

La legislación de la familia en los países árabes

Caridad Ruiz-Almodóvar

Universidad de Granada

Resumen: Estudio comparado de la legislación del matrimonio, la disolución del matrimonio, la filiación y la herencia en los códigos de estatuto personal de los países árabes.

Palabras clave: Derecho privado, familia, mujer, países árabes.

Abstract: A comparative study of legislation on marriage, dissolution of marriage, affiliation, and inheritance as included in the codes of personal status of the Arab Countries.

Key words: Law of personal status, family, women, arab countries.

Actualmente en todos los países árabes, ya sea la ley islámica una fuente o la principal fuente de derecho, las mujeres tienen reconocidos sus derechos a la educación, al trabajo y a la participación política, esto último excepto en Arabia Saudí, aunque todavía hay carreras universitarias que no pueden estudiar, trabajos que no se les permite desempeñar y cargos políticos a los que no tienen acceso. Todo ello a pesar de que las constituciones reconocen la igualdad de todos los ciudadanos sin distinción de sexos y los códigos civiles, penales y mercantiles consideran sujeto de derecho tanto a hombres como a mujeres.

Esta igualdad legal, casi completa, en el espacio público no se corresponde con una situación similar en el ámbito privado, donde la ley que regula las relaciones jurídicas entre los miembros de la familia

en cada país establece aún grandes diferencias entre los sexos y consagra la dependencia de las mujeres a los hombres. Pero estas leyes no sólo están en contradicción con sus respectivas constituciones, sino que también al no regularse la familia por el código civil, restringen la aplicación de estos códigos únicamente a los ciudadanos musulmanes, excepto en Túnez que rige para todos los tunecinos; por ello cada confesión religiosa no musulmana bien ha elaborado una ley propia o bien sigue las normas de su religión. Es decir, que en este terreno los habitantes de los países árabes son considerados creyentes o miembros de una comunidad religiosa antes que ciudadanos, lo que implica además una desigualdad entre los musulmanes y los que no lo son.

El resultado de esta diferente concepción legislativa es una dualidad legal que ha dado como resultado graves contradicciones en la sociedad, incidiendo con mayor fuerza en las mujeres ya que el sistema familiar convierte los derechos de éstas en pura teoría e impregna a todas las instituciones de actitudes sexistas, que los Estados justifiquen por su protección al modelo jurídico tradicional de la familia.

Centrándonos en los códigos de estatuto personal¹, el único apartado que continúa como fiel reflejo de la concepción coránica, y por ello su regulación es similar en todos los códigos, es la herencia. En cambio la legislación del matrimonio, su disolución y filiación no mantiene esta uniformidad, dado que aunque todos estos códigos se basan en el derecho islámico no son exactamente iguales debido a varios factores: la escuela jurídica suní que utilicen como punto de partida, los principios de otras escuelas jurídicas que incluyan, las prescripciones de derecho positivo que se introduzcan y las reformas que se hayan realizado. Actualmente, los códigos que presentan mayores innovaciones con respecto al derecho islámico son los códigos argelino, marroquí y tunecino, cuyas últimas modificaciones han supuesto un gran paso hacia la igualdad; en el polo opuesto se encuentran los códigos sudaneses y yemení.

¹ La traducción completa de los códigos de estatuto personal de los países árabes, excepto de Arabia Saudí, Bahrein, Emiratos Árabes Unidos y Qatar en los que sigue rigiendo el derecho islámico, se encuentra en RUIZ-ALMODÓVAR, C. (ed. y trad.): *El derecho privado en los países árabes. Códigos de Estatuto Personal*, Granada, Universidad de Granada-Fundación Euroárabe de Altos Estudios, 2005.

Análisis de algunas prescripciones de los códigos de estatuto personal

*El matrimonio*². Es el contrato entre un hombre y una mujer púberes que tiene por objeto la unión de esas dos personas con el fin de crear una familia. Esta familia está bajo la dirección o protección del marido, que es el jefe de dicha familia, principio que establecen los códigos, implícita o explícitamente, como es el caso de los códigos mauritano (art. 1), omaní (arts. 4 y 38.1) y tunecino (art. 23). Actualmente dos códigos han eliminado este concepto: el argelino al suprimir, con la derogación del artículo 39, la única referencia concreta que existía y el marroquí, que ha dado un paso más y no sólo ha suprimido la supremacía del marido sino que también ha puesto fin, al menos legalmente, a la concepción patriarcal de la familia igualando a ambos cónyuges al introducir en la definición del matrimonio la innovación de que la familia es responsabilidad tanto del marido como de la esposa.

La capacidad legal para el matrimonio. Este requisito para la validez del matrimonio se cumple cuando los contrayentes son sanos de mente, púberes y han alcanzado una edad determinada.

La exigencia de ser sanos de mente la requieren, de manera específica, sólo algunos códigos³; en los demás, al igual que los ya citados⁴, se deduce esta exigencia al establecer la posibilidad de casarse los incapacitados por una enfermedad mental con la autorización del juez siempre y cuando la enfermedad esté certificada por un médico, el matrimonio sea beneficioso para el enfermo y la otra parte consienta en cansarse; el código iraquí además requiere que dicho matrimonio no perjudique a la sociedad y el libio, el omaní y el yemení que la enfermedad no sea hereditaria.

El requisito de la pubertad física ya no es el único determinante como ocurre en el derecho islámico, pues todos los códigos exigen, además, a los contrayentes haber cumplido una edad mínima fijada

² Arts. 4 argelino; 3.1 iraquí; 2 jordano; 1 kuwaití; 2 libio; 4 marroquí; 1 mauritano; 4 omaní; 1 sirio; 11 sudanés; 23 tunecino; 6 yemení.

³ Arts. 7.1 iraquí; 5 jordano; 24.a kuwaití; 6.a libio; 19 marroquí; 6 mauritano; 7 omaní; 15.1 sirio.

⁴ Arts. 7.2 iraquí; 8 jordano; 24.b kuwaití; 9 libanés; 10.a libio; 23 marroquí; 6 mauritano; 8 omaní; 15.2 sirio; 40 sudanés; 11 yemení.

en cada país, excepto en el sudanés que es el único en el que no aparece ninguna edad y en consecuencia continúa el requisito coránico de la pubertad.

Al introducir la obligatoriedad de que los contrayentes hayan alcanzado una edad mínima se puso fin, al menos legalmente, a la práctica de los matrimonios de menores, costumbre muy arraigada en estas sociedades; sin embargo esta edad, en la mayoría de los casos, no coincide con la mayoría de edad con lo que existe una dualidad en la capacitación legal de las personas y además introduce una desigualdad de género, ya que no es la misma para ambos sexos, sino que es menor la requerida a las mujeres y varía de unos códigos a otros, oscilando para las mujeres de 15 a 18 años y para los hombres de 16 a 21 años. Así en Egipto⁵ es 16 para la mujer y 18 años para el hombre; en Jordania (art. 5) 15 y 16 años; en Kuwait (art. 26), 15 y 17 años; en Líbano (art. 4) y Siria (art. 16), 17 y 18 años, y en Túnez (art. 5) 17 y 20 años. Por el contrario, el código yemení (art. 15) ofrece, en este punto, uno de los pocos ejemplos en que la reforma ha sido regresiva puesto que ha sustituido mejoras ya introducidas en la ley por conceptos ambiguos. Así en su primera redacción de 1992 requería contar con 15 años para ambos sexos con lo que no sólo establecía una edad mínima, sino que también igualaba a mujeres y hombres. Sin embargo, en la reforma de 1999 se elimina la obligatoriedad de haber alcanzado una edad mínima y se cambia por conceptos mucho más vagos y genéricos: en el caso de la menor, el requisito determinante es «que ella sea apta para las relaciones sexuales» y, en el caso del menor, es simplemente el «interés» prescindiendo de cualquier referencia a una edad explícitamente.

