

# Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico

ZOILA COMBALÍA

Departamento de Derecho Público.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

**1**

Estas prescripciones sobre los matrimonios mixtos se apoyan en El Corán 2, 221; 5, 5 y 60,10

**2**

El Código de Familia Kuwaití en su artículo 18, afirma que *“no se puede concluir el matrimonio: 1) de la musulmana con un no musulmán; 2) de un musulmán con una mujer que no sea del Libro”*. Idéntica disposición se acoge en el art. 29 del Código marroquí, el 31 del de Argelia o el 12 de Libia, por ejemplo.



La ruptura de fronteras y el avance del movimiento migratorio son factores que están abriendo las puertas al pluralismo en Europa, estableciendo la convivencia entre personas procedentes de ámbitos culturales-religiosos muy diversos. Ante tal fenómeno, el consenso en materia de derechos humanos ha pasado a ser una de las cuestiones más acuciantes que planean sobre la sociedad actual ya que la viabilidad de la convivencia intercultural pasa por el acuerdo en aquello que es esencial e integrante del orden público —la observancia de unos mismos derechos fundamentales—, respetándose la diversidad y el pluralismo en otros aspectos accidentales. Los conflictos jurídicos que el multiculturalismo está ocasionando provienen con frecuencia de la colisión de los ordenamientos occidentales con ciertos valores, costumbres o tradiciones propios del mundo islámico, especialmente por lo que se refiere a la consideración de la mujer y de sus derechos. ¿Es posible el acuerdo en materia de derechos de la mujer entre Occidente y el Islam? Punto de partida para el entendimiento es un conocimiento riguroso de la identidad y diferencia del otro, liberado de prejuicios y estereotipos. Con esta idea nos aproximaremos, en las páginas que siguen, al estatuto jurídico de la mujer en el Islam. La brevedad que este estudio requiere impide tratar el tema en toda su extensión, por lo que nos centraremos en el ámbito del derecho matrimonial obviando otros terrenos de habitual conflicto como pueden ser, por ejemplo, la posición de la mujer en materia de sucesiones o de relaciones paterno-filiales.

## 1. PRECISIONES METODOLÓGICAS: PECULIARIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO ISLÁMICO

Una de las principales peculiaridades del sistema jurídico de los actuales Estados islámicos es la no separación entre el ámbito y las fuentes de lo religioso, por una parte, y las de lo civil o estatal, por otra. La comunidad islámica —*la umma*— es una comunidad indisolublemente civil, política, religiosa, económica, etc. La pertenencia a la misma la determina la condición religiosa —musulmana— del sujeto. La ley religiosa islámica —denominada *Sharia*— recoge, a juicio de las personas musulmanas, la revelación que Dios hace a la humanidad a través del Profeta y está inte-

grada por dos fuentes principales: el Corán o libro sagrado y la Sunna o tradición que reúne, a través de los denominados hadices, los dichos y hechos del Profeta. En estas fuentes de origen divino que integran la Sharia se trata de las distintas cuestiones que rigen la comunidad islámica, tanto de las relaciones de las personas entre sí como del ser humano con su creador. De este modo, aunque algunas de sus disposiciones son jurídicas, la mayor parte de ellas no tienen tal carácter.

La formulación doctrinal de las disposiciones de la *Sharia* —*fiq*— rigió las sociedades musulmanas con carácter cuasi exclusivo durante siglos. A partir de los siglos XIX y XX la rápida evolución de la sociedad y la imposibilidad de encontrar en la Sharia respuesta detallada a todos los problemas que se plantean son, entre otros, factores que conducirán a introducir en las comunidades islámicas normas de derecho positivo —*qanun*— importadas de occidente. El proceso de penetración del derecho occidental comenzó ya en el s. XIX durante la vigencia del imperio otomano —con la introducción de las llamadas reformas *tanzimat*— y se extendió vertiginosamente a raíz del proceso de colonización de esos países.

De este modo nos encontramos con que uno de los más importantes retos que tiene hoy el Islam es la convivencia en los Estados musulmanes de dos sistemas de derecho arraigados ambos y sin embargo con fundamentos básicos absolutamente diferentes: el derivado de la *Sharia* de naturaleza religiosa y el de corte secular importado de occidente. Si bien con alcance diferente, tal convivencia concurre hoy en todos los países que expresamente se declaran islámicos e incluso en algunos Estados constitucionalmente laicos pero con importante presencia musulmana.

A grandes rasgos 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 de estatuto personal; esto es, de derecho de familia y sucesiones fundamentalmente. En este ámbito del ordenamiento la aplicación del derecho islámico religioso es práctica

generalizada en todos los países islámicos. Por ello, siendo objeto de este trabajo el derecho matrimonial, es preciso que exponamos lo que la Sharia prescribe sobre estas cuestiones y cómo los vigentes Códigos de los distintos países acogen tal regulación. Esta será la pauta metodológica que seguiremos en nuestra exposición ilustrándola también con algunas referencias a la repercusión que la concepción islámica ha tenido en los foros internacionales.

