

APROXIMACIÓN AL MATRIMONIO MUSULMÁN EN LA SHARIA

SARA ACUÑA GUIROLA-ROCÍO DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ

SUMARIO

I • CUESTIONES PREVIAS. II • EL MATRIMONIO ISLÁMICO. 1. *Naturaleza de la figura desde la óptica jurídica.* 2. *Propiedades y fines del matrimonio islámico.* A. *La poligamia.* B. *La perpetuidad del vínculo.* 3. *Elementos formales.* A. *Dote o sadac.* B. *Asistencia de testigos.* C. *Intervención de Walí.* 4. *Publicidad del contrato.* **III • CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.** 1. *Elementos personales del contrato matrimonial.* A. *Capacidad de los contrayentes.* B. *Impedimentos.* a) *Consanguinidad y afinidad.* b) *La edad.* c) *Diferencia de culto.* **IV • NULIDAD Y DISOLUCIÓN EN EL MATRIMONIO ISLÁMICO.** 1. *Cuestiones generales.* 2. *Matrimonio nulo.* 3. *Matrimonio imperfecto o fasid.* 4. *Matrimonio irregular.* 5. *Disolución del matrimonio: divorcio o repudio.* A. *Tipos de repudio.* a) *Repudio extrajudicial.* b) *Disolución judicial.*

I. CUESTIONES PREVIAS

Para podernos acercar al instituto matrimonial en el Derecho clásico del marco jurídico islámico, conviene indicar como premisa a tener en cuenta que para el musulmán no existe diferencia entre Estado y Religión; su existencia está imbricada en el monismo cultural. Esta circunstancia condiciona significativamente la posibilidad de elaborar un complejo normativo o de reglas que constituya un «a modo de» estatuto personal, máxime cuando desde nuestra perspectiva cultural hemos de tener en cuenta para realizar esta labor, casi exclusivamente, coordinadas de signo civil o humano. Somos conscientes de que, incluso logrando elaborar asépticamente un esquema definidor y determinante de la figura del musulmán en un concreto Estado, los condicionantes religiosos, esto es, los derechos y deberes contemplados en el puro Derecho islámico, impregnan con tal fuerza la cualidad del ser musulmán, que difícilmente tal esquema gozará de las necesarias garantías para que se pueda asumir plenamente.

Como segunda precisión que conecta, naturalmente, con la anterior, es de todo punto necesario exponer, aunque sea de forma concisa,

que en los países musulmanes, en razón de la estructura teocrática que caracteriza al islamismo, el Derecho que rige es el Derecho islámico o Derecho sagrado. Hecho éste que adquiere mayor fuerza en relación con el aspecto matrimonial y familiar, pues en estas materias este Derecho contiene gran número de normas con un contenido muy preciso¹. Además, en virtud del principio del estatuto personal que rige en los Estados en los que domina el Islam en conjunción con el principio patriarcal también de pleno vigor, el matrimonio es regulado por el Derecho de la confesión del esposo. Y si tenemos presente que la mujer musulmana no puede contraer matrimonio con un no musulmán, como veremos más adelante al tratar de los impedimentos matrimoniales, siempre será de aplicación el Derecho islámico, ya que, en cualquier caso, de tal signo será el credo del cónyuge varón.

Es por lo que creemos necesario conocer, siquiera de una manera simple, en qué consiste ese Derecho islámico² que se impone en el mundo musulmán con sus peculiaridades en función de las diversas escuelas.

Siguiendo a Martín de Hijas hemos de indicar que la fuente en la que se concentra el orden legal o *Sharia* «en el Islam reposa fundamentalmente en la revelación, que en rigor está contenida en el Corán³, aunque se concede valor de revelación implícita al ejemplo del Profeta o Sunna⁴. Este origen divino le imprime su eterna vigencia. El musulmán

1. Del contenido del Corán que realmente tiene naturaleza legal, un 3% de sus 6237 versos, la gran mayoría tiene como objeto el Derecho de familia. Así lo sostiene G. M. BADR, en la p. 188 de *Islamic law: its relation to other legal systems*, «The American Journal of Comparative Law», XXVI, 1978, pp. 187-198.

2. Vid. entre otros para conocer el sistema jurídico musulmán, J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, Labor, Barcelona-Buenos Aires 1932; L. MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, París 1953; R. CHARLES, *Le droit musulman*, Edit Presses Universitaires de France, 4ª edic., París 1972; B. HANOTIAU, *Les sources du droit dans les pays arabes: la Shari'a à l'épreuve des législations commerciales modernes*, «Revue de Droit international et de Droit comparé», Tomo LXI, 1984, pp. 185 a 209; A. R. I. DOI, *Shariah: The Islamic law*, Ta Ha Publishers, London 1984; y N. J. COULSON, *Historia del Derecho islámico*, traducción de M. E. Eyra, Barcelona 1998.

3. Libro sagrado del musulmán que contiene la doctrina comunicada por Mahoma como recibida de Alá.

4. Conjunto de dichos y hechos de Mahoma y su manera de proceder, según testimonio de sus contemporáneos. P. MARTÍN DE HIJAS Y MUÑOZ, *Lo permanente en el Derecho musulmán y las tendencias modernas en el Islam*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1968, pp. 14-15.

no puede, sin dejar de serlo, desconocer este principio»⁵. Ahora bien, otras dos fuentes nutren ese Derecho, en cuanto lo integran, amplían y completan, puesto que representan mecanismos cuya función ha sido adaptar lo teóricamente inmutable a la realidad concreta. Estas otras fuentes, denominadas *qiyás*⁶ e *iyamá*⁷, son las que han conseguido que este peculiar sistema jurídico tenga aún hoy, y sin interrupción en el tiempo desde su origen, funcionalidad y vigencia.

Estos dos últimos elementos o fuentes materiales del Derecho islámico o *Sharia* no son otra cosa que manifestaciones concretas de la labor llevada a cabo por doctores y juristas, realizadas con la finalidad de «flexibilizar y adaptar lo revelado al medio y a las circunstancias», para lo cual han hecho uso de las más variadas técnicas del proceso del razonamiento lógico, destacando entre ellas la analogía; instrumento, por lo demás, en el que los musulmanes son verdaderos especialistas.

Para finalizar esta relación puntual de cuestiones previas, no podemos obviar una referencia, siquiera mínima, a la realidad actual del ámbito jurídico islámico. La aspiración universal de la *Sharia* en el sentido de constituirse en un «a modo de» Derecho común para el pueblo islámico, comienza a desvanecerse desde muy poco tiempo después de morir el Profeta. Las pugnas por la sucesión, tanto en el aspecto personal como dogmático, fueron motivo de la aparición de divisiones internas en la comunidad islámica primitiva, lo que dio lugar al nacimiento de escuelas diferentes que tenían y tienen modos diversos de entender o interpretar el Derecho musulmán antiguo. A esa diversidad dentro de la unidad, ya que en esencia el islamismo es uno, hay que añadir el particularismo que en los propios Estados musulmanes existe hoy con relación al actual modo de contemplar el estatuto personal. Estas regulaciones estatales sin duda vienen influenciadas no sólo por los principios de aquella escuela aceptada como mayoritaria socialmente, sino tam-

5. *Ibid.* p. 6.

6. Supone el conjunto de resoluciones dadas a casos concretos sobre la base de un razonamiento sistemático disciplinado por las reglas de la analogía. La solución de *qiyás* sólo adquirirá el carácter de ley cuando los sabios en Derecho o *mudjtahid* conviertan la resolución en regla de *iyamá* o *idjmá*. *Ibid.*, pp. 15-16.

7. Consiste en el cuerpo de doctrina que está conformado por aquellas fórmulas dogmáticas, culturales y legales, aprobadas por el *consensus* no sólo del pueblo islámico sino también, y muy especialmente, por acuerdo de los *mudtajid*. *Ibid.*, pp. 16-17.

bién por la influencia que occidente ha tenido en ellos. Es significativo cómo se nota una clara diferencia entre aquellos Estados más ortodoxos, en los que priman las tendencias provenientes de alguna de las escuelas integradas en la sunnita, frente a otros en los que por circunstancias de rechazo a la impregnación occidental —lo que encubre obviamente problemas de dirigismo político— se han visto monopolizados coactivamente por alguna de las escuelas derivadas de la posición rebelde shiita. También se reflejan diferencias en aquellos en los que presentan una situación simétricamente opuesta, por cuanto que la convivencia con algún pueblo occidental los han determinado en su asimilación de presupuestos de tal signo cultural, aunque en ningún caso ello haya representado, naturalmente, un abandono absoluto de los principios islámicos, pero sí una livianización de los mismos. Como indica Combalía, «pueden distinguirse en la actualidad dos grandes grupos de países en cuanto a la aplicación de la *Sharia*: aquel grupo de Estados en los que la *Sharia* es hoy la única o, al menos, la principal fuente del Derecho, y aquellos otros en los que la vigencia de la *Sharia* ha quedado reducida a la regulación de las cuestiones del estatuto personal; esto es de derecho de familia y sucesiones fundamentalmente»⁸. Como concreción de lo que acabamos de indicar, resulta el hecho de que poco tienen que ver hoy países tales como Irán o Afganistán con Marruecos o Túnez.

Pero, ¿a dónde queremos llegar exponiendo sintéticamente la realidad del Derecho islámico? ¿Conviene a nuestro propósito referencias de esa índole? Entendemos la oportunidad de tal cuestión previa en la medida en que sólo puede hablarse del estatuto del musulmán en España si en él incluimos referencias a los particularismos que en la *Sharia* representan escuelas y ordenamientos jurídicos concretos. Ni siquiera el musulmán español de nacionalidad estaría exento de los pormenores que las escuelas implican en el Derecho islámico. Y ello es así en cuanto que por vía del nuestro Código civil los extranjeros pueden celebrar matrimonio en España sometiendo su capacidad, como es lógico, a su ley personal (art. 50 y 9.1).

8. Cfr. Z. COMBALÍA SOLÍS, *Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial Islámico*, «Aequalitas», enero-abril 2001, p. 15.

II. EL MATRIMONIO ISLÁMICO

Centrándonos ya en el matrimonio islámico o *nikah*⁹, éste, al igual que ocurre con el matrimonio de cualquier otro credo religioso, está impregnado de un matiz sagrado, sacralidad que es lo que convierte la figura del matrimonio de marcado interés para la religión concreta. Como constatación de esta afirmación valga la transcripción de un texto de la *Sharia*: «El Sagrado Corán hace la aclaración de que la unión matrimonial no es una relación temporaria entre dos individualidades de sexo opuesto: es una permanente y perdurable relación en el sentido de que ambas partes deben aportar sus mayores esfuerzos para dirigir sus vidas armoniosamente y sobrellevar las grandes responsabilidades emergentes de este sagrado contrato»¹⁰. A esto hay que añadir que el islamismo no sólo es un credo religioso, y por tanto una forma de exponer y entender lo sobrenatural, sino que es también una forma de concebir la realidad social y política —en definitiva una cultura en sí mismo—. Por ello, el matrimonio interesa al islamismo en una doble vertiente o faceta: en su cualificación religiosa y en su vertiente de instituto privado con repercusiones tanto en el ámbito estrictamente privado como en el público.

Conviene tener en cuenta que la significación religiosa que impregna la figura del matrimonio resulta paralela a la obligatoriedad que para el varón musulmán representa la procreación y cómo, además, le dignifica elegir el estatus matrimonial, dada la importancia que para el islamismo representa la relación matrimonial. Por otra parte, independientemente del carácter sagrado del matrimonio —carácter que en el caso del matrimonio canónico se ve reforzado en cuanto constituye un signo de gracia que lo hace sacramento— para el musulmán, a tenor de lo dispuesto en el Corán, implica la vía de legitimación de una descendencia requerida por su credo. A ello hay que añadir que la unión matrimonial ha sido objeto de una abundante reglamentación, en la que confluyen elementos procedentes del pensamiento jurídico y de las costumbres islámicas.

9. Término que es aceptado jurídicamente para designar el instituto matrimonial con una significación legal, aunque etimológicamente tenga una traducción más amplia (unidad carnal). Vid. *Hedaya*, libro II, en *The Hedaya, commentary on the munssulman laws*, traducido por C. HAMILTON y S. GROVE-GRADY, Premier Book House, Lahore 1963; y también T. P. HUGHES, *Dictionary of Islam*, Premier Book House, Lahore 1963.