Actualmente en seis países no sólo se ha suprimido la diferencia existente entre los sexos al establecer la misma edad para mujeres y hombres: iraquí (art. 7.1), marroquí (art. 19), mauritano (art. 6) y omaní (art. 7) en 18 años; argelino (art. 7) en 19 años y libio (art. 6.b) en 20 años, sino que también se ha eliminado la dualidad en la capacitación legal de las personas al determinar que dicha edad coincida con la mayoría de edad⁶, con lo que desaparecen los matrimonios de menores de edad.

⁵ En Egipto la edad mínima requerida fue establecida por la Ley núm. 56 de 1923.

⁶ Arts. 57.5 iraquí; 209 marroquí; 162 mauritano; 139 omaní. Los códigos argelino y libio no recogen la edad de la mayoría de edad.

Además hay tres códigos que han introducido otra novedad para acabar con otra práctica muy común: las grandes diferencias de edad entre los cónyuges. Así el código jordano (art. 7) instituye un límite máximo de veinte años entre ambos si la novia aún no ha cumplido 18 años; el kuwaití (art. 36) determina que la proporción en la edad entre los cónyuges es un derecho de la esposa, y el sirio (art. 19) establece que la edad de los cónyuges debe ser análoga.

*El consentimiento*⁷. Todos los códigos instituyen la necesidad de contar con el consentimiento de ambos cónyuges para la validez del matrimonio. Esta obligatoriedad finaliza con la práctica legal de casar tanto a los hijos como a las hijas sin contar con ellos, por la facultad que tiene en el derecho islámico el padre o tutor de decidir por ellos.

Sin embargo, esta unanimidad de que exista el consentimiento de los cónyuges no se mantiene cuando los códigos definen cómo se expresa dicho consentimiento, puesto que mientras todos ellos ofrecen al novio la posibilidad de concluir su matrimonio por sí mismo o a través de su tutor matrimonial, en cambio, en cuanto a la novia, unos códigos⁸ le brindan a ella las mismas posibilidades que al novio, sin embargo los otros⁹ le prohíben concluir el matrimonio por sí misma y lo tiene que hacer a través de su tutor matrimonial. Esta imposibilidad de la mujer a expresar por sí misma el consentimiento es el reconocimiento legal del concepto tradicional de que la mujer es una menor durante toda su vida.

En Marruecos ha desaparecido esta discriminación femenina, pero su eliminación ha sido de forma progresiva. En la primera redacción del código se mantenía la prohibición de que las mujeres concluyeran el matrimonio por sí mismas; en su reforma de 1993 se permitió casarse por sí mismas, únicamente, a las mujeres mayores de edad y huérfanas de padre y, finalmente, ahora se ha eliminado totalmente.

En cuanto al tutor matrimonial¹⁰ tiene que ser pariente agnaticio, sano de mente y púber —el código argelino ha introducido la posibi-

⁷ Arts. 9 argelino; 4 iraquí; 14 jordano; 8 kuwaití; 35 libanés; 11.a libio; 10 marroquí; 26 mauritano; 16.a y 17 omaní; 5 sirio; 12 y 14.a, b, c, d, e sudanés; 3 tunecino; 7 y 8 yemení.

⁸ Arts. 4 iraquí; 14, jordano; 35 libanés; 17 y 25 marroquí; 8 sirio; 9 tunecino.

⁹ Arts. 11 argelino; 8, 27 y 30 kuwaití; 9 libio; 9 mauritano; 19 omaní; 34.1 sudanés; 7.2 yemení.

¹⁰ Arts. 11 argelino; 9-10 jordano; 29.a kuwaití; 10-11 libanés; 7.a, b libio; 25

lidad de que la novia elija para dicha función a cualquier otro hombre sin necesidad de que pertenezca a su familia—, además algunos códigos especifican también que debe ser musulmán si la novia es musulmana. Los códigos mauritano, omaní, sudanés y tunecino también disponen que sea varón, aunque esto es una redundancia ya que todos los códigos, incluidos estos cuatro, establecen que tiene que ser pariente agnaticio por sí mismo, es decir, varón por línea de varón.

De esta definición se desprende la imposibilidad de la mujer para ser tutora matrimonial, con lo que se obliga a la madre que sea tutora legal de su hija a delegar en un pariente masculino, tal como lo especifica el código mauritano (art. 12).

En los casos en los que no exista ningún tutor, esta función recae en el juez¹¹, pero éste no podrá ser tutor de la mujer que esté bajo su tutela cuando él mismo sea el novio o lo sea un miembro de su familia¹².

La presencia de dos testigos. El contrato matrimonial necesita para su validez que esté rubricado por dos testigos que, con su presencia, den fe de la existencia de dicho contrato. Para poder asumir esta función se requiere ser sano de mente, púber, digno de confianza, capaz jurídicamente, musulmán si ambos cónyuges son musulmanes, oír a los novios y comprender que el objetivo de sus palabras es el matrimonio.

Aunque unos códigos detallan más que otros estas condiciones que cualifican a una persona para poder actuar como notario del contrato matrimonial, básicamente todos ellos coinciden excepto en un punto en el que no mantienen esta unanimidad, que es en cuanto al sexo de dichos testigos, si bien todos los códigos en general mantienen la discriminación femenina, parcial o totalmente. Mientras que en unos códigos¹³ se le reconoce a la mujer la capacidad para ser testigo en el matrimonio de manera explícita, aunque no en igualdad con el hombre, ya que respetan la prescripción coránica de la sura II: 282 y especifican «dos testigos varones o un hombre y dos mujeres», y en otros¹⁴

marroquí; 10 mauritano; 11 y 16.b omaní; 21-22.1 sirio; 25.c, 32.1 y 33 sudanés; 8 tunecino; 16 yemení.

¹¹ Arts. 11 argelino; 12 jordano; 29.a kuwaití; 7.e libio; 11 marroquí; 13 omaní; 24 sirio; 38 sudanés; 8 tunecino; 17 yemení.

¹² Arts. 18 marroquí; 14 omaní; 25 sirio; 39 sudanés.

¹³ Arts. 16 jordano; 14 libio; 12 sirio; 26 sudanés; 9 yemení.

