ss. CFM). Asimismo, es cada vez más frecuente tanto en Túnez como en Marruecos las donaciones de los padres en favor de sus hijas, lo cual mitiga en la práctica las discriminaciones³⁴.

³⁴ En Marruecos algunas familias para eludir las normas sucesorias recurren a otros medios de transmisión de la propiedad para garantizar una igualdad entre sus hijos e hijas en la herencia. Algunas recurren al legado testamentario (*wasyya*), lo cual les permite repartir sus bienes mediante testamento a favor de personas no herederas, si bien no se puede legar más de un tercio del patrimonio mediante legado (una vez deducidas las deudas), sin el consentimiento de los herederos/as en el momento de apertura de la sucesión (art. 300 CFM). Si el legado fuera a favor de alguno de los herederos/as se exige asimismo el consentimiento del resto de herederos/as (art. 303 CFM). En el resto de casos, las familias optan por la donación inter vivos (*hiba*), lo cual permite al donante atribuir libremente bienes en vida, incluso entre sus herederos/as, de modo

V. LA IGUALDAD EN EL DERECHO PENAL

La inconstitucionalidad sobrevenida de numerosos de los tipos penales por violación del derecho constitucional a la igualdad entre hombres y mujeres ha impulsado diversas reformas de los códigos penales marroquí y tunecino.

Asimismo, a pesar de que ni Túnez ni Marruecos han firmado la Convención de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia hacia la Mujer y la Violencia Doméstica, abierta a ratificación de terceros Estados no miembros del Consejo de Europa, se ha procedido en ambos casos a aprobar leyes específicas contra la violencia de género mediante las que se han modificado determinados tipos penales.

1. TÚNEZ

En Túnez en 2017 se aprobaba la nueva ley que castiga todas las formas de violencia hacia las mujeres (Ley Orgánica 58/2017, de 11 de agosto, de Eliminación de la Violencia contra la Mujer), entre cuyas disposiciones se incluía la derogación de la disposición (art. 227 bis CP) que permitía la impunidad del violador que contraía matrimonio con su víctima. Ahora bien, a pesar incluso de avances incorporados a la ley, como la ampliación de la definición de violencia conyugal a la ejercida por el exesposo o por el exprometido, no se ha incluido, sin embargo, a la pareja de hecho o a la expareja de hecho. La razón de no haber incluido estas figuras es que el legislador ha considerado que de haberlo hecho estaría indirectamente reconociendo legitimidad a las relaciones sexuales prohibidas por el ordenamiento tunecino.

La Ley 58/2017, por tanto, no ofrece un marco integral de protección a la mujer, al haberse centrado en cuestiones de detalle, de ahí que se le haya

que no existe incompatibilidad entre la condición de heredero/a y donatario/a. Los padres tienen entonces la posibilidad de transmitir la nuda propiedad a sus hijas, reservándose el usufructo del bien mientras vivan, recuperando la plena propiedad las hijas a la muerte de ambos progenitores, obviamente no a título de herederas, sino de propietarias (Yafout, 2015:130). Se considera que la práctica de la donación inter vivos a las hijas no conculca ninguno de los preceptos coránicos. Del mismo modo, en Túnez no existe incompatibilidad entre la condición de heredero y donatario. Es más, el régimen fiscal aplicable a las donaciones favorece un igual reparto de la herencia entre los descendientes de ambos sexos antes de la Constitución de 2014, dado que la Ley 2006-69, de 28 de octubre de 2006, establece una exoneración de la tasa de inscripción registral proporcional de la donación, así como en materia de derecho de permuta y en las acciones de división de un bien inmueble de propiedad indivisa no registrado entre ascendientes y descendientes y entre esposos.

criticado por ser una ley miope que no ataca las raíces culturales de la violencia hacia la mujer (Pérez Beltrán 2018: 56). Así, por ejemplo, la ley tampoco ha incriminado al final la violación conyugal, frecuente en períodos de separación. En efecto, en el nuevo art. 224 bis del Código Penal se castiga con pena de seis meses a un año de prisión y una multa de 1000 dinares al autor de violencia física y psicológica contra su cónyuge, excónyuge, pareja o expareja de forma repetida. Por tanto, la violación conyugal no constituye un tipo penal autónomo. Esta impresión queda reforzada por la exclusión de la relación de pareja como agravante del delito de violación, pues solo es aplicable al tipo penal de violencia conyugal. Aun así, se considera que la no cualificación del autor del delito de violación permite aplicarlo a las relaciones sexuales de los cónyuges, por lo que implícitamente se estaría incriminando la violación conyugal. Novedad del art. 224 bis CP es que se ha incriminado la violencia moral entre los cónyuges, noción inexistente anteriormente. Otra interesante novedad es que se ha ampliado el ámbito subjetivo de la agravante de violencia conyugal, que hasta ahora estaba reservada a las personas casadas, a quienes se aplicaba la agravante solo si formalmente eran marido y mujer. Con la Ley Orgánica 58/2017 la agravante se aplica ahora al marido, exmarido, prometido o exprometido. Con la nueva ley sobre violencia a la mujer la retirada de la denuncia por violencia física o moral, que anteriormente era suficiente para paralizar el procedimiento penal, ahora no tiene esos efectos, puesto que el Estado se hace garante de la protección de la víctima, asegurando por tanto el enjuiciamiento del agresor.