## 2. POSICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

### A

#### Impedimentos matrimoniales.

El matrimonio islámico es un contrato cuya válida constitución requiere, en primer lugar, la capacidad para contraer o ausencia de impedimentos entre las partes. La mujer está sujeta a unas prohibiciones más estrictas que el varón sobre todo en relación con el impedimento de matrimonio mixto y con el de vínculo, que son los que ofrecen una regulación más polémica.

### I

#### El matrimonio mixto.

En cuanto al matrimonio mixto, el derecho islámico clásico permite al varón musulmán contraer matrimonio con mujer musulmana o que pertenezca a alguna religión del libro —cristianas y judías fundamentalmente—. A la mujer musulmana, sin embargo, se le impide el matrimonio con cualquier varón que no sea musulmán<sup>1</sup>. La razón principal de tal prohibición para la mujer está en que los hijos e hijas heredan la religión del padre.

Las prohibiciones de matrimonios mixtos rigen en la generalidad de los Estados islámicos actuales<sup>2</sup>. Incluso Túnez, que es el único país islámico que ha abolido expresamente la poligamia y el repudio, afirma en el artículo 5 del vigente Código de Estatuto Personal que “ninguno de ambos futuros esposos deben encontrarse en ninguno de los casos de impedimento previstos por la ley...”. Una Circular del Ministerio de Justicia de 5 de noviembre de 1973 precisó que “el artículo 5 de este Código estipula —desde su promulgación— la nulidad del matrimonio de la musulmana con un no musulmán, puesto que dispone que los esposos no deben de estar en nin-



guno de los casos de impedimento legal para el matrimonio. El impedimento más importante es el matrimonio de la tunecina musulmana con un no musulmán. El legislador trata de hacer una estricta aplicación de ello y velar por su ejecución jurídica; en salvaguarda del carácter islámico de la familia tunecina, a fin de alejarla de todos los aspectos negativos de occidente que rechaza en virtud de su legislación y sus costumbres, no pudiendo adoptarlos en ningún caso. Desde el momento que algunas tunecinas musulmanas han decidido conscientemente casarse con extranjeros no musulmanes en el interior y en el exterior del país, dado que el Código de Estatuto Personal estipula además, en su artículo 21, la nulidad de este matrimonio y tal como estipula en su artículo 22 la anulación es de oficio, es por lo que el Primer Ministro ha dado sus instrucciones más estrictas prohibiendo el establecimiento de actas de matrimonio de tunecinas musulmanas con no musulmanes salvo que se produzca la certificación de conversión a la religión musulmana conforme a su escrito de 19 de octubre de 1973, n.º 606”.

El conflicto de estas prohibiciones religiosas para los derechos de la mujer deriva de la imposibilidad de un matrimonio civil para las personas musulmanas en esos países, así como del no reconocimiento del derecho a abandonar la fe islámica. Esto hará que una práctica habitual cuando la mujer musulmana quiere contraer matrimonio con un no musulmán sea la de recurrir a una conversión más o menos sincera del varón al Islam.

## II

### La poligamia.

En materia de capacidad matrimonial uno de los puntos más polémicos del derecho islámico es la admisión de la poligamia para el varón que puede tener hasta cuatro esposas. La mujer no puede contraer válidamente más que con un varón.

Señala El Corán: “... entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal” (4, 3). La aceptación tradicional de la poligamia se ha apoyado en la primera parte de este versículo—casos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro—, mientras que la segunda parte—pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola—la han alegado algunos autores más liberales para defender una prescripción islámica implícita de la monogamia, afirmando que es imposible que un

hombre trate con imparcialidad a sus esposas. Estos últimos señalan que el precepto citado del Corán debe complementarse con lo prescrito en el capítulo 4, versículo 129: “no podéis ser justos con vuestras mujeres, aún si lo deseáis”.

Con independencia de la existencia de posiciones más o menos abiertas en cuanto a la admisión de la poligamia en el derecho islámico, lo cierto es que el único país que la ha prohibido legalmente es Túnez<sup>3</sup>. Los demás Códigos de Estatuto Personal de los países musulmanes mantienen la validez del matrimonio polígamo, dentro de los límites autorizados en cuanto al número de esposas y al compromiso de un trato equitativo entre ellas<sup>4</sup>.

La reforma del derecho matrimonial marroquí de 10 de septiembre de 1993 pretendía satisfacer parte de las demandas de los movimientos feministas del país introduciendo una mayor protección para la mujer. Con tal intención incorporó restricciones a la poligamia al prescribir expresamente que “en cualquier caso, si existen motivos para temer una injusticia en el trato entre las diversas mujeres de un hombre, el juez no autorizará el matrimonio polígamo” (art. 30,5). Conviene tener en cuenta que esta autorización judicial es un requisito exigido para el acta de matrimonio.