10. Vid. *Kitab al Nikah*, libro VIII del SAHIH MUSLIM.

1. *Naturaleza de la figura desde la óptica jurídica*

Cuando se predica la naturaleza jurídica de una institución, obviamente, ésta es la consecuencia de los elementos que a modo de requisitos la definen. En el supuesto que nos ocupa, esos elementos —en los que a continuación nos detendremos— han determinado para la mayoría de la doctrina —que no ha resultado pacífica en su concreción— la consideración del mismo como contrato, pues si su objeto¹¹ es el disfrute de ambos cónyuges, cada uno del otro, y el medio empleado consiste en prestaciones recíprocas de consentimiento en las que existe un equilibrio o sinalagma, se está ante una figura jurídica contractual.

En esencia se trata de un contrato privado, caracterizado por su matiz religioso que se hace presente en cuanto se invoca a Dios y se procede a la lectura del Corán. Sin embargo, ese carácter privado se ha venido desdibujando con el tiempo fruto de las influencias occidentales, pudiendo decirse que hoy, prácticamente en todos los países musulmanes, el matrimonio debe ser celebrado ante un funcionario religioso (*Qadi, Mullah, o Imán*) y registrado.

Ahora bien, en puridad —como ocurre en general respecto de la institución matrimonial— la asimilación del matrimonio islámico a la figura contractual no es fácil en cuanto que hay aspectos que dificultan ese encaje y lo alejan de tal modelo jurídico. Así, el principio de autonomía de la voluntad queda sustancialmente reducido al tener el matrimonio su contenido normativo prefijado¹², si bien a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio canónico o civil, el islámico reconoce un mayor margen de libertad de las partes en el aspecto económico del matrimonio. Pero, por otra parte, en este último el ámbito de la voluntad de las partes para contratar es más reducido en el aspecto personal del que se tiene en otras clases de matrimonio, ya que siendo para la religión islámica el matri-

11. Entendemos que éste ha variado con el paso del tiempo y dada la presión que, sin entenderlo directamente, ha supuesto en los países musulmanes la equiparación en Derecho lograda por ambos cónyuges en los países occidentales.

12. Sin embargo, en la actualidad, como veremos más adelante al tratar del divorcio y del repudio, en esta clase de matrimonio se observa que hay cierto ámbito en el que las partes pueden ejercer su libertad incorporando cláusulas que se dejan a la autonomía de los contrayentes.

monio una obligación o mandato¹³, en la medida en que es el estado perfecto y al que ha de tenderse para cumplir con la misión procreadora, al musulmán sólo le queda libertad para elegir *con quién contraer matrimonio*.

Independientemente de los inconvenientes referidos, es preciso hacer mención a la cualificación que la doctrina ha realizado de la predicada naturaleza contractual respecto del matrimonio que nos ocupa.

La tendencia más generalizada ha sido considerarlo análogo a la compraventa. Indiscutiblemente las razones de técnica jurídica que han llevado a tal interpretación analógica se han centrado en comparar los requisitos que se exigen en el matrimonio con los que configuran el contrato mencionado, y en función de esa comparación dar explicación a los mismos en clave de compraventa.

Por lo que respecta a los requisitos o condiciones de validez en el matrimonio, hemos de citar: la inexistencia de impedimentos, el consentimiento de las partes, la observancia de requisitos de celebración y la constitución de la dote. Este último es requisito esencial en el matrimonio islámico, y es el que induce a la analogía matrimonio-compraventa, por cuanto que la dote es entregada por el esposo —se entiende— como pago del uso de la mujer¹⁴.

Pero junto a ese elemento otras circunstancias han coadyuvado en esa analogía: la afirmación coránica, Sura IV, aleya 38¹⁵, de que los maridos están sobre sus mujeres porque en la adquisición de las mismas han gastado sus bienes; y la peculiar forma de emitir el consentimiento la mujer, a través de representante¹⁶, que la aleja de nuestra concepción matri-

13. Sura XXIV, aleya 32: «Y casad a los solteros de vosotros, y las puras de vuestras esclavas, y a vuestras esclavas. Si fueren pobres, las enriquecerá Alá de su gracia; y Alá (es) holgado, sabedor». «*El Corán*» (*versión literal e íntegra*) Traducción, prólogo y notas de R. CANSINOS ASSENS, 3.^a ed., Aguilar, S.A., Madrid 1957.

14. Obviamente tal interpretación tiene su origen en unas circunstancias sociales alejadas de las actuales y con un Derecho caracterizado por la escasez de recursos técnico-jurídicos. Hoy día, sin embargo, contamos con una técnica jurídica rica y con unas circunstancias sociales en las que la figura de la mujer se ha nivelado con la del varón, por lo que no es de recibo tal interpretación. Parece, pues, que desde una óptica feminista podríamos decir que la dote se entrega con una función indemnizatoria.

15. «Los hombres (son) preeminentes sobre las mujeres por lo que aventajó Alá a los unos sobre los otros, y por lo que gastan de sus caudales...».

16. La representación es un instituto jurídico con modalidades diversas.

monial en la que la forma de emisión ha de ser personal e intransferible, acercándolo a otros tipos contractuales —compraventa— en los que la representación es una practica habitual. La primera de esas circunstancias no explica satisfactoriamente la relación analógica, y tampoco justifica que la posición de superioridad del marido respecto a la mujer obedezca de forma plena y exclusiva a la dote, puesto que en nuestra cultura también ha existido en el matrimonio ese modelo de sumisión de la esposa sin que mediara pago alguno por parte del esposo. Y, referente al singular modo de prestación del consentimiento de la mujer en el Islam, ha de indicarse que el representante actúa en nombre de aquella —salvo contadas excepciones—, de manera que la convención matrimonial «no será valida hasta que la mujer acepte al hombre que el mandatario le propone para futuro marido»¹⁷, pero es que, además, «si conviniendo el matrimonio con la persona indicada por la mujer, se excediera en sus atribuciones aceptando o acordando condiciones no estipuladas expresamente por la mujer, esta no queda ligada por la promesa del mandatario interviniente»¹⁸.

Sin embargo, olvida el sector doctrinal que apoya la equiparación, que el matrimonio difiere de la compraventa en que en ésta se precisa el elemento intencional, de manera que no habrá transferencia de propiedad ni obligación de pago de precio si la palabra no va acompañada fehacientemente de la intención que corresponde a su sentido técnico, mientras que el matrimonio se constituye, con independencia de la intención, cuando se emita la fórmula preceptiva al efecto, dado que aquella se presume.

Además de los requisitos ya citados, existe otro que debe ser mencionado porque, aunque no sea esencial, es requerido como exigencia de publicidad de la figura matrimonial. Nos referimos a la necesidad de dos testigos que presencien el intercambio consensual. Elemento que asemeja este específico matrimonio en su aspecto formal a los matrimonios occidentales. No obstante, parece al menos discutible en el ámbito de la *Sharia* que tal requisito tenga la condición de *ad validitatem*, pues hay sectores del islamismo para los que la presencia de los testigos no es requere-

17. Cfr. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil musulmán*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1981, p. 388.

18. *Ibid.*, p. 388.

rida como condición de validez del acto matrimonial, por ejemplo: el dominado por la escuela *Shiita*. Incluso con ese mismo efecto de garantizar la publicidad del vínculo matrimonial, hoy día la mayoría de las legislaciones de los Estados musulmanes tienden a exigir la inscripción registral de los matrimonios celebrados, así como a recomendar la presencia en la celebración matrimonial de una autoridad religiosa. Requisitos éstos que han sido impuestos por el Derecho humano en su pretensión, además, de equiparación a las normas occidentales, sin que en nada afecte a las exigencias de validez derivadas del Derecho islámico clásico o Derecho sagrado.

2. *Propiedades y fines del matrimonio islámico*

Las propiedades que resultan peculiares culturalmente son la poligamia en su faceta de poliginia y aquella otra de la perpetuidad del vínculo, cuyo predicamento puede parecer contradictorio con la permisividad desvinculadora que posee el matrimonio musulmán. Respecto de la primera, trataremos de profundizar en ella al objeto de aprehenderla como fórmula extraña a nuestro entorno jurídico y de encontrar las posibles causas dogmáticas que la justifican; y en cuanto a la perpetuidad, la analizaremos no por lo que tenga de especial en sí misma para nosotros, sino por lo que tiene de distinta la manera en que ésta se predica en el islamismo.

En relación a los fines del matrimonio, el Corán, al ser una guía de contenido moral y religioso más que un código jurídico, es natural que no contenga referencias específicas en torno a lo que la cultura occidental ha venido entendiendo como tales. No obstante, aporta ciertos datos o elementos que, a manera de principios morales, han de ser tenidos en cuenta para orientar la labor de las otras fuentes que integran la *Sharia*, al objeto de la positivación del Derecho. Dichos datos tienen significativa importancia a la hora de una pretendida determinación de los fines de este concreto instituto cuando el Derecho regula los efectos que se derivan de la unión matrimonial. Así, han sido las distintas fuentes las que, sobre la base del mandato coránico «Y casad a los solteros de vosotros»¹⁹, han determinado que función social y personal tiene el matrimonio en la sociedad islámica.

19. Sura XXIV, aleya 32.

Este mandato plasma en sede obligacional una realidad permanente del modelo de estructura social. No se puede concebir la sociedad sin regular la conducta humana e, incluso, el comportamiento sexual del hombre, aspecto que tiene vital importancia para el Islam, pues su no reglamentación pondría en peligro las relaciones de cooperación sobre las que descansa la vida social. Para asegurar esa concepción social, evitar que se desnaturalicen las relaciones de cooperación en pro de la supervivencia del grupo y para el mejor desarrollo individual, el Derecho islámico acentuó el papel del matrimonio, restringiendo o prohibiendo, al tiempo, las relaciones de pareja sin legitimación²⁰.

A modo de ejemplo, sin ser exhaustivos, tras el análisis de los diversos aspectos que constituyen el Derecho de familia, dichos fines podríamos concretarlos en los siguientes²¹: procreación legítima; remedio de la concupiscencia; gratificación emocional; garantía de estabilidad social; consecución de alianzas interfamiliares; solidaridad del grupo; y, por último, persigue también el cumplimiento de un acto piadoso.

A. *La poligamia*

Un dato que parece resultar obvio, en cuanto se encuentra recogido por todos los autores que han hecho incursiones científicas en el matrimonio musulmán, es el de que la ausencia de la exigencia monogámica se contiene en el propio texto del Corán, concretamente en la Sura IV, aleya 3. Según este texto el hombre musulmán puede contraer matrimonio hasta con cuatro mujeres al mismo tiempo²². Es necesario advertir que la disposición coránica supuso en su tiempo un avance en materia de familia, ya que en la sociedad tribal preislámica los jefes tenían hasta diez mujeres, suponiendo, por tanto, el límite de cuatro mujeres una verdadera revolución social que supuso un significativo freno a la libertad del varón en este estadio del mundo musulmán²³.

20. Vid. en el mismo sentido D. PEARL y W. MENSKI, *Muslim Family Law, Third edition*, Sweet & Maxwell, London 1998, p. 139.

21. Vid. a este respecto JADICHA CANDELA, *La poligamia en el Derecho islámico*, <http://www.webislam.com>.

22. «Y si teméis que no seáis equitativos con los huérfanos, casaos con lo que os agrade de las mujeres, dos o tres o cuatro ...».

23. Vid. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil ...*, o. c., p. 367.

Para que esos simultáneos matrimonios sean válidos es preciso que se respete determinada condición y que no se incurra en impedimento. La condición que ha de concurrir para que el musulmán pueda proceder a contraer un segundo o sucesivos matrimonios consiste, según el Corán, en que el marido esté en la disposición económica necesaria para que pueda tratar por igual materialmente a todas sus mujeres. Esto es, el marido musulmán ha de tener atendidas de manera equitativa a sus esposas en cuanto a alimentos y residencia, por lo que su límite estará en función de los compromisos que pueda asumir (uno, dos..., hasta cuatro)²⁴. Condición interpretada en sentido objetivo sólo verificable por el propio esposo —con lo que ello puede acarrear de arbitrario— o por el *Qadí*.

Por lo que respecta a los impedimentos para el caso de segundo o ulteriores matrimonios, además de los que le afectan de forma común, existen ciertas prohibiciones específicas. Así si el límite de cuatro esposas simultáneas es superado, se estiman nulas todas las demás uniones maritales que lo exceden y, por consiguiente, tales uniones habrán de ser consideradas como de concubinato²⁵. Esta relación fue incorporada al Derecho musulmán al ser reconocida expresamente en el texto coránico²⁶.

