

Belén Vielba Cantero

Divortium versus Talaq:
antecedentes históricos de la disolución matrimonial

Trabajo de Fin de Grado

Dirigido por el Dr. Albert Gómez Jordán

Grado en Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2022

El presente Trabajo de Fin de Grado se ha realizado en la modalidad de Trabajo de Investigación. Asimismo, este estudio se presenta siguiendo las normas de la revista GLOSSAE (*European Journal of Legal History*) publicada por el Instituto de Estudios Sociales y Políticos.

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre los antecedentes históricos de la disolución matrimonial. En concreto, se analizan dos instituciones arcaicas distintas, como son el *divortium* en Derecho romano y el *talaq* de la ley islámica, así como la dote en ambos sistemas jurídicos. Asimismo, en el presente estudio también se examina cuál ha sido la evolución normativa del divorcio islámico en las codificaciones y el reconocimiento de dichos divorcios en el ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE

Matrimonio – Divorcio – *Divortium* – *Talaq* - Repudio – Dote – Derecho islámico – Derecho romano

RESUM

El present treball tracta sobre els antecedents històrics de la dissolució matrimonial. En concret, s'analitzen dues institucions arcaiques, com son el *divortium* en Dret romà i el *talaq* de la llei islàmica, així com la dot en els dos sistemes jurídics. Així mateix, en el present estudio també s'examina quina ha sigut l'evolució normativa del divorci islàmic en les codificacions i el reconeixement d'aquests divorcis en l'ordenament jurídic espanyol.

PARAULES CLAU

Matrimoni – Divorci – *Divortium* – *Talaq* – Repudi – Dot – Dret islàmic – Dret romà

ABSTRACT

This paper deals with the historical background of marital dissolution. In particular, it analyses two different archaic institutions, namely the *divortium* in Roman law and the *talaq* in Islamic law, as well as the dowry in both legal systems. Likewise, this study also

examines the evolution of Islamic divorce in the codifications and the recognition of such divorces in the Spanish legal system.

KEYWORDS

Marriage – Divorce – *Divortium* – *Talaq* Repudiation – Dowry – Islamic law – Roman law

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	8
INTRODUCCIÓN	9
1. EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO	11
1.1. Introducción del concepto romano.....	11
1.2. La regulación del divorcio en el derecho romano.....	11
1.2.1. Época clásica.....	11
1.2.2. Época postclásica	15
1.2.3. Época justiniana	17
1.3. Las relaciones patrimoniales. La dote.....	19
1.4. El adulterio.....	22
2. EL DIVORCIO EN EL DERECHO ISLÁMICO.....	23
2.1. Introducción del concepto en la ley islámica	23
2.2. El <i>talaq</i> en la tradición jurídica islámica.....	26
2.3. El divorcio en los sistemas jurídicos islámicos actuales.....	33
2.3.1. Código Civil de Familia de Marruecos	34
2.3.2. Código Tunecino de Estatuto Personal	36
2.3.3. Código Sudanés de Estatuto Personal.....	37
2.4. <i>Mahr</i> en el derecho islámico.....	38
2.5. Reconocimiento de los repudios islámicos en el sistema jurídico español..	40
3. COMPARATIVA ENTRE DIVORTIUM Y TALAQ	45
CONCLUSIONES	49
BIBLIOGRAFIA.....	51
APÉNDICE I. CÓDIGO DE FAMILIA DE MARRUECOS.....	53
APÉNDICE II. CÓDIGO TUNECINO DEL ESTATUTO PERSONAL	67
APÉNDICE III. CÓDIGO SUDANÉS DEL ESTATUTO PERSONAL.....	71
APÉNDICE IV. AUTO TRIBUNAL SUPREMO 3059/1990	83

ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
a.C	Antes de Cristo
d.C	Después de Cristo
D.	Digesto
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
ed.	Edición
Gai.	Instituciones de Gayo (<i>Gaii Institutiones</i>)
N.º	Número
op. cit.	<i>Opus citatum</i> , obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
RAE	Real Academia Española
Vs.	<i>Versus</i> , contra

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal del presente trabajo de fin de grado es analizar los antecedentes históricos de la disolución matrimonial tanto en derecho romano (*divortium*) como en derecho islámico (*talaq*) y de esta manera poder realizar una comparativa de las dos instituciones arcaicas, examinando sus similitudes y diferencias. Asimismo, este estudio pretende ofrecer un análisis de la evolución del divorcio en el derecho islámico y cómo los diversos tipos de divorcios pueden o no ser reconocidos en el ordenamiento jurídico español.

La elección del tema se debe a la importancia de analizar los ordenamientos jurídicos del pasado para entender los del presente. Analizando el Derecho romano -que está en la base de la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales- y comparándolo con el Derecho islámico, podemos llegar a comprender la evolución de la disolución matrimonial desde los períodos más arcaicos hasta la actualidad.

En este sentido, tener la posibilidad de investigar y hallar información sobre estas dos instituciones arcaicas me genera un gran interés, puesto que nunca había estudiado cómo se regulaba la institución del divorcio en el Derecho islámico. A su vez, comparándolo con el Derecho romano, podremos ver las diferencias y similitudes entre estas dos culturas y, además, saber cómo ha evolucionado el divorcio con el paso de los años.

La metodología de investigación utilizada para el presente trabajo ha sido el método histórico-crítico en el análisis de las fuentes, puesto que se analizan fuentes antiguas, como son el Digesto o el Corán y se realiza una crítica en relación con la disolución del matrimonio.

El trabajo se estructura en tres partes. Una primera parte, en la que se analiza el divorcio en el Derecho romano. Una segunda parte, en la que se examina lo que se entiende por divorcio en el Derecho islámico. Y, una tercera parte, en el que se realiza una comparativa entre el *divortium* y el *talaq*.

Se ha estructurado el trabajo de esta forma para entender en primer lugar cuáles son los antecedentes históricos del divorcio y seguidamente ir viendo poco a poco cómo ha evolucionado el divorcio en el Islam hasta la actualidad y examinar cómo se puede producir en nuestro ordenamiento jurídico actual el reconocimiento del divorcio islámico (según los tipos).

Al final del trabajo, se comparan las dos instituciones, viendo su evolución en el tiempo. El trabajo desemboca finalmente en unas conclusiones en las que se exponen los resultados obtenidos del estudio.

1. EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO

1.1. Introducción del concepto romano

En Derecho Romano se considera matrimonio el hecho jurídico basado sobre la convivencia entre un hombre y una mujer, unidos por la *affectio maritalis*, es decir, la intención de tenerse como marido y mujer de modo permanente¹.

Introduciendo el concepto del divorcio, sabemos que es la disolución legal del matrimonio que permite que los cónyuges puedan contraer otro matrimonio. Es decir, surge cuando una o ambas partes ponen fin al matrimonio y cesa la *affectio maritalis*.

Podemos decir que en el Derecho Romano el divorcio se admite desde sus inicios, en que la mujer estaba sometida a la *manus* del marido y, por lo tanto, que la figura femenina no podía repudiar a la figura masculina.

1.2. La regulación del divorcio en el derecho romano

1.2.1. Época clásica

La época clásica es un período del Derecho romano que va desde el inicio de la primera guerra Púnica (264 a.C.) hasta la mitad del siglo III a.C.²; en concreto, hasta el asesinato del emperador Alejandro Severo (235 d.C.).

En esta época, para poder contraer matrimonio, se debía tener la capacidad matrimonial, que era el *connubium*. Se debe diferenciar, que si el matrimonio era con un esclavo o entre esclavos se denomina *contubernium*.

A partir del siglo II a.C.³ el matrimonio *cum manu* cae en desuso y, los matrimonios que se contraían no tenían ninguna formalidad constitutiva.

¹ Robles Velasco L.M., *Unidades didácticas de Derecho Romano Privado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 437

² Cantarella, E., *Instituciones e historia del Derecho Romano. Maiores in legibus*, Ed. Tirant lo Blanch Valencia, 2017, p. 263

³ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 276

Una definición (cuestionable) sobre el matrimonio, viene contenida en el Digesto 23,2,1⁴:

Modestinus libro primo regularum
Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini
*et humani iuris communicatio.*⁵

Esta capacidad matrimonial estaba vinculada a la ciudadanía romana, por lo que, si hablamos de un matrimonio con un extranjero, no se producían efectos en Roma, pero sí en el Estado al que pertenecía el cónyuge no romano. La capacidad para poder contraer matrimonio se relacionaba con el estado de libertad.

A parte de la capacidad matrimonial, el *connubium* se vinculaba a la pubertad, que era comprobada por una inspección corporal (*inspectio corporis*).

D'ORS nos muestra que “hay matrimonio romano legítimo cuando un hombre y una mujer alcanzan la pubertad y reúnen todas las condiciones legales, conviven con apariencia conyugal honorable (*honor maritalis, affectio maritalis*)”⁶.

Un signo externo que nos permite identificar que existe el *honor maritalis* es la dote, pero el elemento esencial es la convivencia, que es un elemento de consentimiento duradero, la intención de comportarse como marido y mujer de forma recíproca, dando significado a la *affectio maritalis*.

Así pues, podemos definir la *affectio maritalis*⁷ como el concurso de la voluntad de los contrayentes de contraer matrimonio y mantenerlo de forma constante.

En suma, para poder contraer matrimonio tenemos unos requisitos⁸ necesarios, que son:

⁴ Todos los fragmentos del Digesto incluidos en el presente trabajo han sido extraídos de Mommsen, T.; Krueger, P. *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed., 22ª Edición, Berlín, 1973

⁵ Modestino; Reglas, libro I. – El matrimonio es unión entre varón y hembra, y compañía de toda su vida: son también comunicación del derecho divino y humano. Vid. Gómez Marín, M.; Gil y Gómez, P., *Cuerpo del Derecho Civil ó sea Digesto, Código, novelas e Instituta de Justiniano en castellano y latín*, Tomo II, Madrid, 1873.

⁶ Miquel, J. *Derecho romano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 278

⁷ Robles Velasco L.M., *op. cit.*, p. 442

⁸ Robles Velasco L.M., *op. cit.*, p. 439

- Haber llegado a la pubertad. Para los hombres es a los 14 años y, para las mujeres 12 años (*edad núbil*).
- Estar en posesión del *status libertatis* y del *status civitatis*.
- Existencia de *affectio maritalis*.
- Consentimiento del *pater familias*, en el caso que los contrayentes fuesen *alieni iuris*.
- Convivencia.

En esta época, también hay que remarcar que dio lugar a lo que se llama matrimonio *sine manu*⁹, que surgió porque el recuso al *usus* fue desapareciendo progresivamente. La elección de un matrimonio *cum mano* y uno *sine manu* era una decisión muy importante para el patrimonio familiar.

La *manus*¹⁰ hace referencia al poder marital sobre la mujer, cuya adquisición conlleva a la extinción de los vínculos preexistentes con la familia de la mujer. La *manus* incapacita a la mujer de tener y gobernar su patrimonio y, si ésta es *sui iuris* y tiene patrimonio propio, su patrimonio pasa a pertenecer al patrimonio del marido.

Existen tres modos por los que se puede adquirir la *manus*:

1. Adquisición por la *confarreatio*¹¹, que era una ceremonia religiosa, en el que se ofrecía a Júpiter el pan de farro (Gai. 1,112¹²), en presencia de diez testigos y el *flamen Dialis*¹³.
2. Adquisición por *coemptio*, que es un acto solemne, bastante similar a una compra ficticia.
3. Adquisición por *usus*, que era el ejercicio interrumpido, durante un año, sobre la mujer y, que estaba sometida a su *potestas*. Especie de posesión continuada de modo ficticio.