Otra vía por la que en algunos países musulmanes se intentan limitar las posibilidades de poligamia es fomentando el recurso a los pactos particulares de monogamia, posibles según el derecho islámico. Para regular en un determinado sentido cuestiones no ordenadas ni prohibidas en la *Sharia*<sup>5</sup> se han admitido tradicionalmente los pactos particulares. Expresamente afirma un hadiz que “no constituye un delito llevar a cabo convenciones al margen de lo prescrito por la ley”<sup>6</sup>. Puesto que la poligamia es algo que la *Sharia* permite con determinadas condiciones pero a lo que no obliga, cabría en el momento de celebrar contrato matrimonial incluir, a voluntad de las partes, una cláusula de monogamia, de tal modo que, si el varón la incumple y se casa con una segunda esposa, la primera tendría derecho a solicitar el divorcio ante los tribunales por incumplimiento de lo pactado en el contrato.

Resulta ilustrativa la expresa regulación que hace el Código marroquí—*Mudawana*—señalando que “la mujer puede imponer al marido la condición de que no le sea impuesta una co-mujer. En caso de incumplimiento, la suerte del matrimonio se deja a la mujer (art. 30). “La mujer tiene el derecho de exigir al marido que se comprometa en el acto del matrimonio a no

3

Señala el artículo 18,1 del Código de Estatuto Personal que “la poligamia está prohibida”.

4

Así, por ejemplo, se afirma en la Ley de Familia de Argelia que “está permitido contraer matrimonio con más de una esposa en los límites de la ley islámica (*Sharia*) si el motivo es justificado, las condiciones y la intención de equidad reunidas y tras la información previa de la precedente y futura esposas. Una y otra pueden interponer una acción judicial contra el cónyuge en caso de perjuicio o pedir el divorcio en caso de falta de entendimiento” (artículo 8).

Cfr. en el mismo sentido art. 11 bis del Código egipcio, art. 13 del de Libia, 29-31 y 35,2 del de Marruecos.

5

La *Sharia* circunscribe las conductas humanas a cinco categorías: ordenadas, recomendadas, permitidas, reprobadas y prohibidas.

6

La introducción de estas cláusulas ha sido práctica habitual en el ámbito matrimonial estableciéndose, por ejemplo, el compromiso del marido de no llevarse a la mujer a un lugar lejano o de permitirle visitar a sus padres con cierta frecuencia, etc. El posibilidad de tales pactos en el momento del contrato matrimonial se acoge en los Códigos vigentes. Así, sostiene la Ley argelina que “los dos cónyuges pueden incluir en el contrato cualquier cláusula que juzguen oportuna, siempre que no contraste con la presente ley” (art. 19); o el Código de Estatuto Personal tunecino que “en el contrato de matrimonio se pueden insertar condiciones o cláusulas. En caso de incumplimiento de la condición o de violación de la cláusula, se puede exigir la disolución del matrimonio por divorcio. Tal divorcio no comporta indemnización si tiene lugar antes de la consumación” (art. 11).

7

Como es bien sabido la comunidad islámica no mantuvo su unidad. La principal división se pro-



*unirse a otra mujer y a reconocerle el derecho de exigir la disolución del matrimonio en el caso de que tal compromiso sea violado” (art. 31).*

**B****El consentimiento matrimonial: el papel del tutor de la mujer.**

*“El contrato de matrimonio se perfecciona con el consentimiento de los dos esposos, a través del tutor matrimonial (wali) de la mujer, en la presencia de dos testigos y con la dote matrimonial” (artículo 9).* Este precepto de la Ley de Familia de Argelia recoge los elementos que deben concluir para la perfección del contrato matrimonial. Entre ellos se hace referencia a la intervención del tutor matrimonial—*wali*—en la prestación del consentimiento de la mujer. A esta institución nos vamos a referir a continuación.

El papel que el derecho islámico clásico asigna al tutor matrimonial de la mujer varía en las diferentes escuelas<sup>8</sup>. Mientras que para los *hanafitas* la presencia del wali es recomendable pero no obligada para la mujer mayor de edad, que puede prestar su consentimiento personalmente; sin embargo *shafeítas*, *malikitas* y *hanbalitas* estiman que en ningún caso la mujer puede prestar personalmente su consentimiento matrimonial: siempre lo hace a través del tutor. Si la mujer es virgen, el *wali* puede concluir el matrimonio sin necesidad de asegurarse del consentimiento de la mujer; si ésta no es virgen, entonces su consentimiento es necesario aunque lo manifieste a través del tutor.