¹⁴ Arts. 6.1.d iraquí; 34 libanés.

se le permite de manera implícita al no indicar nada, en cambio en los restantes códigos se le niega dicha capacidad: en unos¹⁵ de manera explícita al disponer que dichos testigos tienen que ser varones o adultos, como es el caso del código marroquí, profesión a la que hoy día no pueden acceder las mujeres; y finalmente en los otros¹⁶ también aunque no lo especifiquen, dado que la escuela jurídica malikí, en la que se basan, establece que los testigos en el matrimonio deben ser varones y estos códigos remiten a la legislación islámica o escuela jurídica que siguen para todas aquellas cuestiones que no tratan.

La dote. Es cualquier bien que entregue el hombre a la mujer con la intención de casarse tal como lo establecen los códigos que ofrecen definición¹⁷.

A diferencia del derecho islámico que establece un mínimo para la dote, estos códigos disponen que cualquier cosa puede servir de dote, expresándolo mediante un mismo texto: «Todo lo que legalmente constituya una obligación servirá como dote»¹⁸, o con otro muy similar: «Todo lo que sea lícito y evaluable en dinero podrá ser designado como dote...» (art. 12 tunecino), y los ya citados artículos 14 del código argelino y 4.b del kuwaití. También insisten en ello cuando establecen: «No existe dote mínima ni máxima»¹⁹ o «... sea su importe poco o mucho...»²⁰. Esta aclaración no se hace actualmente en los códigos marroquí y tunecino, aunque anteriormente lo recogían; en el primer caso (art. 17.2) desapareció con el nuevo código y en el segundo caso (art. 12) se eliminó en la reforma de 1993.

La esposa tiene derecho a su dote por el simple hecho del contrato matrimonial válido²¹ y confirma su derecho a la dote completa con la consumación del matrimonio; también ocurre lo mismo tras la consumación del matrimonio viciado en algunos códigos²². En consecuencia, la dote es propiedad de la esposa que puede disponer de ella como quiera sin estar obligada a utilizarla en el ajuar o enseres de la

¹⁵ Arts. 11 kuwaití; 10 marroquí; 28 omaní.

¹⁶ Arts. 9 argelino; 27 mauritano; 3 tunecino.

¹⁷ Arts. 14 argelino; 4.b kuwaití; 19.a libio; 26 marroquí; 21 omaní; 33.1 yemení.

¹⁸ Arts. 54 kuwaití; 19.b libio; 28 marroquí; 22 omaní; 54.2 sirio; 27 sudanés.

¹⁹ Arts. 53 kuwaití; 54.1 sirio.

²⁰ Arts. 44 jordano; 80 libanés.

²¹ Arts. 35 jordano; 52 kuwaití; 69 libanés; 19.e libio; 24.b omaní; 53 sirio; 29.2 sudanés; 33 yemení.

²² Arts. 42 jordano; 76 libanés; 45.c libio; 50 mauritano; 22.a tunecino.

casa y pasa a formar parte de su herencia, principio que algunos códigos²³ ratifican al prohibir, tanto a los progenitores como al marido, al tutor o a cualquier pariente, quedarse con parte de dicha dote o percibir una compensación.

La dote es siempre obligatoria. Por ello los códigos²⁴ especifican que la esposa se puede negar a vivir con su marido o bien que éste no la puede obligar a consumar el matrimonio hasta que no le entregue su dote y en caso de que ella consienta no podrá ya pedir el divorcio por esta causa, pero la dote se convierte en una deuda del marido no exonerable salvo por su pago²⁵, e incluso los códigos jordano (art. 126) y omaní (art. 100.a) posibilitan a la esposa a solicitar la nulidad del matrimonio, el primero y el divorcio, el segundo, si demuestra, antes de la consumación, que su marido no le puede pagar la dote adelantada.

La única diferencia es cómo se regula la dote. En unos códigos²⁶, la dote se incluye en los elementos constitutivos para la validez del matrimonio y por ello es necesario determinarla en el contrato matrimonial; en cambio en los otros²⁷, la dote figura, únicamente, entre los derechos de la esposa y su determinación en el contrato matrimonial es potestativa. En este último caso cuando la dote no esté designada en el contrato matrimonial o se anule su designación y existan divergencias sobre su importe se recurrirá a la dote de paridad, así denominada porque para determinarla se tiene en cuenta la dote que han recibido las mujeres de la familia o de la ciudad si el caso no se ha presentado en la propia familia, tal como lo definen algunos códigos²⁸.

Actualmente los códigos argelino (art. 15), marroquí (art. 27) y mauritano (art. 14), aunque es requisito para la validez del matrimonio que se fije la dote en el contrato matrimonial, también recogen la posibilidad del matrimonio sin dote determinada y con la dote de paridad.

²³ Arts. 62 jordano; 90 libanés; 29 marroquí.

²⁴ Arts. 23.2 iraquí; 67 jordano; 87.c kuwaití; 31 marroquí; 21 mauritano; 25.a omaní; 72.2 sirio; 30.1 sudanés; 13 tunecino; 39 yemení.

²⁵ Arts. 31 marroquí; 22 mauritano; 25.b omaní; 60.1 sirio; 30.2 sudanés; 13 tunecino.

²⁶ Arts. 9 y 15 argelino; 19.e libio; 13.2 marroquí; 5 mauritano; 16.c omaní; 25.b sudanés; 3 tunecino; 33.1 yemení.

²⁷ Arts. 19 egipcio; 19.1 iraquí; 54 jordano; 84 libanés; 55.b kuwaití; 61.1 sirio.

²⁸ Arts. 19 egipcio; 44 jordano; 80 libanés.

Esta obligación del marido a entregar una dote a su esposa mantiene en el subconsciente masculino el sentimiento de posesión debido al pago efectuado.

*Las cláusulas*²⁹. Un requisito exigible para la validez del matrimonio es que el contrato matrimonial no se subordine a una cláusula incompatible con la esencia y objetivos del matrimonio ni obligue a algo prohibido legalmente. En caso contrario, dicha cláusula será nula y el contrato válido, excepto en el código kuwaití (art. 40.a), en el que cuando el contrato incluya una cláusula incompatible con la esencia del matrimonio, éste será nulo, y en el sudanés, cuando la cláusula sea la temporalidad del matrimonio.

La inclusión de cláusulas en el contrato matrimonial es una posibilidad regulada únicamente en la escuela hanbalí, que todos los códigos han adoptado sobre todo para que la esposa pueda protegerse contra el poder abusivo del marido. Mediante estas cláusulas, la esposa puede evitar que su marido le imponga un matrimonio polígamo o le prohíba estudiar, trabajar, salir, viajar bien sola o con sus hijos, etcétera. Aunque la utilidad de esta innovación es básicamente para la mujer ya que el hombre tiene otros medios legales aceptados socialmente, todos los códigos ofrecen esta posibilidad a ambos cónyuges, excepto el sirio que sólo describe los tipos de cláusulas que la esposa puede incluir en el contrato matrimonial.

Para que la cláusula sea de obligada realización tiene que estar estipulada específicamente en el contrato matrimonial.