⁹ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 270

¹⁰ Giménez-Candela, T., *Derecho Privado Romano*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia 2020, p. 221

¹¹ Giménez-Candela, T., *op. cit.*, p. 221

¹² Las mujeres se sujetan también al poder del marido por el *farreum*, mediante cierto género de sacrificio en el cual se sirve una torta hecha con harina de trigo (*panis farreus*) de donde proviene el nombre de *confarreatio* dadoá esta ceremonia. Sin embargo, para completar el acto y que quede constituido aquel derecho es indispensable practicar otros muchos ritos y pronunciar ciertas palabras solemnes en presencia de die testigos

¹³ Sacerdote de Júpiter

La *manus* se podía adquirir independientemente del matrimonio, ya que es un derecho y el matrimonio una situación de hecho, pero esta adquisición de poder podía servir como inicio del matrimonio (*cum manu*)¹⁴.

Ahora bien, centrándonos en la disolución del matrimonio¹⁵, podemos decir que se rompía por la muerte de alguno de los cónyuges o por una serie de razones dependientes o independientes de su voluntad. En concreto, un texto de Paulo contenido en el Digesto, nos dice lo siguiente:

D. 24,2,1:

Paulus libro 35 ad edictum

*Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*¹⁶

En primer lugar, como una de estas razones tenemos la pérdida de la libertad o de la ciudadanía de uno de los cónyuges. Hablamos de una condición que no es considerada derecho, puesto que nos referimos a consciencias jurídicas¹⁷.

Podemos hablar de pérdida de libertad y disolución de matrimonio cuando uno de los cónyuges caía en manos del enemigo por cautiverio de guerra. En el caso de recuperar la libertad, se podría rehacer el matrimonio con el antiguo cónyuge, pero no de forma automática.

Además, se podía perder la ciudadanía por exilio y, a su vez, provocaba el divorcio, pero cabe tener en cuenta que en la época justiniana esta razón no era causa de disolución matrimonial.

¹⁴ Giménez-Candela, T., *op. cit.*, p. 222

¹⁵ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 271

¹⁶ Paulo; Comentarios al Edicto, libro XXXV. – El matrimonio se disuelve por muerte, el divorcio, el cautiverio, u otra servidumbre, que acontezca á alguno de los cónyuges. Vid. Gómez Marín, M.; Gil y Gómez, P., *op. cit.*

¹⁷ Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2017, pp. 268 – 273

En segundo lugar, tenemos el divorcio por voluntad del marido¹⁸. El divorcio se puede traducir como *divertere*, que significa tomar camino separados, separarse, irse por caminos separados y, es un término que está vinculado al repudio. Por lo tanto, podemos decir que era una causa de disolución, porque ya no existía la voluntad de continuar con la relación matrimonial y, por tanto, significaba la pérdida de la *affectio maritalis*.

Esta voluntad de poner fin a la relación matrimonial podía darse entre los cónyuges o por el *paterfamilias* de uno de ellos. Además, cabe remarcar que esta voluntad únicamente la tenía el marido, que mediante una ley atribuida a Rómulo podía solicitar el divorcio. En esta ley se decretaba que, si el divorcio se consideraba como no justificado, el patrimonio del marido pasaba a ser mitad para la mujer y mitad para la diosa Ceres, diosa de la agricultura.

Más adelante, se confirmó el divorcio en las XII Tablas, que se puso como requerimiento que el marido tuviese que decir las palabras “*tuas res tibi habeto*”. Las XII Tablas definían que el divorcio era lícito si la ley atribuida a Rómulo se había establecido que lo era. Por esto, podemos decir que durante los primeros siglos el divorcio no tenía regulación establecida.

En tercer lugar, hallamos el divorcio por voluntad del *paterfamilias*¹⁹. En este caso nos referimos cuando la disolución del matrimonio viene dada en el cese de la voluntad o consentimiento de los padres.

Además, a parte de estos tipos de divorcio también existía el divorcio por incapacidad sobrevenida, que era la pérdida de la libertad o de la ciudadanía o por la adopción de uno de los cónyuges por parte del *paterfamilias*.

1.2.2 *Época postclásica*

La época postclásica tiene un período cronológico que va desde el asesinato de Alejandro Severo, en el año 235 d.C, hasta el ascenso del emperador Justiniano al trono, año 527 d.C.

¹⁸ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 271

¹⁹ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 273

El matrimonio no se consolidaba únicamente por la *affectio maritalis*, sino que iba acompañado de ceremonias que daban solemnidad al acto, que podía variar dependiendo de la clase social, de la edad de los cónyuges y de si alguno de ellos había contraído matrimonio anteriormente.²⁰

En esta época postclásica, la disolución del matrimonio se daba por la voluntad de los cónyuges o por causas independientes a su voluntad²¹.

Por una parte, como ya se ha comentado antes, el matrimonio asumía una nueva estructura y esto también afectaba a la disolución del matrimonio. Haciendo referencia a la disolución por voluntad de los cónyuges, el matrimonio se podía romper con la simple desaparición de la intención de continuar siendo marido y mujer y que dejaran de convivir.

Además, las fases solemnes eran simples formalidades que ayudaban a manifestar la voluntad de divorciarse. En la época postclásica podía servir como vía de divorcio una notificación²² por escrito entregada o remitida al otro cónyuge y la libertad era total. En este punto, debemos destacar, que la figura de la mujer siempre tenía más dificultades para poder llegar al divorcio.

Por otra parte, existían divorcios por causas independientes a la voluntad de los cónyuges, que tenían que ver con la voluntad del *pater familias* y con algunas circunstancias que hacían desaparecer el *connubium*.

Cuando el *pater familias* cesaba su voluntad²³ sobre la continuidad del matrimonio ello conllevaba la disolución del matrimonio. Con el paso del tiempo y con la nueva concepción de las relaciones familiares se llegó a la conclusión de que había un abuso de poder²⁴.

²⁰ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 277

²¹ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 290

²² Cantarella, E., *op. cit.*, p. 291

²³ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 291

²⁴ D. 24,2,4 (*Ulpianus*)

Cada vez se consideraba más inaceptable la disolución del matrimonio por parte de una tercera persona, hasta que con el paso de los años dejó de ser una causa de disolución.

No obstante, a parte del cese por voluntad del *pater familias*, también se podía dar la disolución por cese del *connubium*. El *connubium* era la capacidad matrimonial y, por tanto, daba lugar a la disolución del matrimonio. Esto sucedía en dos ocasiones²⁵:

1. Cuando uno de los cónyuges perdía el estatuto de persona libre (*status libertatis*), que podía ser dado por motivo de prisión de guerra o por condena penal.
2. Cuando uno de los cónyuges perdía la ciudadanía romana, siempre y cuando no hubiese adquirido la ciudadanía de otra comunidad en la que sí que se le concede el *connubium*.

En el Derecho postclásico debemos tener presente la diferencia entre repudio y divorcio. Se entiende como repudio la declaración de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges para llevar a cabo la disolución del matrimonio, mientras que entendemos como divorcio la manifestación de mutuo acuerdo de romper el vínculo entre ellos.

1.2.3 *Época justiniana*

La época justiniana empieza el año 527 d.C con el ascenso al trono del emperador Justiniano I, hasta la muerte de Justiniano en el año 565 d.C. y fue una de las instituciones que sufrió más transformaciones²⁶ y adaptaciones a su época.

Así pues, se establecieron nuevas normas²⁷ en materia de disolución del matrimonio, limitando por una parte la ruptura por parte de los cónyuges y, por otra parte, las circunstancias que hacían posible la ruptura por causas independientes.

²⁵ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 293

²⁶ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 297

²⁷ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 298

En cuanto al divorcio, se puede decir que se convirtió en un acto formal por parte de los emperadores, que establecieron la necesidad de enviar al cónyuge afectado un *libellus repudii*, es decir, un escrito de repudio. Además, hay que añadir que el divorcio tendría una serie de castigos y se podían clasificar los divorcios como *ex iusta causa*, *sine ulla causa*, *communi consensu* y *divortium bona gratia*.

En primer lugar, encontramos el divorcio *ex iusta causa*²⁸, que eran un tipo de divorcios que se daban por iniciativa de una de las partes y se inculpaba al otro cónyuge, que era variable dependiendo si era por parte del marido o de la mujer. Podemos decir que era culpa del marido haber intentado prostituir a la mujer y culpa de la mujer acudir a baños públicos sin consentimiento del marido.

Cuando no había causas para culpar al otro cónyuge, el que había pedido la disolución del matrimonio era sancionado de forma económica, con la pérdida de la dote y de la *donatio propter nuptias* y con la incapacidad para poder contraer de nuevo matrimonio durante un tiempo.

En segundo lugar, también se concebía en época justiniana el divorcio *sine ulla causa*²⁹, que era aquél que se daba por iniciativa de una sola de las partes, fuera de los casos que se regulaban en la ley y que también tenían un castigo.

Este tipo de divorcio se llevaba a cabo con la aplicación de sanciones económicas³⁰; es decir, si la mujer era la persona que buscaba la disolución del matrimonio, corría el riesgo de perder la dote. En cambio, si lo buscaba el marido se podía aplicar la pérdida de los derechos que éste poseía sobre la dote.

En tercer lugar, nos encontramos los divorcios *communi consensu*, entendidos como divorcios por mutuo acuerdo, sin justa causa. Esta clasificación de divorcio también llevaba aparejada unas sanciones, pero se consideró que eran muy desfavorables y se acabaron revocando.

²⁸ Fernández de Buján, A., *op. cit.*, p. 273

²⁹ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 299

³⁰ Miquel, J. *op. cit.*, p. 287

En cuarto y último lugar, cabría señalar el divorcio *bona gratia*³¹. Esta tipología de *divortium* surge por impotencia sobrevenida, por cautiverio de guerra; es decir, por motivos que no son derivados de culpa de ninguno de los cónyuges.

En la época de Justiniano se trató de impedir que el divorcio tuviese efectos inmediatos, estableciendo que no habría disolución de matrimonio y no se podía contraer nuevo matrimonio hasta que no constase la muerte del cónyuge cautivo o, en caso de duda, esperar un período de cinco años.

Con esta nueva regulación, el emperador estableció nuevas sanciones pecuniarias, para aquellos que incumplieran la norma y contrajeran un nuevo matrimonio.

1.3. Las relaciones patrimoniales. La dote.

En las relaciones patrimoniales entre los cónyuges hablamos de lo que se llama “dote”³². Entendemos como dote la cantidad de bienes que la mujer (u otro en nombre de ella) entrega al marido para sobrellevar las cargas del matrimonio³³. Esto sucedía tanto si la mujer pasaba a formar parte de la familia del marido, como si no. En la época de Justiniano se reconoció como un derecho natural de la mujer.

Aunque la dote fuese una característica de los matrimonios con *manus*, muy pronto se extiende a los matrimonios sin *manu*. No obstante, cabe remarcar que cuando se habla de dote no se especifica el tipo de matrimonio³⁴.

Esta cantidad de bienes iban destinados para sostener las cargas económicas del matrimonio. En todo caso, en época clásica era el marido quien ostentaba la propiedad de los bienes.

Dependiendo de la persona que constituía la dote podemos diferenciar diversas clases de dote:

³¹ Miquel, J. *op. cit.*, p. 287

³² Daza Martínez, J., Rodríguez Ennes, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 454 - 457

³³ Miquel, J. *op. cit.*, p. 289

³⁴ Miquel, J. *op. cit.*, p. 289

- *Dos profecticia*, que era la que estaba constituida por el *paterfamilias* de la mujer.
- *Dos adventicia*, constituida por cualquier persona que no fuera el *paterfamilias*.
- *Dos recepticia*, que hace referencia a la persona constituyente que debe recibir la devolución de la dote cuando se disuelve el matrimonio y, que no sea ni el progenitor ni el *paterfamilias*.

A diferencia del Derecho romano clásico, en la época de Justiniano también se puede hablar de la *Dos necessaria* y de la *Dos voluntaria*, diferenciándolas entre ellas.

La *Dos necessaria* hace referencia a la dote que por ley están obligadas a constituir determinadas personas, es decir, es la dote constituida por la mujer, su padre o ascendente paterno y, excepcionalmente por la madre, puesto que estas personas están obligadas a la constitución de ésta. Y la *Dos voluntaria* hace referencia a la dote constituida por cualquier otra persona, que no sean las mencionadas anteriormente.

