

LA FILIACIÓN EN LOS CÓDIGOS DE ESTATUTO PERSONAL DE LOS PAÍSES ÁRABES

The filiation in the codes of personal status in Arab countries

Caridad RUIZ-ALMODÓVAR
Universidad de Granada

BIBLID [0544-408X]. (2011) 60; 255-277

Resumen: Estudio comparado de la filiación en los códigos de estatuto personal de los siguientes países árabes: Argelia, Bahrein, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Iraq, Jordania, Kuwait, Libia, Marruecos, Mauritania, Omán, Qatar, Siria, Sudán, Túnez y Yemen.

Abstract: A comparative study of filiation as included in the codes of personal status of the following Arab countries: Algeria, Bahrein, Egypt, United Arab Emirates, Iraq, Jordan, Kuwait, Libya, Morocco, Mauritania, Oman, Qatar, Syria, Sudan, Tunisia, and Yemen.

Palabras clave: Derecho Privado. Filiación. Familia. Mujer. Menores. Países Árabes.

Key words: Law of Personal Status. Filiation. Family. Women. Minors. Arab Countries.

Recibido: 20/12/2010 **Aceptado:** 17/06/2011

La filiación (*nasab*)¹ es el primer derecho de todo nacido por el que se accede al apellido, la nacionalidad y la religión de su padre, actualmente en algunos países árabes, la madre también puede otorgar la nacionalidad a sus hijos. A su vez, es uno de los más importantes derechos emanados del matrimonio.

Una vez establecida la filiación² el hijo es legítimo, derivándose de ello todos sus efectos, tales como los impedimentos del matrimonio, la herencia mutua y los derechos y obligaciones tanto de los progenitores hacia sus hijos, como de éstos hacia sus

1. La traducción de todos los códigos, menos cuatro, se encuentra en Caridad Ruiz-Almodóvar. *El derecho privado en los países árabes: códigos de estatuto personal. Edición y traducción*. Granada: Universidad de Granada y Fundación Euroárabe de Altos Estudios, 2005; la traducción del código qatari en Caridad Ruiz-Almodóvar. "El Código Qatari de la Familia". *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, 58 (2009), pp. 251-288; la traducción de los códigos bahreiní y emiratí no está publicada, así como tampoco lo está el nuevo código jordano de estatuto personal promulgado en 2010.

Otras traducciones españolas de los códigos argelino y marroquí: *Código de la Familia de Marruecos. Al Mudawana*. Trad. Abderrahim Abkari Azouz. Madrid: ATIME, 2008; Gloria Esteban de la Rosa (Coord.). *Código marroquí de la familia*. Jaén: Ediciones Blanca, 2009; Carmelo Pérez Beltrán. "El Código Argelino de la Familia: estudio introductorio y traducción". *El Magreb. Coordinadas socioculturales*. Ed. Carmelo Pérez Beltrán y Caridad Ruiz-Almodóvar. Granada: Estudios Árabes Contemporáneos, 1995, pp. 375-411, y "Nuevas modificaciones del código argelino de la familia: estudio introductorio y traducción". *Miscelánea de Estudios Árabes e Islámicos, Sección Árabe-Islam*, 54 (2005), pp. 143-167.

2. Arts. 70 bahreiní; 58 libio; 145 y 157 marroquí; 133/2 sirio; 126 yemení.

progenitores que pueden incumbir por igual a ambos progenitores y a los hijos o ser exclusivos de uno de ellos.

1. *LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN*. Sólo se establece en el padre y la madre naturales, bien por matrimonio, reconocimiento o evidencia³ y además en el código marroquí también por el noviazgo, una gran novedad que se estipula de la siguiente manera (art. 156): “Si tuvo lugar el noviazgo, se llevó a cabo la oferta y la aceptación, circunstancias de fuerza mayor impidieron el documento del contrato matrimonial y fuese evidente un embarazo durante el noviazgo, se afiliará al novio por error judicial si se cumplen los siguientes requisitos: a) Si se difundió el noviazgo entre las familias de ambos y el tutor de la esposa lo aprobó en caso de necesidad. b) Si resulta evidente que la novia se quedó embarazada durante el noviazgo. c) Si los novios reconocen que el embarazo es de ambos. Se efectuará la observación de estos requisitos por sentencia judicial que no será susceptible de apelación Si el novio niega que el embarazo sea suyo, podrá recurrir a todos los medios legales para probarlo”.

Actualmente los medios científicos permiten probar la paternidad con las pruebas de ADN y también tener descendencia mediante la fecundación *in vitro* aquellas parejas que de forma natural no puedan tener hijos, pero hasta muy recientemente nada de esto aparecía en los códigos de estatuto personal, siendo Argelia el primer país árabe, y hasta ahora el único, que lo ha incluido en la reforma de dicho código en 2005 al disponer: “El juez podrá recurrir a los medios científicos de prueba en materia de filiación” (art.40) y “Ambos cónyuges podrán recurrir a la inseminación artificial” (art. 45bis) siempre que sea con los espermatozoides del esposo y el óvulo de la esposa.

En consecuencia la adopción (*tabanī*) no es legal, tal como lo establece el Corán y la ley islámica, aunque su prohibición explícita sólo aparece en algunos códigos⁴, excepto en Túnez, único país que ha reconocido legalmente la adopción mediante la ley nº 27 de 1958, ley anexa al código de estatuto personal, que regula las condiciones que se han de dar para que sea legal.

Únicamente la filiación paterna proporciona al hijo la condición de legítimo, tal como se especifica en el código marroquí (art. 150): “La filiación es el parentesco legítimo entre el padre y sus hijos, transfiriéndose de padres a hijos” y (art. 148): “La filiación ilegítima en relación al padre no producirá ninguno de los efectos de la fi-

3. Arts. 40 argelino; 74 bahreiní; 89 emiratí; 157/a-b jordano; 152 marroquí; 59, 64 y 67 mauritano; 70 omaní; 86 qatarí; 96 sudanés; 68 tunecino.

4. Arts. 46 argelino; 72 bahreiní; 162 Jordano; 167 kuwaití; 149 marroquí; 72 mauritano; 135 yemení.

liación legítima”. Aunque el mismo código marroquí (arts. 146-147) ha introducido la novedad de establecer que: “La filiación materna producirá los mismos efectos, sea resultado de una relación legítima o ilegítima” y “La filiación materna se considera legítima en caso de matrimonio, error judicial o violación”.

La filiación por matrimonio es la de los hijos nacidos tras un contrato matrimonial, sea válido, nulo o viciado, siempre que nazca entre el período mínimo y máximo fijado para el embarazo y en circunstancias que permitan las relaciones sexuales⁵.

El tiempo del embarazo, unos códigos lo establecen por el computo lunar y otros por el solar, también en algunos casos se fija en días y en otros en meses.

En cuanto al período mínimo, es de seis meses desde la conclusión del contrato matrimonial o de la intimidad conyugal⁶, con lo que todos los códigos mantienen el tiempo fijado en el Corán y que recogían todas las escuelas jurídicas sunníes, excepto en el código egipcio que no se recoge y el iraquí (art. 51/1) que no lo indica específicamente al establecer únicamente: “Que haya transcurrido el período mínimo del embarazo desde el contrato matrimonial”.

En cuanto al período máximo, por el contrario, los códigos discrepan tanto con el Corán como con las escuelas jurídicas al fijarlo en un año desde la fecha de la disolución del matrimonio⁷, excepto en el argelino (arts. 42 y 60), que es de diez meses, en el yemení (art. 128), nueve meses y en el iraquí que no indica nada al respecto. Con ello se pone fin a la práctica del niño dormido en el útero de la madre, teoría aceptada por las cuatro escuelas jurídicas sunníes⁸ y a la que se recurría para legitimar al hijo cuando una mujer repudiada, divorciada, separada o viuda tenía un hijo tras haber finalizado su matrimonio, ya que la escuela jurídica *hanafí* reconoce al marido como padre de toda la descendencia habida en los dos años siguientes a la disolución del matrimonio; la *šafí’í* y la *hanbalí* lo fijan en cuatro años, y la *malikí* en cinco o seis años.

De esto se desprende que serán hijos legítimos del marido de su madre con todos sus derechos y obligaciones:

5. Arts. 41 argelino; 75 bahreíní; 15 egipcio; 90/1 emiratí; 51 iraquí; 157/a-b jordano; 169/a kuwaití; 53/b libio; 144 marroquí; 59 mauritano; 71 omaní; 88 qatarí; 129/1 sirio; 98 sudanés; 69 tunecino; 121 yemení.

6. Arts. 42 argelino; 73 bahreíní; 91 emiratí; 156 jordano; 166 kuwaití; 53/a libio; 154/1 marroquí; 60 mauritano; 72 omaní; 87 qatarí; 128 sirio; 100 sudanés; 71 tunecino; 128 yemení.