Centrándonos en esas prohibiciones específicas, hay que concretar que existiendo ya un matrimonio, éste no puede simultanearse con otro cuando la que se pretende como nueva cónyuge tenga estrecha relación de parentesco con la cónyuge (madre e hija); tampoco es posible quebrantar las limitaciones que el Derecho impone a la mujer repudiada, propia o ajena (ser respetuoso con el *idda* o retiro legal).

La razón que late en la permisón de la poligamia, estrechamente vinculada al origen mediní de la *Sura* que la fundamenta legalmente, argüida por la doctrina de forma mayoritaria como justificación de la posibilidad de simultanear matrimonios, no es otra que la fuerte exigencia sagrada que recae en todo musulmán de cuidar y atender materialmente a

24. Vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid 1999, p. 70.

25. No obstante, hay que indicar que la poligamia autorizada por el Corán, es simplemente una autorización, pues el musulmán puede permanecer si es su voluntad monógamo para siempre.

26. Sura IV, aleya 3 y 29; Sura XXIII, aleya 6; Sura LXX, aleya 36.

los niños en caso de orfandad, concretamente a los huérfanos de hermanos o amigos, y la reforzada garantía de tutela que dogmáticamente se impone respecto de una viuda —de hermano o amigo íntimo— que la conforman en una cuasi obligación de vincularse con ella maritalmente.

Hoy día la tendencia en las legislaciones civiles de los Estados islámicos es la restricción de la poligamia o su prohibición. Razones como la presión del mundo occidental, la mejor posición y educación de la mujer, la proliferación de hijos no deseados (delincuentes en potencia entre los estratos sociales más bajos), y el aumento de los conflictos familiares en materia sucesoria en las clases más pudientes en unas circunstancias socioeconómicas menos favorables que las de antaño, han contribuido a dicha tendencia. Las fórmulas que se emplean con tal finalidad son las de facilitar a la primera esposa la solicitud del divorcio²⁷ (Arabia Saudí), la de exigir autorización del Tribunal religioso (República del Yemen), o incluso —como ya hemos indicado— la de prohibirla (Túnez). Sin embargo, debe tenerse muy presente que todas estas restricciones a la poligamia son contrarias al Derecho islámico clásico, y su incumplimiento al celebrarse segundo matrimonio haciendo caso omiso de ellas, no implican, a nuestro entender, la nulidad matrimonial de ninguno de los vínculos generados hasta el límite legal de cuatro, aunque civilmente carezcan de reconocimiento e incluso incurran en sanción civil.

B. *La perpetuidad del vínculo*

Para cualquier iniciado en la materia parecerá un error mayúsculo indicar la perpetuidad como una propiedad predicable del matrimonio musulmán. No obstante, nada más lejos de la realidad entender que el referido matrimonio religioso sea en esencia temporal, sobre la base de que está permitido el divorcio y el repudio, situaciones éstas que lógicamente pueden suponer un carácter temporal, pero que sin embargo, no implica contradicción alguna con la consideración de que el mismo sea, por su propia naturaleza, un instituto religioso de carácter perpetuo. Perpetuidad que se produce en el momento en que los cónyuges prestan su

27. Está muy generalizada la costumbre, permitida antes por ciertas escuelas sunnitas y hoy incluso por los estatutos personales de muchos Estados, de incluir cláusulas contractuales en las que se manifieste la oposición de la esposa a tal práctica islámica.

consentimiento, con independencia del devenir negativo de la relación conyugal que dará lugar a la ruptura de la misma. Por otra parte, esas formas de disolución del vínculo, en las cuales nos detendremos más adelante, están perfectamente contempladas en el Corán, que dedica no pocos *suras* a la forma y a las condiciones que han de ser tenidas en cuenta para aplicarlas, de lo que puede deducirse que no existe ligereza en la contemplación de tales institutos, sino más bien lo contrario, esto es, que los mismos están sometidos a un férreo procedimiento de ejecución que los hace complejos y dificultosos.

Es verdad que la doctrina ha planteado la posible existencia de matrimonios temporales o *mut'a*, de los que se afirma que fueron permitidos por el Profeta²⁸ y que aún hoy siguen vigentes en el ámbito que dirige la escuela Shiita²⁹. Ahora bien, parece más fundada la opinión de que este tipo de relación obedece más a la figura del secuestro que a un verdadero matrimonio, pues en él no se requiere consentimiento marital, ya que la razón del origen de este tipo de matrimonio se encuentra en el carácter nómada de la población. Entendemos más justificada la afirmación de secuestro, como algo coherente con el hecho sociológico de la condición nómada del pueblo árabe, aunque es evidente que ésta afecta no a individuos en particular sino a los clanes familiares completos. Por otro lado, además, la preocupación que late en el Derecho islámico general por el control y garantía de la legitimidad patriarcal de la prole, indiscutiblemente se encuentra reñida con la temporalidad en el matrimonio.

3. Elementos formales

A. Dote o *sadac*

Desde los orígenes del Derecho islámico se hacía preciso para celebrar matrimonio que el novio —o su padre o tutor, si éste era impúber— hiciera entrega a la familia de la novia una cantidad de dinero o

28. Indicándose la Sura IV, aleya 24 como el texto que convalidó las uniones temporarias.

29. Es frecuentemente entre los Ithana Ashari lo que se conoce como matrimonio de placer, en los que se siguen las pautas del matrimonio, esto es, consentimiento, forma de celebración, fijación de un plazo y dote.

de bienes para obtener su aceptación a la propuesta matrimonial. Ya desde entonces la dote es requisito esencial del matrimonio, si bien cuando éste resulte nulo por no mencionarla puede ser convalidado a posteriori, máxime en caso de consumación, subsanando el defecto³⁰.

Técnicamente la doctrina jurídica islámica clásica está dividida en orden a la determinación del objeto de la dote. Para unos esa entrega ocultaba el pago por el cuerpo de la mujer, mientras que para otros constituía una compensación a la misma en razón de la facultad que se le concede al esposo para que goce de ella. Es esta última función la que encuentra mejor fundamento ante circunstancias tales como que la esposa reciba el total de la cuantía de la dote al morir el esposo, con independencia de la consumación, o cuando sea repudiada antes de verificarse la consumación³¹. Más recientemente se han ofrecido otras razones que justifican —a nuestro entender desde una óptica occidental y menos prosaica— la donación nupcial. Éstos son: servir a modo de obstáculo que limite en lo posible el ejercicio arbitrario del repudio; constituir una «*donatio compensandi usus puellae*»³² y asegurar el mantenimiento de la esposa en caso de disolución del matrimonio, pues la mujer tras la ruptura matrimonial y transcurrido el retiro legal o *iddah* no tiene derecho a ser mantenida.

La cantidad entregada como dote ha de ser dividida en dos partes, división que ha de quedar fijada en el acuerdo matrimonial. Una de ellas, la denominada *nacd* o parte de la dote adelantada, ha de ser entregada al *walí* como mandatario de la mujer o a ella misma para que disponga libremente; y la otra, *cali* o parte de la dote aplazada, permanece en poder del esposo hasta que se extinga la relación matrimonial, ya por muerte del esposo o por repudio, en cuyo caso, salvo excepciones, habrá de ser entregada a la mujer.

30. Cfr. *Almodaguana de Sahnún*, edición de El Cairo 1324, p. 158, traducción de S. VILA, en *Abenmoguít, Formulario notarial Capítulo del matrimonio*, «Anuario de Historia del Derecho Español», t. VIII, 1931, pp. 27-28.

31. Cfr. G. CAPUTO, *Introduzione al Diritto islamico. I. Concetti generali. Il matrimonio e la famiglia. Le successioni*, Torino 1990, p. 63.

32. «Pudiendo verse claramente por todo lo expuesto que la dote no es una compensación del cuerpo, sino tan sólo un don nupcial que Alá concede a los esposos de los bienes de sus maridos para enaltecer el estado conyugal nacido entre ambos, en cumplimiento de lo que Alá (ensalzado sea) ordena a los esposos». Cfr. *Abenmoguít ...*, *op. cit.*, p. 57.

En las estipulaciones del acuerdo matrimonial han de contenerse necesariamente aquellas específicas cláusulas que identifiquen la dote y todos sus aspectos: cuantía³³, modalidad, fórmulas de hacerla efectiva, cantidad que corresponde al *nacd* y al *cali*. Pues la falta de mención de algunas de ellas, su cuantía por ejemplo, por su relevancia pueden determinar la nulidad del matrimonio, sin que nada impida, sin embargo, su convalidación mediante la subsanación del defecto, utilizando la llamada dote de equivalencia.

La dote, para que pueda considerarse válida, debe reunir determinados requisitos, tales como poseer proporcionalidad, estar determinada, y ser efectiva y real. Su constitución puede recaer sobre cosas de lícito comercio y de valor de mercado, ya sean corporales, incorporales, muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, etc. Además, por lo que se refiere a la proporcionalidad, los autores consideran que aquella no puede ser ridícula o irrisoria, ya que de ser así, no habría dote sino simplemente una apariencia de la misma. También, obviamente, debe ser propiedad del donante —esposo o pariente— y estar en su posesión. En puridad, el efecto sobre el matrimonio de una dote no válida dependerá de las circunstancias de aquél y de la posibilidad de subsanación de los vicios de ésta, como veremos cuando tratemos del matrimonio imperfecto.

Son diversas las clasificaciones que la doctrina realiza de la dote, amparada en factores empleados para su constitución en la práctica habitual. La dote más usual es aquella que se establece antes de la consumación del matrimonio, llamada convencional. Normalmente ésta se estipula a través de un pacto realizado bien por los propios esposos o por las personas que les representen legalmente. La dote de paridad, llamada también de equivalencia, constituye una medida objetiva consistente en el montante que correspondería entregar habitualmente a una mujer de condiciones análogas a la que contrae matrimonio en las mismas circunstancias de tiempo y lugar. La convenida por un mandatario que ha recibido del mandante poder para concertar su matrimonio se conoce

33. Según el Formulario notarial de Abenmoguit «se llama dote de paridad la que en una época y localidad determinadas sería usual entregar a una mujer de condiciones análogas —rango, edad, belleza, etc.— a la que contrae matrimonio. Tal dote reviste una gran importancia, pues se comprende fácilmente que ha de ser la pauta para resolver las cuestiones que acerca de la dote surjan en el matrimonio». Cfr. *Abenmoguit...*, *op. cit.*, p. 23.

con el nombre de comisoría, variando la responsabilidad de dicho mandatario en función del carácter de la representación con que actúe. La compensada o *shighar* se da en casos de obligación simétrica de su entrega (situaciones de doble matrimonio donde hay obligación mutua de entregar dote por ambas familias). Este hecho, es decir, la reciprocidad de ser al tiempo deudor y acreedor de la dote, generalmente la torna ficticia. Dote fiduciaria, es una dote no cuantificada cuya determinación se pospone a la celebración del matrimonio, que permite a la mujer negarse a consumarlo hasta tanto no se establezca en forma fehaciente su cuantía. La conocida como arbitral es aquella cuya determinación dependerá de un tercero al no existir acuerdo³⁴.

B. Asistencia de testigos

La concurrencia de testigos en las nupcias es, juntamente con la intervención del *walí* y la dote, requisito esencial de todo matrimonio. La diferencia entre la intervención de uno y de otros está en la distinta forma o función que realicen en el acto de constitución del matrimonio, pues mientras que la actuación del *walí* —como hemos tenido ocasión de comprobar— requiere necesariamente una presencia activa en el acuerdo matrimonial, por el contrario a los testigos sólo se les exige que estén presentes en el acto sin intervención, dado que la función específica de los mismos es dar testimonio tanto del intercambio de consentimiento como de los pactos estipulados por las partes. Su misión, por tanto, es la de garantizar la existencia del matrimonio mismo como exigencia de publicidad³⁵ de un acto eminentemente privado, pero con consecuencias que trascienden ese estrecho marco. De hecho, en la actualidad a los testigos matrimoniales se les asimila a los notarios, puesto que de *lege data* no es precisa la asistencia a las nupcias de una autoridad religiosa³⁶.

34. Vid. P. GARCÍA BARRIUSO, *Derecho matrimonial islámico y matrimonios de musulmanes en Marruecos*, Madrid 1952, p. 135; T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil musulmán...*, *op. cit.*, pp. 406-411.