En la situación que la mujer fuera abandonada sin motivo, se puso una solución para proteger su economía en el momento de la disolución matrimonial. La solución consistía en una promesa de restitución que debía hacer el marido en el momento del matrimonio, que se denominó como *cuatio rei uxoriae*.

El marido se comprometía a restituir la dote en caso de divorcio no justificado, es decir, que la dote debería ser devuelta a la mujer en el momento que el matrimonio llegase a su disolución. En este sentido encontramos un fragmento en el Digesto, del jurista Ulpiano, que señala lo siguiente:

La entrega de la dote viene referida en D. 24, 3, 2³⁵:

Ulpianus libro 35 ad Sabinum

pr. Solutio matrimonio solvi mulieri dos debet. Nec cogitur maritus alii eam ab initio stipulanti promittere, nisi hoc ei nihil nocet: nam si incommodum aliquod

³⁵ Ulpiano; Comentarios á Sabino, libro XXXV. – Se debe entregar la dote á la mujer disuelto el matrimonio, y al marido no se le precisa á prometerla al que al principio la estipuló, á no ser que esto no le perjudique; porque si en ello sospecha el marido alguna incomodidad, se ha de decir que no se le debe obligar á prometer á otro que á la mujer: esto se entiende si la mujer es madre de familias. Vid. Gómez Marín, M.; Gil y Gómez, P., *op. cit.*

maritus suspectum habet, non debere eum cogi alii quam uxori promittere dicendum est. Haec si sui iuris mulier est.

1. Quod si in patris potestate est et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiae dos est: denique pater non aliter quam ex voluntate filiae petere dotem nec per se nec per procuratorem potest. Sic ergo et promittendum Sabinus ait. Ei ergo promittendum erit, cui uterque iusserit. Ceterum si pater solus iussit, dotis actio filiae non erit adempta, quandoque sui iuris filia fuerit facta. Item si voluntate solius filiae promittatur, remanebit dotis actio integra patri: sed utrum ut et agat solus an et ut adiuncta quoque filiae persona experiri possit? Et puto nec eam actionem amissam, quam adiuncta filiae persona potest habere. Quod si sui iuris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio.

2. Voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat an vero ne contradicat filia? Et est ab imperatore Antonino rescriptum filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri. Et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scripsit quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementiae contradicere, consentire quis eam merito credet. Sed si absens filia sit, dicendum erit non ex voluntate eius id factum cavendumque ratam rem filiam habituram a patre: ubi enim sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere.

En resumidas cuentas, podemos afirmar que la dote fue una institución jurídica de protección y seguridad hacia la mujer creada por los juristas. Los cambios históricos no alteran la función de esta institución, que seguía dando protección a la mujer casada una vez disuelto el matrimonio.

1.4. El adulterio

Entendemos como *adulterium*³⁶ la unión o relación sexual entre dos personas, en que una de ella o ambas estaba bajo la *affectio maritalis* con otra persona.

Este concepto era diferente para hombres y mujeres. En el caso del marido se determinaba si era adúltero o no si la mujer con la que tenía relaciones sexuales estaba casada o no. En cambio, la mujer del matrimonio se la calificaba como adúltera fuese cual fuese el caso.

A partir de la *Lex Iulia*, el adulterio fue convertido en delito público, que era castigado con la *relegatio in isulam* de los culpables a la que se le añadían también sanciones pecuniarias. Más adelante, se substituyó este castigo por la pena de muerte, que consistía en quemar en la hoguera al adúltero o imponerles la *poena culleii*, que era una de las penas más aterradoras. En el caso que el marido matara a su esposa adúltera, éste era castigado como homicida.

En la época de Justiniano este delito público tuvo varias modificaciones. La primera modificación fue que la mujer adúltera no fuera condenada a muerte, aunque el castigo que impuso era duro para la culpable.

³⁶ Cantarella, E., *op. cit.*, p. 301

2. EL DIVORCIO EN EL DERECHO ISLÁMICO

2.1. Introducción del concepto en la ley islámica

Antes de profundizar en el concepto de divorcio en la ley del Islam, debemos partir de qué se entiende por matrimonio dentro del derecho islámico.

En el derecho islámico conciben el matrimonio (*nikah*³⁷) como un contrato que tiene aspecto religioso, el cual se menciona en el Corán³⁸ y, por lo tanto, supone una obligación.

El matrimonio, en el Islam, aun siendo un mandato coránico y divino, se caracteriza como un contrato civil entre una mujer y un hombre, que comprende las relaciones personales, filiales y económicas. Al estar hablando de matrimonio como contrato, se puede decir que éste puede ser rescindido por voluntad de las partes.

Para que el matrimonio islámico sea válido, deben constar tres elementos esenciales³⁹:

- La prestación del consentimiento, con intervención preceptiva del *wali*⁴⁰ o tutor matrimonial de la mujer,
- la dote; y
- la presencia de dos testigos.

Una vez tenemos una definición del matrimonio en el derecho islámico y sus tres elementos esenciales, podemos entrar a profundizar sobre el divorcio en la ley islámica.

Según Solanes⁴¹, se ha hecho un uso impreciso en Occidente de la terminología del Corán en relación con los distintos tipos de disolución del matrimonio, denominado

³⁷ Solanes, A., *Derechos y Culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 274

³⁸ Libro en que se contienen las revelaciones de Dios a Mahoma y que es fundamento de la religión musulmana, Vid. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014

³⁹ Tazón Cubanillas, A., *Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos*, Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, N.º 22, Universidad de Cantabria, 2008

⁴⁰ En algunos Estados musulmanes, gobernador de una provincia o de una parte de ella. Vid. RAE

⁴¹ Solanes, A., *op. cit.*, p. 302.

como *talaq*. En España, el término *talaq*, se identifica con el repudio, entendido, así como un acto de voluntad de poner fin a la convivencia conyugal. Podemos afirmar que no es una simple disolución ni un divorcio⁴², sino que es un privilegio del marido, al que no se puede oponer ni la mujer ni el juez. Así pues, se define como un acto privado, extrajudicial y unilateral aprobado por la ley islámica.

El Corán fundamenta el repudio, pero no es un acto⁴³ bien visto por la ley islámica. Según la tradición profética, “*El repudio es la cosa lícita más odiada por Dios*”. Este acto puede ser unilateral, cuando lo lleva a cabo el marido (varón casado), sin necesidad de motivo, o puede ser bilateral, cuando ha sido de mutuo acuerdo entre ambos cónyuges o cuando se emite el pago de una compensación pecuniaria por parte de la esposa.

La palabra *talaq* significa “verse libre de atadura”⁴⁴ y, se puede decir que es un derecho personal que tiene el marido. El marido, como se ha dicho anteriormente, no tiene que dar razones ni motivos por los cuales quiere llevar a cabo el repudio, ya que es él quien tiene autoridad sobre la esposa y, por tanto, puede ejercerlo personalmente o mediante un mandatario.

El marido tiene autoridad (*‘isma*⁴⁵) sobre la mujer y, por tanto, ésta debe obedecer al marido y no puede abandonar el domicilio conyugal si el marido no se lo permite. Además, tampoco podrá recibir visitas con las que le estaría prohibido casarse, tampoco puede salir a la calle sin velo, ni puede protestar si su marido toma a otra mujer (poligamia), etc.

En la actualidad, el matrimonio poligámico⁴⁶ es una de las instituciones más disputadas del derecho de familia islámico. Se entiende como poligamia el régimen familiar que permite al varón tener pluralidad de esposas. Esta institución se admite en todos los países islámicos, con excepción de Túnez.

⁴² Solanes, A., *op. cit.*, p. 308

⁴³ Solanes, A., *op. cit.*, p. 304

⁴⁴ Maíllo, F., *Diccionario de derecho islámico*, Ediciones Trea SL, Gijón, 2005, p. 398

⁴⁵ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 166

⁴⁶ Labaca Zabala, M^a L., *El matrimonio islámico y su repercusión en el derecho español (*)*, Revista Jurídica de Castilla y León, N.º 18, mayo 2009.

Volviendo al repudio y a lo mencionado anteriormente, el marido puede otorgar el repudio de distintas formas. Puede dar a la mujer el derecho de repudiarse ella misma (*tafwid*⁴⁷), reconocer el repudio condicional (*ta'liq at-talaq*), facultar a la mujer para que pueda repudiar en ciertos casos (*tamlik*⁴⁸) o aceptar el contrato conmutativo en que la esposa se rescata.

A modo general, podemos hallar diversas maneras⁴⁹ por las que se puede dar el *talaq* en la ley islámica:

- La repudiación, es decir, la decisión unilateral del marido.
- La disolución de mutuo acuerdo entre los cónyuges, que es lo mismo que el divorcio por consentimiento mutuo.
- La disolución tras la sentencia del cadí, de oficio o a petición de uno de los dos cónyuges, normalmente solicitada por la esposa. Se trata, por lo tanto, de una resolución judicial.
- La disolución por fallecimiento del cónyuge.

En todos los casos, se piensa que el marido en el momento de repudiar debe estar en su sano juicio y ser mayor de edad. También cabe destacar, que el repudio por mutuo consentimiento, renunciando recíprocamente a la obligación pecuniaria (*mubara'a*⁵⁰), únicamente es posible antes de la consumación.

El divorcio en el islam es muy diferente en comparación con el divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, ya que nosotros lo consideramos como la disolución del vínculo matrimonial, ya sea por voluntad de ambos cónyuges o únicamente por la voluntad de una de las partes, sin importar si lo solicita el marido o la mujer.

⁴⁷ Delegación de una autoridad o poder. Vid. Maíllo, F., *op. cit.*, p. 390

⁴⁸ Facultad dada a la mujer para repudiarse ella misma. Vid. Maíllo, F., *op. cit.*, p. 407

⁴⁹ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 398

⁵⁰ Liberación recíproca o mutuo quitamiento. Vid. Maíllo, F., *op. cit.*, p. 235

2.2. El *talaq* en la tradición jurídica islámica

Según la tradición jurídica islámica, la eficacia jurídica del repudio está sometida a diferentes requisitos materiales y condiciones formales de validez, pactados en el Corán y la Sunna⁵¹.

Existen diversas formas de repudio. En este sentido, podemos distinguir entre el lateral y el bilateral. Cuando se habla del repudio lateral hace referencia al que realiza el marido sin necesidad de demostrar ningún motivo y, éste puede ser regular o irregular. En cambio, cuando el deseo de poner fin al matrimonio es de ambos cónyuges y, por tanto, de mutuo acuerdo, nos encontramos ante el repudio bilateral.

Hecha una breve referencia al repudio y, antes de profundizar en los tipos de repudio, es importante hablar de las escuelas jurídicas islámicas⁵². Hacia el siglo IX se constata la existencia consolidada de cuatro formas diferentes de interpretación, es decir, cuatro escuelas jurídicas (*madhab*⁵³).

Estas escuelas, aun basándose en los mismos principios jurídicos, tienen sus propios tratados, diferente manera de resolver problemas idénticos, distinta forma de prioridad de aplicación de las fuentes y diversas maneras de conformar la estructura de las instituciones jurídicas.