¿Cómo se acoge esta regulación en los actuales Estados islámicos? En Argelia se requiere que la mujer preste siempre el consentimiento por medio de su tutor. Éste no puede dar en matrimonio a la mujer sin su consentimiento y únicamente puede impedir el matrimonio querido por la mujer el padre respecto de la hija virgen y en su propio interés. En términos similares se expresa la legislación marroquí prescribiendo además que la mujer mayor de edad que no tenga padre puede, si lo prefiere, concluir personalmente el contrato de matrimonio. En los demás supuestos es obligada la intervención del tutor pero éste nunca puede suplir la falta de consentimiento de la mujer. Así pues se ha suprimido de las modernas legislaciones la posibilidad de que el tutor pueda forzar a la mujer a contraer un matrimonio que ésta no desea, pero no se ha eliminado la necesidad de su presencia en la mayor parte de los países que no siguen la escuela *hanafí*.

Esta es posiblemente una de las razones por las que prácticamente ningún Estado islá-

mico ha suscrito la Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios<sup>9</sup>. En virtud de tal Convención “no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley” (artículo 1).

Los únicos Estados islámicos que han suscrito la Convención han sido Túnez<sup>10</sup> y Bangladesh<sup>11</sup> y este último lo hace interponiendo una reserva a los artículos 1 y 2 en los siguientes términos:

*“El gobierno de la República del Pueblo de Bangladesh se reserva el derecho de aplicar las disposiciones de los artículos 1 y 2 en lo que se refiere a la validez legal del matrimonio de los niños de acuerdo con las leyes personales de las diferentes comunidades religiosas del país”.*

**C****La dote islámica.**

En la conclusión del contrato matrimonial el marido se obliga a una atribución patrimonial en favor de la mujer, denominada *mahr*—según la tradición *hanafita*—o *sadaq* en la doctrina de las otras escuelas. El *mahr* o *sadaq*, señala la Ley de Familia de Argelia, consiste en “el dinero u otros bienes legalmente lícitos donados a la esposa (por el esposo). Estos son propiedad de la mujer que puede disponer de ellos libremente” (artículo 14).

El pago de tal cantidad se prescribe en la Shari'a, en términos que no ofrecen duda alguna. Así, el Corán sostiene “*dad a vuestras mujeres su dote gratuitamente*” (4, 4) y los *hadices* existentes al respecto son innumerables.

La discusión entre las distintas escuelas no versa sobre la necesidad de la dote sino acerca de si la obligación de su pago es un efecto del matrimonio—*tesis hanafita, shafeíta y hanbalita*—o una condición de validez del mismo—según sostienen los *malikitas*—. En el primer supuesto, la falta de estipulación de dote en el contrato matrimonial no lo hará nulo, si bien dará derecho a la mujer a recibir la dote de equivalencia<sup>12</sup> o a la mitad de la misma en el caso de que fuera repudiada antes de la consumación del matrimonio. Si por el contrario se estima la dote como una condición de validez del contrato la consecuencia lógica será reputar nulo el matrimonio en caso de falta de estipulación de la dote. El problema

dujo inmediatamente después de la muerte del Profeta, entre *Chíites* y *Sunníes* por la cuestión de la sucesión en el seno del imperio islámico. Así, el origen de las dos ramas del Islam existentes hasta la actualidad fue, inicialmente, fruto de un proceso político que, años después, se dotaría de una especificidad religiosa *chíi*. En el seno de la comunidad *sunní*, existen cuatro escuelas de derecho: *hanafí*, *malikí*, *shafeí* y *hanbalí*. No se oponen entre sí por el debate sobre la legitimación del poder, sino por el modo de estudiar e interpretar el derecho, sin que existan entre ellas diferencias dogmáticas relevantes. De hecho, cada una de las escuelas *sunníes* reconoce a las demás como ortodoxa, por contraste con lo que ocurre con los *chíites* que son considerados heterodoxos, por no adaptarse al consenso, prefiriendo la autoridad personal de un imam docente.

**8**

Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962. Entrada en vigor el 9 de diciembre de 1964, de conformidad con el artículo 6.

**9**

En Túnez no se impone la presencia del tutor prescribiéndose que “*el hombre y la mujer pueden concluir el contrato matrimonial por ellos mismos o por mandatario*” (artículo 9).

**10**

De entre los 56 Estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI), además de Bangladesh y Túnez, suscriben también el Convenio Azerbaiyán, Benin, Burkina Faso, Kirgystán, Mali, Níger, pero estos países, pese a ser miembros de la OCI, se declaran todos ellos laicos.

**11**

La dote acostumbrada que suelen recibir las mujeres de su familia en las mismas condiciones físicas y morales (edad, virginidad, belleza, etc.).



está en que el siguiente pasaje coránico hace imposible estimar la nulidad: “*No hacéis mal en repudiar a vuestras mujeres mientras aún no las hayáis tocado o asignado dote*” (2, 236).