7. Arts. 73 bahreíní; 15 egipcio; 91 emiratí; 156 jordano; 166 kuwaití; 53/a libio; 135 y 154/2 marroquí; 61 mauritano; 72 omaní; 87 qatarí; 128 sirio; 100 sudanés; 35 tunecino.

8. Noel J. Coulson. *Historia del Derecho Islámico*. Trad. M^a Eugenia Eyras. Barcelona: Bellaterra, 1998, p. 183.

— El hijo de la mujer casada, siempre que se respeten las condiciones de duración mínima del embarazo y que sean posibles las relaciones sexuales entre ambos⁹.

— El hijo de la mujer cuyo matrimonio sea nulo, siempre que nazca al menos tras seis meses lunares desde la fecha de la consumación o de la intimidad conyugal¹⁰ o en el período máximo del embarazo desde que el matrimonio sea declarado nulo¹¹.

— El hijo de la mujer viuda, repudiada o divorciada, siempre que nazca en el período máximo del embarazo desde la finalización del matrimonio¹².

— Y el hijo de una mujer que haya mantenido relaciones sexuales por error judicial, siempre que nazca entre la duración mínima y máxima del embarazo¹³.

En todos estos casos no se podrá negar la paternidad¹⁴, salvo por sentencia judicial o como consecuencia de haber presentado el marido una acusación jurada de adulterio contra su esposa. Los códigos bahreiní, emiratí, jordano, kuwaití y omaní son los únicos que recogen que para poder negar la paternidad, el marido tiene que declarar el adulterio de su esposa en un tiempo fijado desde el día del nacimiento o de que tenga conocimiento de él a condición de que no haya reconocido dicha filiación explícita o implícitamente y presentar oficialmente dicha acusación jurada de adulterio de su esposa en el tiempo convenido, dichos plazos para la declaración son: siete días, en los dos primeros, quince días en el cuarto y un mes, en el tercero y el quinto. Además los códigos jordano (art. 164), omaní (art. 78), qatari (art. 151) y yemení (art. 109) ofrecen la fórmula del juramento de adulterio.

Por el contrario, si se incumple alguno de estos requisitos, su filiación no se establecerá en el marido de su madre, a menos que éste lo reconozca o lo reivindique¹⁵, además los códigos kuwaití y mauritano especifican que tampoco se producirá la filiación si el esposo es impúber o no es fértil o tenga un impedimento congénito o patológico que impida la consumación.

9. Arts. 41 argelino; 75 bahreiní; 15 egipcio; 51 iraquí; 158/a jordano; 169/a kuwaití; 53/b libio; 144 marroquí; 60 mauritano; 71/a omaní; 88 qatari; 129/1 sirio; 98 sudanés; 71 tunecino; 121 yemení.

10. Arts. 158/b jordano; 172/a kuwaití; 54 libio; 144 marroquí; 88 qatari; 132/1 sirio; 134 yemení.

11. Arts. 159 jordano; 172/b kuwaití; 144 marroquí; 132/2 sirio; 134 yemení.

12. Arts. 43 argelino; 76 bahreiní; 159 jordano; 170-171 kuwaití; 55/b libio; 144 marroquí; 130-131 sirio; 102/b sudanés; 130, 131 y 133 yemení.

13. Arts. 40 argelino; 90/2 emiratí; 158/b jordano; 172 kuwaití; 155 marroquí; 63 mauritano; 88 qatari; 133/1 sirio; 99 sudanés; 134 yemení.

14. Arts. 78 bahreiní; 90/4 y 97/1 emiratí; 157/c-d y 163 jordano; 176-177 kuwaití; 53/d libio; 151, 153 y 159 marroquí; 68 mauritano; 79/a omaní; 96 qatari; 129/3; sirio; 75 tunecino, 110 yemení.

15. Arts. 15 egipcio; 168 y 169/b kuwaití; 53/c libio; 62 mauritano; 129/2 sirio; 69 tunecino.

La filiación por reconocimiento es la que tiene lugar cuando una persona declara su paternidad, su maternidad o ser hijo, aunque dicho reconocimiento sea durante una enfermedad mortal¹⁶.

Para que se produzca la filiación por este procedimiento y dicha persona se convierta en hijo legítimo con todos sus derechos y obligaciones es necesario cumplir una serie de requisitos, unos comunes y otros específicos dependiendo de quien haga el reconocimiento, así:

a) Requisitos comunes¹⁷. La persona reconocida como hijo o que declare ser hijo de otro tiene que ser de filiación desconocida, que dicho reconocimiento lo acepte la razón o la costumbre, es decir que sea posible que dicha persona tenga un hijo como él o que haya una diferencia de edad entre ambos que lo permita. Además los códigos kuwaití, libio y yemení requieren que con el reconocimiento no se manifieste que dicho hijo es producto del adulterio.

b) Requisitos del padre¹⁸. Ser púber, sano de mente y la aceptación del reconocido si es púber.

c) Requisitos de la madre¹⁹. Los mismos previstos para el padre y además que no esté casada ni observando el plazo legal de espera, en caso de estar casada u observando el plazo legal de espera su reconocimiento no conllevará la paternidad de su marido a menos que él lo acepte o se pruebe que es el padre.

d) Requisitos del hijo²⁰. La aceptación de la persona reconocida como padre o madre.

El reconocimiento de filiación distinto al expuesto no tendrá validez a menos que lo acepte la persona a la que se le atribuye la filiación de otro²¹, por ejemplo que se reconozca a alguien como su nieto o su hermano.

16. Arts. 44 argelino; 81/a bahreini; 92/1 emiratí; 52/1 iraquí; 160 jordano; 173/a kuwaití; 57/a libio; 160 marroquí; 64 mauritano; 73 omaní; 89 qatarí; 134 sirio; 101-104 sudanés; 70 tunecino; 123 yemení.

17. Arts. 44 argelino; 81/a-1 y 3 bahreini; 92/1-a y c emiratí; 52/1 iraquí; 160 jordano; 173/a kuwaití; 57/a libio; 160/2-3 marroquí; 64 mauritano; 73/a/1-3 omaní; 89/1-3 qatarí; 134/1 sirio; 101/a-b sudanés; 70 tunecino; 123/a-b y 124 yemení.

18. Arts. 81/a/2 y 4 bahreini; 92/1/b y d emiratí; 160 jordano; 173/a kuwaití; 57/a libio; 160/1 marroquí; 73/a/2-4 omaní; 89/2-4 qatarí; 101/b-d sudanés.

19. Arts. 93 emiratí; 52/2 iraquí; 174/a kuwaití; 57/a-b libio; 74 omaní; 90 qatarí; 102 sudanés; 123/c yemení.

20. Arts. 94 emiratí; 53 iraquí; 160 jordano; 173/b y 174/b kuwaití; 57/b y 59/c-d libio; 160/4 marroquí; 75 omaní; 91 qatarí; 135 sirio; 124 yemení.

21. Arts. 45 argelino; 95 emiratí; 54 iraquí; 175 kuwaití; 161 marroquí; 65 mauritano; 76 omaní; 92 qatarí; 136 sirio; 103 sudanés; 73 tunecino; 125 yemení.

La filiación por evidencia es la que tiene lugar cuando se prueba que dicho hijo es el fruto de las relaciones sexuales entre la madre y su marido²².

Los códigos que recogen este supuesto, excepto el argelino y omaní, indican la forma de probar dicha filiación de manera muy similar: en el marroquí mediante el testimonio de dos adules, la prueba de la voz pública o cualquier otro medio fijado legalmente, incluida la notificación judicial; en el mauritano por el testimonio directo de dos hombres íntegros o por la voz pública si ha transcurrido mucho tiempo; en el qatari y sudanés por el testimonio de dos hombres, de un hombre y dos mujeres o de cuatro mujeres, y por el testimonio de la fama o del rumor, y en el tunecino por el testimonio de dos o más testigos de las personas de confianza.

2. *LA LACTANCIA (ridāʿ)*. Es el derecho de los hijos a ser alimentados en la primera etapa de la vida. En cuanto a los progenitores, es un deber en primer lugar de la madre y será obligación de ella siempre que el lactante no acepte a otra nodriza, pero en caso de que ella haya fallecido o no pueda darle el pecho será un deber del padre²³.

El Corán (II: 233) establece el tiempo de lactancia en dos años, período que mantiene el código libio (art. 61/a) y que otros códigos²⁴ recogen al instituir dos años para la remuneración de la lactancia.

La mujer que esté dándole el pecho a un niño tendrá derecho a una remuneración que corresponderá pagar al responsable de la manutención del lactante, es decir, a su padre²⁵, excepto que dicha mujer sea la madre y continúe casada con él o durante su plazo legal de espera de un repudio o divorcio revocable²⁶. En consecuencia, la madre cuando ya no esté bajo la potestad marital del padre de su hijo tendrá derecho a percibir un salario por la lactancia.