Como ya se ha comentado anteriormente, hallamos cuatro escuelas diferentes, que son la escuela hanafi, la escuela malikí, la escuela shafi'í y la escuela hanbalí. Pasamos a continuación a realizar una breve explicación de cada una de ellas:

⁵¹ La Sunna es una de las fuentes del Islam, que se identifica como un modelo de comportamiento ejemplar. Según la RAE, es el conjunto de preceptos que se atribuye a Mahoma y a los primeros cuatro califas ortodoxos. Vid. RAE

⁵² Martos Quesada, J., *Islam y Derecho: Las escuelas jurídicas en Al-Andalus*, Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura, N.º 731, Universidad Complutense de Madrid, 2008

⁵³ Término por el que se conocen en el islam las diferentes escuelas o corrientes de interpretación de la jurisprudencia islámica

- **Escuela hanafí:** fundada por Abu Hanifa, que parte del *qiyas*⁵⁴ como fuente de derecho, más que de la Sunna, ya que ponen en duda que los hadices⁵⁵ fueran auténticos. Es la escuela más liberal, por la que se rigen la mitad de los musulmanes del mundo.
- **Escuela malikí:** fundada por Malik b. Ans. Ulema de Medina, que recoge la Sunna de la ciudad, donde se recoge la compilación más antigua del Derecho islámico. Escuela que tiene como fuentes principales el Corán y la Sunna, aunque admite el uso del *qiyas* y del *ra'y*⁵⁶. Extendida por el Magreb y fue doctrina oficial de Al-Andalus.
- **Escuela shafi'í:** fundada por Abu 'Abd Allah Muhammad b. Idris al-Shafi'í. La escuela más ligada al hadiz y la Sunna, ya que son sus bases de Derecho, oponiéndose a las otras metodologías. Se considera que al-Shafi'í es el fundador de la ciencia jurídica musulmana, puesto que sistematiza el uso de las fuentes, señalando los límites de éstas, eligiendo una vía media entre los partidarios del hadiz y los que apoyan la opinión personal. Se extiende en los países de la península Arábiga y del África Oriental y algunas regiones de Asia central.
- **Escuela hanbalí:** fundada por Ahmad b. Muhammad b. Hanbal. Escuela enemiga de cualquier innovación, apoyando así a los shafi'íes más extremistas, dando uso exclusivo y prioritario al hadiz como fuente jurídica. Se limitó el uso del *ra'y* y del *qiyas*. Extendida por regiones de Arabia central, Omán y por el Golfo Árabe.

Como el matrimonio islámico es similar a un contrato de compraventa, el comprador, que sería en estos casos el marido, puede renunciar en cualquier momento a los derechos de lo adquirido, diciendo la fórmula de la repudiación, que es *anti talaqti* o *mutallaqa*, que quiere decir “¡Estás repudiada!”. También se admite la fórmula *anti talaq(a) bi-talat o talatan* (repudio por tres veces: “*talaq, talaq, talaq*”).

⁵⁴ Principio de analogía aplicado en la interpretación de puntos de la ley islámica que no se tratan claramente con el Corán o la Sunna

⁵⁵ Relato acerca del Profeta que recoge hechos o dichos y forman la unidad narrativa de los compendios de la Sunna, de tradición

⁵⁶ Opinión personal del jurista

Una vez se ha hecho referencia a todas y cada una de las escuelas jurídicas islámicas, nos encontramos en posición de examinar los tipos de repudio dentro de esta cultura. De acuerdo con el Derecho islámico, el esposo tiene posesión sobre la esposa y, por tanto, se pueden llevar a cabo tres tipologías de repudio, pronunciado en tres ocasiones diferentes⁵⁷.

En primer lugar, nos encontramos el **repudio revocable o *talaq ragi***⁵⁸. Ocurre cuando el marido pronuncia la fórmula de la repudiación por primera vez. El matrimonio no se disuelve inmediatamente, sino que queda en suspenso, ya que el marido tiene el derecho de recuperar a su mujer en el período de continencia sexual (*'idda*⁵⁹) o plazo legal de espera y, no necesita el consentimiento de la mujer. Es un derecho que prescribe, a no ser que el marido renuncie. Su testimonio puede encontrarse en un pasaje del Corán:

Corán, 65, 11, 1/2⁶⁰:

“¡Oh, Profeta! Cuando repudiéis a las mujeres repudiadlas al final de su plazo de espera. ¡Contad el plazo! ¡Temed a Dios, vuestro Señor! No las expulséis de sus casas, ni ellas salgan, a menos de que hayan cometido una torpeza manifiesta. Ésas son las prescripciones de Dios. Quien rompe las prescripciones de Dios es injusto consigo mismo. No sabes. Tal vez Dios, después de esto, motivará algo.

Cuando haya alcanzado el fin de su plazo, tomadlas según lo establecido o separaos según lo establecido. Den testimonio de ello las personas dotadas de entendimiento que hay entre vosotros. Elevad el testimonio a Dios. (...)”

El período de continencia sexual se implanta para evitar la *turbatio sanguinis*; es decir, para evitar que, en el caso que la mujer se case con un segundo esposo, se le atribuya la paternidad de un hijo que no es suyo, sino que es de otro hombre, del primer marido.

⁵⁷ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 398

⁵⁸ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 404

⁵⁹ Se trata del plazo legal para nuevas nupcias de la mujer. Vid. Maíllo, F., *op. cit.*, p. 144

⁶⁰ Vernet, J., *El Corán*, Ed. Planeta, Barcelona, 1963

En segundo lugar, se halla el **repudio irrevocable**⁶¹, que se da cuando el matrimonio se rompe debido a la pronunciación de la fórmula de la repudiación por segunda vez o cuando se ha dejado pasar el plazo legal de espera en el primer repudio. No obstante, cabe destacar que este repudio no impide que, tras finalizar el plazo legal de espera, los mismos se vuelvan a unir en matrimonio.

En tercer y último lugar, existe el **repudio irrevocable y definitivo o talaq ba'in**⁶². Este tipo de repudio surge cuando el marido pronuncia por tercera vez la fórmula de la repudiación. Así pues, el matrimonio se rompe e impide que los ya excónyuges se vuelvan a casar y, por tanto, se prohíbe a los excónyuges volverse a casar.

Pero nos podemos encontrar con casos en que dicha prohibición desaparece. Esto ocurre cuando la mujer se casa con otro hombre, consuman el matrimonio y, después de la consumación el matrimonio se rompe. Una vez pasado el tiempo legal de espera, la mujer vuelve a ser lícita para el primer marido y, en el caso que ella quisiera volver a unirse con él, se podrían volver a casar.

Así pues, hasta el momento podemos decir que la repudiación revocable es un medio que protege el matrimonio, mientras que la irrevocable sirve de protección a la mujer.

Maíllo Salgado, en su *Diccionario de Derecho Islámico*, define una cuarta tipología de repudio, que es el **divorcio judicial o talaq al-qadī**⁶³.

Según los hanafíes, en este divorcio el cadí no tiene potestad para obligar al marido a divorciarse de su mujer, excepto en los casos de impotencia (*'unna*), mutilación de pene (*gabb*) o castración (*hisa*). No obstante, en esta escuela, la falta de mantenimiento de la mujer, la ausencia intermitente del marido, el encarcelamiento, no da por válido el divorcio sin el consentimiento del marido, ya que el repudio es su potestad.

⁶¹ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 398

⁶² Maíllo, F., *op. cit.*, p. 402

⁶³ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 403

En cambio, las otras tres escuelas aceptan que la mujer pida al cadí la separación ante algunos supuestos, como pueden ser:

- La no provisión de mantenimientos.
- Causar daño a la esposa de palabra o, de hecho.
- Por daño o perjuicio a causa de la ausencia del marido. En este caso, el mínimo exigido es de seis meses para los hanbalíes y de tres años para Malik.
- Por encarcelamiento del marido. Puede pedir el divorcio al año de encarcelamiento (si es de tres o más años).

Cabe indicar que, en la mayoría de las ocasiones, aunque la esposa pueda interponer una demanda de disolución por sentencia judicial, no siempre logra su objetivo, ya que las causas establecidas son muy concretas y debe demostrar que son alegaciones verdaderas.

En las escuelas hanafíes, safí'íes y hanbalíes⁶⁴ se insiste que para que la repudiación sea válida, debe existir la intención de repudiar (*niyya*⁶⁵), ya que a veces los repudios se pronuncian en forma de amenaza o en broma, pero aun así son válidos. Cabe añadir también que para la escuela hanafí, los repudios que se han expresado por coacción o en estado de sobriedad del marido son válidos y efectivos. En la escuela malikí, su fundador citó una tradición profética que dice: “Hay tres cosas con las que no se juega: el matrimonio, el repudio y la manumisión”.

En la interpretación del divorcio, no sólo debemos tener en cuenta las tradicionales escuelas jurídicas islámicas -ya examinadas- sino que también juega un papel importante la interpretación religiosa. Es en este campo en el que hallamos el islamismo chií, que es la segunda rama del Islam, por lo que en puridad no puede considerarse una escuela jurídica tradicional. En el concepto de repudio nos vamos a centrar en los síes imamíes, que son una de las mayores ramas del chiísmo. Los síes imamíes o duodécimos son doce imanes que interpretan las normas que afectan a la religión.

⁶⁴ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 399

⁶⁵ Es la intención de cumplir una determinada prescripción. Es una condición indispensable para el cumplimiento de todo acto religioso. Vid. Maíllo, F., *op. cit.*, p. 283

Así pues, estos doce imanes entienden que para que el repudio sea válido debe haber pruebas de intención efectiva junto a la pronunciación de la fórmula del repudio delante de dos testigos durante un periodo de pureza (*tuhr*⁶⁶) de la esposa o cuando esté menstruando⁶⁷.

El repudio puede verse afectado por la revocación del marido antes de la expiración de *'idda*. Si éste va seguido de dos repudios más confirmatorios en los meses sucesivos, tras el tercer repudio, es cuando se puede decir que es definitivo e irrevocable, una vez finalizado el periodo de *'idda*.

No se admite la pronunciación de la fórmula de tres repudios al mismo tiempo, ya que violenta la norma coránica. Según esta rama del Islam, el repudio puede ser pronunciado cuando la mujer estaba con la menstruación, después de tener relaciones sexuales con ella, durante el período de la *'idda* o pronunciado una sola vez sin intervalo de tiempo, y esto hace que el repudio sea irrevocable y definitivo.

Lo anterior indica que el derecho de los imamíes quiere orientar el ejercicio del poder del repudio, que se otorgará al marido con unos límites rígidamente definidos⁶⁸.

El Corán, refiriéndose a la mujer, suspendía el efecto del repudio hasta la expiración del período de espera (*'idda*), hasta que la esposa hubiera completado tres ciclos menstruales, de estar embarazada hasta el nacimiento del niño:

Corán, 65, 11, 4:

“Si tenéis duda de aquellas de vuestras mujeres que desesperan menstruación, dadles un plazo de tres meses. Para las que no menstrúan, idéntico plazo. El plazo de las embarazadas termina al dar a luz a carga. A quien teme a Dios, Éste les da facilidades en su asunto.”

⁶⁶ Se trata del período de pureza de la mujer tras la menstruación o tras el puerperio, periodo intermenstrual. Vid. Maíllo, F., *op. cit.*, p. 423

⁶⁷ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 399

⁶⁸ Maíllo, F., *op. cit.*, p 400.

La ley establece, que, si el matrimonio es consumado, el repudio no tiene efectos inmediatos. Hay un período de tres meses, que es el plazo de *'idda*, que se da entre la declaración del repudio y la disolución del matrimonio. Durante este tiempo, como el hombre puede volver sobre su decisión, la mujer debe ser alimentada por el marido en la casa conyugal⁶⁹. Así se indica en un pasaje del Corán:

Corán, 65, 11, 6:

“Dad alojamiento a las repudiadas en dondequiera que os alojéis, según vuestros medios. No las menospreciéis con el fin de capitidismínirlas. (...)”

Pasados los tres meses de *'idda* la disolución del repudio es firme y el hombre debe reintegrar a su excónyuge el resto de la dote. La repudiada vuelve a depender de su familia⁷⁰.

Si el matrimonio hubiese tenido hijos, la custodia de los hijos (*hadana*⁷¹) se cede a la madre, que puede ser retribuida por amamantarlos, mientras éstos sean pequeños. Así también viene concebido en un fragmento del Corán:

Corán, 65, 11, 6:

“(...) Si están embarazadas, gastad en su subsistencia hasta que den a luz su carga. Si ellas amamantan a vuestro hijo, dadles sus salarios y consultaos, según lo establecido. Si os es difícil llegar a un acuerdo, otra mujer amamantará al niño”

Transcurridos el plazo, de al menos siete años, automáticamente los hijos pasan al poder del padre. Es un plazo de siete años siempre y cuando la mujer no sea indigna.