La reforma del art. 227 bis del Código Penal ha supuesto elevar la edad de discernimiento para mantener relaciones sexuales desde los 13 años hasta hace poco en vigor, hasta los 18 años. En efecto, según la nueva redacción del art. 227 CP tunecino, «se castigará con cinco años de prisión a quien somete voluntariamente al acto sexual a un menor, tanto de sexo femenino como masculino, cuya edad es superior a 16 años e inferior a 18, y ello con su consentimiento». Por debajo de esa franja de edad entre los 16 y 18 años, el consentimiento se presume inexistente, según dispone el nuevo art. 227, conforme al cual «el consentimiento se considera inexistente cuando la edad de la víctima es menos de 16 años»³⁵, en cuyo caso la pena aplicable se agrava respecto a las relaciones consentidas entre 16 y 18 años (prisión de cinco años), ya que las relaciones sexuales con menores de 16 años se castigan con la pena de cadena perpetua.

³⁵ El art. 227 bis dispone asimismo que si las relaciones sexuales tienen lugar entre menores y son consentidas, se aplicará el art. 59 del Código tunecino de protección de la infancia, que no contempla medidas penales, sino solo educativas.

Asimismo, una novedad importante finalmente introducida ha sido la mención del incesto (*sifḥalqurbà*), que es tenido en cuenta como circunstancia agravante en caso de violación o de corrupción de menores, perpetrada no solo por quienes tienen un vínculo de parentesco como antes de la reforma, sino también por aquellas personas vinculadas a los parientes (suegro, cuñado, etc.). El incesto se castiga con pena de cadena perpetua, y desaparece la pena de muerte.

Otro capítulo de la desigualdad es el relativo al acoso sexual en las instituciones, modificado asimismo por la ley de violencia. Anteriormente no se perseguía el acto aislado de acoso, sino una sucesión de ellos, dejando por tanto impune el acto que se perpetraba en una sola ocasión. Con el nuevo art. 226 *ter*, será constitutiva del delito de acoso sexual «toda agresión cometida por terceros mediante actos, gestos o palabras con connotaciones sexuales que atenten a su dignidad o afecten a su pudor, y ello con el propósito de lograr que se someta a los deseos sexuales del agresor o de otros, o ejerciendo sobre ella una presión peligrosa que puede debilitar su capacidad para resistirse a ello». Las penas de la agresión sexual también se han elevado al castigarlo con pena de dos años de cárcel y 5000 dinares de multa frente a 1 año y 3000 dinares.

En cuanto al incesto sufrido por muchas mujeres, si bien se encuentra castigado, se ha fijado el plazo máximo para denunciarlo a la edad de 28 años, al disponer el art. 227 CP tunecino (incesto por violación a menores), que el plazo de prescripción de una acción legal (fijado en diez años por el art. 5 del Código de Enjuiciamiento Penal) en caso de incesto comienza a contar desde la mayoría de edad, lo cual representa un avance respecto a la redacción anterior en que la prescripción corría a partir del momento de la comisión del delito. No obstante, algunos estudios consideran dicho plazo insuficiente para proteger a las víctimas, pues según las estadísticas las mujeres víctimas de incesto no se plantean la denuncia sino a partir de una edad más madura (Jouini y Kari, 2017: 70). Además, en un buen número de países el plazo para denunciar este delito no prescribe.

2. MARRUECOS

A finales de marzo de 2015 el Ministerio de Justicia marroquí publicaba para someterlo a un debate público un anteproyecto de Código Penal completo. Sin embargo, dicho texto seguía manteniendo una visión patriarcal y discriminatoria, tanto en su filosofía como en su estructura y contenido. Entre otras, se puede mencionar el mantenimiento de una jerarquización de las víctimas de violación según fueran mujeres casadas o solteras y según fueran vírgenes o no. También seguía estando ausente la criminalización de la violación

conyugal, además del mantenimiento de la incriminación de las relaciones sexuales fuera del matrimonio y del adulterio. La intención de tramitar la aprobación de un nuevo Código completo quedaba al final descartada, optando el Gobierno por cambiar de estrategia y actuar en dos tiempos, acometiendo por un lado reformas muy puntuales al Código que se han ido acumulando entre 2015 y 2018, mientras que la ambicionada reforma total del Código quedaba diferida mediante el registro en el Parlamento en junio de 2016 del Proyecto de Ley 10/16 de Reforma del Código Penal que, a pesar de comenzar a tramitarse en la Comisión de Justicia de la Cámara de Representantes, permanece desde junio de 2016 encallado, de modo que en julio de 2019 (momento en que escribimos) todavía no ha superado el trámite de comisión.

En Marruecos el Código Penal reformado en 2015 en su art. 486, incardinado dentro del capítulo dedicado a los atentados a la moral, define la violación como el acto «por el cual un hombre tiene relaciones sexuales con una mujer contra su voluntad», castigándolo con diez años de prisión. Esta pena se agrava si la víctima es menor, discapacitada o embarazada, en cuyo caso la pena va de diez a veinte años de prisión. Sin embargo, esta pena puede verse agravada según la víctima sea virgen o no, ya que el art. 488 prevé penas más graves si la mujer ha perdido su virginidad en la violación o en «un atentado al pudor». En el primer caso, la pena es de diez a veinte años de prisión, contra cinco a diez años si la víctima no era virgen.