35. Se distingue así de las uniones ilegítimas, como lo indica G. PRADER respecto a los Sunnitas. Vid. *Il matrimonio nel mondo*, Cedam, Padua 1970, p. 29.

36. Sin embargo, para los musulmanes de tendencia Shiita no se requiere, a efectos de validez del matrimonio, la intervención de los testigos. *Ibid.*, p. 30.

Respecto de las condiciones que han de concurrir en este preciso requisito formal para entenderlo como válido son: que intervengan dos testigos y que sean de religión islámica. Hay que precisar que para la *Sharia* es necesario que aquellos sean varones, si bien se debe advertir que algún sector sunnita, los hannafitas, han suavizado esta exigencia permitiendo que la función testifical sea desempeñada también por las mujeres. No obstante, se debe tener en cuenta que nunca pueden ser testigos matrimoniales exclusivamente dos personas de sexo femenino. Y, por las características del objeto que tiene su asistencia en el matrimonio (acreditar su existencia), la costumbre ha impuesto que los testigos sean mayores de edad, libres de condición y actitud y que no sean sordos³⁷.

Aunque este requisito es *ad validitatem* respecto del matrimonio, como ya hemos visto, sin embargo cabe la posibilidad de convalidar el que se celebre sin su concurrencia³⁸.

Actualmente, junto a la forma tradicional islámica de matrimonio, la mayoría de las legislaciones civiles de los Estados islámicos prevé una forma de celebración más similar a la tradición occidental, que consiste en exigir la presencia en el acto nupcial de una autoridad religiosa (*Mullah*, *Qadí* o *Iman*)³⁹. Ahora bien, debe entenderse que esta forma de celebración no es la única, ni se exige obligatoriamente.

En relación con esta última cuestión, interesa poner de manifiesto cómo estas posibilidades diversas de forma de celebración matrimonial no se contemplan en un sentido alternativo en el Acuerdo suscrito por la Comisión islámica de España y el Gobierno español en 1992, pues el texto legal expresamente indica: «Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del

37. Vid. Y. LINAT DE BELLEFONDS, *Traité de Droit Musulman Comparé*, vol. II, París 1965, pp. 106-108.

38. «El matrimonio contraído sin la debida concurrencia de testigos será nulo en unos casos y podrá convalidarse en otros, requiriendo el testimonio *a posteriori*». Cfr. *Abenmoguit ...*, *op. cit.*, p. 22.

39. En este caso y por la existencia documental del asunto Ghulam Kubra Bibi v. Mohammad Shafi Din, que relata A. A. A. FYZEE, *Outlines of Muhammadan Law*, 4ª edición, Oxford U.P., Oxford 1974, p. 93, puede presumirse que la asistencia de la autoridad religiosa a la ceremonia matrimonial libera a los contrayentes de la obligación de estar presentes ambos en el mismo lugar de la celebración.

art. 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad». A nuestro entender ello implica una trasgresión de normas religiosas relativas a los ritos matrimoniales, que inciden en el ámbito inviolable de los principios rituales y dogmáticos de un determinado credo religioso⁴⁰, cuestión en la que abundaremos más adelante.

C. *Intervención del walí*

A lo largo de estas páginas hemos hecho referencia a la necesidad que tiene la mujer, en el momento de celebrar matrimonio, de estar asistida por un mandatario o *walí*, como requisito imprescindible en orden a la validez formal del mismo según la *Sharia*, y cómo esa figura es encarada por aquellas personas que guardan con la desposada una relación bien de parentesco o bien jurídica dentro de un orden jerárquico preestablecido por el Derecho. La mayor o menor amplitud de la facultad de representación de la nubente depende, además, tanto de quien efectivamente ostente el cargo de *walí*, como de la condición personal de la representada. De manera que serán el padre y el abuelo a quienes compete en mayor intensidad el mandato representativo —que incluye el supuesto de prestar consentimiento matrimonial incluso contra la voluntad del representado—, siempre que el contrayente —hombre o mujer— sea menor o cuando siendo mujer, a pesar de haber superado la edad de la pubertad, no haya perdido su virginidad aunque haya estado casada previamente⁴¹.

Esa amplia facultad, o derecho de *chebr*, se reduce como consecuencia bien de que la mujer se emancipe —cuando tras un matrimonio

40. J. MARTÍNEZ TORRÓN indica al respecto que» la ley islámica requiere, para la válida celebración del matrimonio, la presencia de dos testigos musulmanes, varones y púberes. Sin embargo, en conformidad con lo requerido por el Gobierno español —fundada en razones de certeza jurídica— la Comisión Islámica ha tenido que aceptar que para tener eficacia jurídica el consentimiento matrimonial debe pronunciarse delante de un representante religioso o Imán reconocido por la Comisión, y delante de dos testigos mayores de edad. De tal manera que no se concluye la posibilidad de matrimonios formalmente válidos para el Derecho islámico pero no inscribibles en el registro civil al no estar provistos de los anteriores requisitos introducidos en el Acuerdo». Cfr. *Lo statuto giuridico dell'Islam in Spagna*, «Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica», 1996/1, p. 74.

41. Aunque ni el Corán ni la Sunna hacen referencias a la cuestión, sin embargo sí lo ha hecho la *idjma* en algún *hadith* como el que reza «casad a vuestros hijos cuando ellos sean jóvenes».

consumado es repudiada— o cuando alcanza una edad en que resulta difícil que realice un matrimonio⁴².

4. *Publicidad del contrato*

De los requisitos formales necesarios en el matrimonio islámico para su validez, el de la concurrencia de testigos obedece, en su origen, como ya hemos precisado, a la preocupación por arbitrar un medio que garantice la existencia del matrimonio, en cuanto que éste trasciende su genuino ámbito, el privado, y se inserta en el público, pues en él operan muchos de sus efectos jurídicos. Es, así, la garantía de publicidad que aporta la presencia de testigos en la celebración de matrimonio, el primer mecanismo que a modo de requisito de publicidad encontramos en el Derecho islámico.

Ahora bien, no es éste el único elemento en el que en la actualidad apoya sus bases la exigencia de publicidad del contrato matrimonial, si bien sí lo es en cuanto a su efecto pernicioso desde el punto de vista jurídico. Y decimos que no es el único porque es hoy una tendencia de política legislativa extendida en el mundo musulmán exigir la inscripción en un Registro de los matrimonios celebrados, aunque con el efecto, en caso de incumplimiento, de que el matrimonio no inscrito o no registrado será válido pero irregular, lo que implicará una sanción civil por razón de contravenir leyes civiles.

III. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Para el Derecho islámico clásico, en un sentido técnico jurídico estricto, el matrimonio viene constituido por dos actos estrechamente vinculados y sucesivos, actos con contenidos específicos diversos pero con una relación entre ellos de causa-efecto, en tanto que espiritualmente una vez realizado el primero hay obligación de llevar a cabo el segundo, y que, de no ser así, se supone que aparejarán una sanción en la otra vida⁴³. Sin embargo, esos mismos actos desde la óptica del Derecho

42. *Abenmogút...*, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

43. Pues como expresamente se establece en la Almodaguana «una vez que un hombre haya pedido en matrimonio una mujer y que acceda a su petición, el valí a quien ésta ha con-

humano o civil no guardan entre sí la relación de causalidad indicada, pues no necesariamente tras el primero de ellos es obligada la realización del segundo. Estos dos actos pudiéramos decir que guardan analogía con lo que en Derecho occidental se conoce como esponsales y matrimonio. Analogía que es plena respecto al acto de celebración matrimonial, mientras que en lo que atañe al de esponsales esa equivalencia pudiera ser discutible. En efecto, mientras estos últimos en sentido estricto suponen la promesa de matrimonio, el acuerdo matrimonial previo al matrimonio musulmán es el acto a través del cual se estipulan las condiciones que van a regir la situación matrimonial concreta. Esto es, toda cuestión relativa a la dote: calidad, cantidad y fórmula de pago; y la materialización de cláusulas limitativas de la poligamia si se estima conveniente⁴⁴.

Como explicación de esa dualidad de actos, basta tener presente primero el hecho de que la mujer musulmana, llegada a la pubertad o en caso de que esté sujeta a la *chebr* de su padre o abuelo y deje de ser virgen, debe otorgar por sí misma el consentimiento matrimonial, de tal manera que constituye un principio general islámico el que no se la pueda casar sin su consentimiento. Pero, junto a ello, también es regla sagrada, invocada en calidad de principio igualmente general, que la mujer en la celebración de matrimonio ha de estar asistida por un *walí* o mandatario que es quien en nombre de ella lo pacta⁴⁵.

De lo reseñado podemos extraer la conclusión de que tanto el hombre como la mujer musulmana legalmente llegan a alcanzar plena capacidad para otorgar el consentimiento matrimonial, en estricto sentido, cuando alcancen la pubertad, lo que significa que han de haber obtenido la madurez tanto física como jurídica. De todas formas, aunque ello sea similar a lo establecido desde nuestra propia esfera cultural, la forma de poseerla y ejercerla varía ineludiblemente, como veremos más adelante. Ejemplo de lo que acabamos de indicar es el hecho de que la

fiado el pacto de su matrimonio, no podrá retractarse de su petición ...». Cfr. *Almodaguana de Sahnún*, p. 161, en *Abenmoguít ...*, *op. cit.*, p. 30.

44. El acto del matrimonio firmado por los testigos, por el *Qadí* y por ambos esposos debe ser distinto del contrato matrimonial en el que se constituye la dote y se precisan las condiciones establecidas por la mujer. Vid. G. PRADER, *El matrimonio ...*, *op. cit.*, p. 30.

45. «La mujer púber que no tenga vasí ni *walí*, puede dar mandato a un hombre para que la case», cfr. *Almodaguana de Sahnún*, p. 146 en *Abenmoguít ...*, *op. cit.*, p. 20.

mujer musulmana, desde la óptica del Derecho musulmán, nunca está legitimada para por sí misma asumir la administración de la economía, por lo que se le exige que en todas aquellas actuaciones de contenido patrimonial ella se encuentre tutelada por un mandatario.

1. *Elementos personales del contrato matrimonial*

A. *Capacidad de los contrayentes*

Acabamos de indicar que para el Derecho islámico la capacidad para celebrar matrimonio se adquiere con la madurez tanto física como psíquica que comporta en la persona el alcance de la pubertad. Afirmación, además, que está en consonancia con las exigencias de otros ordenamientos, como el canónico, y con la doctrina jurídica matrimonialista en general. Todos ellos consideran el matrimonio como un contrato al que el hombre, en sentido genérico, tiende por su propia naturaleza para la satisfacción de sus instintos y si no hay madurez en el sentido apuntado no es posible lograrla.

Al igual que hacen otros Derechos, también el islámico fija una concreta edad a partir de la cual se garantiza y refuerza la presunción de haber alcanzado esa pubertad. Edad que representa el límite mínimo a partir del cual los contrayentes están capacitados para celebrar matrimonio y determinación en la que se mantiene la diferencia entre hombre y mujer. Ese límite viene establecido en quince años para el varón y doce para la mujer⁴⁶. Límite de edad mínima que, en cuanto convencional, es susceptible de ser desatendido, con la condición de que, en la celebración del matrimonio en que asistan un cónyuge o ambos, afectados por la prohibición, el consentimiento sea emitido por quien legítimamente ostente el derecho de *chebr* respecto de ellos, como veremos más adelante.

Del mismo modo que en la cultura occidental los Estados, al regular el matrimonio en coordinación con la teoría general de los contra-

46. A este respecto es preciso tener en cuenta que como el Derecho constituido por la *Sharia* ha sido particularizado por obra de las diversas Escuelas, ese límite de edad que es asumido por la mayoría del pueblo musulmán está rebajado para el sector de población dirigido por la Escuela Shiita a los 12 años para el varón y 9 para la mujer.

tos, han elevado la edad mínima para contraerlo, haciéndola homóloga a la mayoría de edad jurídica, en los Estados musulmanes también se ha tendido a exigir una mayoría de edad superior a la que, como se ha indicado, determina la adquisición del *ius connubii*. Ahora bien, conviene tener en cuenta que ante la fuerza vinculante que tiene la *Sharia* en el área geográfica y política islámica, la política legislativa de los respectivos Estados se encuentra obligada a ser respetuosa con los principios jurídico-religiosos dictaminados por aquella. En consecuencia, esa elevación del mínimo de edad no se prescribe en orden a contraer matrimonio, sino en orden a registrarlo o inscribirlo⁴⁷. En este punto es necesario hacer mención al grave conflicto que se le presenta al musulmán cuando tiene que someterse a normas de capacidad civil en un ámbito cultural diverso del propio, las que por otra parte, necesariamente se les exige para contraer matrimonio válido. Cítese, por ejemplo, el tener cumplida la mayoría de edad que capacita a los nacionales de un país en su orden jurídico, aún cuando esta regla disponga de flexibilidad mediante el mecanismo de la dispensa.