Aunque la madre tiene prioridad en la lactancia de sus hijos perderá su derecho en favor de la nodriza cuando el padre sea indigente, ella pida remuneración y la nodriza la done gratuitamente, realizándose ésta en casa de la madre mientras ella mantenga la custodia del lactante²⁷.

22. Arts. 40 argelino; 158 marroquí; 67 mauritano; 70 omaní; 93-95 qatari; 105-108 sudanés; 68 tunecino.

23. Arts. 79 emirati; 55 iraquí; 166 jordano; 186 kuwaití; 61/b libio; 54/4 marroquí; 120 mauritano; 61 omaní; 77 qatari; 83 sudanés; 48 tunecino; 136 yemení.

24. Arts. 46/1 emirati; 169 jordano; 188/b kuwaití; 80/a sudanés; 137 yemení.

25. Arts. 56 iraquí; 187 kuwaití; 201 marroquí; 152/1 sirio; 48 tunecino.

26. Arts. 168 jordano; 188 kuwaití; 61/b-c libio; 167 marroquí; 152/2 sirio; 80 sudanés; 137 yemení.

27. Arts. 169 jordano; 153 sirio; 136 yemení.

3. *LA MANUTENCIÓN (nafaqa)*. Es el derecho al sustento, vivienda, vestido, educación y asistencia médica, tanto de los hijos como de los progenitores y los parientes.

Los hijos²⁸ gozarán de este derecho siempre que no tengan bienes propios, correspondiendo el deber de mantenerlos al padre. Cuando éste sea incapaz de cumplir con su obligación, desaparezca o esté ausente, hará frente a estos gastos la madre, siempre que ella sea solvente²⁹, y finalmente, cuando ni el padre ni la madre puedan ocuparse, se encargará aquella persona que esté obligada a ello³⁰, excepto en los códigos iraquí, jordano y sirio, que no contemplan a la madre, y el omaní y sudanés en los que recaería esta obligación, antes que en la madre, en el tutor, en el primero, y en el abuelo, en el segundo.

Este derecho subsistirá³¹, respecto de los hijos incapacitados, siempre o hasta que finalice su incapacidad y, en el caso de aquellos que no tengan ningún impedimento físico ni psíquico, hasta una época determinada en cada código, existiendo, para las hijas, una 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, estando más vagamente delimitada, así 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 pues, en esos casos, se mantendría hasta finalizar los estudios o hasta que ya no fuera 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.

Algunos códigos³² recogen la obligación del padre de ocuparse de la manutención de su hija repudiada, divorciada o viuda.

En cuanto a los progenitores³³ tendrán derecho a la manutención siempre que sean incapaces de hacerlo ellos mismos y no sea evidente que se niegan trabajar, correspondiendo esta obligación a sus hijos e hijas y los gastos que ocasionen se dividirán entre todos los hijos e hijas según sus posibilidades y no según su parte de la heren-

28. Arts. 75 y 77 argelino; 61/a-b bahreíní; 18bis-2 egipcio; 78/1 emiratí; 59/1 iraquí; 187 jordano; 202 kuwaití; 71/a libio; 54/3, 157 y 197 marroquí; 70 mauritano; 60/a omaní; 75 qatarí; 155/1 sirio; 81 sudanés; 43 tunecino; 157 yemení.

29. Arts. 76 argelino; 62 bahreíní; 80 emiratí; 193 jordano; 203/a kuwaití; 71/d libio; 199 marroquí; 62 omaní; 78 qatarí; 84 sudanés; 47 tunecino; 158 yemení.

30. Arts. 60/1 iraquí; 188 jordano; 203/b kuwaití; 76 qatarí; 156/1 sirio; 158 yemení.

31. Arts. 75 argelino; 61/a-b bahreíní; 18bis-2 egipcio; 78 /1-2 emiratí; 59 iraquí; 195 jordano; 202 kuwaití; 71 libio; 198 marroquí; 152 mauritano; 60 omaní; 75 qatarí; 155/2 sirio; 81-82 sudanés; 46 tunecino; 159 yemení.

32. Arts. 61/c bahreíní; 78/3 emiratí; 152 mauritano; 60/c omaní; 75 qatarí; 81/3 sudanés

33. Arts. 77 argelino; 64 bahreíní; 81 emiratí; 61 iraquí; 197/a jordano; 201 kuwaití; 71/e libio; 197 marroquí; 153 mauritano; 63/a omaní; 80 qatarí; 158 sirio; 85 sudanés; 43 tunecino; 161 yemení.

cia³⁴, excepto en el código yemení, donde será según dicha parte. Cuando el hijo no tenga suficientes recursos para mantener a sus progenitores de forma independiente, deberá llevarse a su casa con su familia³⁵.

Los parientes³⁶ tendrán derecho a manutención siempre que sean incapaces de hacerlo ellos mismos, correspondiendo esta obligación a sus herederos según su parte en la herencia. Los códigos bahreiní, kuwaití, sirio y yemení precisan la no existencia de este derecho entre los parientes cuando sean de distinta religión excepto entre ascendientes y descendientes, en cambio en el mauritano se aclara que no es necesario que sean de la misma religión.

Finalmente cuando sean varias personas las que tengan derecho y quien deba encargarse no tenga suficiente para todas, precederá la manutención de su esposa, luego la de sus hijos, la de su madre, la de su padre y la de los parientes³⁷.

Otra causa para tener derecho a la manutención es el compromiso, es decir que una persona se comprometa a mantener a otra durante un tiempo determinado. Este supuesto sólo lo recogen tres códigos³⁸ en un artículo igual³⁹ en el que únicamente se establece la obligación de cumplir lo prometido, aunque se rompa esta unanimidad en caso de que el período no esté limitado, así en los códigos marroquí y mauritano establecen que el tribunal se basará en la costumbre para fijar el período y en el tunecino que lo limitará quien opine sobre esto.

4. *LA CUSTODIA (ḥaḍāna)*. Es el derecho de los hijos a la salvaguarda, protección, cuidado, alimentación y educación tal como lo establecen los códigos⁴⁰ que ofrecen definición.

La obligación de custodiar a los menores comienza desde el nacimiento pero no tiene una duración unánime pues el término de esta obligación 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 dejan de ser custodiados, fijando el final de la custodia: el argelino (art. 65),

34. Arts. 65 bahreiní; 82 emiratí; 201 kuwaití; 203 marroquí; 154 mauritano; 64/a omaní; 80 qatari; 86/1 sudanés; 45 tunecino; 161 yemení.

35. Arts. 66 bahreiní; 83 emiratí; 197/b jordano; 204 kuwaití; 65 omaní; 87 sudanés.

36. Arts. 69 bahreiní; 84 emiratí; 62 iraquí; 198 jordano; 201 kuwaití; 156 mauritano; 66 omaní; 82 qatari; 159-160 sirio; 88 sudanés; 157 y 164 yemení.

37. Arts. 67 bahreiní; 85 emiratí; 204 kuwaití; 193 marroquí; 145 mauritano; 67 omaní; 83 qatari; 89 sudanés; 161 yemení.

38. Arts. 187 marroquí; 141 mauritano; 37 tunecino.

39. Arts. 205 marroquí; 159 mauritano; 49 tunecino.

40. Arts. 62 argelino; 127 bahreiní; 142 emiratí; 62/a libio; 163 marroquí; 121 mauritano; 125 omaní; 165 qatari; 109 sudanés; 54 tunecino; 138 yemení.

en diez años para el niño y en el caso de la niña pervive lo establecido en la escuela malikí, es decir, la consumación del matrimonio; el bahreiní (art. 128), en quince años para el niño y la consumación del matrimonio para la niña; el egipcio (art. 20), en quince años para ambos sexos, siendo con el iraquí, jordano y marroquí los únicos que no distinguen entre niños y niñas; el emiratí (156/1) en once años para el niño y trece años para la niña; el iraquí (art. 57/4), en diez años para ambos sexos; el jordano (arts. 173/a), tanto del niño como de la niña, en quince años si es la madre quien ejerce la custodia y en diez años si es otra mujer; el kuwaití (art. 194) y libio (art. 62/a), la pubertad para el niño y la consumación del matrimonio para la niña; el marroquí (art. 166) 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 siete años para el niño, tal como establece la escuela *hanafí*, y la pubertad para la niña; el qatari (art. 173), en trece años para el niño y quince años para la niña; el sirio (art. 146), en nueve años para el niño y once años para la niña; el sudanés (art. 115/1), en siete años para el niño y nueve para la niña, lo establecido en la escuela *hanafí*, y el yemení (art. 139), en nueve años para el niño y doce años para la niña.