Tal pasaje sitúa a los *malikitas* en una postura difícil. La claridad del Libro Sagrado al respecto les obliga a sostener que, aunque en el contrato no se estipule nada acerca de la dote, el matrimonio es válido. Ahora bien, si la dote se pacta inválidamente –por ejemplo, por establecerse sobre bienes no permitidos–, entonces el matrimonio es nulo. Lo que ocurre es que, una vez que se ha consumado, la consumación sana automáticamente la nulidad asignándose a la mujer el derecho a la dote de equivalencia. Así se recoge por ejemplo en el actual Código marroquí señalando que si falta la debida determinación del sadaq, “*el contrato es anulado y no se debe nada si no ha habido consumación. Si el matrimonio ha sido consumado, queda confirmado contra pago del sadaq de equivalencia*” (art. 37,2).

La escuela *hanafita* y *malikita* fijan una cantidad mínima para la dote, pero ésta no se señala en las otras escuelas<sup>12</sup>. Ninguna escuela establece un máximo y en todas se prescribe que la dote debe estar suficientemente determinada.

Aunque es habitual criticar la institución de la dote por ser símbolo de los derechos que el marido adquiere sobre la mujer con el matrimonio y de la sumisión que ésta debe a su marido, sin embargo lo cierto es que la dote islámica se estableció en la época del Profeta como una garantía económica para la mujer sobre todo para el caso de repudio, fallecimiento del marido, etc. De hecho, un punto importante de la reforma islámica fue la atribución de la dote a la mujer misma y no a sus parientes, conforme al uso preislámico.

En la actualidad la dote islámica se mantiene en los Códigos de Estatuto Personal como parte esencial del contrato matrimonial. Así, por ejemplo, afirma la Mudawana marroquí que “*se contrae matrimonio mediante el consentimiento de los dos cónyuges, la presencia del tutor matrimonial de la esposa y de dos testigos y la constitución de una dote*” (artículo 9).

### 3. RELACIONES MATRIMONIALES: DERECHOS Y DEBERES ENTRE LOS CÓNYUGES

Constituido válidamente el matrimonio por la prestación de consentimiento en presencia del tutor, los testigos y la constitución de la dote, se plantea el tema de las relaciones

entre los cónyuges, tanto de carácter personal como patrimonial.

El derecho islámico clásico impone al marido la obligación –denominada *nafaqa*– de hacerse cargo del sostenimiento económico de su mujer. El fundamento de esta obligación está en la Sharia, tanto en El Corán que afirma que el marido “*debe sustentarlas (a las mujeres) y vestir las conforme al uso*” (2, 233), como en diversos hadices. La nafaqa incluye no sólo el deber de alimentos, sino también de vestido, vivienda, servicio doméstico en algunos casos y atención médica. La cantidad se hace depender de la condición de los esposos. Conviene tener en cuenta que en el derecho musulmán el marido está obligado a la nafaqa aún cuando la mujer no tuviera necesidad de ella por disponer de una posición económica alta.

Esta obligación se recoge en los actuales Códigos de Estatuto personal. Por ejemplo, entre los derechos de la esposa sobre su esposo, el Código marroquí menciona el derecho “*a la manutención (nafaqa) legal, tal como la comida, vestidos, medicamentos y vivienda*” (art. 35,1)<sup>13</sup> y en la legislación argelina se afirma que el marido está obligado a “*mantener a la esposa en la medida de sus posibilidades, salvo cuando se confirma que ésta incumple sus obligaciones conyugales*” (art. 37,1)<sup>14</sup>. Incluso en el Código tunecino –artículo 23– se afirma que “*el esposo en tanto que jefe de la familia, debe subvenir a las necesidades de la esposa y de los hijos en la medida de su situación y según la de ellos en el cuadro de los componentes de la manutención*”, si bien se añade que “*la esposa debe contribuir a las cargas del matrimonio si tiene bienes*”, obligación ésta totalmente extraña al derecho islámico<sup>15</sup>.

Como contrapartida del derecho a la dote y al sustento y respondiendo a unos esquemas en los que la preeminencia corresponde al varón sobre la mujer<sup>16</sup>, ésta tiene el deber de obedecer a su marido y de velar por la buena marcha del hogar y así se recoge también en las actuales legislaciones. Baste con dejar constancia del artículo 36 de la *Mudawana* marroquí que, entre los derechos del marido frente a la mujer, recoge el derecho a que la mujer “*le obedezca conforme a los usos*” y “*cuide del buen funcionamiento y de la organización de la casa*”<sup>17</sup>.

En el derecho islámico clásico se reconocía al marido el derecho de corrección de la mujer, dentro de los límites de la moderación. El fundamento coránico alegado era el siguiente: “*¡Amonestad a aquéllas de quienes temáis que se rebelen, dejadlas solas en el lecho, pegadles! Si os*

12

Sin embargo, desde la ley otomana de 1917, los Códigos que siguen la tradición *hanafita* han abandonado la regla clásica. Tampoco los Códigos actuales de inspiración *malikita* suelen fijar una cantidad mínima para la dote; es más, en el marroquí se establece expresamente que “*para el mahr no se fija ni un mínimo ni un máximo*” (art. 17).