Hemos dejado reseñado anteriormente cómo es posible la celebración de matrimonio islámico antes, incluso, de haber cumplido la edad requerida por las normas sagradas. Ello es posible, como adelantábamos, por cuanto esa falta de capacidad es suplida por quien ejerce la patria potestad o tutela sobre el menor en cuya función les compete el derecho de *chebr* y que se identifica con la denominación *wali*⁴⁸. Es a esta persona a quien corresponde, en virtud de ese derecho que le asiste, la facultad de prestar consentimiento matrimonial en el caso de los menores, incluso en contra de su opinión⁴⁹.

47. Circunstancia que, por otra parte, en nada afecta a la constitución ni perfeccionamiento del matrimonio.

48. Para una aproximación a qué personas pueden ejercer la *valaya* y qué jerarquía entre ellas establece el Derecho musulmán *sunni* al respecto, así como sus atribuciones relativas a la facultad de intervenir en la celebración matrimonial de aquellos respecto de los que tienen tal poder, *vid. Abenmoguit ..., op. cit.*, pp. 14-20.

49. En la actualidad los matrimonios entre menores por sí mismos o por parte de sus progenitores o tutores han quedado muy restringidos; la primera reforma en este sentido fue la de 1917 del Derecho de familia otomano, que introdujo como edades mínimas 18 años para el varón y 17 para la mujer; por debajo de dicha edad deberá solicitarse permiso a una autoridad religiosa o a un tribunal. El incumplimiento de estas normas conlleva sanción penal, no obstante el matrimonio será irregular pero no nulo. *Vid. en este sentido, I. GARCÍA RODRÍGUEZ, La celebración del matrimonio ..., op. cit.*, p. 67.

Si bien existe el principio general proclamado por Málic de que ninguna persona puede obligar a otra a casarse, este principio quiebra no sólo en el supuesto ya visto —quiebra jurídicamente razonable desde la perspectiva del mundo y cultura musulmana, teniendo en cuenta que las partes carecen de capacidad para consentir—, sino también en el caso de que la mujer púber sea virgen⁵⁰, y sólo si quien ejerce de *walí* es el padre o abuelo de la joven.

Es importante hacer referencia, en este punto relativo a la capacidad para el matrimonio, a la figura del mencionado *walí* como hombre que —entendemos— complementa la inferior condición jurídica de la mujer, en tanto en cuanto su presencia es siempre⁵¹ requerida en la celebración del matrimonio como condición *sine qua non* de validez, aún cuando la esposa tenga capacidad suficiente según Derecho. Tan esencial es su intervención que, como principio general, cuando un matrimonio se contrae sin la asistencia activa del *walí*, aquél resulta nulo incluso tras la consumación, siendo sólo posible su posterior convalidación por obra del propio *walí* o, por intervención del *qadí* o autoridad religiosa competente dependiendo del supuesto de origen.

Tras lo expuesto y desde la óptica del mundo jurídico occidental, resulta coherente entender que la intervención del *walí* como requisito *ad validitatem* viene justificada en función de la inferioridad jurídica de la mujer en el Derecho islámico en general, pero no en razón de consentir en el matrimonio mismo. Y ello porque, de hecho, si a partir de la pubertad la regla es que se requiere el consentimiento de la mujer respecto del matrimonio a celebrar —excepción hecha de algunos supuestos puntuales ya mencionados que tienen una justificación también técnico jurídica—, y a pesar de ello, además se exige la intervención del *walí*, con nuestra lógica jurídica entendemos que la actuación de éste se requiere a los efectos de pactar el matrimonio o, lo que es lo mismo, de convenir las estipulaciones relativas a la dote matrimonial, y no a los de constitución del vínculo matrimonial en su sentido más estricto.

50. A este respecto téngase en cuenta que en el caso de impúber virgen si calla se entiende que asiente.

51. Incluso la mujer no virgen y repudiada que carece de tutela legal.

B. *Impedimentos*

El estudio relativo a impedimentos matrimoniales en Derecho islámico carece de la técnica jurídica a la que nos tienen acostumbrados el Derecho canónico y los Derechos occidentales, respecto a un tema como son las prohibiciones legales del matrimonio.

Esa falta de técnica jurídica representa un importante inconveniente si tenemos en cuenta que por su propia naturaleza los impedimentos matrimoniales resultan difíciles de sistematizar y sintetizar, según un catálogo de categorías con la precisión necesaria para dar encaje a los diversos supuestos de prohibición. Inconveniente que se ve agravado en este concreto marco jurídico, porque el Derecho islámico en esencia es casuístico y desordenado, y la unidad de criterio resulta escasa, por no decir nula.

No obstante lo anterior, resulta imprescindible en todo estudio global sobre el matrimonio atender de manera pormenorizada a los supuestos que constituyen respecto a él una limitación del *ius connubii*. Y nos parece obligada esta referencia tanto por suponer una exigencia de nuestra pretensión de ofrecer una visión lo más completa del matrimonio, como también porque ello nos proporciona datos suficientemente expresivos para comprender esta concreta clase de matrimonio, bastante alejada de nuestra concepción del mismo, si tenemos presente que tales prohibiciones no son arbitrarias sino que encuentran justificación en el espíritu que inspira ese sistema jurídico. En tal sentido hemos de tener en cuenta que los impedimentos matrimoniales en Derecho musulmán hacen que una persona sea *h'aram* para otra, es decir, que tengan prohibido el matrimonio bien de una manera absoluta, con cualquier otra, o bien sólo relativa, con una determinada persona.

La única clasificación que nos ofrecen los autores respecto a los impedimentos matrimoniales en Derecho islámico es la que atiende como criterio clasificatorio a la posibilidad de desaparición del hecho que constituye la prohibición, dividiéndose aquellos en permanentes y no permanentes.

a) *Consanguinidad y afinidad*

Son permanentes sólo los supuestos de relación de parentesco (consanguinidad y afinidad) que están contemplados como prohibicio-

nes para la celebración del matrimonio. De entre esos supuestos, al igual que ocurre en todas las legislaciones, se contempla la consanguinidad, pero ésta para el Derecho islámico tiene una amplitud mayor en cuanto a su ámbito. Se integran en esta prohibición tanto aquellos casos que están fundados sobre relación de parentesco legal de sangre en sentido estricto⁵², como la derivada del incesto (prohibido totalmente); incluso otros que responden no sólo a lo que nosotros conocemos estrictamente como afinidad, sino además otros supuestos que tienen su causa en el hecho de la lactancia. El único fundamento de esta amplitud puede radicar en la efectiva relación familiar, pues si tenemos en cuenta la tendencia a los clanes familiares en esta cultura, es coherente que bajo la denominación parentesco se integren todas las relaciones afines. Conviene, sin embargo, precisar que el efecto invalidante de la prohibición sólo corresponde a los primeros supuestos (parentesco de consanguinidad legal o natural), en cuanto que su fundamento evidencia la desnaturalización de la relación matrimonial.

Resulta significativo el hecho de que el Derecho musulmán asimile a la consanguinidad tanto el parentesco de leche⁵³ como la adopción —que, como tal, no existe jurídicamente, y como se indica más adelante, el Corán la excluye expresamente respecto de la mujer del hijo adoptado⁵⁴—. Estas relaciones de parentesco tienen el mismo efecto invalidante respecto del matrimonio que aquella, en tanto que se integran en supuestos de consanguinidad afectados por la prohibición dirimente o invalidante en razón de la costumbre impuesta.

Por lo que respecta al parentesco de leche, singular impedimento musulmán, genera prohibiciones similares a las que resultan del paren-

52. Sura IV, aleya 27, «Os están vedadas vuestras madres y vuestras hijas y vuestras hermanas y vuestros tíos y vuestras tías y las hijas del hermano y las hijas de la hermana y vuestras madres que os amamantaron y vuestras hermanas de leche y las madres de vuestras mujeres y las doncellas que viven en los aposentos de vuestras mujeres en los que entráis a ellas; pero si no entráis a ellas, entonces no tendréis culpa; y las mujeres de vuestros hijos que son de vuestra médula: y que juntéis, dos hermanas sino lo que ya pasó; en verdad, Alá es perdonador, apiadable».

53. Incluido en la nota *ut supra*.

54. Sura XXXIII, aleya 37, «..Tómate tu mujer y teme a Alá, ocultaste en tu alma lo que Alá publicó; y temes a la gente, pero Alá es más digno de lo que temas; y cuando decidió Seid (separarse) de ella seriamente, la casamos contigo, para que no hubiese sobre los creyentes impedimento en las mujeres de sus ahijados [sic: adoptados], cuando decidieron (separarse) de ellas seriamente; y es el asunto de Alá cumplido».

tesco por afinidad o consanguinidad. El niño amamantado durante los veinticuatro primeros meses de vida por la nodriza se considera como su hijo. Sólo se genera el impedimento cuando la lactancia ha sido efectiva durante esos dos primeros años de vida del niño. El varón no puede contraer ni con su nodriza, ni con las hijas, hermanas o sobrinas de aquella, ni puede tampoco estar casado simultáneamente con dos colactáneas. La mujer tampoco puede contraer con quien es o ha sido marido de su nodriza, ni con sus descendientes, aunque sí con sus ascendientes y hermanos. Tampoco pueden contraer entre sí dos colactáneos o hermanos de leche. Por lo que respecta a la nodriza, además de afectarle el impedimento respecto del amamantado, también le prohíbe el matrimonio con el padre y descendientes de aquél.

Asimismo surge este impedimento de relaciones ilícitas, pero en este caso la prohibición tiene un ámbito más reducido que el de estricta consanguinidad.

Como impedimentos temporales pueden reseñarse: la afinidad colateral, la continencia legal (*iddah e istibra*), el impedimento resultante del repudio triple, y el impedimento religioso.

La afinidad colateral consiste en la prohibición que tiene un hombre para celebrar matrimonio con hermanas, tías o sobrinas de su mujer, mientras perdure el matrimonio con ella. Puede por tanto casarse con cualquiera de dichas consanguíneas de su mujer si se queda viudo o se divorcia. Aunque simultáneamente el varón no puede estar casado con dos mujeres consanguíneas entre sí (en el grado indicado), sí puede hacerlo sucesivamente, una vez disuelto el anterior matrimonio.

Dos son los impedimentos que derivan del mandato legal de guardar continencia por un periodo de tiempo determinado. La *iddah* que consiste en la prohibición para contraer matrimonio a la mujer durante un cierto periodo tras la extinción del anterior. El plazo de continencia varía según que la extinción del vínculo se produzca por repudio *baín*⁵⁵ (tres formulaciones consecutivas de repudiación en un solo acto; sobre esta forma de repudio fijaremos nuestra atención al tratar más en pro-

55. Sura II, aleya 228, «Y las repudiadas, esperaran con sus almas tres reglas ...».

fundidad las clases y modos de divorcio islámico), tres meses, o por fallecimiento del esposo (cuatro meses y diez días)⁵⁶. El plazo de *istibra* consiste en la continencia de un mes, como máximo dos, para proceder a contraer matrimonio en caso de que la mujer haya tenido relaciones extramatrimoniales o haya sido violada.

El impedimento de repudio, cuando éste deviene irrevocable (unos lo son por su propia naturaleza, *talaq hasan* y *bain*, y otros con el transcurso del tiempo extinguen la unión marital, *ahsan*), da lugar a que la mujer afectada por el mismo tiene prohibido contraer con el marido que la repudió, a menos que, habiendo contraído nuevo matrimonio, haya sido disuelto; entonces habría cesado dicho impedimento.

b) *La edad*, prohibición a la que ya nos hemos referido al tratar de las cuestiones relativas a la capacidad para el matrimonio.

c) *Diferencia de culto*. Esta prohibición es diversa para el hombre y para la mujer musulmana, ya que respecto de esta última la amplitud es mayor porque no puede contraer matrimonio con ningún varón que no pertenezca a su propio credo. Mientras que al hombre sólo le está prohibido contraer con idólatras⁵⁷ y con mujeres que pertenezcan a religiones que no sean del libro; es decir, les está permitido unirse en matrimonio además de a musulmanas, a judías o cristianas. Esta permisibilidad respecto al varón se fundamenta en la presunta influencia que debe ejercer él mismo sobre la mujer en el terreno espiritual, mientras que la intransigencia con relación a la musulmana tiene su base en que los hijos han de seguir la religión profesada por el padre.