*La diferencia de religión*³⁰. Es un impedimento temporal de necesario cumplimiento para la validez del matrimonio, pero en total desigualdad, ya que mientras esa diferencia no impide el matrimonio de un hombre musulmán con una mujer no musulmana siempre que ésta profese una religión revelada, los matrimonios mixtos en sentido contrario son siempre nulos, puesto que todos los códigos mantienen completamente la prohibición islámica de casarse la mujer musulmana con un hombre no musulmán. Esto se deriva de las leyes patriarcales que consideran también al hombre como el transmisor de la religión, con lo cual, si se admitieran estos matrimonios, la descendencia

²⁹ Arts. 19 y 35 argelino; 11 bis egipcio; 6.1.e.3 iraquí; 18-19 jordano; 40-42 kuwaití; 38 libanés; 3 libio; 47-48 marroquí; 28-29 mauritano; 5 omaní; 13-14 sirio; 42 sudanés; 11 tunecino; 7.5 yemení.

³⁰ Arts. 30 argelino; 17 iraquí; 33.1 jordano; 18.1 kuwaití; 58 libanés; 12.c libio; 39.4 marroquí; 46 mauritano; 35.8 omaní; 48.2 sirio; 28 yemení.

no sería musulmana. En el código tunecino (art. 5) se puede deducir la prohibición implícita de dichos matrimonios, pero la prohibición explícita fue mediante la circular del ministro de Justicia de 5 de noviembre de 1973³¹.

*La igualdad de los cónyuges*³². Es otro impedimento temporal que hay que tener en cuenta para la validez del matrimonio, únicamente exigible a la mujer, que se contempla en el momento de formalizar el contrato matrimonial y si se pierde después ya no influye.

Su regulación aparece casi exclusivamente en los códigos que se basan en la escuela hanafí, debido a la importancia que tenía en esta escuela. Por el contrario, ha sido prácticamente ignorada en la escuela malikí, aunque se regula en el código kuwaití, puesto que no se consideraba tan necesario al ser obligatoria la participación del tutor de la mujer en el matrimonio.

No existe un criterio único que defina en qué consiste dicha igualdad entre los cónyuges, en consecuencia cada código recurre a un criterio para establecer su existencia; así señalan para su valoración: el código jordano (art. 20) que el marido sea capaz de pagar la dote adelantada y la manutención de la esposa; el kuwaití (art. 35) la piedad religiosa como criterio; el libanés (art. 45) que el hombre sea igual a la mujer, profesión y cuestiones similares; el libio (art. 15.c) y el sirio (art. 28) la costumbre; el omaní (art. 20.b) la religión y luego la costumbre; el sudanés (art. 21) la religión y la moral, y el yemení (art. 48) la religión y la conducta.

La obligación femenina de tener en cuenta que su futuro marido sea su igual puede ser utilizada por el tutor para impedir que las mujeres ejerzan su libertad de elección al otorgarle, todos los códigos, la potestad de demandar la nulidad del matrimonio cuando la mujer se case sin contar con su conformidad con un hombre que no sea su igual³³. Pero también su exigencia permite tanto a la mujer como a su tutor demandar la nulidad del matrimonio cuando hayan sido engañados por el marido y no exista dicha igualdad³⁴, aunque esta posibi-

³¹ CHÉRIF CHAMARI, A.: *La femme et la loi en Tunisie*, Casablanca, Le Fenec, 1991, pp. 171-172.

³² Arts. 20 jordano; 34 kuwaití; 45-46 libanés; 15.a, c libio; 20 omaní; 26-32 sirio; 13.d y 20-23 sudanés; 48 yemení.

³³ Arts. 22 jordano; 47 libanés; 27 sirio; 24 sudanés.

³⁴ Arts. 21 jordano; 38 kuwaití; 48 libanés; 15.d libio; 32 sirio; 24 sudanés; 48 yemení.

lidad prescribe cuando la mujer está embarazada o haya pasado un año de la celebración del matrimonio³⁵.

*El plazo legal de espera*³⁶. Es otro impedimento temporal consistente en la obligación de guardar abstinencia sexual cuando finaliza el matrimonio, exigencia requerida sólo a la mujer para tener la certeza de que está o no embarazada, cuestión imprescindible para la filiación del hijo si estuviese embarazada.

La duración de este periodo no es siempre igual sino que varía según los casos. Así: la mujer embarazada deberá guardar abstinencia sexual hasta dar a luz o abortar y el plazo de aquélla que no esté embarazada será de tres menstruaciones si está en edad fértil, tres meses si está en la menopausia, o un año si es irregular en sus menstruaciones, excepto la viuda que deberá guardar abstinencia sexual durante cuatro meses y diez días.

La mujer mientras cumple este plazo legal de espera sigue bajo la potestad marital de su ex marido, es decir, que no es totalmente libre hasta finalizar dicho periodo. Por el contrario, al hombre no le afecta para nada excepto que ya tuviera cuatro mujeres y quisiera casarse de nuevo, entonces sí tiene que esperar a que, por lo menos una de ellas, finalice su plazo legal de espera.

*La poligamia*³⁷. Es el derecho del hombre a casarse con más de una mujer que todos los códigos mantienen en el límite coránico de cuatro mujeres, excepto el tunecino (art. 18) que lo prohíbe expresamente. También es un impedimento temporal, puesto que el hombre que ya esté casado con cuatro mujeres no podrá volverse a casar mientras no se rompa el matrimonio con una de sus esposas y ésta finalice su plazo legal de espera.

Aunque se mantiene en vigor la poligamia, este derecho de los hombres se ha restringido en la mayoría de los códigos por distintos medios, bien estipulando que el juez tiene que autorizar el matrimonio polígamo, para lo cual antes verificará que el marido tenga un motivo legal, que sea capaz de mantener a ambas esposas y de tratar

³⁵ Arts. 23 jordano; 39 kuwaití; 50 libanés; 15.d libio; 30 sirio; 24 sudanés.

³⁶ Arts. 58-61 argelino; 47-50 iraquí; 135-146 jordano; 155-160 kuwaití; 139-149 libanés; 52 libio; 129-141 marroquí; 111-119 mauritano; 119-124 omaní; 121-127 sirio; 207-213 sudanés; 34-36 tunecino, 79-89 yemení.

³⁷ Arts. 8 y 30 argelino; 11 bis egipcio; 3, 4, 5 y 13 iraquí; 28 jordano; 21 kuwaití; 14 libanés; 13 libio; 39.2 y 40-46 marroquí; 45 mauritano; 35.2 omaní; 17 y 37 sirio; 19.b sudanés; 12 yemení.

con equidad a las distintas esposas; bien estableciendo que la esposa o tanto la esposa como la futura esposa sean informadas del nuevo matrimonio para que puedan proceder; bien al adoptar la posibilidad de incluir cláusulas en el contrato matrimonial prohibiéndolo, o bien al introducir que la esposa pueda solicitar el divorcio por perjuicio.