⁶⁹ Maíllo, F., *op. cit.*, p 401.

⁷⁰ Maíllo, F., *op. cit.*, p 402

⁷¹ Es el derecho de custodia sobre el hijo. En derecho musulmán no existe la noción de *patria potestas*, sino que la protección de menores se realiza mediante la tutela y la custodia. Vid. Maíllo, F., *op. cit.*, p. 103

En derecho malikí este plazo será más amplio y será a la edad de la pubertad para los varones y la edad de matrimonio para las mujeres.

2.3. El divorcio en los sistemas jurídicos islámicos actuales

Los países árabes, aun siendo islámicos, no comparten un espacio jurídico estrictamente común. El derecho islámico (*Sharía*) trata de una regulación basada en la religión, es decir, basada en los preceptos de Dios (*Allah*)⁷².

La *Sharía* es una ley personal, por lo tanto, no es territorial ni obligatoria para los habitantes de un Estado, ya que cada uno se rige por el código correspondiente a su confesión religiosa.

Hay varios estados, que en su constitución se proclaman islámicos, pero no aplican la *Sharía*; estos estados son por ejemplo Pakistán, Irán, Mauritania, Afganistán o Libia. Pero, por otra parte, sí que hay países que la aplican de forma completa y otros que la aplican de forma parcial.

En los sistemas jurídicos islámicos actuales nos encontramos con los códigos modernos de estatuto personal. Estos códigos, aún hoy en día, mantienen en vigor el repudio revocable y el irrevocable.

La gran parte de los códigos modernos⁷³ de los países árabes regulan la norma del repudio irrevocable y definitivo. Se trata de una norma que muchas veces se ve perjudicada por el marido, ya que éste puede acudir a un amigo para que se case con su mujer, seguidamente la repudie, pase el tiempo de espera y finalmente la pueda recuperar.

Los códigos modernos de estatuto personal también establecen que, en el momento que se produce una ruptura matrimonial, la figura de la mujer debe cumplir su

⁷² Carmona González, A., *Ley islámica y Derecho positivo*, Anales de Historia Contemporánea, N.º 13, Universidad de Murcia, 1997, p. 26

⁷³ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 400.

periodo de continencia sexual, con derecho a percibir la dote aplazada (*kali*⁷⁴) y su manutención (*nafqa*⁷⁵).

La finalidad de estos códigos es limitar y encuadrar la repudiación, convirtiéndola en un proceso judicial⁷⁶. Existen diferentes criterios y modalidades sobre el divorcio judicial en los estatutos personales vigentes en los países islámicos⁷⁷.

A continuación, examinaremos tres códigos que contienen normas de derecho islámico, que serán el Código de Familia de Marruecos (la *Mudawana*), el Código Tunecino de Estatuto Personal y el Código Sudanés de Estatuto Personal.

2.3.1. Código Civil de Familia de Marruecos⁷⁸

La *Mudawana* o el Código de Familia de Marruecos⁷⁹ marca una evolución en los países de mayoría musulmana y representa un desafío contra las fuerzas conservadoras islámicas. Cabe destacar que este código incorpora reformas en materia de derechos de las mujeres, adoptando una enunciación moderna.

Del Código de Familia de Marruecos nos vamos a basar en el Libro I, referente al matrimonio, Título I. Y al Libro II, sobre el fallecimiento y la disolución, en su totalidad.

En lo dispuesto en su artículo 4, hace referencia a que el matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer, por lo que nos lleva a la conclusión que este acto jurídico no se podrá dar entre dos personas del mismo sexo. Además, el art. 19 nos habla de la capacidad matrimonial, que se dará en el momento que los futuros cónyuges estén en plenas facultades mentales (18 años).

⁷⁴ Se trata de parte de la note nupcial diferida, pagadera en un plazo estipulado en el contrato. Vid. Maíllo, F., *op. cit.*, p. 186.

⁷⁵ De manera general es el derecho tanto de la esposa como de los hijos, padres y parientes a tener protección del marido, padres, hijos y parientes. Vid. Maíllo, F., *op. cit.*, p. 271.

⁷⁶ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 401.

⁷⁷ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 404.

⁷⁸ Abkari Azouz, A., *Código de Familia de Marruecos. Al Madawana*, Boletín Oficial nº 5185, Rabat, 2004.

⁷⁹ Apéndice A

También se regula la dote, en el art. 26 del código, definiéndola como aquel bien que se ofrece para mostrar la voluntad de contraer matrimonio, justificado por el valor moral y simbólico.

En conformidad con el art. 78 del Código, el repudio se entiende como la disolución del matrimonio ejercida por parte del marido o de la mujer, bajo control judicial y cumpliendo con los requisitos. Además, se tiene que someter a una autorización judicial en el Tribunal correspondiente (art. 79).

Hay que destacar que el Tribunal, antes de conceder la disolución del matrimonio y tal como expresa en el art. 81 del Código, intentará reconciliar el matrimonio; reconciliación que puede resultar exitosa (art. 82) o puede resultar imposible (art. 83).

Durante el proceso de divorcio, también habrá que hacer referencia a la repartición de los bienes adquiridos durante el matrimonio, diferenciándolo del patrimonio de cada uno de los cónyuges (art. 49).

En los artículos del 94 al 128 del Código se regulan los diferentes tipos de divorcio. De los arts. 129 al 137 se habla de los períodos de espera legales. Por lo tanto, a diferencia de otros códigos, el Código de Familia de Marruecos suprime la unilateralidad del marido para poder romper el matrimonio y, únicamente reconoce el divorcio judicial.

Para finalizar, también cabe señalar que en este código la poligamia está prohibida, tal y como indica el art. 40. En conformidad a este artículo, la mujer puede añadir una cláusula en el contrato del matrimonio, en la que el esposo se compromete a no contraer más matrimonios. Sin embargo, nos podemos encontrar en algunas situaciones en que esté autorizada.

2.3.2. *Código Tunecino de Estatuto Personal*⁸⁰

En este código de 1956⁸¹, se prohíbe la poligamia, se suprime la repudiación unilateral por parte del marido y se establece la obligación del matrimonio civil, el consentimiento real de los cónyuges y el divorcio civil, pudiendo ser solicitado tanto por la mujer como por el hombre⁸². Después de Túnez, Egipto se convierte en el segundo país que ha reconocido la igualdad de derechos a la mujer en materia de divorcio.

El Código de Familia de Marruecos y el Código Tunecino de Estatuto Personal son los dos códigos que tienen más similitudes con nuestro Código Civil, es decir, se trata de los dos ordenamientos civiles más progresistas.

No obstante, resulta necesario destacar que el Código Tunecino es el que ha introducido más innovaciones respecto el derecho islámico, además de haber sufrido diez modificaciones, con el objetivo de eliminar las diferencias y discriminaciones.

En los arts. del 3 al 11 del Código se codifica el matrimonio, que también deberá ser entre hombre y mujer y en ningún caso entre personas del mismo sexo, ya que estas uniones civiles no están reconocidas legalmente. Cabe matizar que el art. 18, modificado, prohíbe la poligamia, quedando de esta forma como el único Código que la prohíbe.

El divorcio está regulado en el Libro II, entre arts. 29 a 33, reconociendo también el divorcio judicial. Seguidamente, hallamos en el Libro II, del art. 34 a 36, los plazos de espera para poder llevar a cabo la disolución matrimonial. Destacando también la prohibición de volver a casarse con la mujer de la que ya se ha divorciado tres veces (art. 19), como protección hacia la mujer.

Finalmente, y no menos importante, en los arts. 12 y 13 se regula la dote, como todo lo que sea lícito y evaluable en dinero. Esta dote pasará a ser propiedad de la mujer.

⁸⁰ Ruiz-Almodóvar, C., *El Código Tunecino de Estatuto Personal*, Boletín Oficial nº 66, 1956.

⁸¹ Apéndice B

⁸² Maíllo, F., *op. cit.*, p 401.

2.3.3. Código Sudanés de Estatuto Personal⁸³

El Código Sudanés de Estatuto Personal⁸⁴ se presenta, a nuestro parecer, como uno de los códigos más conservadores, puesto que su fuente principal es el derecho de la escuela *hanafi*. Tan solo en el caso en que la doctrina de esta escuela diera una solución a un conflicto, el Código introduce reformas basadas en las otras tres escuelas jurídicas, resaltando la *maliki*.

Todo lo que se expone en este código demuestra que no se ha eliminado ninguno de los principios del derecho islámico que establecen la dependencia y el sometimiento de la mujer a la autoridad del hombre, y así lo expresa por ejemplo en su art. 91, sobre el deber de la esposa a la obediencia:

“La esposa deberá obedecer a su esposo mientras que él no contradiga las disposiciones de la ley islámica, si se cumplen los siguientes requisitos:

- a). Que le haya pagado su dote adelantada.
- b). Que tenga seguridad.
- c). Que le haya preparado un domicilio legal equipado con los enseres necesarios entre buenos vecinos.”

A parte del deber a la obediencia, también mantiene la obligatoriedad de la dote (art. 29), la manutención de la esposa (art. 69), entre otros.

En sus arts. 11 y 12 este código hace referencia a que el matrimonio es un contrato y que uno de los elementos que lo constituyen debe ser la oferta y la aceptación. Y, en el art. 19 se indica que el marido tiene derecho a la poligamia, pero limitándola a no más de cuatro mujeres.

Del art. 27 al 31 regula la dote, conociéndose como todo lo que se constituya como una obligación, ya sea compuesta de bienes, servicios o beneficios. Asimismo, en el art. 127 se realiza un elenco de las causas por las que puede darse la separación de los cónyuges, entre ellas encontramos el repudio y el divorcio.

⁸³ Ruiz-Almodóvar, C., *El Código Sudanés de Estatuto Personal*, 1991.

⁸⁴ Apéndice C

A diferencia de los otros dos códigos que hemos estudiado, el Código Sudanés regula en sus arts. 128 a 141 el repudio como disolución matrimonial. Así pues, se permite ejercer el repudio de manera unilateral por parte del marido, conforme el art. 129 b). También hallamos el art. 132, que explica que el repudio lo puede realizar la esposa si el marido le otorga poder.

En este código se conciben dos clases de repudio, revocable e irrevocable (art. 136). No obstante, se dice que todos los repudios serán revocables, excepto en los casos regulados en el art. 137.

Del art. 151 al 203 se regula el divorcio, el cual únicamente se puede dar por las causas enumeradas en la ley, entendiendo el divorcio como la vía que tenía la mujer para poder disolver el matrimonio.

2.4. *Mahr* en el derecho islámico

En el derecho islámico la dote se puede denominar como *mahr* o *sadaq*, que es una atribución matrimonial a favor de la mujer⁸⁵; es decir, la cantidad de dinero que el marido otorga a la mujer para constituir el matrimonio. No obstante, la dote también es una señal simbólica del deseo de vivir con la mujer para toda la vida.

Se trata, pues, de una condición, una parte esencial del contrato matrimonial⁸⁶, y que está prescrito en el Corán:

Corán 4,4:

“Dad a vuestras mujeres su dote gratuitamente. Pero, si renuncian gustosas a una parte en vuestro favor, haced uso de ésta tranquilamente.”

El Corán, al añadir el *mahr*, transfirió la posición de la mujer, ya que pasó de ser vista como el objeto de una compraventa a ser parte contratante.

⁸⁵ Romo Alonso, R., *Derecho y opinión N.º 9*, Universidad de Salamanca, 2001, p. 122.

⁸⁶ Maíllo, F., *op. cit.*, p 211.

Como es de esperar, el fundamento de la dote es diferente dependiendo de la escuela en que se aplique⁸⁷. Por ejemplo, si nos situamos ante el derecho de la escuela malikí, se considera como un elemento esencial para que el matrimonio sea válido, fijando una cuantía para evitar que sea absurda e inexistente. En el supuesto que la dote no sea determinada, la mujer puede solicitar la nulidad del matrimonio.