Actualmente el código tunecino difiere en este punto con todos los otros códigos al ser el único en el que ya no existe un período delimitado de duración de la custodia desde la reforma de 1966.

El objetivo de la custodia es salvaguardar a los menores, por ello algunos códigos han introducido la innovación de permitir que se prolongue este tiempo en beneficio de dichos menores, pero dejan esta apreciación al juez que será el encargado de tener en cuenta el interés de los menores, así el juez podrá prolongar el período de custodia: en el argelino (art. 65) hasta los dieciséis años para el niño, en este caso no se incluye a la niña porque ella tiene derecho a la custodia hasta el matrimonio; en el egipcio (art. 20), hasta la mayoría de edad para el niño y hasta el matrimonio para la niña; en el emiratí (art. 156/1) hasta la pubertad para el niño y hasta el matrimonio para la niña; en el iraquí (art. 57/4), hasta los quince años tanto del niño como de la niña; en el jordano (173/c) si el custodiado es un enfermo; en el omaní (art. 129) y yemení (art. 139), no se limita dicha prórroga, dejándose al criterio del juez; en el qatari (art. 173), hasta los quince años para el niño y hasta el matrimonio para la niña, permitiéndose la elección a ambos, además también especifica que si el custodiado es un enfermo mental o padece una enfermedad complicada puede quedarse con la mujer que ejerce su custodia; en el sirio (art. 147/1), hasta la mayoría de edad en el caso del niño y hasta el matrimonio o la pubertad en el caso de la niña siempre y

cuando el tutor no sea el padre, y en el sudanés (art. 115/ 2), hasta la pubertad en el caso del niño y hasta la consumación del matrimonio en el caso de la niña.

A diferencia de estos códigos, el mauritano recoge la posibilidad de que el custodiado sea confiado a su padre a la edad de siete años si así lo exige el interés del niño y el juez lo ordena.

En los códigos marroquí y tunecino esta posibilidad ha desaparecido, en el primero, debido a que la custodia se mantiene hasta la mayoría de edad y, en el segundo, como consecuencia de la derogación del período de custodia en la reforma de 1966.

Una vez que finaliza este período se entiende que los menores pasan a vivir con el padre o tutor de su persona, pero los códigos no establecen nada a este respecto con excepción del iraquí (art. 57/5), jordano (173/b) y yemení (art. 148), que recogen lo establecido en la escuela šafi‘í y les otorgan a los propios menores la facultad de decidir con quien quieren vivir al finalizar su custodia. En el bahreíní (art. 129) también concede esta posibilidad al menor que haya cumplido quince años y a la menor a los diecisiete años y el marroquí (art. 166) al cumplir ambos quince años.

Para determinar quien ejerce la custodia de los menores, los códigos distinguen entre que los progenitores mantengan la vida conyugal o se haya roto el matrimonio.

Para el caso de que los progenitores mantengan la vida conyugal, no hay unanimidad en los códigos que recogen este supuesto, así mientras unos⁴¹ establecen que este deber compete a ambos progenitores, en los otros⁴² es un deber de la madre aunque ambos progenitores convivan dentro del matrimonio.

En caso de disolución del matrimonio por fallecimiento, el código tunecino (art. 67) es el único que recoge este supuesto y otorga la custodia al cónyuge superviviente.

Y finalmente cuando dicha ruptura es por separación, todos los códigos⁴³, excepto el tunecino, entienden que la madre es la persona más idónea para ocuparse de sus hijos y esta preferencia materna se enfatiza aún más en algunos códigos⁴⁴ al obligarla a asumir dicha custodia si el custodiado es menor de cinco años o lactante. En cambio el código tunecino (art. 67) desde la reforma de 1966, como he indicado, puso fin a la prioridad materna al otorgarle al juez la atribución de designar al cónyuge que considere más capacitado para encargarse de la custodia de los hijos: “...Si el matrimonio se rompe y los cónyuges están vivos, la custodia se confiará a cualquiera

41. Arts. 132 bahreíní; 62/b libio; 164 marroquí; 123 mauritano; 130 omaní; 166 qatari; 57 tunecino.

42. Arts. 57/1 iraquí; 170 jordano.

43. Arts. 64 argelino; 132 bahreíní; 20 egipcio; 146 emiratí; 57/1 iraquí; 170 jordano; 189/a kuwaití; 62/b libio; 171 marroquí; 123 mauritano; 130 omaní; 166 qatari; 139/1 sirio; 110/1 sudanés; 141 yemení.

44. Arts. 136 bahreíní; 63/a-b libio; 132 omaní; 145 sirio; 117 sudanés.

de los dos o a otra persona. El juez tendrá que considerar el interés del custodiado al decidir sobre ello...”.

Si la madre no puede encargarse de la custodia de sus hijos todos los códigos, excepto el iraquí y tunecino, consideran que las mujeres son más aptas para encargarse de estas tareas y por ello establecen la preferencia de las mujeres de la familia frente, no sólo a los parientes masculinos, sino, en la mayoría de los casos, incluso al padre a la hora de tener que asumir la custodia de los menores, bien ofreciendo la relación detallada de las personas a las que corresponde este deber y el orden a seguir⁴⁵ o bien limitándose a indicar sólo algunos y tras ellos confiar este deber a los parientes en grado prohibido para el matrimonio⁴⁶. Cuando presentan la relación detallada son unánimes en el hecho de que, en todos los grados de parentesco, siempre precede el pariente por parte de padre y madre, luego le sigue el que lo es sólo por la madre y por último el que lo es sólo por el padre, en cambio no muestran la misma uniformidad al establecer el orden a seguir, sino que ofrecen pequeñas variantes, aunque el más frecuente es el que, tras la madre, la custodia de los niños es un deber de la abuela materna; luego de las otras ascendientes maternas; la abuela paterna; las otras ascendientes paternas; las hermanas; las hijas de las hermanas; las tías maternas; las hijas de los hermanos; las tías paternas; las tías maternas de la madre; las tías maternas del padre; las tías paternas de la madre y finalmente las tías paternas del padre. En caso de que ninguna de estas mujeres pueda asumir la custodia, es competencia de los parientes paternos en el mismo orden y en su defecto los parientes maternos en grado prohibido para el matrimonio.

Hay dos excepciones, el código iraquí (art. 57/8) que aunque, como he señalado, mantiene la preferencia materna y en su defecto es deber del padre, sí ha suprimido cualquier indicación a los parientes y en el caso de que ninguno de los progenitores pueda encargarse de la custodia de sus hijos, será competencia del tribunal nombrar a la persona que considere más capacitada, y el código tunecino (art. 67) que, en la reforma de 1966, no sólo eliminó la preferencia materna, sino que también eliminó cualquier indicación o relación de parientes al otorgarle al juez la atribución de elegir a la persona que considere más capacitada para encargarse de la custodia de los menores, en el caso de que no considere aptos a ninguno de los progenitores.

Esta preferencia femenina ha sido matizada un poco al introducir algunos códigos, tomándolo de las escuelas jurídicas *šafi‘í* y *hanbalí* en las que se contempla dicha

45. Arts. 20 egipcio; 132 bahreini; 146 emiratí; 189/a-b kuwaití; 123 mauritano; 130 omaní; 169 qatari; 139/1 sirio; 110/1-2-3 sudanés; 142 yemení.

46. Arts. 64 argelino; 170 jordano; 171 marroquí; 62/b libio.

posibilidad, la innovación de permitir al padre asumir la custodia de sus hijos antes que algunas mujeres de la familia, así el argelino (art. 64), emiratí (art. 146/1-a), iraquí (art. 57/7), marroquí (art. 171), omaní (art. 130) y qatari (art. 169), otorgan al padre la custodia tras la madre; el bahreiní (art. 132) y el jordano (art. 170) tras las abuelas maternas y paternas; el kuwaití (art. 189/a), tras las tías maternas, las tías maternas y paternas de la madre y la abuela paterna; el libio (art. 62/b), tras la abuela materna; el mauritano (art. 123), tras las abuelas maternas y paternas, las tías maternas y las tías maternas y paternas de la madre y el yemení (art. 142), tras la tía materna.

Como se desprende de estas disposiciones el deber de custodiar a los menores se convierte, al mismo tiempo, en un derecho de la persona a quien le corresponde esta obligación y en consecuencia se tiene que respetar dicho orden allí donde sus códigos establecen la relación de beneficiarios, aunque sólo lo indiquen de manera explícita algunos de ellos⁴⁷ y nadie puede privar a estas personas del ejercicio de la custodia, siempre que cumpla las condiciones exigidas, excepto en el código libio (art. 62/c) que a pesar de esta disposición también establece que el tribunal en interés del custodiado puede alterar este orden siempre que el beneficiario sea uno de los parientes que siguen a la abuela paterna, y en el yemení (art. 144) que permite al padre o al tutor transferir la custodia a otra persona por dos cuestiones: que la persona elegida sea igual o más adecuada para llevar a cabo la salvaguardia y educación del custodiado o que la persona que ejercía la custodia reclame un salario superior al habitual.