13

Señala el mismo Código que “*el derecho de manutención de la esposa es un deber del esposo desde el momento de la consumación del matrimonio. Asimismo, si es ella quien lo invitó a consumir el matrimonio después de firmarse un contrato matrimonial válido*” (art. 117).

14

Se sostiene también que “*el marido debe ocuparse de la manutención de su esposa desde la consumación del matrimonio o si ésta lo demanda con una prueba contundente*” (art. 74).

15

Cfr. también la legislación egipcia que señala que “*el marido debe mantener a la mujer aunque sea rica o de diversa religión, desde la fecha del contrato válido si ella se pone a su disposición, aunque sólo sea virtualmente. La enfermedad de la mujer no hace decaer su derecho al sustento. El sustento comprende los alimentos, vestido, vivienda, atención sanitaria y lo que esté previsto en la ley. No se debe el sostenimiento a la mujer apóstata, a la que rechaza deliberadamente, sin justificación, estar a disposición del marido, o que es forzada a ello por causa no imputable al marido, o que sale sin permiso del marido*”.

16

La primacía del varón suele sostenerse sobre la base de los siguientes pasajes coránicos: “*Ellas tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres están un grado por encima de ellas. Dios es poderoso, sabio*” (2, 228). “*Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan. Las mujeres virtuosas son devotas y cuidan, en ausencia de sus maridos, de lo que Dios manda que cuiden*” (4, 34).



17

En el mismo sentido el argelino dispone que “la mujer debe obedecer al marido y respetarlo en su calidad de cabeza de familia” (art. 39,1).

18

Al marido compete la fijación del domicilio conyugal y la mujer tiene obligación de seguir a su esposo salvo en determinados casos. Así, por ejemplo, el marido no puede obligar a la mujer a vivir con los padres de él.

19

Para que el repudio resulte legalmente válido el marido ha de reunir las condiciones normales de capacidad, esto es ha de ser musulmán, púber y sano de mente. Se requiere asimismo la intención de repudiar. La interpretación del alcance de esa intención difiere según las escuelas pero a grandes rasgos cabe afirmar que el repudio aunque se pronuncie en broma (sin intención sería de poner fin al matrimonio) surte efectos si se emplea una fórmula explícita. Únicamente los hanafitas consideran operante el repudio efectuado por constricción o error (de lenguaje). El repudio pronunciado en estado de embriaguez es, en principio, inoperante. Este requisito se recoge en las legislaciones actuales, por ejemplo en la marroquí, en los siguientes términos: “No tiene efecto el repudio pronunciado en estado de completa embriaguez o como resultado de violencia o en un acceso de ira que haga perder, en todo o en parte, el control mental” (artículo 49).

La intención de repudiar debe manifestarse ya sea de palabra –lo más habitual–, por escrito o, incluso, en el rito *malikita*, por gestos. En las obras del *fiq* es sorprendente la variedad y minuciosidad de fórmulas de repudio que se consignan y su diversa eficacia. Existen fórmulas explícitas y figuradas. Las explícitas entrañan automáticamente la repudiación sin necesidad de que el marido jure que tenía intención de repudiar a la mujer e incluso aunque niegue tal intención. La fórmula figurada sólo conlleva la repudiación si se acompaña de intención por lo que, en caso de contestación, el marido es apelado a jurar si tenía o no intención de repudiar.

*obedecen, no os metáis más con ellas. Dios es excelso, grande”* (4, 34). El orden prescrito para la corrección era primero la mera reprimenda o amonestación, a continuación relegar a la mujer interrumpiendo las relaciones con ella, finalmente, sólo si los anteriores medios resultaban ineficaces, se admitía el castigo corporal que, en cualquier caso, debía ser moderado. En los actuales Códigos de los Estados islámicos no se hace referencia a este derecho.

Son derechos tradicionalmente reconocidos a la mujer tanto en el derecho islámico clásico como en las legislaciones actuales, el derecho a ser tratada con justicia y equidad en el caso de matrimonio polígamo, el derecho a visitar y recibir a sus parientes según los usos y el derecho a disponer libremente de su propio patrimonio<sup>18</sup>.

El matrimonio musulmán no genera ninguna comunidad de bienes o ganancias entre los esposos, manteniéndose separados los patrimonios de ambos y reteniendo cada uno plena potestad para administrarlo libremente. Tal vez resulte chocante con la autoridad que se atribuye al marido sobre la mujer, el que en el Islam se haya reconocido siempre el derecho a la mujer a disponer libremente de su patrimonio sin supervisión o intromisión alguna del marido salvo, en la escuela *malikita*, para los actos de disposición a título gratuito que la mujer concluya en favor de personas extrañas a la familia, pues en este caso se entiende que podrían perjudicarse los derechos sucesorios del marido.