En cambio, para la escuela hanafí, la dote debe ser algo material, con un límite mínimo de diez *dirhams*⁸⁸ de plata. Y para la escuela shafí'í, puede constituir la dote la enseñanza del Corán. Es decir, para estas escuelas era un efecto obligatorio del contrato.

Se puede afirmar que el matrimonio en el Derecho islámico va cogido de la mano de la dote. Si la mujer no está tutelada, será ella la que deba recibir la cantidad, en cambio, si está bajo tutela, se dará a su representante legal, pero siendo la mujer la propietaria y pudiendo disponer de la *mahr* cuando quiera⁸⁹.

Podemos distinguir la dote en dos clases. Por un lado, tenemos la dote designada (*al-mahr al-musammà*), que hace referencia a la dote concertada por los contratantes, la cual se especifica en el contrato. Y, por otro lado, está la dote de paridad (*mahr al-mitl*), que hace referencia en las situaciones en que la dote no ha sido especificada o su designación sea anulada.

Como se ha dicho antes, es necesario que la cuantía de la dote se determine en el contrato, que si carece de esta precisión la mujer podría llegar a carecer de ella. En el derecho malikí, esta cuantía puede ser determinada ser fijada después de la celebración del matrimonio⁹⁰. Por norma general, las mujeres deben recibir una dote equivalente a las recibidas por las mujeres de la familia, de acuerdo con su condición.⁹¹

Cuando la unión matrimonial supone una apariencia de dote, se puede hablar de un matrimonio viciado y, como consecuencia, se considera nulo. Aunque por costumbre

⁸⁷ Maíllo, F., *op. cit.*, p 212.

⁸⁸ Unidad monetaria de Marruecos y de los Emiratos Árabes Unidos. Vid. RAE

⁸⁹ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 212.

⁹⁰ Maíllo, F., *op. cit.*, p. 213.

⁹¹ Maíllo, F., *op. cit.*, p 214.

lo habitual es pagar inmediatamente la dote adelantada (*naqd*) y el resto pagarlo más adelante (dote diferida o *kali*).

En Derecho islámico, en referencia a la dote, podemos decir que pueden suceder tres situaciones⁹²:

- a) Cuando el matrimonio ha sido consumado: en estos casos la mujer tiene derecho a recibir la dote completa.
- b) Cuando existe matrimonio, pero no ha sido consumado: en estas situaciones la mujer únicamente tiene derecho a la mitad de la dote.
- c) Cuando la mujer ha sido repudiada por falta grave, normalmente por adulterio: en estos casos, la mujer no tiene derecho a recibir la dote y además debe restituir la parte que haya recibido.

Así pues, para poder terminar el *mahr* se deben valorar y cuantificar las condiciones y características de las que goza la mujer, y también la capacidad económica del marido.

2.5. Reconocimiento de los repudios islámicos en el sistema jurídico español

Antes de finalizar el apartado del repudio islámico, resulta interesante examinar de qué forma reconoce nuestro ordenamiento jurídico los repudios que se dan en los países islámicos. Para poder tratar este reconocimiento debemos indagar en el Derecho Internacional privado, ya que es un canal que tiene que servir como punto de comunicación intercultural, el cual debe respetar el derecho a la diferencia, siempre y cuando no resulte intolerable⁹³.

Para que exista un equilibrio protegido entre el derecho al respeto de la integridad cultural del inmigrante y su integración en la sociedad de acogida, el Derecho Internacional Privado nos aporta un conjunto de técnicas, de las cuales destaca la norma del orden público. Pero, aun existiendo estas técnicas, el problema se halla en determinar

⁹² Maíllo, F., *op. cit.*, p. 214.

⁹³ Aguilar Gerider, H., *Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.* Cuestiones actuales de Derecho Comparado, Universidad de A Coruña, 2003, pp. 237-239

dónde se encuentran los límites del derecho de diferencia, que debe ser respetado por el Derecho Internacional Privado.

Encontramos la figura de multiculturalidad, que es una figura compleja, por el simple hecho de que cada institución jurídica exige un estudio detallado. Destacando la distinción de los supuestos que soliciten del foro la creación de una situación o relación privada internacional basada en principios y valores opuestos a los occidentales. En los casos, en los que se solicita del foro la consolidación, son en los que nos encontramos ante un supuesto de reconocimiento de una relación privada internacional, que ha sido creada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero.

Como el repudio islámico es una institución compleja, ya que viene derivada de una cultura muy diferente a la nuestra, para que haya un resultado justo y equilibrado, se debe hacer un análisis de cada caso en concreto.

Además, cuando se aplica la ley personal de los cónyuges ciudadanos de un país islámico resulta problemático el aspecto de la revocabilidad del matrimonio, el derecho unilateral del marido para poder llevar a cabo la disolución del matrimonio o el carácter de divorcio privado, sin que haya una intervención judicial⁹⁴.

Como ya se ha comentado anteriormente, para no vulnerar los principios de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, existe un mecanismo o cláusula, que es la aplicación del orden público internacional. Esta cláusula se aplica para rechazar la eficacia del repudio, ya que se puede tratar de una decisión tomada únicamente por el marido y, por lo tanto, posiciona a la mujer en una situación de desigualdad, porque la mujer no puede hacer uso de esta institución.

No obstante, cabe destacar que esta cláusula se aplicará cuando el efecto del repudio sea contrario al orden público español y, por tanto, debe intervenir para negar eficacia al repudio.

⁹⁴ Tazón Cubillas, A., *op. cit.* p. 47.

El Derecho internacional privado lo que pretender es garantizar una solución adecuada para cada caso y, con la aplicación de la cláusula del orden público, lo que quiere conseguir es una solución justa desde el punto de vista material. Podemos afirmar pues, que, aunque tenga carácter subsidiario, para dar soluciones a conflictos multiculturales, tiene un papel principal⁹⁵.

El orden público, en la época de Savigny se fundamentaba en la existencia de una comunidad jurídica internacional y, por lo tanto, los Estados, al formar parte de esta comunidad, podían disfrutar de un conjunto de derechos y obligaciones.

No obstante, ha surgido una evolución y, con ella, una nueva caracterización⁹⁶ del orden público y podemos afirmar que en la actualidad se fundamenta en la flexibilidad, que tiene lugar en el derecho aplicable y en el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Ello consiste en otorgar a los órganos jurisdiccionales nacionales un margen de apreciación de cada situación privada internacional.

Una vez explicado este aspecto, según Carrascosa González, debemos distinguir tres posibles situaciones ante el reconocimiento judicial de repudios islámicos en el ordenamiento jurídico español; esto es, ante los Tribunales españoles⁹⁷:

En primer lugar, si nos hallamos en situaciones en que el repudio revocable es contrario al orden público, puesto que vulnera el principio de “estabilidad del estado civil”, se debe tener en cuenta que, pasado el periodo legal de espera de la mujer, el repudio se convierte en irrevocable, con lo que si se pide el reconocimiento no es aplicable la cláusula de orden público.

En segundo lugar, cuando nos encontramos ante una situación que vulnera los derechos de defensa de la mujer y, por tanto, también contrario al orden público. En estos casos, si la mujer renuncia a su derecho de defensa, solicita ser repudiada e insista en el reconocimiento del repudio, tampoco será aplicable la cláusula del orden público.

⁹⁵ Aguilar Gerider, H., *op. cit.*, p. 243.

⁹⁶ Aguilar Gerider, H., *op. cit.*, p. 246.

⁹⁷ Tazón Cubillas, A., *op. cit.*, p. 48.

En tercer lugar, cuando estamos delante de una situación en que la mujer está en total desprotección económica, la resolución también sería contraria a nuestro orden público.

Sin embargo, existen otras situaciones diferentes, que se dan cuando intentamos aplicar la ley extranjera que admite el repudio, como ley personal, en una resolución que opera en España. En este caso, se aplican tres normas de conflicto en cascada: en primer lugar, la ley nacional común; en su defecto, la ley de residencia habitual; y, en su defecto, la ley de la última residencia habitual común si uno de los cónyuges aún reside allí.

Aunque, como ya hemos comentado anteriormente, están las situaciones en que se aplique la *lex fori*, cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. La ley del foro es aplicable cuando no se aplica ninguna de las leyes mencionadas anteriormente, cuando la demanda de divorcio se presenta con consentimiento o de mutuo acuerdo o si las leyes mencionadas no reconocen el divorcio o lo hacen de forma discriminatoria o contraria al orden público.

Cabe destacar que nuestro ordenamiento jurídico no admite los divorcios privados y, por tanto, únicamente pueden llevarse a cabo por vía judicial⁹⁸. Ello viene corroborado por la resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado (DGRN) de 17 de mayo de 1995, que dicta expresamente que “el divorcio no puede ser pronunciado por una autoridad religiosa.” Ahora bien, vamos a visualizarlo en la práctica. Para ello vamos a analizar el auto del Tribunal Supremo, número 3059/1990⁹⁹, de 3 de abril de 2001, en la Sala de lo Civil¹⁰⁰.

Nos hallamos ante un procedimiento de exequatur, es decir, un acto, mecanismo o procedimiento por el que un estado dota de fuerza ejecutiva a una resolución extranjera en su territorio y, por lo tanto, la convierte en título ejecutivo. Una vez se obtenga el exequatur la sentencia será ejecutable, aunque no siempre se exige como paso previo para poder ir a ejecución. Esto lo sabremos dependiendo de la normal que apliquemos para el reconocimiento y ejecución.

⁹⁸ Aguilar Gerider, H., *op. cit.*, p. 252.

⁹⁹ Roj: ATS 990/2001 - ECLI:ES:TS:2001:990A

¹⁰⁰ Apéndice D

En este Auto se analiza el supuesto de hecho siguiente: un matrimonio que se celebró en Casablanca (Marruecos) y que se inscribió en el Registro Civil español.

En conformidad a los arts. 62 y 63 del Código Civil español, los matrimonios en que al menos uno de los cónyuges posea la nacionalidad española deben inscribirse en el Registro Civil español, que se practica mediante la presentación de acta extendida por la autoridad civil o de la certificación expedida por la iglesia o entidad religiosa.

En este caso, está inscrito correctamente, puesto que el varón era español y la mujer marroquí residente en Francia. Además, en los fundamentos de hecho, en el punto 6, se expresa que deviene una disolución matrimonial definitiva e irrevocable. Por lo tanto, aplicando lo que indica Carrascosa González, si se solicita el reconocimiento, no se podrá aplicar la cláusula de orden público. Finalmente, la sala acuerda que se otorga el exequatur a la resolución de la Sección Notarial de El Fida, Juzgado de Primera Instancia de Casablanca y se autoriza el divorcio de los ya excónyuges.

Es importante analizar este auto para entender que nuestro sistema jurídico español puede tener competencia para determinar una solución en materia de divorcio, aun cuando el matrimonio no se haya celebrado en España.

En conclusión, se puede llegar a determinar competente un tribunal de España para dictar sentencia en materia de disolución matrimonial, de un matrimonio islámico, siempre y cuando, no vaya en contra del orden público español.

3. COMPARATIVA ENTRE DIVORTIUM Y TALAQ

En este apartado vamos a comparar el divorcio en dos instituciones arcaicas diferentes. Para realizar esta comparativa, vamos a dividirlo en tres partes: (1) el matrimonio; (2) la disolución matrimonial; (3) la dote.

En primer lugar, si comparamos brevemente el matrimonio, ya puede observarse que en las dos instituciones se concibe de manera bastante diferente.

En Derecho islámico el matrimonio era definido como una obligación, que venía dada por un contrato civil, que se asemejaba a un contrato de compraventa (situación de derecho). Mientras que, en Derecho romano, era un hecho jurídico que se basaba en la convivencia de los cónyuges y en el requisito de la *affectio maritalis* (situación de hecho).

Los requisitos para que la unión matrimonial se pudiese llevar a cabo, no tenían nada que ver. En el Islam, como requisitos esenciales del matrimonio, se puede decir que tenía que haber consentimiento de las dos partes, una dote y presencia de dos testigos.