Dada la amplitud de la relación de los parientes que tienen derecho de ejercer la custodia de un menor, puede suceder que dos o más personas tengan los mismos derechos, en estos casos corresponderá al juez designar a la persona que considere más apta para desempeñar esta tarea como se indica en la mayoría de los códigos⁴⁸.

Para que la persona a la que le corresponde la custodia de los menores pueda ejercer las tareas que implica dicha custodia tiene que cumplir una serie de condiciones, definidas en todos los códigos excepto en el egipcio. De ellas, unas son comunes a cualquier beneficiario y otras dependen de que éste sea hombre o mujer, así:

*Condiciones requeridas a todos los beneficiarios de la custodia*⁴⁹, excepto en el código iraquí que sólo se refiere a la mujer, son muy similares y de manera general se puede concretar en: ser mayor de edad, sano de mente, fiel, responsable, capaz de

47. Arts. 63/c libio; 124 mauritano; 143 yemení.

48. Arts. 155 emiratí; 170 jordano; 189/c kuwaití; 165 marroquí; 125 mauritano; 169 qatari; 140 sirio; 111 sudanés; 142 yemení.

49. Arts. 62 argelino; 130 bahreiní; 143 emiratí; 57/2 iraquí; 171 jordano; 190/a kuwaití; 65 libio; 173 marroquí; 122 mauritano; 126 omaní; 167 qatari; 137 sirio; 112 sudanés; 58 tunecino; 140 yemení.

educar y proteger al custodiado. Además tienen que permitir al padre o la madre, que no tenga la custodia, o al tutor, visitar al custodiado e interesarse por su educación y cuidado⁵⁰. Esta prescripción no aparece en el código iraquí sino que ha sido regulada por el art. 1 del *Decreto del Consejo del Mando de la Revolución n° 211 de 1984* anexo a él. En los códigos egipcio, kuwaití y marroquí tienen también estos derechos los abuelos, en el jordano sólo el abuelo paterno y en el bahreíni, emiratí, omaní, qatari y sudanés los parientes en grado prohibido para el matrimonio cuando uno de los progenitores haya fallecido.

*Condiciones requeridas al hombre que tiene la custodia*⁵¹: estar casado o tener una mujer que pueda asumir las tareas de la custodia y ser pariente en grado prohibido de la menor custodiada. Además los códigos emiratí, qatari, sudanés y yemení requieren que sea de la misma religión que el custodiado.

Condiciones requeridas a la mujer que tiene la custodia, son una serie de restricciones que coartan su libertad de elección y de movimiento, así:

a) No casarse con un extraño⁵². Es decir, sólo puede casarse con un hombre que sea pariente del custodiado en grado prohibido para el matrimonio. Algunos códigos matizan esta prohibición y se le permite continuar ejerciéndola, siempre que concurren unas circunstancias concretas, tales como: el interés del custodiado, en el argelino, bahreíni, omaní, qatari, sudanés y tunecino; que no exista perjuicio para al menor y que el nuevo marido de su madre lo cuide, en el iraquí; que nadie reclame sus derechos de custodia durante un año desde la fecha en que se conozca la consumación del matrimonio prohibido, en el kuwaití; que el nuevo marido o la madre sea el representante legal del custodiado, no exista perjuicio para el menor, éste no haya cumplido los siete años o tenga una enfermedad, en el marroquí; que dicha mujer sea la nodriza o tutora testamentaria del custodiado y también cuando el marido sea el tutor testamentario, en el mauritano.

b) No trasladarse a otra localidad para vivir⁵³. La mujer que tiene la custodia y el custodiado están obligados a vivir en la misma localidad que el padre o tutor del custodiado o en un lugar próximo para que éstos puedan ejercer su deber de tutela⁵⁴ ya

50. Arts. 64 argelino; 142 bahreíni; 20 egipcio; 154 emiratí; 181 jordano; 196 kuwaití; 68 libio; 180 y 185 marroquí; 134 mauritano; 137 omaní; 186 qatari; 148/5 sirio; 123 sudanés; 66 tunecino; 145 yemení.

51. Arts. 131/b bahreíni; 144/2 emiratí; 190/b kuwaití; 65 libio; 130 mauritano; 127/b omaní; 168/2 qatari; 113/b sudanés; 58 tunecino; 140 yemení.

52. Arts. 66 argelino; 131/a bahreíni; 144/1-a emiratí; 57/9-b iraquí; 171/b jordano; 191 kuwaití; 65 libio; 174-175 marroquí; 130 mauritano; 127/a omaní; 168/1 qatari; 138 sirio; 113/a/2 sudanés; 58 tunecino.

53. Arts. 69 argelino; 138/a bahreíni; 150 emiratí; 195/a kuwaití; 67/b libio; 178 marroquí; 132 mauritano; 135/2 omaní; 183/3 qatari; 121/c sudanés; 61 tunecino; 145 yemení.

54. Arts. 140/b bahreíni; 148/1 emiratí; 57/4 iraquí; 210 kuwaití; 169 marroquí; 133 mauritano; 133 omani.

que el derecho de tutela del padre o tutor es preponderante al derecho de custodia, por ello esta condición se encuentra en todos los códigos aunque no la recojan explícitamente.

Los códigos matizan algo esta prohibición, así en el argelino y kuwaití sólo se recogen el supuesto de que se instale en el extranjero y se le permite siempre que cuente con la autorización del juez, en el primer caso, y del tutor, en el segundo; en el bahreiní se autoriza con el permiso del tutor; en el emiratí sólo se refiere a la madre y podrá ser cuando no perjudique al menor y lo autorice el padre; en el libio y marroquí, se permite el traslado siempre que sea a una localidad del interior del país y esto no perjudique al custodiado; en el mauritano, omaní, sudanés y tunecino únicamente pueden hacerlo a una localidad en la que no sea difícil al padre o tutor realizar su tutela; en el qatari se le permite instalarse en otra localidad con el permiso del tutor o cuando el tribunal lo decida en interés del custodiado, y finalmente en el yemení siempre que sea a su localidad y en ello no haya para el custodiado ningún perjuicio material, espiritual o moral.

c) No viajar con el custodiado⁵⁵. Para poder viajar y no perder el derecho de custodia, la mujer que ejerce tal derecho tiene que contar con la autorización del tutor. Hay algunos códigos que no requieren permiso en determinados casos, así en el jordano, libio y qatari cuando el viaje no perjudique al custodiado y sea en el interior del país, en los dos primeros, y a cualquier parte, en el tercero; en el sirio, la madre después de la ruptura del matrimonio siempre que dicho viaje sea a la localidad donde se realizó su contrato matrimonial, en la que ella resida o en la que trabaje con la condición de que en dicho lugar viva un pariente suyo en grado prohibido para el matrimonio, y en el sudanés, la madre sólo a la localidad en que se realizó su contrato matrimonial.

Esta prohibición de viajar con el custodiado se hace extensible también a su padre o tutor⁵⁶, siempre que no cuente con la autorización de la mujer que tenga su custodia.

d) Ser musulmana. El hecho de no ser musulmana no implica la pérdida automática de su derecho de custodia sino que supone una limitación mayor del período en que puede tener con ella al custodiado, ya que finaliza su derecho en unos códigos⁵⁷

ni; 171 qatari; 170/3 sirio; 118 sudanés; 60 tunecino.

55. Arts. 138/a bahreiní; 149, 150/1 y 151/1 emiratí; 175-177 jordano; 195/a kuwaití; 67/b-c libio; 179 marroquí; 134 omaní; 185 qatari; 148 y 149 sirio; 119 sudanés.