Existen algunos impedimentos que no están generalizados y que por tanto dudamos que puedan tener un efecto invalidante respecto del matrimonio celebrado si se contravienen. Tales son, por ejemplo, la diferencia notable de edad entre los contrayentes o el llamado ligamen le-

56. Sura II, aleya 234, «Y los que murieren de vosotros y dejaren esposas, esperarán ellas con sus almas cuatro meses y diez (días); y luego que cumplieren su plazo, no habrá culpa sobre vosotros en lo que ellas hagan por sus almas, con la merced. Y Alá de lo que hacéis es sabedor».

57. La razón que fundamenta esta prohibición se encuentra en la Sura II, aleya 220 que reza: «Y no caséis con las idólatras hasta que no crean ...».

gal, que supone la prohibición de matrimonio para el hombre simultáneamente con dos mujeres que tengan entre ellas una estrecha relación de parentesco, a la que ya nos hemos referido.

Nos ha resultado muy significativo en este concreto tema el hecho de que los impedimentos relativos al parentesco se apoyen en una casuística referida exclusivamente al varón. Entendemos que ello responde muy fidedignamente al formalismo que rodea el contrato matrimonial y que consiste en que la oferta o *ijab* siempre le corresponde realizarla al hombre, mientras que la mujer adopta una actitud pasiva de aceptación o *qubul* que realiza a través del mandatario; por ello siempre la relación de parentesco viene referida a aquél que es quien tiene la iniciativa jurídica en el acto de celebración matrimonial.

IV. NULIDAD Y DISOLUCIÓN EN EL MATRIMONIO ISLÁMICO

1. *Cuestiones generales*

Como primera previsión para liberarnos de prejuicios científicos conviene hacer abstracción de los elementos que integran la esencia del matrimonio en el ámbito occidental, de los que depende indefectiblemente la validez de todo matrimonio —ausencia de impedimentos, consentimiento y forma—, con el objeto de aprehender más fielmente la categoría de matrimonio nulo dentro de los parámetros definidores del Derecho islámico.

Al acercarnos a esta cuestión hemos de partir de una premisa previa: la teoría general de los contratos determina que éstos serán nulos cuando estén viciados en su origen o, lo que es lo mismo, cuando por su naturaleza no son sanos.

Aunque partamos de esa premisa en relación al contrato matrimonial islámico, es preciso hacer ciertas matizaciones con carácter previo que evidencian una doble consecuencia: de una parte, se aleja del concepto jurídico de matrimonio respecto a la concepción que del mismo tiene el Derecho occidental, al tiempo que, de otra, hacen que aquél represente una especialidad respecto de la teoría general de contratos en materia de nulidad dentro de su propio sistema jurídico.

Desde esta perspectiva, en nuestra opinión, dichas matizaciones las podemos concretar de la siguiente manera: el Derecho islámico clásico no exige a efectos de validez de los contratos que éstos se adecuen a formalidades concretas. Es más, éste reconoce que algunos actos jurídicos que por su propia naturaleza requieren de cierta solemnidad, como es el matrimonio, carecen de carácter impositivo en la ley coránica, el cual deriva, no obstante, de la obligación contenida en disposiciones administrativas o antecedentes de uso o de jurisprudencia. Por tanto, los requisitos formales, que se han constituido en habituales en la celebración del matrimonio por exigencias sobrevenidas para paliar problemas de seguridad y certeza jurídicas, no constituyen parte de su esencia y, en consecuencia, su incumplimiento no repercute en la naturaleza del matrimonio o, lo que es lo mismo, en su nulidad; el consentimiento en el matrimonio musulmán tiene para el Derecho islámico un tratamiento específico (*sui generis*) que lo diferencia del exigido para otros contratos, distinguiéndolo sustancialmente del que se requiere en el matrimonio occidental de corte cristiano.

En tal sentido debe indicarse que, en contraposición con este último, prima de forma absoluta la voluntad manifestada sobre la voluntad interna o intencional. Como muestra de ello basta con conocer cómo en la teoría general de contratos —si puede llamarse así a unas reglas generales que surgen de la casuística, pues teoría como tal no existe— se excepcionan del principio de que «*la consensualidad del contrato se entiende intencional*»⁵⁸ siempre y cuando «*las palabras pronunciadas no dejen lugar a dudas acerca del sentido que quieren darles los manifestantes*»⁵⁹. Esto sucede tanto en el matrimonio como en el repudio y en el juramento, en tanto en cuanto tales actos jurídicos son fundamentalmente formulistas. Al prescindir de la intención que informa la formula legal de manifestación de la voluntad, irrevocablemente se generan los efectos legales.

Por otro lado es importante resaltar que el consentimiento matrimonial, aunque desde una perspectiva teórica requiere en la Sharia para ser estimado pleno que no esté afectado de vicio (error, que abarque tanto el aspecto físico como moral, o violencia), sin embargo, dado el carácter eminentemente práctico que se intuye en el Derecho musulmán,

58. Cfr. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil ...*, *op. cit.*, p. 351.

59. *Ibid.*, p. 309.

aquél constituye un elemento susceptible en el iter contractual, y por tanto a posteriori, puede ser perfeccionado por medio de la convalidación. Por lo que, si el consentimiento matrimonial se probara viciado, el matrimonio resultante podría ser anulado, mediante acción de anulabilidad.

Al matrimonio musulmán, como contrato que es, le son de aplicación las categorías en que al uso se clasifican los contratos en razón de su validez; así, el matrimonio puede ser nulo (*batil*), perfecto o imperfecto (*fasid*). Pero además, al ser el matrimonio un contrato específico, que tiene un tratamiento singular dentro de la extinción del mismo, sólo le afecta a él el término disolución. Noción ésta, que, al no ser el musulmán un matrimonio indisoluble, y pudiendo, por tanto, las partes recurrir al divorcio o repudio islámico, es plenamente aplicable. Ahora bien, es por ello que la distinción entre nulidad y disolución no presenta demasiada relevancia para este Derecho. Junto a estas categorías contractuales podría hablarse también de un *tertium genus*, que vendría constituido por la «irregularidad» del contrato: un matrimonio irregular es un matrimonio anulable en razón no de vicios intrínsecos al instituto matrimonial configurado por la *Sharia* sino como consecuencia de desatender exigencias legales de los nuevos tiempos.

Si aplicamos al matrimonio las categorías contractuales vistas, la diferencia entre un matrimonio nulo y un matrimonio imperfecto estriba en que, si bien en ambas categorías existe un vicio, en el caso de la nulidad dicho vicio afecta al mismo contrato, de manera que no se producen los efectos típicos del matrimonio; sin embargo, la imperfección supone que el vicio no afecta al contrato, sino a la relación conyugal, de modo que, aunque se producen los efectos típicos del mismo, éstos son anulables⁶⁰.

En la práctica la nulidad del matrimonio se verifica, pues, cuando falta alguna de las condiciones requeridas para la validez del contrato; es una hipótesis excepcional, rígidamente determinada por el Derecho divino, esto es, contenida explícitamente en un pasaje del Corán o en un *hadith* profético. Son, sin embargo más habituales las figuras basadas en un vicio de menor entidad que no impide la existencia de los efectos del contrato, aunque permite rescindir la relación conyugal, son los casos de

60. Vid. G. CAPUTO, *Introduzione al Diritto ...*, op. cit., pp. 132-133.

matrimonio imperfecto y matrimonio irregular. Éstos a diferencia de aquél pueden siempre sanarse⁶¹.

2. *Matrimonio nulo*

Consecuentemente con las precisiones anteriores relativas a que ni la forma ni el consentimiento tienen entidad esencial en el contrato matrimonial, éste sólo será nulo de manera absoluta en caso de que concurra un hecho objetivo incompatible con la relación conyugal, independientemente de que la unión se haya consumado.

En el sentido referido son causas de nulidad absoluta las que a continuación relacionamos:

- Parentesco en grado prohibido, lactancia, y en general los impedimentos absolutos en razón de parentesco establecidos por la ley.
- Enfermedad grave.
- Impedimento por razón de religión: matrimonio de musulmana con no musulmán o de musulmán con idólatra.
- Impedimento por razón de vínculo: uno para la mujer, cuatro para el hombre.
- El matrimonio a término o *mut'a*.
- El matrimonio de una mujer con su ex esposo, si éste la hubiera repudiado ya tres veces.
- Impedimento por razón de esclavitud: matrimonio con persona esclava de la que se es propietaria.
- Matrimonio durante el periodo de continencia de la mujer o *iddah*.

Independientemente de lo anterior, y dado que el Derecho islámico es un Derecho eminentemente casuístico, se debe tener presente que el ámbito de la excepcionalidad es amplio, en cuanto que los supuestos exceptuados responden principalmente a la función sanadora

61. *Ibid.*, pp. 135-136.

que produce la consumación y a la plena posibilidad de ejercer la acción de disolución.

Los efectos de un matrimonio *batil* o nulo son los siguientes:

- No impone periodo de continencia o *iddah*⁶² a la mujer, salvo que la unión marital se haya consumado.
- No genera derechos sucesorios entre los cónyuges.
- No genera relaciones de parentesco con la familia del aparente cónyuge (lo que conocemos por afinidad), siempre que no haya habido consumación.
- El régimen jurídico aplicable a la dote variará dependiendo de si el matrimonio *batil* se consumó o no. Así, si hubo consumación de la unión, la dote corresponde a la mujer en su integridad, mientras que en caso contrario sólo le corresponde la mitad. A este respecto, si la dote no estuviera determinada, también será diferente el efecto en virtud de la existencia o no de consumación: si existió, la mujer no puede reclamar nada y si no se produjo, corresponde a la mujer la dote de equivalencia.
- La patria potestad de los hijos habidos del matrimonio nulo corresponde al padre en razón de que en Derecho islámico prima en la legitimación la vinculación paterna.

3. *Matrimonio imperfecto o fasid*

Expuestas la noción de matrimonio nulo o *batil* y las circunstancias en que el mismo procede, nos detendremos ahora en la segunda categoría anunciada, es decir, el matrimonio imperfecto o *fasid*. Este matrimonio, aunque en principio es sano por naturaleza, pierde tal condición por efecto de alguna circunstancia exterior al fondo mismo del negocio jurídico o a lo que constituye su ámbito de esencialidad; y en tal supuesto, la consecuencia más fundamental es que el matrimonio puede ser disuelto por demanda de las partes o de oficio por el juez.

62. Consiste en el periodo durante el cual la mujer no puede contraer nuevas nupcias, y que se corresponde con el plazo que deben dejar transcurrir las esposas viudas o divorciadas antes de poder contraer válidamente nuevas nupcias. Vid. Sura II, aleya 228 y 234.

Se entiende que un matrimonio es *fasid* si en él concurre alguna de las circunstancias que citamos a título de ejemplo⁶³:

- Irregularidades en la dote (cuando es aparente y no real; cuando la cantidad que se estipula sea inferior a la que se acostumbra establecer; si la fecha de pago de la misma no se especifica o es muy a largo plazo; etc.)
- Si el matrimonio se celebra en periodo de peregrinaje o *ihram*⁶⁴.
- Si el matrimonio se concluye sin tutor o con tutor no musulmán.
- Si se establecen cláusulas que afecten al contenido esencial de la unión matrimonial, como por ejemplo, la no cohabitación, y la exención, a favor del marido, de proveer a las necesidades de la mujer.

Junto a la noción y causas del matrimonio imperfecto nos interesa precisar, como dato de interés, que la Ley musulmana no es proclive a la disolución por considerar que el matrimonio constituye una institución básica de la organización social. Por esta razón impera en su ámbito de aplicación la regla o principio general de que la consumación purga los vicios, y en consecuencia convalida la unión conyugal, aunque queda expedita, no obstante, la acción genérica de disolución. Así pues, sólo cuando no se haya consumado la unión marital es alegable la tacha de nulidad o de imperfección, que dependiendo de los supuestos corresponderá a cualquier persona interesada (cónyuges o un tercero) o al propio juez de oficio, en cuanto que puede verse afectado el orden social. Por lo que respecta a los efectos que tiene esta acción disolutoria específica, pueden citarse que se exige a la mujer de la obligación de guardar el plazo de continencia o *iddah* y que los regalos entregados con motivo de la celebración, así como la dote, han de restituirse.