De una concepción patriarcal y de preeminencia del marido sobre la mujer se ha apartado considerablemente el Código tunecino tras la reforma de julio de 1993. Aunque el artículo 23 sigue mencionando al marido como cabeza de familia, prescribe que “cada uno de los cónyuges debe tratar al otro con benevolencia, vivir en buena relación con él y evitar causarle perjuicios. Ambos cónyuges deben cumplir sus deberes conyugales conforme a los usos y las costumbres y colaborar para conducir los asuntos de la familia, la buena educación de los hijos y la gestión de los asuntos tales como la enseñanza, los viajes, las operaciones financieras, etc.”. De algún modo se establece la corresponsabilidad en el gobierno de los asuntos familiares y la única referencia que hace a derechos o deberes específicos del varón o de la mujer es el deber del marido de sostener a la mujer y a los hijos e hijas pero precisando, como ya hemos señalado, que si la mujer tiene medios contribuirá a las cargas familiares.

#### 4. POSICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN LA RUPTURA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL; EL REPUDIO UNILATERAL O TALAK

Una vez que hemos examinado la posición jurídica de la mujer en la constitución del vínculo y en las relaciones conyugales, haremos referencia a la posición de ésta en las crisis matrimoniales.

La extinción del vínculo conyugal conlleva el sometimiento de la mujer a un periodo de retiro legal denominado *idda* que se extiende durante tres periodos menstruales o hasta el momento del parto si la mujer está encinta. Durante este tiempo la mujer debe permanecer en el domicilio conyugal, mantiene el derecho a alimentos –*nafaga*– y no puede contraer nuevo matrimonio. La finalidad primordial del retiro legal es asegurar la determinación de la paternidad en caso de embarazo.

Aparte de los supuestos de nulidad absoluta y relativa del matrimonio y de la disolución por fallecimiento de alguno de los contrayentes, el matrimonio islámico se disuelve por tres modos: el repudio unilateral y extrajudicial o *talak*, el repudio consensual mediante compensación –*hul*– y la disolución judicial –*trafriqat*–. Por no extendernos excesivamente nos centraremos aquí únicamente en la figura del repudio unilateral o *talak* que es la más problemática en cuanto a la posición de la mujer.

El *talak* es el privilegio que se concede al marido de poner fin al matrimonio de una manera discrecional, sin necesidad de motivar su decisión, de intervención judicial alguna ni tampoco del consentimiento de la mujer.

En los usos preislámicos, el recurso al repudio era práctica tan común y abusiva que las disposiciones coránicas intentan restringir condicionándola a una serie de requisitos cuya interpretación varía en las distintas escuelas. El repudio se valoró como una conducta moralmente reprobada. Así, según palabras atribuidas al Profeta, “entre las cosas lícitas, ninguna es más odiosa a Alá que la del repudio”. Ahora bien, aún considerándose moralmente reprobado, el derecho islámico clásico entiende que el repudio disuelve jurídicamente el vínculo matrimonial y tal eficacia se mantiene en la actualidad<sup>19</sup>.

Es posible distinguir dos tipos de repudio: el revocable y el irrevocable. Sólo el repudio



que se ha pronunciado por tres veces produce la disolución irrevocable del vínculo matrimonial, reputándose revocables las dos primeras formulaciones. Tal prescripción se apoya en el siguiente pasaje coránico: “*El repudio se permite dos veces. Entonces, o se retiene a la mujer tratándola como se debe, o se la deja marchar de buena manera*” (2, 229).

Posteriormente se admitió con carácter general la práctica según la cual el marido puede repudiar a su mujer de forma irrevocable mediante una única fórmula a la que la ley atribuye la fuerza de tres. De este modo, el varón puede optar a su libre arbitrio por un repudio irrevocable o por uno con valor meramente suspensivo.

En el repudio revocable, una vez que se ha pronunciado, la mujer entra en el periodo de continencia –*idda*–, manteniendo el derecho a la *nafaka*. Mientras dura este periodo, el marido puede retractarse y reanudar la vida conyugal. 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<sup>20</sup>.

El repudio irrevocable disuelve el matrimonio automáticamente. Durante la *idda* la mujer mantiene el derecho de alimentos, pero las partes no pueden reanudar la vida conyugal para lo cual deberán esperar a que termine el periodo de retiro y realizar un nuevo contrato matrimonial con consentimiento y dote. Esta nueva celebración se permite sin ninguna traba en el repudio irrevocable menor o imperfecto –*sugra*–. Si se trata de un repudio irrevocable mayor o perfecto –*kubra*– no se admite el nuevo matrimonio entre ellos salvo que la mujer después del repudio haya contraído y consumado matrimonio con otro hombre, que éste se haya disuelto y se haya cumplido el consiguiente retiro legal<sup>21</sup>.