En cambio, en Roma existían otros requisitos y bastante particulares, como puede ser la llegada a la pubertad, tener *status libertatis* y *civitatis*, estar unidos por la *affectio maritalis* y, en su caso, el consentimiento del *pater familias*. De forma independiente pero relacionada con el matrimonio también se encuentra la *manus*, entendida como el poder marital sobre la mujer, que daba lugar a que los matrimonios fueran calificados como *cum manu* o *sine manu*.

El concepto de matrimonio fue evolucionando a lo largo de los años y, en la época postclásica, además de la *affectio maritalis* también iba acompañado de ceremonias de solemnidad, asumiendo así una nueva estructura.

En los matrimonios poligámicos, entendemos que como el marido tiene la autoridad sobre la mujer, ésta no puede protestar sobre ello. Al igual que debe obedecer al marido en todo y no puede abandonar el domicilio conyugal.

En segundo lugar, contrastando la disolución matrimonial en ambas instituciones arcaicas, seguimos localizando a la mujer en una situación de desigualdad.

Como hemos hablado de varias épocas de Roma, nos hallamos ante diferentes situaciones de disolución del matrimonio y delante de una evolución en el tiempo sobre el concepto de divorcio.

Esto es así, puesto que en cada etapa – clásica, postclásica y justiniana – el concepto de divorcio se entiende de maneras diferentes y, por tanto, las posibles causas de la ruptura del matrimonio, entre etapas, también hace que sean diferentes.

Podemos ver esta evolución, ya que cuando hablamos de época clásica entendemos que es la más conservadora, destacando que se podía disolver por la voluntad unilateral del marido y, en cambio, cuando nos situamos en la época justiniana, el divorcio se podía pedir por mutuo acuerdo o incluso, lo podía pedir la figura femenina.

En cambio, en el Derecho islámico se pueden dar diferentes formas de disolución: el repudio, disolución de mutuo acuerdo, disolución tras la sentencia del cadí, de oficio o por petición, normalmente, por parte de la esposa y disolución por fallecimiento.

No obstante, para poder llevar a cabo el repudio, debemos tener en cuenta varias escuelas jurídicas islámicas, ya que lo podían resolver de maneras diferentes. Existían tres tipos de repudio, el revocable (que se daba cuando se pronunciaba la fórmula de la repudiación por primera vez), el irrevocable (cuando se pronunciaba por segunda vez o cuando ha pasado el plazo de espera del primer repudio) y el irrevocable y definitivo (se pronuncia la fórmula por tercera vez e impide que los cónyuges se vuelvan a casar).

Además, también se habla del divorcio judicial, en que la mujer podía pedir el divorcio y el marido estar obligado a divorciarse de ella, pero únicamente en casos excepcionales. Aun así, casi nunca era victorioso para la mujer.

Des de nuestro punto de vista, el divorcio en ambas instituciones al principio era muy similares, pero con la evolución del Derecho romano, se puede decir que el derecho

islámico tiene leyes más estrictas y que desfavorecen a la mujer, ya que todavía se permite el repudio unilateral por parte del marido.

Además, en esta institución para poder llevar a cabo la disolución del matrimonio, existe un tiempo de espera (*idda*), un período de tiempo de tres meses entre la declaración del repudio y la disolución del matrimonio, el cual es necesario que sea respetado. Durante este período de tiempo la mujer sigue estando bajo la potestad del marido.

Cabe añadir, como dato interesante, que la palabra “divorcio” tal y como está concebida en ambos ordenamientos tiene un significado distinto. En este sentido, en Derecho romano, *divortium* deriva de *divertere*, y significa “tomar caminos separados”. En cambio, en Derecho islámico la palabra *talaq* expresa la frase de “verse libre de atadura”. Teniendo ello presente, podemos afirmar que nos encontramos con dos culturas totalmente diferenciadas.

Por último, cabe tratar el asunto de la dote. Bajo nuestra opinión, creemos que es el rasgo más diferencial, ya que tienen significados diferentes. Para el Islam, la dote o *mahr* es una atribución a favor de la mujer; es decir, es una cantidad de dinero que el marido otorga al matrimonio en señal de que quiere formar matrimonio con ella.

No obstante, esta definición varía en función de la escuela de aplicación, ya que no es lo mismo para la escuela malikí que para la escuela hanafí. En la escuela malikí es un elemento esencial para que el matrimonio sea válido, mientras que, en la hanafí, tiene significado más material.

En cuanto a la dote en el Derecho romano, se refiere a la cantidad de bienes que la mujer entrega al marido para sostener las cargas del matrimonio. Por lo tanto, el marido -en Derecho clásico- era quien ostentaba la propiedad de la dote.

Por lo expuesto, la dote en el Derecho islámico es una donación del marido hacia a la mujer, mientras que en el Derecho romano es justamente al revés. Así pues, en los momentos de restitución de la dote, en el Islam es la mujer la que tiene que restituir la dote en faltas graves y, en Derecho romano, es el marido quien debe restituirla en caso de divorcio no justificado.

Finalmente, respecto a la dote, cabe destacar en el ordenamiento jurídico romano es la mujer la que aporta la dote, para sostener las cargas del matrimonio y, para que la figura femenina tenga un patrimonio después del divorcio. Mientras que en Derecho islámico es una aportación del marido, es como un obsequio del marido a la mujer en señal de afecto y cariño.

CONCLUSIONES

1. El análisis de la institución del divorcio en Derecho romano nos ha permitido ver que se ha producido una importante evolución. En la época clásica, la figura jurídica de divorcio tenía un cariz más conservador, puesto que se podía romper por voluntad del marido, por pérdida de libertad o causas independientes a la voluntad de los cónyuges (por voluntad del *pater familias*) y, esto posiciona a la mujer en una situación de desigualdad. Sin embargo, posteriormente, en la época postclásica, para poder llevar a cabo el repudio se debía proceder por escrito. Esto nos permite ver que la institución del divorcio en Roma pasó de ser un hecho fáctico, al igual que el propio matrimonio, a un derecho de los contrayentes.
2. Cabe señalar que, a pesar de que el *divortium* romano y el *talaq* islámico arcaicos infravaloran de facto a la mujer, podemos observar que en el Derecho islámico esta figura femenina aún se hace más pequeña, ya que se la trata como un objeto de compraventa, además de tener que consentir que el marido pueda contraer matrimonio con más de una mujer (poligamia).
3. Después de realizar un examen del *talaq* en el Derecho islámico consideramos que el divorcio es aún más conservador en la ley islámica que en el Derecho romano. Uno de los puntos que nos hacen concluir lo anterior es el deber de obediencia de la mujer hacia el hombre y que ésta deba ser mantenida por el marido. En la actualidad, en los países que se incluyen dentro del sistema de derecho islámico, los divorcios y repudios se rigen por normas progresistas (como puede ser Marruecos o Túnez) y otras más conservadoras (como por ejemplo Sudán), estancadas en el pasado.
4. En la dote, como institución social de marcada importancia, también podemos concluir que se regula de manera distinta. En Derecho romano, la dote se constituye por la mujer, es una cantidad de bienes que la mujer otorga al marido para sobrellevar las cargas del matrimonio y, en caso de divorcio no justificado, el marido debe restituir la dote. Así bien, podemos decir que es una institución de protección y seguridad hacia la mujer. En cambio, en el Derecho islámico, es una atribución matrimonial del marido a favor de la mujer como deseo de constituir

matrimonio y de vivir con ella para toda la vida. Además, cuando se añadió en el Corán, la figura femenina cambió de posición, ya no era objeto de compraventa, sino que paso a ser parte contratante.

5. Bajo nuestro punto de vista, nos encontramos ante una sociedad que cada vez es más multicultural y ello nos ha hecho también evolucionar por lo que se refiere al propio sistema jurídico. Prueba de ello es la aplicación de normas de Derecho internacional privado sobre el reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico de divorcios islámicos que han tenido lugar en el extranjero, normativa que tiene siempre como límite el orden público español.

BIBLIOGRAFIA

- Abkari Azouz, A., *Código de Familia de Marruecos. Al Madawana*, Boletín Oficial nº 5185, Rabat, 2004.
- Aguilar Gerider, H., *Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.* Cuestiones actuales de Derecho Comparado, Universidad de A Coruña, 2003.
- Cantarella, E., *Instituciones e historia del Derecho Romano. Maiores in legibus*, Ed. Tirant lo Blanch Valencia, 2017.
- Carmona González, A., *Ley islámica y Derecho positivo*, Anales de Historia Contemporánea, N.º 13, Universidad de Murcia, 1997.
- Daza Martínez, J., Rodríguez Ennes, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2017.
- Giménez-Candela, T., *Derecho Privado Romano*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia 2020.
- Gómez Marín, M.; Gil y Gómez, P., *Cuerpo del Derecho civil ó sea Digesto, Código, novelas e Instituta de Justiniano en castellano y latín*, Tomo II, Madrid, 1873.
- Labaca Zabala, Mª L., *El matrimonio islámico y su repercusión en el derecho español (*)*, Revista Jurídica de Castilla y León, N.º 18, mayo 2009.
- Maíllo, F., *Diccionario de derecho islámico*, Ediciones Trea SL, Gijón, 2005.

- Martos Quesada, J., *Islam y Derecho: Las escuelas jurídicas en Al-Andalus*, Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura, N.º 731, Universidad Complutense de Madrid, 2008.
- Miquel, J. *Derecho romano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Mommsen, T.; Kruger, P., *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed. 22ª Edición, Berlín, 1973.
- Robles Velasco L.M., *Unidades didácticas de Derecho Romano Privado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- Romo Alonso, R., *Derecho y opinión N.º 9*, Universidad de Salamanca, 2001.
- Ruiz-Almodóvar, C., *El Código Tunecino de Estatuto Personal*, Boletín Oficial nº 66, 1956.
- Ruiz-Almodóvar, C., *El Código Sudanés de Estatuto Personal*, 1991.
- Solanes, A., *Derechos y Culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Tazón Cubanillas, A., *Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos*, Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, N.º 22, Universidad de Cantabria, 2008.
- Vernet, J., *El Corán*, Ed. Planeta, Barcelona, 1963.

APÉNDICE I. CÓDIGO DE FAMILIA DE MARRUECOS

TÍTULO I: DE LOS ESPONSALES Y DEL MATRIMONIO

Artículo 4. El matrimonio es un pacto basado en el consentimiento mutuo para establecer una unión legal y duradera, entre un hombre y una mujer. Su objetivo es la vida en la fidelidad recíproca, la pureza y la fundación de una familia estable bajo la dirección de ambos esposos, conforme a las disposiciones del presente Código.

TÍTULO II: DE LA CAPACIDAD, DE LA TUTELA MATRIMONIAL Y DEL SADAQ (LA DOTE)

CAPÍTULO I

DE LA CAPACIDAD DE LA TUTELA MATRIMONIAL

Artículo 19. La capacidad matrimonial se adquirirá, por lo que se refiere al hombre y a la mujer que gocen de plenas facultades mentales, a los dieciocho años gregorianos cumplidos.

CAPÍTULO II

DE LA DOTE (SADAQ)

Artículo 26. La dote (Sadaq) es todo bien que el marido ofrece a su esposa para expresar su voluntad de contraer matrimonio, fundar una familia estable y consolidar los vínculos de afecto y vida en común entre ambos cónyuges. El fundamento legal de la dote no se justifica por su valor material sino más bien por su valor moral y simbólico.

TÍTULO III: DE LOS IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO II

DE LOS IMPEDIMENTOS TEMPORALES

Artículo 40. Estará prohibida la poligamia si cabe temer una injusticia hacia las esposas. Asimismo, quedará prohibida en el caso de existir una condición por parte de la esposa en virtud de la cual el marido se compromete a no contraer otro matrimonio más.

TÍTULO IV: DE LAS CONDICIONES CONSENSUALES PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS

Artículo 49. Cada uno de los cónyuges posee su propio patrimonio. No obstante, podrán ponerse de acuerdo, en el marco de la administración de los bienes adquiridos durante su relación matrimonial, sobre su modo de explotación y distribución.