56. Arts. 138/b bahreiní; 151/2 emiratí; 175 jordano; 195/b kuwaití; 67/b libio; 150 sirio; 120 sudanés.

57. Arts. 145 emiratí; 114/2 sudanés; 59 tunecino.

al cumplir el custodiado cinco años y en otros⁵⁸ al cumplir siete años, es decir, cuando tienen edad de comprender por temor a que ella pueda educar al menor en una religión distinta a la de su padre, no siendo aplicable a la madre en tres códigos, así, en el tunecino, la madre no musulmana no pierde nunca el derecho a la custodia de sus hijos, y en el libio (art. 64) y marroquí, únicamente si educa a sus hijos en su religión.

e) No apostatar⁵⁹. La mujer que siendo musulmana deja de profesar su religión pierde automáticamente el derecho de custodia.

f) Cumplir el débito conyugal⁶⁰. Si la madre abandona el domicilio conyugal o se rebela contra su marido perderá la custodia de sus hijos a menos que el juez dictamine lo contrario en interés de esos hijos, siempre que sean mayores de cinco años o no sean lactantes, ya que en este caso no se aplicará pues está obligada a ello.

g) No vivir con una persona que ha perdido su derecho de custodia⁶¹. Para perder la custodia por esta causa la anterior persona tuvo que ser destituida por otra razón que la incapacidad física, excepto en el código libio (art. 67/a), en el que este hecho no implica la pérdida de la custodia mientras no se derive de ello un perjuicio para el custodiado.

h) No descuidar sus tareas. La negligencia en el cuidado del custodiado así como su negativa a que estudie causará la pérdida de su derecho, únicamente aparece en el código sirio (art. 170/4).

i) No trabajar fuera de la casa. Únicamente aparece en el código yemení (art. 140) al requerir a la mujer para poder ejercer el derecho de custodia que no trabaje fuera del domicilio excepto que dicho trabajo lo sea por necesidad. En cambio los otros códigos⁶² que recogen este supuesto lo hacen en positivo al aclarar que dicho trabajo no puede ser alegado como motivo para quitar a las mujeres el derecho de custodia si con ello no perjudica al custodiado.

j) No obligar al custodiado a vivir con alguien que él odie⁶³.

Cuando la persona que ejerce la custodia incumple algunas de estas condiciones prescribe su derecho⁶⁴, pero lo podrá recuperar al desaparecer la causa por la que lo

58. Arts. 172/b jordano; 192 kuwaití; 128 omaní; 175 qatari.

59. Art. 171/a y 172/b jordano; 175 qatari; 140 yemení.

60. Arts. 136 bahreini; 63/a libio; 132 omaní; 145 sirio; 117 sudanés.

61. Arts. 70 argelino; 140/d bahreini; 152/4 emirati; 172/b jordano; 135/4 omaní; 183/2 qatari; 121/b sudanés; 63 tunecino.

62. Arts. 67 argelino; 171/a jordano; 139/2 sirio.

63. Arts. 171/a jordano; 140 yemení.

64. Arts. 67 argelino; 140 bahreini; 152 emirati; 57/9-a iraquí; 172 jordano; 193 kuwaití; 66/a libio; 173 marroquí; 129 mauritano; 135 omaní; 166 qatari; 121 sudanés.

perdió⁶⁵. Los códigos establecen esta pérdida para cualquier persona, excepto el iraquí, que únicamente indica al padre.

La custodia ocasiona gastos que corresponderá pagar, en unos códigos⁶⁶ al padre del custodiado o en su defecto a la persona que esté obligada a ello y en los otros códigos⁶⁷ al propio custodiado cuando tenga bienes, en caso contrario a su padre. En estos gastos se incluyen también la remuneración de la mujer que ejerce la custodia y la vivienda en la que tienen que residir el custodiado junto a dicha mujer, tal como lo especifican algunos códigos⁶⁸ al decretar que el custodiado no podrá dormir más que en el domicilio de la mujer que tenga su custodia excepto que el juez acuerde otra cosa en interés del custodiado.

Cualquier mujer que se encargue de la custodia de un menor tiene derecho a remuneración por esta tarea, excepto la madre del custodiado mientras permanezca casada con el padre de dicho menor o esté observando el plazo legal de espera de un repudio revocable del mencionado padre⁶⁹. Este hecho permite a la madre renunciar a percibir remuneración por la custodia de sus hijos a cambio de obtener la libertad de su marido, si la utiliza como compensación para romper su matrimonio a través del repudio por compensación, ya que, como la mayoría de los códigos especifican, cualquier obligación sirve como compensación en estos repudios.

Se entiende que esta remuneración se mantiene mientras la mujer ejerza la custodia aunque los únicos códigos que indican la finalización del derecho a percibir remuneración por la custodia establecen su término al cumplir siete años el niño y nueve años la niña en el kuwaití (art. 199/b) y sudanés (art. 125/b) y doce años ambos sexos en el jordano (art. 178/a).

En cuanto a la vivienda en la que tienen que vivir tanto el custodiado como la mujer que se encargue de su custodia, los códigos especifican que es obligación del padre, o de la persona que esté obligada a mantener al custodiado, aportar dicha vivienda, sin embargo no lo exponen de igual forma, así en unos códigos⁷⁰, se la tiene que proporcionar al custodiado, en cambio en otros⁷¹, es a la mujer que tenga su custodia

65. Arts. 71 argelino; 141 bahreini; 153 emiratí; 174 jordano; 193 kuwaití; 66/c libio; 170 marroquí; 129 mauritano; 136 omaní; 166 qatarí; 141 sirio; 122 sudanés.

66. Arts. 72 argelino; 93/a bahreini; 148/2 emiratí; 178/a-b jordano; 198 kuwaití; 167-168 marroquí; 142 sirio; 124 sudanés; 145 yemení.

67. Arts. 59/3 iraquí; 69 libio; 127 mauritano; 76 y 181 qatarí; 56 y 65 tunecino; 146 yemení.

68. Arts. 137 bahreini; 57/4 iraquí; 169 marroquí; 133 mauritano; 133 omaní; 118 sudanés; 60 tunecino.

69. Arts. 148/3 emiratí; 57/3 iraquí; 178/c jordano; 199/a kuwaití; 69 libio; 167 marroquí; 127 mauritano; 178 qatarí; 143 sirio; 125/a sudanés; 146 yemení.

70. Arts. 72 argelino; 18bis-3 egipcio; 168 marroquí.

71. Arts. 93/b bahreini; 148/2 emiratí; 178/b jordano; 198 kuwaití; 70/a libio; 181 qatarí; 126 sudanés; 56 tunecino.

siempre que dicha mujer no tenga casa o sin indicar ninguna condición y también en Iraq, aunque su legislación no se encuentra en el código sino que se ha realizado mediante el *Decreto del Consejo del Mando de la Revolución n° 807 de 1983*, anexo a él y, en este caso, se limita este derecho de la esposa repudiada a tres años siempre que no la alquile, ni la deteriore, ni viva con ella nadie fuera del custodiado.

La escasez de viviendas en Egipto y los problemas sociales que causaba influyó en los legisladores que en la ley de 1979, abolida en 1985, intentaron paliarlos, en alguna medida, permitiendo a la exesposa con hijos a su cuidado no verse obligada a salir de la casa en la que vivía otorgándole, mediante el artículo 4°, el derecho a vivir sola con sus hijos en el domicilio conyugal mientras mantuviera la custodia de sus hijos y no se volviera a casar siempre y cuando su marido no le proporcionase otra vivienda adecuada, pero esta disposición provocó fuertes controversias en el país y por ello la ley de 1985 cambió su formulación y desde entonces el padre, como en el resto de los códigos, tiene que proporcionar a sus hijos/as y a la mujer que tiene su custodia una vivienda adecuada, con lo cual se eliminó esta mejora y de nuevo es la mujer con los hijos la que tiene que salir de la casa conyugal.

5. *LA REPRESENTACIÓN LEGAL*. Es el derecho de los hijos a que se atiendan sus intereses y se actúe en su nombre mientras que la ley no les permita decidir por sí mismos, es decir hasta que se les considere plenamente capacitados⁷².

No están capacitados y en consecuencia necesitan estar representados⁷³:

— El menor, debido a su edad. La mayoría de edad actualmente es a los dieciocho años en todos los países, excepto en Emiratos (art. 172) que es a los veintiún años, aunque sólo aparece en los códigos iraquí (art. 57/5), jordano (art. 203/b), marroquí (art. 209), mauritano (art. 162), omaní (art. 139), qatari (art. 189), sirio (art. 162), sudanés (art. 215) y tunecino (art. 153).

— El desposeído de sus derechos por sentencia a causa de su demencia, enajenación, negligencia o prodigalidad, siendo equiparado al menor. Algunos códigos ofrecen definición de éstos⁷⁴.

72. Arts. 86 argelino; 159 y 171 emiratí; 203/a y 208 jordano; 210 marroquí; 162 mauritano; 138 omaní; 214 sudanés; 157 tunecino.

73. Arts. 81 y 101 argelino; 160-162 emiratí; 204-205, 211-212 jordano; 208 kuwaití; 213, 217 y 220 marroquí; 163-164 y 174 mauritano; 140 y 143 omaní; 190 qatari; 162 y 200/1-2 sirio; 218 sudanés; 153 y 161 tunecino.

74. Arts. 174 emiratí; 206 jordano; 215-216 marroquí; 172 mauritano; 155 omaní; 200 sirio; 229 sudanés; 160 y 164 tunecino.