La guerra irano-iraquí y en consecuencia el aumento del número de viudas llevó al gobierno iraquí a modificar el código de estatuto personal en 1980 para eliminar los requisitos necesarios para casarse con una segunda mujer siempre que ésta fuera viuda y así favorecer el matrimonio de estas mujeres: «Con excepción de las disposiciones de los apartados 4 y 5 de este artículo, se permitirá el matrimonio con más de una mujer si el propósito es casarse con una viuda» (art. 3.7).

Únicamente en dos códigos se contempla la pena con la que será castigado el marido polígamo: en el iraquí (art. 3.6) que «... será castigado a la pena de prisión por un periodo no superior a un año o a una multa que no exceda de cien dinares o con ambas penas», cuando se case de nuevo sin cumplir lo establecido, y en el tunecino (art. 18.2-3) que «... será castigado a la pena de prisión por un periodo de un año y a una multa de doscientos cuarenta mil francos o a una de ambas penas...», cuando concluya un segundo contrato matrimonial y mantenga la convivencia con su primera esposa, esto es, siempre, aunque el nuevo matrimonio no se contraiga conforme a las disposiciones legales, o la primera vez estuviese casado fuera de la fórmula prevista en la ley, dos maneras que tenían los tunecinos de evitar la prohibición de la poligamia, es decir, casándose la primera o la segunda vez sin registrar dicho matrimonio.

En el código marroquí (art. 43) también será castigado el marido con la pena estipulada en el artículo 361 del código penal cuando con mala fe presente una dirección incorrecta o falsee el nombre de la esposa para que ésta no pueda ser citada e informada de que él se quiere casar con otra mujer.

Frente a esta posibilidad legal para el hombre, la mujer tiene que guardar total fidelidad a su marido.

*La obediencia*³⁸. Es el deber de la esposa y el derecho del marido que otorga a éste plenos poderes sobre su esposa, ya que le permite prohibirle salir, estudiar, trabajar, en una palabra, cortarle su libertad

³⁸ Arts. 39.1 argelino; 11 bis.2 egipcio; 25.2 y 33 iraquí; 37 y 39 jordano; 88 kuwaití; 73 libanés; 56 mauritano; 52.a y 91 sudanés; 40 yemení.

sin necesidad de excusa o justificación. Únicamente está exenta la esposa de su deber de obediencia cuando se le imponga algo ilegal o el contrato matrimonial incluyera una cláusula que se lo permita, aunque, desgraciadamente, las mujeres apenas utilizan esta posibilidad legal.

Este deber de obediencia de la esposa es consecuencia directa del concepto patriarcal de la familia que otorga al marido la cualidad de jefe de la familia. Hasta principios de la década pasada todos los códigos mantenían este principio islámico, explícita o implícitamente. En la actualidad la situación ha cambiado y los códigos argelino, marroquí y tunecino han derogado este deber de la esposa, siendo los únicos que por ahora han dado este paso, aunque el tunecino (art. 23) mantiene al esposo como jefe de la familia, cuestión que también han suprimido los otros dos códigos, como ya se ha visto.

Esta preeminencia del marido está totalmente en contraposición con el principio de igualdad de todos los ciudadanos.

La manutención. Es el derecho tanto de la esposa como de los hijos, progenitores y parientes a su protección por parte del marido, progenitores, hijos y parientes.

El derecho de la esposa a la manutención conyugal³⁹ es el principal de los derechos de las mujeres casadas, por el cual el marido tiene la obligación de sufragar todas sus necesidades desde la consumación del matrimonio, aunque ella sea de diferente religión, resida en la casa de su familia y posea recursos propios. En consecuencia, la esposa no tiene que participar en los gastos familiares y así lo señalan varios códigos⁴⁰ con un mismo texto: «Todas las personas se mantendrán con sus bienes excepto la esposa cuya manutención corresponderá a su esposo» y el marroquí (art. 187) con un texto más abierto. «Todas las personas se mantendrán con sus bienes excepto aquella que sea excluida por exigencias de la ley».

Únicamente dos códigos han reducido este derecho de la esposa mediante la innovación de hacerla participar en el sostenimiento de la familia: el tunecino (art. 23) siempre que ella posea bienes y el libio (art. 23) cuando ella sea solvente y su marido sea insolvente; además este código (arts. 18.a y 23) es el único que le otorga también al mari-

³⁹ Arts. 37.1 y 74 argelino; 1-2 egipcio; 23.1 iraquí; 35 y 67 jordano; 74 kuwaití; 69 y 92 libanés; 17.a y 23 libio; 194 marroquí; 55.1 y 147 mauritano; 37.1, 42.d y 49 omán; 49, 51.3 y 72.1 sirio; 51.a y 69 sudanés; 23 y 38 tunecino; 41.2 y 150 yemení.

⁴⁰ Arts. 58 iraquí; 167 jordano; 140 mauritano; 154 sirio.

do el derecho de manutención siempre que sea insolvente y su esposa sea solvente.

El derecho de manutención se mantiene hasta finalizar totalmente el matrimonio, es decir, la esposa durante el plazo legal de espera también conserva este derecho⁴¹, siempre que dicho periodo no exceda de nueve meses (art. 84 sirio) o de un año⁴², pero cuando la mujer esté amamantando se ampliará hasta tres meses después de finalizar la lactancia.

Esta obligación del marido a mantener a su esposa impone la total dependencia económica de la mujer al hombre y mantiene el reparto tradicional de roles.

Los hijos⁴³ gozan de este derecho siempre que no tengan bienes propios, correspondiendo el deber de mantenerlos al padre, subsistiendo dicho derecho en el caso de los hijos incapacitados, siempre o hasta que finalice su incapacitación y, en el caso de aquellos que no tengan ningún impedimento físico ni psíquico, hasta una época determinada en cada código que no es igual para ambos sexos. Así, para las hijas existe casi completa unanimidad al fijarla en el matrimonio y en algunos también cuando tenga un trabajo remunerado; en cambio, para los hijos no existe esa unanimidad y está más vagamente delimitada, por lo que nos encontramos como indicador: la pubertad, los quince años o la mayoría de edad, siempre y cuando no estén estudiando o les sea imposible encontrar trabajo que, en esos casos, se mantendría hasta finalizar los estudios o hasta que ya no sea necesario, aunque los códigos marroquí, tunecino y yemení especifican que no sobrepasen los veinticinco años, en los dos primeros, y los veinte años, en el tercero.

Los progenitores⁴⁴ tendrán derecho a la manutención siempre que sean incapaces de hacerlo ellos mismos y no sea evidente que no quieran trabajar, correspondiendo el deber de mantenerlos a sus hijos

⁴¹ Arts. 61 argelino; 18 bis egipcio; 50 iraquí; 79 jordano; 162 kuwaití; 150 libanés; 16.b.4 libio; 84 y 196 marroquí; 84 mauritano; 52 omaní; 83 sirio; 72 sudanés; 38 tunecino; 86.5 y 151 yemení.

⁴² Arts. 17-18 egipcio; 80 jordano; 73.a sudanés.

⁴³ Arts. 75-77 argelino; 18 bis.2 egipcio; 59-60 iraquí; 168-170 jordano; 202-202 kuwaití; 71.a, b, c, d libio; 197-199 marroquí; 152 mauritano; 60-62 omaní; 155-156 sirio; 81-84 sudanés; 46-48 tunecino; 158-159 yemení.