El Código Penal en su artículo 491 continúa castigando con una pena de prisión de uno a dos años a toda persona casada que incurra en adulterio. A tenor de dicho precepto, el adulterio solo puede ser perseguible si el cónyuge de una de las partes presenta una denuncia. La retirada de la denuncia entraña, por tanto, la paralización del procesamiento aun cuando hubiera recaído resolución judicial condenatoria, en cuyo caso, según dispone el art. 492 CP, incluso si la condena es firme, se paralizarán los efectos de la misma contra el cónyuge condenado. Ahora bien, la retirada de la denuncia no produce los mismos efectos, según dispone expresamente el art. 492 CP, respecto a la persona cómplice del cónyuge adúltero (en numerosos casos la mujer), de modo que el procesamiento y eventual condena de la persona que ha mantenido relaciones con una persona casada no quedarán extinguidos a pesar de la retirada de la denuncia por el otro cónyuge no adúltero.

El delito de adulterio se encuentra íntimamente asociado a la causa de justificación del art. 420 del Código Penal, conforme al cual «las heridas infringidas o los golpes sin intención de dar la muerte, aunque la hayan ocasionado, son excusables cuando se hayan cometido por el cabeza de familia que sorprende en su domicilio un comercio carnal ilícito, tanto si los golpes se han dirigido a uno u otro de los culpables». Esta disposición es profundamente discriminatoria hacia la mujer, a quien no se aplica, llegado el caso, esta

eximente, no pudiendo dudarse de su inconstitucionalidad. La técnica seguida en la redacción del nuevo precepto es defectuosa, pues aunque sea loable que el Gobierno haya pretendido en su anteproyecto superar la manifiesta inconstitucionalidad *despatriarcalizando* dicha eximente mediante la eliminación de la referencia al cabeza de familia, lo ha sustituido por el de «cualquier miembro de la familia», sin reparar en que con dicha redacción se sigue amparando la eximente patriarcal en lugar de eliminarla.

La conducta tipificada como violación todavía aparece descrita en el art. 486 CP como «el acto por el cual un hombre tiene relaciones sexuales con una mujer contra la voluntad de esta», lo que además de circunscribir la violación a un acto fisiológico expone a las mujeres víctimas a un efecto perverso si no consiguen probar que no ha existido consentimiento, puesto que si la falta de consentimiento es fundamental para cumplir los elementos del tipo penal, si la denunciante no consigue probar en el proceso dicha falta de consentimiento queda, como reiteradamente viene subrayando la doctrina (En-Nefkhaoui, 2016: 141), expuesta a devenir ella misma culpable de un delito de relaciones sexuales fuera del matrimonio (art. 490 CP). Todavía más discriminatorio e inconstitucional cabe considerar el mantenimiento de la distinción entre las mujeres vírgenes y las que no lo son a efectos del agravamiento de la pena en un delito de violación, ya que el art. 488 CP introduce una circunstancia agravante si la víctima de una violación es virgen, al agravar la pena si a consecuencia de la violación se ha producido la desfloración de la víctima, en cuyo caso la pena de reclusión será de diez a veinte años si la víctima es adulta, y de veinte a treinta años si es menor de edad, discapacitada o enajenada mental.

La ley marroquí sobre violencia de género 103/13, de febrero de 2018, define la violencia hacia las mujeres como «todo acto basado en la discriminación basada en el género, capaz de causar un daño físico, psicológico, sexual o económico a una mujer». La ley, en cambio, desconoce la noción de violencia conyugal y no contempla como tipo penal específico la violación conyugal de la mujer por su marido. De hecho, el tipo delictivo del art. 404 CP sigue eludiendo emplear el término esposa, castigando a «quien voluntariamente propine golpes o infrinja heridas a una mujer en razón de su sexo o a una mujer embarazada cuando su embarazo sea evidente o conocida por el autor», e incluye en dicha conducta los golpes y/o heridas infringidos a un esposo, permaneciendo, por tanto, la igualdad de tratamiento en el castigo de la violencia física conyugal que la doctrina criticaba en la legislación anterior de 2003 (Jeddi: 2015: 1014). La ley ha endurecido sin embargo en el Código Penal las penas para ciertas formas de violencia cometidas en el seno de la familia y reconoce como constitutivos de delito ciertos actos como el matrimonio forzado, la dilapidación de dinero o de bienes con la intención de escapar al pago de pensiones de alimentos o de otras sumas debidas a consecuencia de

un divorcio, la expulsión o prohibición de entrada de una esposa al domicilio conyugal. Asimismo, es constitutivo de delito el acoso sexual en público y en las redes sociales. Pero junto a dichos avances, la ley no impone deberes y funciones a la policía, Fiscalía y jueces en los asuntos de violencia de género, ni ha previsto financiación para centros de acogida de las víctimas de violencia de género, de los cuales solo existen diez en Marruecos, ninguno de ellos público.

Por contra, la ley sí obliga a los poderes públicos a adoptar medidas preventivas como los programas de concienciación sobre violencia de género. Del mismo modo, la ley prevé la creación de unidades especializadas en las necesidades de las mujeres y sus hijos en tribunales y fuerzas de seguridad. Por otra parte, el 22 de enero de 2014 el Parlamento votaba por unanimidad de los presentes la supresión del párrafo del art. 475 CP, que permitía al violador no ser imputado a condición de contraer matrimonio con su víctima.

Otro de los tipos penales discriminatorios para la mujer en Marruecos es el del art. 496 del Código Penal, con arreglo al cual «esconder a una mujer casada que se sustrae de la autoridad a la que está sometida está castigado con penas de uno a cinco años de prisión y una multa». En virtud de este tipo penal, los centros que acogen a las mujeres que huyen de la violencia doméstica podrían ser perseguidos por la justicia.