Están totalmente incapacitados el menor privado de discernimiento y el demente, en consecuencia todas sus disposiciones son siempre nulas⁷⁵. En el caso del menor, hasta alcanzar la edad del discernimiento que es: siete años en el código emiratí (art. 164), jordano (204/b y 210/a) y omaní (art. 143/a); diez años en el sudanés (art. 220/a); doce años en el marroquí (art. 214); trece años en el sirio (art. 169/1) y tunecino (art. 156), y quince años o la pubertad en el kuwaití (art. 208). En cuanto al demente, siempre que dichas disposiciones no sean anteriores a su incapacitación o tras su curación.

El menor capaz de discernir, el enajenado, el negligente y el pródigo están parcialmente capacitados⁷⁶, ya que la persona que sea responsable del menor le puede autorizar a disponer por sí mismo de sus bienes, en el código sirio (art. 169/1) sólo de aquellos que adquirió con su trabajo, aunque nunca a tomar posesión de ellos, pero sus disposiciones únicamente serán válidas si son útiles para él, en caso contrario serán nulas. En cuanto al enajenado, al negligente y al pródigo antes de su incapacitación, sus disposiciones serán válidas siempre y cuando no resulte de ellas una explotación y después de su incapacitación dependerá de si cuenta o no con autorización.

Finalmente el menor puede ser emancipado⁷⁷, parcial o totalmente, cuando el juez o la persona que sea su responsable le autorice a tomar posesión y administrar, en el primer caso, sólo parte de sus bienes al cumplir quince años y, en el segundo caso, todos sus bienes siempre y cuando haya cumplido quince años en los códigos jordano, omaní y mauritano; dieciséis años en el marroquí; esté casado y tenga al menos diecisiete años en el tunecino, o dieciocho años en el emiratí; por el contrario los códigos argelino y sudanés no indican otra edad distinta a la del discernimiento. En todos estos casos las decisiones del menor emancipado siempre serán válidas, pero sólo en aquello que haya sido autorizado.

Esta representación legal del menor y del incapacitado se realiza a través de la tutela o del acogimiento.

75. Arts. 82 y 85 argelino; 165/1 y 175/1 emiratí; 209 jordano; 211 y 224 marroquí; 167 y 173 mauritano; 141/a, 144/a y 156/a omaní; 200/1 sirio; 217, 221/a y 230/1 sudanés; 156 y 163 tunecino.

76. Arts. 83-84 argelino; 162, 165/2-3 y 175 emiratí; 210/b-213 jordano; 225-226 y 228 marroquí; 168-170 y 173 mauritano; 141/b, 144/b-c y 156/b-c-d omaní; 164/1, 169/1 y 200/2 sirio; 216, 221/b-c y 230/2-3-4 sudanés; 156, 162 y 165 tunecino.

77. Arts. 166-170 emiratí; 216-220 jordano; 218 marroquí; 169 y 196 mauritano; 145-150 y 152 omaní; 164/2-168 sirio; 222-226 sudanés; 153 y 158-159 tunecino.

La tutela (wilāya). Consiste en la guarda y representación tanto de la persona como de los bienes del menor y del incapacitado mediante la tutela legal (*wilāya*), la tutela testamentaria (*wiṣāya*) o la curatela (*taqdīm/qiwāma*)⁷⁸.

La tutela legal se ejerce sobre los parientes, la tutela testamentaria sobre los huérfanos en los casos en los que el menor o el incapacitado sea huérfano también de madre, ésta haya sido incapacitada o la ley no le permita ser tutora, y la curatela sobre aquellos que no tienen tutor legal ni testamentario.

El tutor legal (*walī*)⁷⁹ natural e indiscutible, tanto de la persona como de los bienes del menor o del incapacitado, es su padre. Cuando éste fallezca o se le incapacite le sustituye el abuelo paterno con iguales atribuciones que el padre y, a falta también del abuelo paterno, será tutor el pariente masculino por línea paterna en grado prohibido para el matrimonio según el orden en la herencia, pero, en este caso, únicamente acceden a la tutela de la persona del menor o incapacitado y no a la tutela de sus bienes que corresponderá al tutor testamentario o al curador.

Hasta muy recientemente la madre nunca podía ser tutora de sus hijos menores o incapacitados, debido a que la tutela nunca es compartida por ambos progenitores ni siquiera durante la vida conyugal y a que los códigos siguen manteniendo la discriminación de género existente en derecho islámico. Actualmente los códigos argelino, marroquí y tunecino, han puesto fin a esta regla al concederle a la madre, a falta del padre, el derecho de ser tutora de sus hijos menores o incapacitados, el código marroquí (art. 238) requiere además que la madre sea mayor de edad. Incluso el código argelino, con la reforma, 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.

También ha paliado algo la discriminación de las mujeres el código sirio (art. 173), aunque, únicamente, en la tutela de los bienes y no con respecto de todas las mujeres sino sólo de aquellas que tengan la custodia de menores, a las que se les permite desempeñar determinadas funciones 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.

78. Arts. 81 argelino; 178 emiratí; 210 kuwaití; 211 y 229 marroquí; 165 y 176 mauritano; 142 y 158 omaní; 163/1 sirio; 219 y 233 sudanés.

79. Arts. 87 argelino; 181 emiratí; 223, 225-229 jordano; 209 kuwaití; 230/1, 231, 233 y 236 marroquí; 177-178 mauritano; 159-160 omaní; 163/2, 170/1-2 y 172 sirio; 234-235 sudanés; 154-155 tunecino; 262 yemení.

El tutor testamentario (*waṣī*)⁸⁰ es cualquier varón designado por el padre o el abuelo paterno del menor o del incapacitado, sea o no pariente, excepto en aquellos códigos⁸¹ que también otorgan a la mujer la posibilidad de ser designada tutora testamentaria. Puede ser una o más personas; en el caso de ser varios, el juez elegirá al que considere más apto, excepto en los códigos iraquí (art. 78/1) y yemení (arts. 275-277), en los que los distintos tutores testamentarios tienen que actuar conjuntamente, su designación se tiene que someter al juez o tribunal tras la muerte de quien lo nombró para su confirmación o rechazo y, a diferencia del tutor legal, éste tiene que aceptar su nombramiento en vida del testador y tras su aceptación, explícita o implícitamente, no puede renunciar sin la autorización del juez excepto que sea con el conocimiento de quien lo designó, además, tiene derecho a salario por su trabajo.

Finalmente el curador (*muqaddim/qayyim*)⁸² es cualquier varón nombrado por el juez que realiza la misma misión que el tutor testamentario, se somete a las mismas disposiciones y también puede ser uno solo o varios.

El testador o el juez pueden nombrar sobre el tutor testamentario o curador a otra persona para que supervise y vigile su trabajo, sobre todo cuando el interés del menor entre en confrontación con su propio interés, el de algún miembro de su familia o el de otros menores bajo su tutela. A este supervisor, tutor testamentario provisional o inspector, según los casos, se le requiere lo mismo que al tutor testamentario y al curador y están sometidos por las mismas disposiciones⁸³.

Como el tutor legal de oficio es el padre u otro familiar cercano del menor o incapacitado, los códigos no detallan los requisitos exigidos para desempeñar esta función, excepto el emiratí (art. 180), jordano (art. 224/a), omaní (art. 161) y sudanés (art. 236) que lo hacen en un artículo prácticamente igual: “Se requiere en el tutor que sea musulmán, púber, sano de mente, fiel y capaz de realizar las exigencias de la tutela”. La única diferencia es que en el jordano y omaní no se ha considerado necesario especificar la condición de ser musulmán ya que a continuación (arts. 224/b jordano; 162 omaní) prohíben la tutela del no-musulmán sobre el musulmán.

80. Arts. 92 y 94 argelino; 213/1, 216-219 emiratí; 77-78 iraquí; 223, 230/a y 232-233 jordano; 230/2 y 231 marroquí; 177 y 182 mauritano; 170/a, 174-176 y 184 omaní; 163/2, 176 y 187 sirio; 243/1, 246, 247, 248 y 254 sudanés; 154-155 tunecino, 261 y 273 yemení.

81. Arts. 217 emiratí; 231/a jordano; 12 y 130 mauritano; 174/a omaní; 246/1 sudanés.

82. Arts. 99, 100 y 104 argelino; 213/2 y 215 emiratí; 81 iraquí; 223 y 230/b jordano; 212 kuwaití; 230/3, 231 y 244 marroquí; 177 y 183 mauritano; 170/b omaní; 177 sirio; 243/2 sudanés; 154 tunecino; 263-264 yemení.

83. Arts. 225/a y c, 230/c y 232/c jordano; 234 y 244 marroquí; 186 mauritano; 171, 177-178 omaní; 179, 188, 196-199 sirio; 267 y 269 yemení.