⁴⁴ Arts. 77 argelino; 61 iraquí; 172 jordano; 201 kuwaití; 71.e, f libio; 197 y 203 marroquí; 153-154 mauritano; 63-65 omaní; 158 sirio; 85-87 sudanés; 43 y 45 tunecino; 161 yemení.

que dividirán los gastos entre todos ellos según sus posibilidades y no según su parte de la herencia, excepto en el código yemení, que es según dicha parte. Los parientes⁴⁵ tendrán derecho a manutención siempre que sean incapaces de hacerlo ellos mismos, correspondiendo el deber de mantenerlos a sus herederos según su parte en la herencia.

*El repudio*⁴⁶. Es la disolución del matrimonio por deseo del marido sin necesidad de causa alguna ni proceso legal. El código marroquí (art. 78) ha eliminado esta definición para convertirlo en la disolución del matrimonio ejercida tanto por parte del marido como de la esposa bajo control judicial y cumpliendo unos requisitos. Con ello no sólo se otorga también a la esposa la posibilidad de romper su matrimonio por este procedimiento, sino que se dificulta el proceso. Además en el artículo 70 se define tanto el repudio como el divorcio de «mal menor» y se desaconseja su utilización.

El repudio es el procedimiento más usual y aceptado por la mayoría de la población para poner fin al matrimonio vigente en todos los códigos excepto en el tunecino y en el argelino. El código tunecino (art. 31) lo suprime totalmente y establece como única forma de romper el matrimonio el divorcio con igualdad para el marido y la esposa. Por el contrario en el argelino lo único que desaparece es el término «repudio» para sólo existir el término «divorcio», pero continúa su espíritu con lo que se mantiene implícitamente, ya que es causa de divorcio la simple voluntad del marido, como se establece en el artículo 48; en consecuencia no desaparece el derecho unilateral del hombre a romper su matrimonio, sino que sólo existe una pequeña limitación al exigir que el juez sea el que pronuncie el divorcio, además la esposa no tiene esa misma posibilidad, puesto que ella sólo puede pedir el divorcio por unas causas muy concretas establecidas en el código y además tras su demanda comienza un proceso que concluirá con la sentencia judicial a su favor o no.

Aunque todos los códigos, excepto el tunecino, mantienen esta forma del derecho islámico para disolver el matrimonio, los legisla-

⁴⁵ Arts. 77 argelino; 62 iraquí; 173 jordano; 201 kuwaití; 156 mauritano; 66 omaní; 159-160 sirio; 88 sudanés; 157 y 164 yemení.

⁴⁶ Arts. 48-52 argelino; 1-5 bis egipcio; 34-39 iraquí; 83-101 jordano; 97-98, 102-110 kuwaití; 102-118 libanés; 28-34 libio; 78-93 marroquí; 83-91 mauritano; 81-93 omaní; 85-94 sirio; 128-141 sudanés; 58-70 yemení.

dores han introducido reformas con el fin de dificultar la libertad del marido para ejercer su derecho al repudio e impedir los abusos, tales como eliminar la posibilidad de repudiar por tres veces en el mismo momento aunque era práctica común aceptada y declarar que el repudio seguido de un número equivale a un solo repudio y no se tendrá en cuenta dicha designación numérica; condenar al marido con el pago de una indemnización a su esposa siempre que el repudio sea posterior a la consumación del matrimonio o, únicamente, cuando el repudio sea arbitrario, es decir, que el juez, a demanda de la esposa, constate que no hay una causa razonable; obligar a acudir al juzgado para que el juez decrete el divorcio; requerir que el marido, previamente, solicite la autorización para el repudio al tribunal, petición que en el código marroquí tiene que ser mediante el certificado de ello ante dos adules que debe incluir una serie de datos, además en el argelino, el marroquí y el mauritano el tribunal tendrá que citar a las partes e intentar la reconciliación, aunque antes éste deberá aplazar el procedimiento de repudio a la espera de la reconciliación, en el primero, durante un periodo que no exceda de tres meses, en el segundo, no se indica nada y, en el tercero, un mes y, finalmente, exigir legalizar el repudio ante el juez e inscribirlo en el registro, excepto en los códigos kuwaití y el yemení que no se indica nada.

Actualmente los repudios o divorcios son muy frecuentes con lo que el matrimonio se caracteriza hoy día aún más por una gran inestabilidad, de lo que se deriva la aparición de un gran número de familias constituidas por mujeres solas con sus hijos e hijas.

Frente a la libertad del marido para acabar con el matrimonio, cuando es la esposa la que quiere romper su matrimonio no depende de su voluntad sino que ha de intervenir el marido o el juez, pues ella sólo puede poner fin a su matrimonio de dos formas: el repudio por compensación y el divorcio, excepto en cuatro países que, actualmente, han introducido la posibilidad del mutuo acuerdo: los códigos libio (art. 35) y marroquí (art. 114) como repudio de mutuo acuerdo, y el argelino (art. 48) y tunecino (art. 31.1) como divorcio de mutuo acuerdo, con lo cual se elimina bastante la desigualdad de los cónyuges en la disolución del matrimonio, aunque la igualdad legal únicamente existe en el tunecino, que ha eliminado totalmente cualquier tipo de repudio y las causas para pedir el divorcio.

*El repudio por compensación*⁴⁷. Es la disolución del matrimonio por el marido a instancia de su esposa a cambio de una compensación por parte de ella, es decir, que ambos cónyuges tienen que estar de acuerdo, pero a éste se llega cuando la esposa logra que su marido acepte la compensación económica que le ofrece y, en consecuencia, la repudie, con lo cual la última palabra la tiene siempre el marido.

*El divorcio*⁴⁸. Es la disolución del matrimonio por sentencia judicial, decretando el divorcio por quedar probada la causa alegada, siempre y cuando dicha causa esté recogida en los códigos.

Todos los códigos han introducido el divorcio, tomándolo de la escuela malikí, con el objetivo de que la mujer tuviera, al menos, la posibilidad de interponer una demanda pidiendo la disolución de su matrimonio. Dicha innovación no supone la igualdad entre ambos sexos porque, frente a la libertad del repudio, la esposa sólo puede interponer una demanda de divorcio por unas causas muy concretas establecidas en los códigos y además tiene que quedar probado que sus alegaciones son verdaderas lo cual muchas veces es difícil; por ello, el papel del juez es determinante ya que depende de él admitir la demanda y sentenciar a favor de la esposa. Estas causas son: impago de la manutención; enfermedad del marido que impida la cohabitación o la haga perjudicial para la esposa; ausencia o abandono del marido, en cuyo caso la esposa puede demandar el divorcio tras un año de dicha ausencia o abandono; perjuicios causados por el marido que hagan imposible la vida conyugal; encarcelamiento del marido siempre que haya sido condenado a una pena de cárcel de tres o más años, en cuyo caso la esposa puede demandar el divorcio cuando haya transcurrido un año desde el encarcelamiento, y por juramento de continencia sexual, es decir, cuando el marido rechaza cohabitar con su esposa por un periodo superior a cuatro meses.