Las actuales legislaciones islámicas, a excepción de Túnez, mantienen el derecho del marido a repudiar a su mujer si bien, al igual que ocurría con la poligamia, tratan de introducir cortapisas al mismo. Así en Marruecos, tras la reforma de 10 de septiembre de 1993, el repudio se reglamenta de manera más restrictiva, intentando introducir cierto carácter contradictorio para proteger mejor a la mujer. Se establece de este modo que es necesaria la presencia de las

dos partes y la autorización del juez. Asimismo se exige que el repudio se pronuncie en la circunscripción del domicilio conyugal para evitar que el marido repudie a su mujer lejos del mismo, cuando está de viaje, y que ésta tarde en enterarse, práctica que no ha sido extraña. La necesaria autorización del juez obliga a éste a realizar una tentativa de reconciliación antes del repudio y a asegurarse del cumplimiento por parte del marido de sus obligaciones económicas. Se reglamenta también el derecho de la mujer a una compensación económica en caso de repudio sin causa justificada.

La admisión del repudio en la mayor parte de los países islámicos ha conducido a estos países a introducir reservas a aquellos preceptos de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que se refieren a la igualdad entre el hombre y la mujer en cuanto a los derechos y deberes en la disolución del matrimonio<sup>22</sup>. Argumentan sus reservas señalando que la igualdad en esos términos es incompatible con la *Sharia* y con la tutela del sagrado vínculo del matrimonio. Lo que preserva ese vínculo es el equilibrio que se establece reconociendo a la mujer derechos y responsabilidades equivalentes a los de su esposo en un marco de complementariedad y no de identidad. Así afirma por ejemplo Egipto, en su reserva al artículo 16<sup>23</sup>, que los preceptos de la *Sharia* imponen que el marido pague la dote a la mujer y la mantenga completamente y le pague también una cantidad en caso de divorcio, mientras que la mujer retiene pleno derecho sobre sus propiedades y no está obligada a gastar nada en su mantenimiento. Por eso, la *Sharia* restringe los derechos de la mujer al divorcio haciéndolo depender de una resolución judicial, mientras que para el marido no se establece tal restricción.

Esta afirmación del gobierno egipcio es ilustrativa de la concepción de buena parte de la sociedad islámica acerca de la posición de las partes en el matrimonio en el sentido de entender que ésta no es de igualdad sino de supremacía –el varón– y sumisión –la mujer– en virtud del diferente papel que corresponde a cada uno. Partiendo de ahí ciertamente el derecho islámico trata de proteger a la mujer –siempre que esta asuma el papel que se le asigna– y de evitar que el varón abuse de su supremacía o deje a la mujer –que depende de él– en situación de desamparo.

20

Cfr. por ejemplo el artículo 68 de la *Mudawana* marroquí que establece que “*en caso de repudio revocable el marido puede, antes de que termine el retiro legal, retomar a su mujer sin necesidad de pago de un nuevo sadaq y sin intervención del wali. Este derecho es irrenunciable*”. Asimismo se afirma que “*a la expiración del retiro legal que sigue a un repudio revocable, la mujer queda libre definitivamente*” (art. 69).

21

Cfr. a este respecto la vigente legislación marroquí que prescribe lo siguiente: “*El repudio irrevocable disuelve inmediatamente el vínculo conyugal pero no impide un nuevo contrato, a excepción del pronunciado por tercera vez*” (art. 70). “*El tercer repudio disuelve inmediatamente el vínculo conyugal e impide contraer con la misma mujer si ésta no ha cumplido el retiro legal que sigue al matrimonio con otro marido, matrimonio que debe haberse consumado efectivamente y en los modos impuestos por la ley*” (art. 71).

22

De los 56 Estados miembros de la OCI, 43 han suscrito la convención. Únicamente no lo han hecho Arabia Saudí, Bahrein, Brunei Darussalam, Emiratos Arabes Unidos, Irán, Mauritania, Níger, Omán, Qatar, Siria, Somalia y Sudán. Ahora bien las reservas introducidas son de tal naturaleza que en muchos casos hacen dudar del alcance del compromiso adquirido por el Estado. De entrada y con carácter general, varios países declaran que su adhesión al Convenio está subordinada a que sus disposiciones no entren en conflicto con la *Sharia* islámica, con la Constitución del país o con la legislación civil del mismo.

23

Aparte de las declaraciones generales a las que nos hemos referido en la anterior nota, el artículo 16, que es el que se refiere a la igualdad de la mujer en el ámbito del matrimonio, ha suscitado reservas específicas de los siguientes Estados islámicos: Argelia, Bangladesh, Egipto, Irak, Maldivas, Marruecos, Jordania, Líbano, Túnez, Kuwait, Libia y Malasia.