Conviene advertir que, dado el sentido profundamente realista de la Ley islámica, el concepto de matrimonio putativo es extraño al Derecho musulmán. Ninguna relevancia jurídica tiene la buena o mala fe de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio; lo que

63. Vid. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil ...*, op. cit., pp. 434 y 435.

64. No puede entenderse por tal el caso de reanudación de la vida en común en el supuesto de repudio revocable.

prima por encima de cualquier otra cuestión es la consumación o no del matrimonio y los efectos de la misma⁶⁵. Puede afirmarse que el acento se pone en el hecho objetivo de la consumación, de forma que la misma actúa de causa eficiente en la generación de los efectos matrimoniales, con independencia de las circunstancias tanto objetivas como subjetivas que hayan estado presentes al momento de la celebración y que en puridad, desde una perspectiva técnico-jurídica, darían lugar a la nulidad matrimonial y a distintos efectos.

4. *Matrimonio irregular*

En este marco de la eficacia contractual la legislación islámica más actual nos brinda una singular categoría dentro de los contratos relativa al matrimonio: el matrimonio irregular. Se califica de tal modo aquella unión matrimonial que, como hemos indicado, incumple prohibiciones legales de nuevo cuño que se imponen con la pretensión de acercar esta institución, concebida en el marco de la *Sharia*, a su homóloga en el ámbito jurídico occidental. Se trata, pues, de una categoría jurídica que en sentido estricto se adecua a las normas imperativas musulmanas clásicas, pero, por esa misma razón —respeto a la tradición más ortodoxa— incumple ciertas leyes civiles occidentalizadoras: prohibición de la poligamia, impedimento de edad —cuyo límite mínimo resulta incrementado respecto del tradicional—, la obligación de inscripción —o registración, como ellos la denominan—, etc. El efecto que lleva aparejada esa calificación contractual en razón de su eficacia es, de igual manera que en la categoría referida con anterioridad, la posibilidad de disolución del matrimonio tenido por irregular, posibilidad que en el caso del incumplimiento de la prohibición de poligamia se ofrece muy significativamente a la mujer.

5. *Disolución del matrimonio: divorcio o repudio*

Cuando tratamos de las propiedades del matrimonio afirmábamos su carácter perpetuo, pero, al mismo tiempo, dejamos indicado que la tendencia natural a la perpetuidad coexiste con la posibilidad desvin-

65. Vid. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil ...*, op. cit., p. 436.

culatoria. Quizás resulte extraño o incoherente la convivencia de cualidades, «la perpetuidad» y «la disolución», que en esencia son antagónicas. Sin embargo no faltan argumentos que justifican en el matrimonio musulmán esa convivencia. Ciertamente el instituto matrimonial goza en el Derecho islámico de una alta consideración; a él se atribuye un elevado grado de santidad, por su carácter indispensable para la estabilidad de la sociedad, como célula base de la misma y, a la positiva incidencia de los derechos y responsabilidades que conlleva la unión marital en el bienestar común. Esa misma estabilidad que logra proyectar en la humanidad es la que se predica de este instituto. Pero ello no obsta a que el Islam reconozca como una necesidad permitir la disolución, para los casos en los que las relaciones matrimoniales se han deteriorado hasta tal grado que se hace imposible la vida común; es por ello que la disolución en sus diversas formas es una realidad institucional en este orden jurídico.

Así pues, aunque objetivamente el divorcio es nocivo, como hemos señalado, sin embargo resulta la mejor solución a efectos del bien común cuando la relación matrimonial está deteriorada sin posibilidad de reconstrucción, por lo que puede decirse que es la única solución para un mal que podría ser peligroso en relación con la familia.

Cierto es, por tanto, que el Derecho musulmán regula la disolución del matrimonio, utilizando como fórmulas legales al efecto en los mandatos coránicos las denominaciones divorcio y repudio. Aceptaciones que, aun cuando se tomen generalmente como sinónimas —de hecho sus efectos disolventes del vínculo matrimonial son iguales—, sin embargo técnicamente resulta más correcto distinguirlas, ya que la denominación repudio designa aquellos supuesto disolutorios «impuestos» unilateralmente o provenientes de uno sólo de los cónyuges o producidos por acuerdo mutuo de los esposos, mientras que la de divorcio integra aquellas otras formas de ruptura del vínculo que se generan por determinación judicial.

Podemos afirmar que aparte de los supuestos de nulidad absoluta y relativa —caso de matrimonio imperfecto— y de la disolución por fallecimiento de alguno de los contrayentes, el matrimonio islámico se disuelve de tres maneras: la repudiación unilateral que corresponde al marido y la repudiación por común acuerdo de ambos cónyuges (repu-

diación extrajudicial); y la disolución del vínculo pronunciada por el juez, ya sea de oficio o a petición de parte (por petición de la cónyuge, aunque también el esposo podría solicitarla).

Conocido el papel hegemónico y de predominio que tiene el esposo en el Derecho islámico, resulta lógico que sea a él a quien corresponda la facultad de poner fin al matrimonio. De tal manera esto es así, que aun cuando la disolución resulte de un acuerdo entre los cónyuges o le sea impuesta al marido por un juez⁶⁶, o la efectúe directamente la mujer⁶⁷, persiste la idea de que es el marido quien repudia a la mujer y rompe el vínculo conyugal. No extraña pues que la lengua árabe, tan rica en vocablos, destine sólo una palabra, *talak*⁶⁸, para expresar la ruptura del vínculo matrimonial en las distintas modalidades de llevarse a efecto, ya sea extrajudicial o judicial.

A. Tipos de repudio

a) Repudio extrajudicial

Ciertamente el repudio unilateral resulta conflictivo a los ojos de Occidente, en cuanto choca frontalmente con principios que en la actualidad concebimos arraigados, pues aquel no requiere motivación alguna ni consentimiento de la mujer. Ahora bien, que esto sea así no significa que haya una permisibilidad absoluta en el repudio, pues ya el Profeta «amenazaba con la ira divina a quienes repudien a sus cónyuges sin razón valedera»⁶⁹.

En cuanto a las formas de llevarse a la práctica el repudio extrajudicial, debe decirse que hay más de doce modalidades conocidas⁷⁰, de las

66. Así, en los casos de sentencia declarativa de divorcio, en ella se incluye junto a las estipulaciones propias del divorcio, la fórmula «en estas condiciones el marido repudia a su esposa», con ello se subraya y se fortalece la idea de que cualquier modalidad disolutoria es reflejo del monopolio de poder atribuido en este orden jurídico al marido. *Vid.* al respecto T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil ...*, *op. cit.*, p. 442.

67. Supuesto que se identifica con el vocablo *Khul'a*, y encierra una delegación del esposo que es quien transfiere su poder desvinculatorio a la esposa a cambio de una compensación.

68. Cuyo significado es bastante expresivo: liberar o deshacer el lazo.

69. Cfr. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil ...*, *op. cit.*, p. 444.

70. Citadas por M. TAYYIBJI, en *Muslim Law. The personal law of Muslims in India and Pakistan*, 4ª ed., N.M. Tripathi, Bombay 1968, pp. 150-170.

cuales unas son legales porque se ajustan a la reglamentación impuesta por la *Sharia*, otras conocidas como irregulares o *bid'a* son menos legales, pues resultan de prácticas clásicas no conformes con el Corán ni con la Sunna, pero aceptadas por la jurisprudencia y por la doctrina.

Para ejercer la facultad repudiatoria se requiere que el marido sea musulmán, púber, legalmente casado, y sano de espíritu. Resulta a todas luces razonable que una legislación cuyo ámbito de vigencia personal se determina en función de la cualidad religiosa sólo afecte a personas de dicha condición. La condición de púber viene justificada en razón de que el acto de repudiación es un acto personal, tal es así que aunque se pueda delegar la facultad para realizarlo, sin embargo no puede ejercerse en sentido propio por personas distintas del marido ni siquiera por quien ha ejercitado el *djabr* o poder de casar al hijo o pupilo. El requisito de ser sano mentalmente se circunscribe a los supuestos de demencia y de imbecilidad, sin que abarque ni a la prodigalidad ni a la embriaguez o supuestos afines. Por último, en relación a que ha de estar legalmente casado, en este Derecho no plantea grave inconveniente ya que existe el principio de que la consumación convalida cualquier unión marital viciada.

Antes de analizar los modelos de repudio que prevé el Derecho islámico, interesa resaltar que ciertamente es preciso que haya por parte del esposo intención repudiatoria para que el ejercicio de la misma sea válido y tenga los oportunos efectos. Pero esa intención es irrelevante cuando se emplea para el acto disolutorio una fórmula —aún cuando ésta no es necesaria— de las consideradas formales que por sí misma hace surgir los efectos propios del repudio, constituyendo tal fórmula solemne una presunción *iuris et de iure* de repudiación.

El sistema legal de repudiación establece un modelo en el que la revocabilidad es su característica más sobresaliente y a la que le atribuye mayor relieve. El modelo revocable o *raj'ah* se caracteriza porque en él la voluntad expresa del esposo de repudiar a la esposa no lleva aparejado inmediatamente el efecto disolutorio, sino que se posibilita un periodo de reflexión en el que el esposo puede desistir. Si transcurrido el plazo no se retracta, la ruptura se convierte en definitiva y la repudiación se torna irrevocable o *bain*. Las fórmulas de este modelo son diversas, pero nos detendremos en la más conocida:

El *talak ahsan*⁷¹ es aquél en el que el pronunciamiento del repudio tiene lugar en el periodo *thur* —o de pureza— de la mujer, y conlleva exclusivamente la suspensión voluntaria de relaciones sexuales durante tres meses, transcurridos los cuales sin que haya habido una retractación, el divorcio se hace efectivo, retrotrayendo sus efectos al momento en que tuvo lugar el pronunciamiento⁷². El lapsus de tiempo que se concede para reflexionar permite a la esposa que durante el mismo pueda guardar la *iddah* —o periodo de continencia—, mientras deviene en irrevocable el repudio. Este tipo de *talak* al no comportar la inmediata disolución del matrimonio ni asimilarse plenamente a nuestro instituto de separación matrimonial durante el periodo que permanece la situación, puesto que los efectos que en los cónyuges se producen son diversos, podríamos afirmar que constituye un *quartum genus* respecto de las posibilidades que nuestro ordenamiento prevé en caso de crisis matrimonial —separación, divorcio o nulidad—.

Por lo que respecta a los efectos, produce la suspensión de relaciones sexuales entre los cónyuges o separación de cuerpos, pero conservando ambos todos los demás deberes y derechos recíprocos: la mujer debe separarse del marido y entra en estado de continencia; el periodo de continencia lo debe pasar en el domicilio conyugal, se mantiene el derecho a manutención o *nefaka*, pues el matrimonio subsiste; conserva la vocación sucesoria respecto de los bienes del marido y debe guardar una conducta prudente.

Para la reanudación de la vida en común plena el esposo no requiere del consentimiento de la mujer, y aunque legalmente no es necesaria una fórmula concreta que haga ostensible la voluntad de retractarse del repudio y tampoco la doctrina es unánime, sin embargo las escuelas más ortodoxas sí la exigen, de manera que si no se pronuncia, la esposa puede negarse a reanudar la vida marital.

71. Para los detalles de esta modalidad de repudio *vid.*: *ibid.*, pp. 157-159; A. A. A. FYZEE, *Outlines of ...*, *op. cit.*, pp. 152-153; J. NASIR, *The Islamic law of personal status*, 2ª ed., Ed. Graham & Trotman, London 1990, p. 119; A. R. I. DOI, *Shariah ...*, *op. cit.*, pp. 175-178; F. AHMAD, *Triple talaq. An analytical study with emphasis on socio-legal aspects*, Ed. Regency Publications, New Delhi 1994, p. 17; y T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil ...*, *op. cit.*, pp. 445-447.

72. *Vid.* D. PEARL y W. MENSKI, *Muslim ...*, *op. cit.*, p. 280.

Podemos dejar reseñadas dos fórmulas tradicionales de repudio revocable: el juramento de continencia o *'aila*, previsto en la aleya 226 de la sura II⁷³; y el juramento de espalda o *zihar* recogido en la sura LVIII, aleyas 2 a 4⁷⁴. Aunque las modalidades y condiciones de este repudio varían en las diferentes escuelas, todas coinciden en entender que su revocación y la reanudación de la vida conyugal no supone un nuevo matrimonio, por lo que no es necesario para ello el consentimiento de la mujer ni la fijación de una nueva dote.