Actualmente los códigos argelino (art. 53.8 y 56) y marroquí (arts. 94-97) han incluido otra causa de divorcio: las desavenencias

⁴⁷ Arts. 54 argelino; 46 iraquí; 102-112 jordano; 111-119 kuwaití; 48-51 libio; 115-120 marroquí; 92-94 mauritano; 94.a, b omaní; 95-104 sirio; 142-150 sudanés; 72-74 yemení. En el código egipcio no se recoge nada, pero recientemente fue regulado por la ley del régimen de los tribunales, ley núm. 1 de 29 de enero del 2000.

⁴⁸ Arts. 53 argelino; 4-11, 6-11 y 12-14 egipcio; 40-45 iraquí; 113-134 jordano; 120-142 kuwaití; 119-131 libanés; 39-44 libio; 94-113 marroquí; 100-110 mauritano; 109-116 omaní; 105-115 sirio; 151-203 sudanés; 25 tunecino; 47, 52-55, 97, 105, 108-112 yemení.

entre los cónyuges. La novedad que introduce este caso es que no hay que probar las alegaciones durante el proceso, con lo que el tribunal únicamente tendrá que intentar reconciliar a los cónyuges con la ayuda de dos árbitros y en caso de no conseguirse dicha reconciliación emitirá la sentencia de divorcio, lo que otorga mayor poder a las mujeres para poner fin al matrimonio.

A pesar de estas limitaciones, el divorcio supone un gran avance en los derechos de las mujeres.

Cuando se produce la ruptura del matrimonio, sea de la forma que sea, la repudiada, divorciada, viuda o soltera, como fruto de la anulación de su matrimonio, tiene que cumplir su periodo de continencia sexual y tiene derecho a percibir su dote aplazada y su manutención durante el periodo de continencia sexual, así como a mantener la custodia de sus hijos.

*La filiación*⁴⁹. Es el primer derecho de todo nacido por el que accede a la religión y al apellido de su padre, pero únicamente la filiación paterna proporciona la condición de legítimo, siempre que dicho hijo nazca entre el periodo mínimo y máximo fijado para el embarazo y en circunstancias que permitan las relaciones sexuales. Para ello todos los códigos fijan el periodo mínimo del embarazo en seis meses, que es lo establecido en el Corán y recogían todas las escuelas jurídicas; en cambio en cuanto al periodo máximo, por el contrario, discrepan tanto con el Corán como con las escuelas jurídicas al fijarlo en un año desde la fecha de disolución del matrimonio, excepto en el argelino que es diez meses, en el yemení nueve meses y el iraquí que no indica nada.

En este punto los códigos argelino y marroquí han dado un gran paso de mayor adecuación a su sociedad al introducir varias innovaciones. El argelino ahora permite al juez recurrir a los medios científicos a la hora de establecer la filiación, convirtiéndose en el primer país árabe que recoge en el código de familia la posibilidad de utilizar las pruebas de ADN (art. 40) y también ha sido el primero en permitir a los cónyuges recurrir a la inseminación artificial (art. 45 bis) siempre que sea con los espermatozoides del esposo y el óvulo de la espo-

⁴⁹ Arts. 40-46 argelino; 15 egipcio; 51-54 iraquí; 147-149 jordano; 166-172 kuwaití; 53-56 libio; 142-162 marroquí; 59-69 mauritano; 70-77 omaní; 128-136 sirio; 96-108 sudanés; 68-76 tunecino; 121-126 yemení.

sa; y el marroquí (art. 156) al reconocer legítimo también al hijo que sea concebido durante el noviazgo.

Al delimitar el periodo máximo del embarazo, los códigos ponen fin a la práctica del niño dormido, medio a través del cual se legitimaba al hijo cuando una mujer se quedaba embarazada después de haber finalizado su matrimonio. De este modo se evitaba el deshonor que suponen las relaciones sexuales ilícitas y todas las consecuencias negativas que dicho embarazo tiene, tanto para la madre como para su hijo, que incluso pueden acabar con la muerte de ambos. Es decir que, en estos casos, se consideraba que la mujer se quedó embarazada durante su matrimonio pero que el feto se durmió en el útero de su madre y transcurrido un tiempo se despierta, comienza a crecer y nace. Esta teoría no sólo fue una práctica popular sino que también el derecho islámico la recoge y acepta⁵⁰. Así la escuela hanafí reconoce al marido como padre de toda la descendencia habida en los dos años siguientes a la disolución del matrimonio o fallecimiento del marido; las escuelas shafí y hanbalí lo fijan en cuatro años y la escuela malikí en cinco o seis años.

*La custodia*⁵¹. Consiste en salvaguardar, proteger, alimentar y educar a los menores.

La obligación de custodiar a los menores comienza desde el nacimiento pero no tiene una duración unánime pues su final varía en función de que sea niño o niña, de la escuela jurídica en la que se base cada código y de las modificaciones que se hayan introducido, pues todas ellas han elevado la edad en la que los hijos se desprenden de la custodia. Fijan el final de la custodia: el argelino (art. 65), en 10 años para el niño y la consumación del matrimonio para la niña; el egipcio (art. 20), en 10 años para el niño y 12 años para la niña; el iraquí (art. 57.4), en 10 años para ambos sexos, siendo con el marroquí los únicos que no distinguen entre niños y niñas; el jordano (arts. 161-162), en la pubertad tanto del niño como de la niña si es la madre quien ejerce la custodia y en 9 años para el niño y 11 años para la niña si es otra mujer; el kuwaití (art. 194) y el libio (art. 62.a), la pubertad para el niño y la consumación del matrimo-

⁵⁰ COULSON, N. J.: *Historia del Derecho Islámico*, Barcelona, Bellaterra, 1998, p. 183.

⁵¹ Arts. 62-72 argelino; 20 egipcio; 57 iraquí; 154-166 jordano; 189-199 kuwaití; 62-70 libio; 163-170 marroquí; 121-134 mauritano; 125-137 omaní; 137-151 sirio; 109-126 sudanés; 54-67 tunecino; 138-147 yemení.

nio para la niña; el marroquí (art. 166), en la mayoría de edad para ambos sexos; el mauritano (art. 126), en la mayoría de edad para el niño y la consumación del matrimonio para la niña; el omaní (art. 129), en 7 años para el niño y la pubertad para la niña; el sirio (art. 146), en 9 años para el niño y 11 años para la niña; el sudanés (art. 115/1), en 7 años para el niño y 9 para la niña y el yemení (art. 139), en 9 años para el niño y 12 años para la niña. Actualmente el código tunecino difiere en este punto con todos los otros al ser el único en el que ya no existe un período delimitado de duración de la custodia desde la reforma de 1966.

Una vez que finaliza este periodo se entiende que el menor pasa a vivir con su padre o el tutor de su persona. Pero los códigos no regulan nada a este respecto, con excepción del iraquí (art. 57.5) y el yemení (art. 148), que otorgan al propio menor la facultad de decidir con quién quiere vivir al finalizar su custodia. En el marroquí (art. 166) también se concede esta posibilidad al menor que haya cumplido 15 años.