El art. 490 tipifica como delito las relaciones sexuales consentidas entre personas no unidas en matrimonio, con penas que pueden ir de un año a un mes de prisión. El riesgo que encierra este tipo penal es que podría retraer a las víctimas de una violación de presentar denuncia, ya que de no probar suficientemente la falta de consentimiento se exponen a ser castigadas por relaciones sexuales fuera del matrimonio.

VI. LA IGUALDAD EN LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Las peculiaridades jurídico-institucionales de Marruecos y Túnez imponen de entrada una doble observación: mientras que la Constitución marroquí de 2011 excluye de la sucesión al trono a las mujeres (art. 43 CM) y priva a la consorte del rey del título de reina, aplicándole tan solo el tratamiento de princesa, en la República Tunecina la mujer tiene reconocido el acceso a la Jefatura del Estado en igualdad de condiciones que el hombre.

1. TÚNEZ

En Túnez se obtuvo un frágil consenso en torno a la incorporación en la Constitución de un precepto sobre la necesidad de alcanzar la paridad entre hombres y mujeres en los órganos electivos, que dio como fruto el art. 46 CT,

que contiene una cláusula por la cual el Estado se compromete a defender y reforzar los derechos de las mujeres, garantizando la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y asimismo se compromete a alcanzar la paridad entre hombres y mujeres en todas las asambleas electivas. El art. 46 proclama una paridad de los derechos políticos, pues hace referencia a la discriminación positiva que posibilite una igual representación femenina. La paridad fue introducida incluso mucho antes que la aprobación del texto constitucional, dado que se implantó en el Decreto Ley de 10 de mayo de 2011 para la elaboración de las listas de candidaturas, que dio como resultado colocar a Túnez como el primer Estado árabe que ha introducido la paridad de sexos en su legislación electoral, con eficacia jurídica ya que las listas que no respeten el criterio serán anuladas (Bessis, 2017: 200). La paridad introducida en la ley de 2011 como requisito de las candidaturas a las elecciones de la Asamblea Constituyente era solo de tipo vertical de cremallera, por lo que solo el 7% de las candidaturas se encontraban encabezadas por mujeres (paridad horizontal). Además del art. 46 CT, la paridad tiene un complemento en la posibilidad para las mujeres de concurrir a las elecciones a presidente de la república (art. 74 CT).

En la elaboración de la ley electoral para la Asamblea de Representantes del Pueblo se planteó asimismo si adoptar no solo la paridad vertical, sino también la horizontal, quedando esta última descartada (art. 24 de la Ley 2014/16)³⁶, lo que motivó hasta cinco recursos ante la Instancia Provisional de Control de Constitucionalidad de las Leyes, que resolvió cuatro de ellos —no dio tiempo a resolver el quinto—. Dichos recursos se resolvieron en las sentencias 02/2014, 03/2014, 04/2014 y 05/2014, todas ellas de 19 de mayo de 2014³⁷. En lo que atañe a la paridad la sentencia 02/2014 considera constitucional que solo se haya previsto en la ley electoral la paridad vertical³⁸.

2. MARRUECOS

En Marruecos, una vez aprobada la Constitución en 2011, se promulgaba una nueva ley de elecciones a la Cámara de Representantes (Ley Orgánica

³⁶ De acuerdo al art. 24 «las candidaturas se presentan sobre la base del principio de paridad entre mujeres y hombres y de la regla de alternancia entre ellos en la lista. Toda lista que incumpla este principio será rechazada, salvo en caso de imposibilidad impuesto por un número impar de escaños para elegir en algunas circunscripciones».

³⁷ «تيسن وتلا اير و هم ج ل ل ي م س ر ل ا د ئ ا ر ل ا», *Diario Oficial de la República Tunecina*, 41, 23-5-2014 (versión árabe).

³⁸ «تيسن وتلا اير و هم ج ل ل ي م س ر ل ا د ئ ا ر ل ا», 41, viernes 23 de mayo de 2014, pág. 1432.

27/11, de 3 de noviembre 2011) en la que se amplía la cuota femenina de escaños en la Cámara de representantes que ya existía con anterioridad, establecida ahora en sesenta escaños por el art. 23 de la ley, a la que se ha añadido una cuota de treinta escaños para representación de jóvenes varones (menores de 40 años) igualmente en las listas de la circunscripción nacional³⁹. Las listas de candidatas y candidatos que se eligen por la circunscripción nacional solo tenían el carácter, por tanto, de listas de paridad relativa, puesto que se referían a una sola circunscripción y porque no son listas de alternancia paritaria, sino que estaban perfectamente divididas en dos partes: la femenina con la lista de las sesenta candidatas y la masculina-juvenil con la lista de treinta candidatos. Así pues, sobre los noventa totales, en la Ley Orgánica 27/11 se reservaban a jóvenes exclusivamente varones treinta escaños en la circunscripción nacional. Sin embargo, ante las numerosas críticas recibidas por asociaciones de mujeres y por parte de la doctrina (Bernoussi, 2011), para las segundas elecciones postconstitucionales se procedía a corregir esta desigualdad de dudosa constitucionalidad mediante la Ley Orgánica 20/16 de 10 de agosto de 2016, especificando que los treinta escaños sobre noventa se reservan a jóvenes (hasta 40 años cumplidos) de ambos sexos.