Junto al modelo de repudio revocable el Derecho islámico recoge el irrevocable. Hay dos fórmulas para llevarlo a efecto, una de las cuales, *talak hasan*, supone un método largo de disolución que permite o deja opción a retractarse, mientras no deviene el definitivo repudio. Por esa posibilidad de vuelta atrás, aunque esté sometida a un corto plazo, y por tanto de mantener la unión marital si se desea, ésta es la forma de divorcio recomendable o perfecto, pues en ella se combinan un plazo de reflexión que permite desistir del acto repudiatorio con la ruptura definitiva de la relación matrimonial. Consiste éste en que el marido repudia a la mujer, con la que ha consumado el matrimonio, mediante tres formulaciones de divorcio que habrán de ser pronunciadas en tres sucesivos periodos *thur* (o de pureza). Aunque de hecho la disolución del matrimonio se produce después de la triple repudiación —término más largo que se establece para repudiar— por actos distintos y sucesivos, sin embargo técnicamente de derecho el efecto de la disolución trae su causa del primer pronunciamiento.

Además de la repudiación expuesta, legal y recomendable, existe otra también irrevocable, pero que se estima irregular y no legal porque

73. «Aquellos que juran abstenerse de sus mujeres deberán guardar un lapso de cuatro meses, pero si durante ese tiempo volviesen a ellas, sepan que Dios es indulgente y misericordioso».

74. «Aquellos de vosotros que repudien a sus mujeres como si fueran sus madres (por el *zihar*) sepan que ellas no son sus madres. No son sus madres, sino aquellas que los engendraron y los que hablan de esa manera, solo profieren algo inicuo y falso; aunque Dios es indulgente y dispuesto a perdonar»; «Quienes repudian a sus mujeres por el *zihar* y después se arrepienten de lo dicho deberán dar libertad a un esclavo antes de volver a cohabitar. Así se os exhorta, pues Dios sabe bien todo cuanto hacéis»; y «Pero el que se encuentre un cautivo que redimir, debe ayunar dos meses consecutivos antes de cohabitar; y si no puede soportar este ayuno, deberá dar de comer a sesenta pobres. Esto es para que creáis en Dios y en su Profeta. Son las leyes de Dios y quienes las profanen sufrirán un severo castigo».

va contra el espíritu de la *Sharia*, llamada *talak bida*. Estamos ante este tipo de repudio cuando el marido pronuncia tres fórmulas repudiatorias en un solo acto, impidiéndose así la posibilidad de retractarse, disolviéndose por tanto el matrimonio de forma inmediata. Este método repudiatorio es fruto de la costumbre, y se constituye en la actualidad como la fórmula más practicada por el apoyo jurisprudencial que ha tenido.

Los efectos a que dan lugar estas fórmulas, además de la natural disolución y la consecuente desaparición de derechos y deberes recíprocos, es la extinción de la vocación sucesoria. También surge un efecto singular que constituye impedimento matrimonial relativo ya citado, pues el marido no podrá volver a unirse a su mujer, aun cuando pretenda contraer un nuevo matrimonio, mientras ella no se haya casado con otro hombre (la doctrina entiende que el matrimonio debe haberse consumado y no ser de simple fórmula) y se encuentre regularmente divorciada⁷⁵. Ha de tenerse en cuenta que el marido deberá pasar a la mujer la pensión alimenticia durante el *idda*, lo cual no tiene ninguna relevancia en el caso del repudio *hasan*, pues este periodo coincide con periodo matrimonial; mayor repercusión supone en el caso de repudio *bain*, cuyo efecto disolutorio es inmediato.

Siendo este último efecto el mismo para ambos casos de repudio irrevocable, la razón que lo justifica en el *talak hasan* reside en el hecho de evitar la ruptura matrimonial, mientras que en el segundo (*bida*) lo que se intenta evitar es la conducta impulsiva del esposo que por motivos poco serios es capaz de culminar la ruptura matrimonial en un momento de arrebato.

Además, la doctrina recomienda, sólo para los casos de repudio en que la conducta de la mujer lo merece, esto es, cuando no haya causa achacable a la misma, un efecto particular y beneficioso para la esposa, que consiste en una compensación —dinero o bienes— por el abuso de derecho que el repudio unilateral sin causa justificada representa. Esta recomendación, en atención a la justicia que encierra, ha llegado a constituirse en obligación legalmente exigible, de manera que los herederos de la mujer, pueden reclamarla incluso si ésta muere sin haberla recibido.

75. Sura II, aleya 230: «el que repudie tres veces a una mujer no puede tomarla nuevamente por esposa legal, hasta que ella se haya casado con otro marido y éste también la haya repudiado».

Existe otro caso de repudio irrevocable que merece ser destacado, por cuanto es la mujer la que efectúa directamente su repudio (*khula*). Esta fórmula parece hacer quebrar la línea seguida en Derecho islámico de que es el esposo quien efectúa siempre la acción de disolución, dada la supremacía que a él se le atribuye en todos los ámbitos. Sin embargo, aunque *de facto* es la esposa la que lleva a cabo la acción repudiatoria, ello es fruto de la delegación que el propio esposo le hace de la facultad que a él corresponde no de manera gratuita, sino a cambio de una compensación económica⁷⁶. Obviamente, al concederle el esposo esta facultad, está aceptando el efecto que lleva consigo el repudio. Sin embargo, no se trata de un repudio por mutuo acuerdo, que también puede darse⁷⁷, sino que estamos ante un nuevo supuesto de disolución unilateral.

Todas las modalidades expuestas no responden a causa legal alguna que justifique la ruptura de la unión conyugal, pero también existen otras que están amparadas por motivos legalmente justificados, tales como: la muerte⁷⁸, la ausencia⁷⁹, la atribución a uno de los cónyuges de la propiedad del otro⁸⁰, la apostasía⁸¹, la existencia de vicios redhibitorios⁸²,

76. Sura II, aleya 229: «El repudio (será lícito) dos veces, luego aceptación con merced o despido con favor y no es lícito que toméis de lo que le disteis cosa, sino que teman los dos si no rebasaran los límites de Alá, no los traspaséis pues; pero quien traspasa los límites de Alá, esos son los inicuos»; y Sura IV, aleya 127: «Y si una mujer temiere de su marido afrenta o separación, no habrá pecado para ambos, si se aviene con avenencia y la avenencia (es) lo mejor, y las almas se inclinan a la avaricia y si obráis bien y teméis, ciertamente, Alá de lo que hacéis es sabedor».

77. La repudiación por mutuo consentimiento se da cuando la renuncia al vínculo matrimonial es recíproca, y la doctrina la denomina *mubarat*.

78. Se trata de una disolución, obviamente, por causa natural, si bien sus efectos son diferentes si quien muere es el marido o la mujer, ya que si es aquél quien fallece, el periodo establecido de continencia difiere si ésta se encuentra embarazada o no. Sura II, aleya 234.

79. Es un supuesto conocido también en las legislaciones occidentales, que hace depender la disolución del hecho de la ausencia, completado con el transcurso de un periodo de tiempo mayor o menor dependiendo del supuesto en que se produce la desaparición.

80. En este caso la disolución deviene en razón de incompatibilidad entre la situación de matrimonio y la condición de esclavo de uno de los cónyuges respecto del otro.

81. Si uno de los cónyuges musulmanes se convierte a otra religión, automáticamente se disuelve el matrimonio. Se motiva, fundamentalmente, dicha acción en que la abjuración del Islam produce una suerte de muerte civil.

82. Esta modalidad llamada *Khiyar al-'aib* es consecuencia de la similitud del matrimonio como contrato con la compraventa, y consiste en la rescisión que lleva aparejada la existencia de vicios ocultos en la materia objeto del contrato. En este caso dará lugar a la disolución la existencia de enfermedades graves o defectos físicos importantes. Ejemplo de esto último son los problemas relativos a los órganos genitales tanto del varón como de la mujer.

el incumplimiento de obligaciones⁸³ y, el *lian*, en el que nos vamos a detener.

Esta figura tiene su fundamento en la acusación de adulterio de la mujer, y para evitar, en su caso, la atribución indebida de la paternidad. El pronunciamiento de *lian* debe realizarse incluso en caso de matrimonio nulo o irregular, ya que es la única manera de romper en Derecho islámico el vínculo paterno-filial. La manera de llevarse a efecto esta peculiar forma de repudio es mediante el juramento por cuatro veces del marido ante el juez, revestido de una serie de condiciones, de que la mujer es adúltera, y remarcado por un quinto juramento consistente en una imprecación sobre ellos mismos⁸⁴. También la mujer deberá jurar para librarse del castigo que conlleva el adulterio independientemente de su efecto matrimonial⁸⁵.

Los efectos del *lian*, a pesar de constituir —como hemos apuntado— un supuesto de disolución causal en el que la mujer es culpable, resultan ser los mismos que para cualquier otra fórmula repudiatoria: la no devolución de la dote si el matrimonio está consumado, mientras que si no ha existido ésta debe la mujer restituir sólo la mitad de lo recibido; y respecto de la vocación sucesoria recíproca, ésta se mantiene hasta la finalización del periodo de continencia o *iddah*. Ahora bien, dada la culpabilidad de la esposa en este caso, ella pierde el derecho de manutención durante el embarazo si éste existiera.

b) *Disolución judicial*

Estos últimos supuestos de disolución aun cuando tienen su fundamento en un hecho objetivo, pueden ser tramitados por las fórmulas

83. En caso de obligaciones propias del matrimonio, la acción de la justicia se despliega en atención a que se trata de un contrato. Pero además, en este supuesto se ampara más a la mujer que al hombre, puesto que existe no sólo la disolución judicial, sino también la posibilidad de repudiarse ella misma que generalmente se establece en el contrato matrimonial mediante el pacto de *talik*.

84. Sura XXIV, aleya 6 y 7: «Y los que acusan a sus mujeres y no tienen testigos sino sus almas, el testimonio de uno de ellos (será) cuatro testimonios por Alá, de que él es de los veraces»; «Y el quinto, que la maldición de Alá (caiga) sobre él, si fuere de los falaces».

85. Sura XXIV, aleya 8 y 9: «Pero se apartará de ella el castigo si atestigua con cuatro testimonios por Alá, que él (es) de los mentirosos»; «Y el quinto, que la ira de Alá (caiga) sobre ella, si fuere él de los veraces».

tradicionales de repudio unilateral, pero también, lógicamente, por vía judicial a petición de parte. Así, la mujer puede ejercitar su derecho de repudio acudiendo ante el *cadí* y demostrando la causa que origina dicho derecho. Se trata, genéricamente, de las mismas causas que se recogen en los códigos occidentales más alguna derivada de la especial naturaleza del contrato matrimonial islámico. El procedimiento para este repudio judicial es muy expeditivo: la demanda se presenta ante el *cadí*; éste instruye el proceso y dicta sentencia de repudio irrevocable (excepcionalmente se admite la revocación cuando el repudio ha tenido por causa la falta injustificada de la *nafaka*, y el marido provee la misma). A partir de ese momento es exigible la parte *kali* de la dote, y empieza para la mujer el plazo de su *idda*. Si en algún caso se dictara sentencia en contra de la mujer, ésta perdería su derecho a la *nafaka*.

Junto a esos casos, hay otros en los que el juez puede de oficio intervenir divorciando a los cónyuges. Se trata de aquellos supuestos en que por diversos motivos achacables a la mujer o al varón, la vida conyugal resulta insostenible. A este respecto debemos indicar que si es la esposa quien sufre de sevicias o malos tratos, no tiene garantía de que efectivamente se proceda a la disolución. Pues si ella es quien denuncia y el caso no tiene trascendencia, la actuación del juez se encamina exclusivamente al intento de reconciliación entre los cónyuges. Pero si el hecho de los malos tratos es conocido de forma pública y notoria o es refrendado por un testigo de autoridad, el juez amonestará al marido y le impondrá una pena, siempre que dicho hecho no revista especial gravedad, pues si fuera así se procedería *ex officio* a la disolución, y la mujer pasaría a estar bajo la custodia de una persona de confianza.

También conviene apuntar que la misma actuación directa del juez se produce cuando existan graves disidencias en torno a la dote, ya sea por la cuantía o por la cualidad de la misma, supuestos que constituyen claros ejemplos de matrimonio imperfecto.