La custodia es ejercida por ambos progenitores mientras permanezcan casados, fundamentalmente, en los códigos⁵² que se basan en la escuela malikí; en cambio los códigos iraquí (art. 57/1) y jordano (art. 154) especifican que sólo es competencia de la madre aunque ambos progenitores convivan. En caso de ruptura del matrimonio por el fallecimiento de uno de los cónyuges, el código tunecino (art. 67) es el único que recoge este supuesto y le otorga la custodia al cónyuge superviviente. Finalmente, cuando dicha ruptura sea por separación, todos los códigos⁵³ mantienen lo establecido en el derecho islámico y entienden que la madre es la persona más idónea para ocuparse de sus hijos, excepto el tunecino (arts. 57 y 67) que en la reforma de 1966 ha equiparado a ambos progenitores.

Pero la madre mantendrá este derecho a la custodia de sus hijos siempre que cumpla una serie de condiciones, entre ellas: que no se case con un extraño, es decir, sólo puede casarse con un hombre que no sea pariente del custodiado en grado prohibido para el matrimonio; que no se traslade a vivir a otra localidad distinta a la que vive el padre o tutor del custodiado; que no viaje con el custodiado sin auto-

⁵² Arts. 62.b libio; 164 marroquí; 123 mauritano; 130 omaní; 57 tunecino.

⁵³ Arts. 64 argelino; 20 egipcio; 57.1 iraquí; 154 jordano; 189.a kuwaití; 62.b libio; 171 marroquí; 123 mauritano; 130 omaní; 139.1 sirio; 110.1.a sudanés; 141 yemení.

rización de su padre o tutor; que no apostate y que sea musulmana, aunque el hecho de no ser musulmana no implica la pérdida automática de su derecho de custodia sino que supone una limitación mayor del periodo en que puede tener con ella al custodiado, ya que finaliza su derecho antes, al cumplir éste los 5 o 7 años, es decir, cuando tienen edad de comprender, por temor a que ella pueda educarlos en una religión distinta a la de su padre.

Con lo cual si la madre quiere permanecer con sus hijos el tiempo que los códigos le permiten, ve de nuevo restringida su libertad de elección y de movimiento. En cambio, cuando es el hombre el que tiene la custodia de esos menores únicamente se le requiere: estar casado o tener una mujer que pueda asumir las tareas de la custodia y ser pariente en grado prohibido de la niña custodiada.

*La tutela*⁵⁴. Consiste en la guarda y representación tanto de la persona como de los bienes de los menores y de los incapacitados.

Hasta muy recientemente la madre nunca podía ser tutora de sus hijos menores o incapacitados, debido a que todos los códigos⁵⁵ mantenían la discriminación de género existente en el derecho islámico y el tutor era siempre el padre o un pariente varón. Actualmente los códigos argelino, marroquí y tunecino han paliado algo esta discriminación al otorgar a la madre el derecho a ser tutora de sus hijos, pero no en igualdad sino limitada a que el padre haya muerto o se le haya incapacitado. El código argelino ha avanzado aún más y ha eliminado la primacía del padre en caso de divorcio al otorgar la tutela de los menores tras la ruptura del matrimonio de sus progenitores a la persona que ejerce la custodia de dichos menores. Por su parte, los códigos mauritano (art. 12), omaní (art. 174.a) y sudanés (art. 246.1) permiten que las mujeres sean tutoras testamentarias, pero ello requiere que un hombre, normalmente el padre de sus hijos, la nombre como tal para cuando él fallezca. Finalmente, también se ha paliado algo la discriminación de las mujeres en el código sirio (art. 173), aunque, únicamente en la tutela de los bienes y no de todas las mujeres sino sólo de aquellas que tengan la custodia de los menores, a las que se les permite desempeñar determinadas funcio-

⁵⁴ Arts. 87-100 argelino; 208-212 kuwaití; 211 y 229-276 marroquí; 165 y 176-202 mauritano; 142 y 158-189 omaní; 163 y 170-206 sirio; 219 y 233-258 sudanés; 154-155 tunecino.

⁵⁵ Arts. 87 argelino; 209.a kuwaití; 236 marroquí; 177 mauritano; 164 omaní; 170 sirio; 234 sudanés; 154 tunecino.

nes de la tutela, pero para ello el tutor legal tiene que descuidar los bienes del menor y el juez encargarle a ella ocuparse de algunas de dichas tareas.

El deber paterno de ser el tutor de sus hijos menores o incapacitados se convierte en un derecho prioritario suyo en detrimento de la madre porque la tutela nunca es compartida ni siquiera durante la vida conyugal.

*La sucesión*⁵⁶. Es la transferencia de todos los bienes, derechos y obligaciones que deja la persona fallecida. Es el único apartado de la legislación de la familia que continúa como fiel reflejo de la concepción coránica. Por ello todos los códigos mantienen la discriminación tanto en razón del sexo como de la confesión religiosa. Así las mujeres siguen heredando la mitad que los hombres en su mismo grado de parentesco y circunstancias, y el no-musulmán no hereda al musulmán⁵⁷.

Únicamente se ha modificado un poco en los códigos iraquí (art. 91.2) y tunecino (art. 143 bis) al establecer que las hijas o nietas, aunque su padre o abuelo dejen herederos en las ramas colaterales, tienen derecho a percibir también lo que quede del caudal hereditario después de deducir lo que corresponde a cada heredero forzoso; con lo cual se favorece a las hijas o nietas frente a los hermanos y tíos del causante, así como frente al Tesoro Público en el caso de ausencia de herederos colaterales. Asimismo supone una mejora la innovación introducida en los códigos iraquí (art. 74) y marroquí (art. 369) al extender también a los nietos varones por línea de las hijas la obligación de su abuelo o abuela de hacer testamento a favor de ellos en el tercio disponible del caudal hereditario cuando la madre de éstos fallezca antes que dicho abuelo o abuela. En los demás códigos únicamente se recoge esta obligación para los nietos por línea de los hijos fallecidos antes que el causante.

Para finalizar señalar que estas leyes, desde sus primeras codificaciones, significaron una mejora en la condición jurídica de las mujeres y que la mayoría de las reformas se han realizado con el objetivo de adecuarlas a los cambios sociales, ofrecer soluciones a los problemas

⁵⁶ Arts. 126-183 argelino; 1-48 egipcio; 86-91 iraquí; 281-336 kuwaití; 321-395 marroquí; 232-310 mauritano; 232-279 omaní; 260-297 sirio; 344-400 sudanés; 85-152 tunecino; 299-347 yemení.

⁵⁷ Arts. 6 egipcio; 293.a kuwaití; 332 marroquí; 237 mauritano; 239 omaní; 264.b sirio; 351 sudanés; 305 yemení.

existentes en la sociedad y eliminar la concepción desigual de los sexos, aunque todavía queda un largo camino por recorrer para acabar legalmente con el sistema familiar tradicional y, en consecuencia, con la discriminación femenina a pesar del gran avance producido en los últimos años en algunos países.