El anterior Conseil Constitutionnel (Consejo Constitucional) en funciones llegó a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la cuota de representación femenina en su Sentencia 817/2011, considerándola una medida de discriminación positiva que establece la Constitución con alcance transitorio. Además de la citada sentencia sobre la cuota femenina en las listas por la circunscripción nacional a la Cámara de Representantes, han recaído con posterioridad otros pronunciamientos que de manera directa o indirecta abordan el mandato constitucional de la paridad. En la Sentencia 943/2014 declaraba inconstitucionales varios preceptos de la Ley Orgánica 66/2013, de 13 de septiembre de 2014, que instituye el Tribunal Constitucional. Entre las disposiciones anuladas sobresale la contenida en el art. 1, párrafo cuarto, del proyecto de ley, que imponía una presencia femenina en cada una de las tres de las categorías de magistrados que componen el TC. Dicha presencia femenina está constitucionalmente garantizada, por ejemplo, en el art. 115 CM, que impone la representación de las mujeres entre los diez miembros que componen el Consejo Superior del Poder Judicial, si bien no como una regla de respeto de paridad de sexos, sino como una regla de proporcionalidad. Sin embargo, ninguna previsión similar se ha establecido en el art. 130 CM, que regula la composición del TC. En su Sentencia

³⁹ Este tipo de cuota para jóvenes además de en Marruecos solo existe en tres Estados, todos ellos africanos (Kenia, Ruanda y Uganda).

943/2014 el Conseil Constitutionnel no niega que «el legislador está llamado a establecer las reglas y a precisar los mecanismos que permitan consolidar el acceso de las mujeres a las funciones públicas electivas y no electivas, incluidas las de miembro del Tribunal Constitucional, y ello de manera más particular, en virtud de las disposiciones del segundo párrafo del art. 19 de la Constitución, que invita al estado a trabajar por la realización del principio de paridad entre hombres y mujeres». Sin embargo, precisa la sentencia que lo que estipula la Constitución en su preámbulo en materia de prohibición y abolición de toda forma de discriminación por razón de sexo y en el primer párrafo del art. 19, en el que se proclama que el hombre y la mujer disfrutan en pie de igualdad de los mismos derechos y libertades de carácter civil, político, económico, social, cultural, «no permite al legislador consagrar un porcentaje garantizado de antemano a uno de los dos sexos en los cargos públicos». El Conseil Constitutionnel considera la paridad ciertamente objetivo constitucional, pero excluye que se trate de una paridad de situación o de resultado, reconduciendo la categoría constitucional de paridad a la de paridad de oportunidades o igualdad de derechos, pues también actúan como límite constitucional las condiciones procedimentales a las que se somete el acceso al cargo de magistrado del TC, lo que quiere decir que la designación que lleva a cabo el rey de seis magistrados no está sometida a restricciones, así como la elección de tres magistrados por cada una de las cámaras parlamentarias. Sentado lo anterior, la inconstitucionalidad de una reserva de cuotas en la elección o designación no excluye «la posibilidad de la representación de las mujeres entre los miembros del Tribunal Constitucional [...] a nivel de propuestas y de candidatura, sin que ello conduzca a reservar un porcentaje previo ni a hombres ni a mujeres en el seno de este Tribunal». Esta interpretación contrasta con la que define la paridad como «la igual representación de las mujeres y hombres —a nivel cuantitativo— en todos los ámbitos y en el acceso a las instancias de la toma de decisiones en el sector público profesional y político» (Lemrini y Naciri, 2011: 10).

La Sentencia 817/2011 estima, sin embargo, que el ámbito material en el que se proyecta la paridad es mucho más reducido, ya que el constituyente ha querido referir la misma exclusivamente a los cargos públicos electivos, no así a los nombramientos en los que no interviene el cuerpo electoral. Así, parece además corroborarlo la posterior jurisprudencia del ahora ya Tribunal Constitucional (instituido en 2016). En efecto, la jurisprudencia posterior ha avalado en la Sentencia 818/2011 la constitucionalidad de la cuota de un tercio de mujeres en los órganos de dirección de los partidos (art. 26 de la Ley Orgánica de Partidos políticos) o la constitucionalidad de la prohibición de la no alternancia de sexos entre los candidatos propuestos por los colegios y cámaras profesionales para la elección a la Cámara Alta (art. 24 de la Ley de