En cambio en el caso del tutor testamentario y el curador todos los códigos, excepto el tunecino, especifican las condiciones requeridas⁸⁴ para acceder a dicha función, que se resumen en: ser musulmán, sano de mente, púber, plenamente capacitado, digno de confianza del menor o incapacitado, fiel, capaz de ejercer la tutela, buen administrador, no haber sido condenado por robo, falsificación, abuso de confianza, estafa, falsificación o insolvencia, no haber sido destituido de una tutela anterior ni ser la parte contraria en un litigio con el menor o incapacitado.

De estas condiciones se desprende una nueva discriminación, excepto en el marroquí que no lo indica, en esta ocasión en relación a la confesión religiosa, hecho que los códigos jordano (art. 224/b) y omaní (art. 162) especifican aún más al establecer que “no existe tutela del no-musulmán sobre el musulmán”.

La tutela de la persona incluye la educación, disciplina, orientación y todo lo que tenga relación con la persona del menor o incapacitado⁸⁵, excepto, como ya se ha indicado, viajar con dicho menor sin contar con la autorización de la mujer que tiene su custodia. Todos estos códigos también otorgan al tutor la potestad de expresar el consentimiento al matrimonio tanto del novio como de la novia, incluso aunque éstos sean mayores de edad.

La tutela de los bienes consiste en el cuidado y administración de los bienes del menor o del incapacitado, siendo responsable con sus bienes de los perjuicios que sufra dicho menor o incapacitado por su transgresión de las disposiciones establecidas, su omisión o negligencia⁸⁶. En cuanto al tutor legal, la mayoría de los códigos⁸⁷ únicamente detallan aquellas gestiones que no puede realizar sin la autorización del juez, en cambio, con relación al tutor testamentario o curador, los códigos⁸⁸ especifican tanto aquellas gestiones que puede realizar sin necesidad de permiso, como aquellas que necesitan la autorización del juez y las que no pueden acometer de ningún modo, así como la obligación de presentar cuentas periódicas de su administración.

84. Arts. 93 argelino; 215 emiratí; 75 iraquí; 231 jordano; 211/a kuwaití; 246-247 marroquí; 181 y 185 mauritano; 172 omaní; 178 sirio; 244 sudanés; 268 yemení.

85. Arts. 178/1-a emiratí; 210 kuwaití; 235 marroquí; 158/a omaní; 170/3 sirio; 233/a sudanés.

86. Arts. 88 y 98 argelino; 178/1-b y 203 emiratí; 80 iraquí; 235 marroquí; 158/b y 168/b omaní; 193/1 sirio; 233/b sudanés.

87. Arts. 88-89 argelino; 189-197 y 205-207 emiratí; 229 jordanos; 240-243 marroquí; 164, 166-168/a omaní; 172 sirio; 238-242 sudanés.

88. Arts. 95 argelino; 223-226 emiratí; 79 iraquí; 237-238 jordano; 249-257 y 271-275 marroquí; 187-193 mauritano; 173, 179-183 omaní; 180-186, 193/2 y 195 sirio; 249-253 sudanés; 245, 274, 282-296 yemení.

El tutor legal puede ver limitadas o perder totalmente sus atribuciones⁸⁹, así cuando existan conflictos de intereses entre él y el menor o se tema una transgresión por parte de dicho tutor, el juez designará sobre él a otra persona. El código sirio (art. 170/4) añade la negación del tutor a que el menor complete su educación obligatoria como otra causa más de pérdida de la tutela. Del mismo modo el tutor testamentario o curador perderá sus atribuciones⁹⁰ por su incapacitación legal, desaparición, finalizar la misión para la que fue nombrado, aceptarse su dimisión, recuperar la capacitación el tutor legal o ser destituido.

Una vez finalizada⁹¹ la tutela, bien porque el menor alcance la mayoría de edad sin haber sido incapacitado, excepto en el código kuwaití (art. 208) que termina con la pubertad o al cumplir los quince años, bien porque desaparezca la causa de la incapacitación o porque fallezca el tutor o la persona tutelada, el tutor testamentario tiene que entregar los bienes que administraba y presentar las cuentas con los justificantes en el plazo de un mes⁹², excepto en el código argelino que es de dos meses.

El acogimiento (kafāla). Es la institución que sustituye a la adopción en los países árabes, pero su reglamentación no se encuentra en sus códigos de estatuto personal, excepto en el argelino (arts. 116-125), pequeñas referencias en el libio (art. 60), mauritano (arts. 69 y 160) y tunecino (arts. 77-80). Por lo tanto se mantiene lo establecido en derecho islámico a no ser que se haya promulgado una ley específica que, desgraciadamente, desconozco excepto la circular de 1983 y el decreto de 1993⁹³ en Marruecos, y la ley nº 27 de 1958⁹⁴ en Túnez.

El acogimiento es un contrato por el cual una persona de forma voluntaria se compromete a proteger y cuidar de un menor del mismo modo que si fuera su padre natu-

89. Arts. 90-91 argelino; 182-187 y 198-202 emiratí; 211/b kuwaití; 228 jordano; 236 marroquí; 163 y 169 omaní; 170/4; 172-175 sirio; 237 sudanés.

90. Arts. 96 argelino; 230 emiratí; 82-85 iraquí; 242 jordano; 258-259 marroquí; 195 y 198 mauritano; 185 y 187 omaní; 189-190 y 193 sirio; 255-256 sudanés; 271, 272 y 297 yemení.

91. Arts. 228 emiratí; 241 jordano; 233 marroquí; 196 mauritano; 151 omaní; 163/4 sirio; 227 sudanés.

92. Arts. 97 argelino; 231 emiratí; 243 jordano; 261 marroquí; 199 y 201 mauritano; 188-189 omaní; 191, 192 y 194 sirio; 257-258 sudanés; 298 yemení.

93. La circular nº 54 del 18 de febrero de 1983 regula las condiciones que tienen que cumplir aquellos que quieran acoger a un menor, así como los documentos que tienen que presentar. El Decreto nº 1-165 del 10 de septiembre de 1993, publicado en el *Boletín Oficial* del 15 de septiembre de 1993 establece las circunstancias que se han de dar para que un menor sea declarado abandonado. Véase Fadela Sebtí. *Vivre musulmane au Maroc. Guide des droits et obligations*. Casablanca: Éditions Le Fennec, 1997, pp. 19-21.

94. Ésta es la misma ley en la que se encuentra la regulación de la adopción. Véase su traducción francesa en Maurice Borrmans. "Documents sur la famille au Maghreb de 1940 à nos jours. Avec les textes législatifs marocains, algériens, tunisiens et égyptiens en matière de statut personnel musulman". *Oriente Moderno*, 59, 1-5 (1979), p. 215.

ral, lo que le otorga no sólo la guarda y representación tanto de la persona como de los bienes de dicho menor, sino que también lleva consigo la custodia del menor, es decir, que el acogimiento engloba la tutela y la custodia, en consecuencia la persona que lo lleva a cabo tiene parecidos derechos y obligaciones que el tutor y quien se encarga de la custodia.

Se establece mediante un acta firmada ante notario, por una parte, por la persona que hace el acogimiento y, por la otra, por los progenitores del menor y, si éstos han fallecido o son desconocidos, por el tutor público y, para que sea válida a todos los efectos, el juez tiene que legalizarla y después hay que registrarla.

Una vez así constituido el acogimiento, el menor pasa a depender legalmente de la persona que lo ha acogido y goza de los mismos derechos y obligaciones que el hijo legítimo, excepto que nunca se convierte en heredero de su nuevo responsable, aunque éste puede testar a su favor en el límite del tercio disponible, ni cambia su apellido por el de su acogedor, con lo cual aquel que no tenga filiación conocida nunca pierde el estigma de ser un expósito.

Esta tutela finaliza al alcanzar el menor la mayoría de edad, pero antes de ese momento la persona que ha realizado el acogimiento puede perder sus atribuciones por descuidar a dicho menor, perjudicar su educación o porque sus progenitores lo reclamen, en este caso el menor tiene que haber cumplido la edad del discernimiento, en caso contrario el juez tiene que autorizarlo.

Están capacitados para acoger a un menor, en el código argelino (art. 118) el musulmán, sano de mente y capaz de hacerse cargo de los asuntos del menor acogido y de protegerlo; en la circular marroquí de 1983 sólo los casados más de tres años siempre que sean musulmanes, y en la ley tunecina cualquier persona mayor de edad que goce de plena capacidad civil o un organismo de asistencia.

En cuanto al menor, lo único que se indica es que puede ser de filiación conocida o desconocida, es decir, cualquiera cuyos progenitores sean incapaces de asumir sus funciones o quieran proporcionarle una vida que ellos no pueden, el huérfano que no tenga bienes para mantenerse ni cuente con persona alguna que se ocupe de él y aquél nacido de relaciones sexuales ilícitas que por ello haya sido abandonado. En el decreto marroquí se requiere que dicho menor haya sido declarado abandonado por el Juez de Primera Instancia.