la Cámara de Consejeros, STC, de 12 de enero de 2016). En cambio, como acabamos de ver, en ausencia de previsión constitucional expresa al efecto, no avaló la constitucionalidad de la cuota femenina en el nombramiento de magistrados impuesta por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ni la del Reglamento Interior del Consejo Económico, Social y Medioambiental (Sentencia 954/15, de 2 de marzo de 2015), en la que se reservaban dos puestos de la Mesa a mujeres y una presidencia de comisión y de ponencia⁴⁰. Solo allí donde existe una previsión constitucional de cuota femenina, el ahora TC ha podido declarar la conformidad constitucional de una ley que reserva cuotas en la designación de puestos, como ha sido el caso de la Ley Orgánica del Consejo Superior del Poder Judicial⁴¹, para el que el art. 115 CM prevé que entre los diez miembros de elección judicial se garantice una representación de juezas y magistradas (Sentencia 991/16, de 15 de marzo de 2016). Así pues, la paridad no estaría incorporada al texto constitucional como mandato al legislador en el art. 19 CM, sino que por voluntad del constituyente cabe distinguir la paridad como objetivo constitucional a perseguir en el art. 19 CM, entendida como actividad creadora de unas condiciones que permitan un resultado, de la paridad como fruto del art. 30 CM: de este modo, para el TC la paridad como objetivo no debe confundirse con la discriminación positiva entendida como obligación de resultado impuesta al legislador solamente en la elaboración de listas electorales, al ordenar el art. 30.1 CM que la ley prevea «disposiciones a fin de favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a las funciones electivas». Así pues, a la designación de puestos de responsabilidad sería aplicable el art. 19.2 CM, que indica que «el Estado actúa para la realización de la paridad entre hombres y mujeres». De aquí se deriva una doble consecuencia: si bien resulta entonces contrario al enunciado del art. 30 CM la imposición por parte del legislador de cuotas de género en la designación de cargos no electivos, ello no obsta, en cambio, para que el legislador adopte la paridad como principio inspirador, sin imponer cuotas (Benabdallah, 2018: 15), tal y como ha ocurrido en la ley orgánica sobre nombramiento de altos cargos (Ley Orgánica 02/12 de 17 de julio de 2012), cuyo art. 4 dispone que las propuestas deberán ajustarse «a la paridad de hombres y mujeres en tanto que principio al que el Estado obra para su realización», precepto declarado constitucional en la Sentencia 854/12, de 3 de junio de 2012.

⁴⁰ Arts. 29 y 46 de la Ley Orgánica 128/12, de 14 de agosto de 2014.

⁴¹ Ley Orgánica 100/13, de 24 de marzo de 2016.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La mayoría de disposiciones examinadas pertenecen a sectores del ordenamiento que directa o indirectamente se inspiran en el derecho coránico, lo cual representa una dificultad añadida, pues la garantía y protección que consagran estos textos constitucionales a la religión, que a la vez es religión oficial del Estado y religión obligatoria para quien nace ya en ella, puede actuar como un límite a los derechos derivado del orden público nacional, de forma que opera como una cláusula de salvaguardia que preserva los textos legislativos de inspiración coránica de modificaciones que puedan transgredir las reglas de la *sharia*. De ahí que se haya catalogado a los códigos de estatuto personal como «la fortaleza inexpugnable de los derechos religiosos» (Al-Dabbagh, 2013:80).

A este respecto, a pesar de que las leyes discriminadoras de la mujer se hayan beneficiado en su momento de una declaración de constitucionalidad, podrían ser sometidas de nuevo a un control de constitucionalidad por cambio de circunstancias, como sin duda es la entrada en vigor de una nueva Constitución. Sin embargo, la jurisprudencia hasta ahora recaída especialmente en la jurisdicción ordinaria deja entrever que, en lo que se refiere a la naturaleza islámica del Estado, la Constitución no ha cambiado, por lo que la cobertura para el derecho de inspiración coránica permanece inalterada. Por tanto, de acogerse esta interpretación no se habría producido un cambio de circunstancias que justifique un control a posteriori mediante la excepción de inconstitucionalidad, pero evidentemente se concilia mal con los enunciados constitucionales en materia de igualdad, pudiéndose crear una «esquizofrenia jurídica» (Cassam Chenaï, 2008: 104).

La proclamación entonces del islam como religión del Estado en estas constituciones comporta todavía para numerosos tribunales de la jurisdicción ordinaria en ambos países la consagración de la naturaleza islámica del Estado, lo que implica que el Estado está obligado a promover el islam y a proteger sus valores en su territorio (Nadafi, 2013: 35). Se seguiría de ahí que la Constitución impone a los poderes públicos respetar el derecho musulmán en su actuación, pero dicha obligación incluiría, además, uno de los mandatos característicos de los Estados musulmanes, consistente en proteger la unidad de la comunidad de creyentes musulmanes, obligando así a los fieles mediante la legislación a cumplir con las prescripciones coránicas, cuya vulneración se encuentra en consecuencia sancionada por las leyes. En este sentido, la proclamación de la religión oficial no actúa como una cláusula declarativa, sino prescriptiva, lo cual entraña como directa consecuencia que la libertad religiosa se encuentra laminada o cuando menos fuertemente limitada (Nadafi, 2013: 35).

En definitiva, para interpretar si la legislación discriminadora de la mujer será invalidada por la jurisdicción constitucional, es decisivo saber si va a depender de la interpretación y alcance que en cada país se otorgue a la confesionalidad del Estado. A este respecto parece que el texto constitucional tunecino ofrece datos normativos suficientes que avalarían la hipótesis de una interpretación del mismo desprendida de adherencias coránicas. Distinto es el caso de Marruecos, en el que no solo no existe una referencia tan clara al carácter civil de la legislación, sino que además se distancia de Túnez en lo que se refiere a la composición del Tribunal Constitucional, donde uno de los magistrados de los seis de designación regia es propuesto por el secretario general del Consejo General de los Ulemas, satisfaciendo así el texto constitucional una de las antiguas pretensiones del Partido Justicia y Desarrollo de corte islamista, que venía solicitando que dos de los magistrados del Tribunal Constitucional se reservaran a ulemas (Mouaqit, 2012: 144). Los ulemas tienen la facultad de proponer un miembro en la designación del Consejo Superior del Poder Judicial en virtud del art. 115 CM. No obstante, cualquier impulso a una modificación en el CFM así como en otros textos legales en los que las reglas del derecho malekita puedan servir de obstáculo, recaen en la competencia del rey, quien en su condición de comendador de los creyentes puede, si lo estima conveniente, proceder a una reinterpretación de las reglas mediante la *Ijtihad*, como ya sucediera con la última reforma del CFM en 2004, en cuyo preámbulo se menciona que en las regias instrucciones a los miembros de la comisión de estudio el monarca les *exhortaba* a «prevalerse del esfuerzo jurisprudencial de la *Ijtihad*, teniendo en cuenta la mentalidad de la época, los imperativos de la evolución y los compromisos suscritos por el reino en materia de derechos del hombre tal y como son reconocidos universalmente». Esta apelación a la mentalidad evolutiva de la sociedad y al cumplimiento de los compromisos en materia de derechos humanos puede dejar entreabierto una vía por la que en un futuro, cuando hayan madurado suficientemente las condiciones sociales, el monarca pueda impartir instrucciones para proceder a una nueva adaptación de la legislación discriminatoria. Es lo que ha ocurrido por ejemplo en 2015 con la controvertida posibilidad de despenalizar algunos supuestos de aborto, reforma impulsada finalmente a instancia de instrucciones del rey, impartidas a los ministros de Justicia y Sanidad para que presentaran un borrador de proyecto de ley (al final no adoptado) basado en las conclusiones de una comisión de expertos, todo ello tras una intensa campaña de asociaciones, con el agravante de que los partidos mayoritarios de Gobierno en su programa electoral no habían contemplado tal posibilidad. Se debe hacer notar entonces que un eventual impulso armonizador de la legislación discriminatoria con la Constitución marroquí no procedería tanto del máximo intérprete de la Constitución como de la magistratura que se hace garante del islam. Incluso por paradójico que pudiera

parecer, en Túnez se ha seguido idéntico *modus operandi*, al ser el ya fallecido presidente de la república Béji Caïd Essebsi quien impulsó la Comisión de Estudio para la Reforma del Derecho Sucesorio para armonizarlo con la igualdad entre mujer y hombre consagrada en la Constitución de 2014, solo que esta vez no en su calidad de guardián de la religión, sino todo lo contrario, en su condición, si se permite decir así, de garante de la laicidad del Estado que proclama el texto constitucional. Repárese, por lo demás, en que idéntico paralelismo se produce en la existencia en la estructura gubernamental de ambos países de un ministerio de Asuntos Religiosos, aunque solo en el caso tunecino un cierto grado de laicidad del Estado está garantizado en el texto constitucional, cuyo art. 6 garantiza la libertad de conciencia, así como se compromete a prohibir e impedir la acusación de apostasía, y asimismo en su art. 2 se declara que Túnez es un Estado civil, a pesar de que el art. 1 proclama el islam como la religión del Estado. Por el contrario, en el caso de Marruecos no solo la norma fundamental no reconoce el derecho a la libertad de conciencia, sino que al tiempo que se proclama el islam como religión de Estado, se lo incorpora a las cláusulas de intangibilidad de la Constitución (art. 175 CM) y a los límites de derechos constitucionales, como el de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres a través de la invocación de las «constantes del reino» (art. 1, párrafo 3, en concordancia con el art. 19 CM). Asimismo, el reconocimiento expreso en Marruecos del derecho coránico malekita como fuente supletoria del Código de Derecho de Familia y la inexistencia de un matrimonio civil, marcan una neta diferencia con Túnez. Aun así, desde un punto de vista técnico, en Marruecos cabrían todavía modificaciones al CFM mucho más respetuosas con la igualdad de la mujer. Dicha posibilidad, apuntada por Mouaquit, se basa en la disociación entre *sharia* y *fiqh*, disociación que permitiría apostar por una interpretación más directa de la primera en detrimento del segundo mediante el *Ijtihâd* (esfuerzo interpretativo), admitido por el CFM (Mouaquit, 2012: 146). No puede obviarse, en efecto, que precisamente uno de los rasgos distintivos de la escuela malekita del resto de escuelas sunitas es la admisión de métodos de exégesis como la *al massâlih al murssala* (principio favorable a los intereses o ventajas permanentes del individuo) o la *istihssân* (el principio de lo conveniente), lo cual puede abrir otras vías evolutivas por las que pueden registrarse adaptaciones del derecho de familia a los cambios sociales.

Bibliografía

Abounai, A. (2014). Los derechos de las mujeres marroquíes en la nueva Constitución. En *Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico*.

- Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino* (pp. 21-25), Valencia: Corts Valencianes.
- Adnane, A. (2017). *Reinterpretación del régimen jurídico de la filiación en Marruecos. Aspectos inconstitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Al-Dabbagh, H. (2013). Le Printemps arabe et l'évolution des rapports Islam-État: l'exemple de l'Égypte et de la Tunisie. *Revue juridique Thémis*, 47, 65-100.
- Amor, A. (2004). Constitution et religion dans les Etats musulmans. En *Cours de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel*, 10^a session (pp. 25-45). Tunis: Presse Universitaire de l'Université de Toulouse.
- Aouchar, A. (2012). L'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution marocaine de 2011. En *La Constitution marocaine de 2011. Analyses et commentaires* (pp. 255-269). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Ben Achour, Y. (1992). *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*. Tunis: Centre d'Etudes, de Recherches et de Publications.
- Ben Jemia, M. (2016). Lecture de l'article 46 de la Constitution. En *La Constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*. Tunis: Programme des Nations Unies pour le Développement.
- Benabdallah, M. A. (2018). Parité hommes femmes: globale ou sélective? *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement*, 142, 9-16.
- Bernoussi, N. (2011). Pourquoi tant de tergiversations autour de la place politique des femmes? *L'Economiste*, 6-9-2011.
- Bessis, S. (2017). La parité ou les tribulations maghrébines d'une condition de l'égalité. En B. Perreau et J. W. Scott (dirs.). *Les défis de la République* (pp. 189-206). Paris: Presses de Science Po.
- Boumediene, M. (2014). Révolutions arabes et renouveau constitutionnel: une démocratisation inachevée. En O. Bendourou, R. El Mossadeq y M. Madani (coords.). *La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique* (pp. 101-122). Casablanca: La Croisée des Chemins.
- Bourraoui, S. (1983). La constante inégalité entre les sexes ou de l'antinomie entre droit interne et conventions internationales. *Revue Tunisienne de Droit*, 425-441.
- Casas Planes, M. D. y García López, P. (2014). La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de filiación y de la autoridad parental. *Anuario de Derecho Civil*, 67, 1253-1337.
- Cassam Chenaï, F. (2008). Constituciones y código de familia. En P. González de Miño (ed.). *La mujer en el Magreb ante el reto de la democratización* (pp. 99-113). Barcelona: Bellaterra.
- Chafi, M. (2018). *Droit de la famille au Maroc*. Marrakech: El Watanya.
- El Mossadeq, R. (2013). Ou en est la constitutionnalisation des droits de la femme? En J. Gaté et M. Touzeil-Divina (dir.). *Droits de femmes et Révolutions arabes, Revue Méditerranéenne de Droit Public*, 2, monográfico, 13-25.
- En-Nefkhaoui, A. (2016). *Précis du Droit Pénal Spécial. Étude approfondie et analytique*. Casablanca: Somadil.

- Gallala-Arndt, I. (2016). Tunisia after the Arab Spring. Women's Rights at Risk? En R. Grote and T. J. Röder (ed.). *Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab Spring* (pp. 599-614). New York: Oxford University Press.
- Ghounbaj, D. (2013). Révolutions et droits civils: de l'espoir d'une évolution (II): L'exemple du Maroc. En J. Gaté et M. Touzeil-Divina (dir.). *Droits de femmes et Révolutions arabes, Revue Méditerranéenne de Droit Public*, 2, 65-76.
- Jean, F. (2009). Le nouveau code de la famille marocain. En J. Y. De Cara, F. Rouvillois et Ch. Saint-Prot (dirs.). *Le Maroc en marche* (pp. 141-153). Paris: Centre National de la Recherche Scientifique.
- Jeddi, D. (2015). La violencia conyugal en el Código Penal de Marruecos. *Revista de Derecho UNED*, 16, 1007-1033.
- Jouini, H. et Kari, M. (2017). *Guide des 100 mesures pour l'éradication des violences à l'encontre des femmes et des petites filles*. Tunis: Fédération internationale pour les droit humains.
- Lemrini, A. et Naciri, R. (2011). *Vers la mis en place de l'autorité pour la parité et la lutte contre toutes formes de discrimination. Étude comparative sur les expériences internationales dans le domaine de l'institutionnalisation de la lutte contre la discrimination*. Rabat: Conseil National des Droits de l'Homme.
- Mezghani A. y Meziou-Douraï, K. (2006). *L'égalité entre hommes et femmes en Droit successoral*. Tunis: Sud Editions.
- Micou, E. (2016). La condition juridique des femmes dans les pays du Maghreb (Algerie, Maroc, Tunisie) au regard des règles d'ordre familial. En Ch. Juhel (dir.). *Regards croisés sur les droits de la femme en Méditerranée occidentale*. Charenton-le-Pont : Revue Franco-Maghrebine de Droit.
- Mouaqit, M. (2012). Marginalité de la charia et centralité de la Commanderie des croyants: le cas paradoxal du Maroc. En B. Dupret (dir.). *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique* (pp. 141-151). Paris: La Découverte.
- Nadafi, H. (2013). *La liberté de religion dans les États de Droit musulman*. Thèse. Université Jean Monnet.
- Pérez Beltrán, C. (2018). La ley tunecina sobre la eliminación de violencia contra la mujer: la norma y el debate. *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, 25, 32-59.
- Ruiz de Almodóvar, C. (1995). El Código marroquí de Estatuto Personal y su reforma de 1993. En G. Martín Muñoz (comp.). *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb* (pp. 29-35). Madrid: Editorial Pablo Iglesias.
- Tazi, A. (1980). «لكل املا مام ال ا تودن» ل جس. قلودلا تار عش نم راعشك ي لكال املا بعنملا. دل جملا، «لكل املا مام ال ا تودن» ل جس. قلودلا تار عش نم راعشك ي لكال املا بعنملا، 1، 1980، «تيم السال ا نووشل او فاقوال ا قرازو، 1، 1400/25 تي ناثلا ي دام ج ل يرب ا» (El rito malekita como enseña del Estado marroquí. En *Actas del Congreso sobre el Imam Malik*, Fez 25-26-27-28 de abril de 1980, Tomo 1). Rabat: Éditions du Ministère des Habous et des Affaires Islamiques.
- Yafout, M. (2016). Le débat autour de l'héritage au Maroc: stratégies d'argumentation religieuse et séculière. En H. Rachik (dir.). *Contester le Droit. Communautés, familles et héritage au Maroc* (pp. 301-329). Casablanca: La Croisée des Chemins.