Dicho acuerdo quedará consignado en un documento distinto del acta de matrimonio. Los adul informarán a ambas partes sobre las disposiciones anteriores, en el momento de la celebración del matrimonio.

A falta de acuerdo, se recurrirá a las normas generales de prueba, teniendo en cuenta el trabajo de cada uno de los cónyuges, sus esfuerzos y los compromisos asumidos para explotar los bienes de la familia.

TÍTULO III: DEL DIVORCIO

Artículo 78. Los cónyuges podrán recurrir al divorcio como medio de disolución del matrimonio, cada uno según sus condiciones, bajo el control judicial y con arreglo a las disposiciones del presente Código.

Artículo 79. Toda persona que desee divorciarse deberá solicitar una autorización judicial al tribunal correspondiente al domicilio conyugal o al domicilio de la esposa o su lugar de residencia, o bien al tribunal donde se hubiere celebrado el matrimonio, en ese orden, para que autorice a levantar acta a dos adul habilitados a tales fines.

Artículo 80. La solicitud de autorización para levantar acta de divorcio deberá incluir la identidad, la profesión, la dirección de los cónyuges así como el número de hijos, si los hubiere, su edad, su estado de salud y su situación escolar.

Asimismo, se adjuntará a la solicitud la partida de matrimonio y las pruebas que determinen la situación material del marido y sus obligaciones económicas.

Artículo 81. El tribunal citará a los cónyuges a un intento de reconciliación.

Si el marido recibe personalmente la citación y no comparece, se considerará que renuncia a su solicitud.

Si la esposa recibe personalmente la citación y no comparece ni tampoco presenta alegaciones por escrito, el tribunal le comunicará, mediante requerimiento del Ministerio Público, que si no comparece se procederá a la resolución del expediente.

Si se desconoce la residencia actual de la mujer, el tribunal recurrirá a la ayuda del Ministerio Público para averiguar la verdad. Si se establece que el marido ha utilizado medios fraudulentos, se le aplicarán las sanciones previstas en el artículo 361 del Código Penal a petición de la esposa.

Artículo 82. Cuando comparezcan ambas partes, la vista tendrá lugar en la sala del consejo, incluida la toma de declaración a testigos y cualquier otra persona que el tribunal desee oír.

El tribunal podrá adoptar cualquier medida necesaria, incluso designando dos árbitros, al consejo de familia o a cualquier persona que le parezca calificada, con el fin de reconciliar a los cónyuges. En caso de que existieran hijos menores, el tribunal llevará a cabo dos intentos de reconciliación, separados por un período mínimo de treinta días.

Si la reconciliación entre los cónyuges tiene éxito, se levantará el acta correspondiente y el tribunal constatará la reconciliación.

Artículo 83. Cuando la reconciliación entre ambos cónyuges resulte imposible, el tribunal fijará un importe que el marido tendrá que depositar en la secretaría del mismo tribunal, en un plazo máximo de treinta días, en concepto de derechos debidos a la esposa

y los hijos que está obligado a mantener, tal y como se dispone en los dos artículos siguientes.

TÍTULO IV: DEL DIVORCIO JUDICIAL (TATLIQ)

CAPÍTULO I

DEL DIVORCIO JUDICIAL A PETICIÓN DE UNO DE LOS CÓNYUGES POR MOTIVO DE DISCORDIA (CHIQAQ)

Artículo 94. Si los cónyuges o uno de ellos solicitan al tribunal que solucione el desacuerdo que los opone y que podría llegar a la discordia, el tribunal deberá entablar todos los intentos de reconciliación necesarios, con arreglo a las disposiciones del artículo 82 anterior.

Artículo 95. Los dos árbitros, o los que hagan las veces de árbitros, buscarán las causas del desacuerdo que opone a los cónyuges y utilizarán todos los medios posibles para resolverlo.

En caso de reconciliación de los cónyuges, los árbitros redactarán un informe en tres copias firmadas por ellos y por los cónyuges, que someterán al tribunal, quien se encargará de remitir una copia a cada uno de los cónyuges y guardar la última en el expediente. El tribunal constatará esta reconciliación.

Artículo 96. En caso de desacuerdo de los árbitros sobre el contenido del informe o sobre la determinación de la parte de responsabilidad de cada uno de los cónyuges, o bien si no presentaran dicho informe en el plazo concedido, el tribunal podrá abrir una investigación complementaria por todos los medios que considere oportunos.

Artículo 97. Cuando no resulte posible una reconciliación y persista la discordia, el tribunal levantará acta de dicho hecho, pronunciará el divorcio y resolverá sobre los derechos debidos de acuerdo con los artículos 83, 84 y 85 anteriores. A dichos efectos, el tribunal tendrá en cuenta la parte de responsabilidad que tiene cada uno de los cónyuges en el motivo de la separación, para evaluar la indemnización a la que condenará al cónyuge culpable por el perjuicio sufrido por el cónyuge perjudicado.

El tribunal fallará sobre la acción relativa a la discordia en un plazo máximo de seis meses a partir de la interposición de la demanda.

CAPÍTULO II DEL DIVORCIO JUDICIAL POR OTRAS CAUSAS

Artículo 98. La esposa podrá solicitar el divorcio judicial con arreglo a los motivos siguientes:

1. incumplimiento por parte del marido de una de las estipulaciones del acta de matrimonio;
2. perjuicio;
3. falta de sustento económico;
4. ausencia;
5. vicio redhibitorio;
6. juramento de continencia o abandono.

SECCIÓN 1: DEL INCUMPLIMIENTO DE ALGUNA DE LAS ESTIPULACIONES DEL ACTA DE MATRIMONIO O DEL PERJUICIO

Artículo 99. Todo incumplimiento de cualquiera de las estipulaciones del acta de matrimonio se considerará un perjuicio que justifica la demanda de divorcio judicial.

Por perjuicio que justifica la demanda de divorcio judicial se entenderá cualquier acción o comportamiento infamante o contrario a las buenas costumbres por parte del marido y que conlleve un daño material o moral para la esposa, haciendo imposible mantener los vínculos conyugales.

Artículo 100. Para establecer el perjuicio, podrán presentarse cualesquiera medios de prueba, entre otros, la declaración de testigos, a quienes el tribunal oirá en la sala del consejo.

Si la mujer no consigue demostrar el perjuicio pero persiste en su demanda de divorcio judicial, podrá recurrir al procedimiento previsto en materia de discordia.

Artículo 101. Si se pronunciara el divorcio judicial por perjuicio, el tribunal fijará, en la misma sentencia, la cuantía de la indemnización debida por el perjuicio causado.

SECCIÓN II: DE LA FALTA DE MANUTENCIÓN

Artículo 102. La mujer podrá interponer una demanda de divorcio judicial por incumplimiento del marido de su obligación de pensión alimenticia exigible y debida, en los casos y según las disposiciones siguientes:

- 1) si el marido dispone de bienes sobre los que se pueda retener la pensión alimenticia, el tribunal decidirá el medio de ejecución de dicha retención y no dará curso a la demanda de divorcio judicial;
- 2) en caso de incapacidad debidamente demostrada del marido, el tribunal le concederá, según las circunstancias, un plazo máximo de treinta días para garantizar el sustento económico de su mujer; en su defecto y salvo que concurran razones imperiosas o excepcionales, se pronunciará el divorcio;
- 3) el tribunal pronunciará el divorcio inmediatamente si el marido se niega a asumir la manutención económica de su mujer sin justificar su incapacidad mediante pruebas.

Artículo 103. Las disposiciones anteriores serán aplicables al marido ausente que se encuentre en paradero conocido, después de recibir la notificación de la demanda.

Si se desconoce el paradero del marido ausente, el tribunal comprobará, con ayuda del Ministerio Público, la validez de la acción interpuesta por la mujer y resolverá sobre el asunto basándose en los resultados de la investigación y en los documentos que obran en el expediente.

SECCIÓN III: DE LA AUSENCIA

Artículo 104. Si el marido se ausenta del hogar conyugal durante más de un año, la mujer puede solicitar el divorcio judicial.

El tribunal comprobará, por cualquier medio, dicha ausencia, su duración y el paradero del ausente.

El tribunal notificará al marido, en caso de que se conozca su paradero, la demanda para que pueda personarse advirtiéndole de que, si persiste en su ausencia, el tribunal pronunciará el divorcio judicial, salvo que vuelva a vivir con su mujer o la traslade a vivir con él.

Artículo 105. Si se desconoce la dirección del marido ausente, el tribunal adoptará, con ayuda del Ministerio Público, los procedimientos que crea oportunos para notificarle la demanda de la mujer. A tal efecto, podrá designar a un curador. Si el marido no compareciera, el tribunal pronunciará el divorcio.

Artículo 106. Si el marido estuviera condenado a una pena privativa de libertad que supere los tres años, la mujer podrá solicitar el divorcio judicial al cumplirse un año de reclusión y en todo caso, lo podrá solicitar después de dos años de detención de su marido.

SECCIÓN IV: DEL VICIO REDHIBITORIO

Artículo 107. Por vicios redhibitorios que afectan la estabilidad de la vida conyugal y permiten solicitar su finalización se entenderán:

- 1) los vicios que impidan las relaciones conyugales;
- 2) las enfermedades que constituyan un peligro para la vida o la salud del otro cónyuge, cuya curación no pueda esperarse en el plazo de un año.

Artículo 108. La admisibilidad de la demanda para disolver los vínculos conyugales interpuesta por uno de los cónyuges por vicio redhibitorio quedará sujeta a las condiciones siguientes:

- 1) el demandante deberá desconocer el vicio en el momento de la celebración del matrimonio;
- 2) el demandante no deberá dar a entender su aceptación del vicio redhibitorio después de conocer su carácter incurable.

Artículo 109. No se abonará la dote (Sadaq) en caso de divorcio por vicio redhibitorio pronunciado por el Juez antes de la consumación del matrimonio. El marido, después de la consumación del matrimonio, podrá reclamar la devolución de la cuantía de la dote (Sadaq) a aquel que le haya inducido a error o que le haya ocultado el vicio intencionadamente.

Artículo 110. Si el marido conocía el vicio antes de la celebración del acto de matrimonio y el divorcio ha tenido lugar antes de la consumación del matrimonio, deberá abonar a la mujer la mitad de la dote (Sadaq).

Artículo 111. Se recurrirá al peritaje de especialistas para la constatación del vicio o de la enfermedad.

SECCIÓN V: DEL JURAMENTO DE CONTINENCIA (ILAA) Y EL ABANDONO (HAYR)

Artículo 112. Si el marido hace juramento de continencia con respecto a su mujer o la abandona, ésta podrá acudir al tribunal, que concederá al marido un plazo de cuatro meses. Transcurrido dicho plazo, si el marido no vuelve sobre su decisión, el tribunal pronunciará el divorcio.

SECCIÓN VI: DE LAS ACCIONES DE DIVORCIO JUDICIAL

Artículo 113. Con excepción del caso de ausencia, se resolverá sobre las acciones de divorcio judicial que se basen en uno de los motivos previstos en el artículo 98 anterior, después de intentar la reconciliación, en un plazo máximo de seis meses, salvo que concurren circunstancias particulares.

Del mismo modo el tribunal decidirá, en su caso, acerca de los derechos debidos a la mujer y a los hijos previstos en los artículos 84 y 85 anteriores.

TÍTULO V: DEL DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO O CONSENSUAL RETRIBUIDO (JOL')

CAPÍTULO I

DEL DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO

Artículo 114. Los cónyuges podrán acordar poner fin a su relación conyugal sin condiciones o con condiciones que no sean contrarias a las disposiciones del presente Código y que no perjudiquen los intereses de los hijos.

En caso de acuerdo, los cónyuges o uno de ellos presentarán la demanda acompañada de un documento que establezca dicho acuerdo a tal efecto, con el fin de conseguir la autorización de elevarlo a público.

El tribunal intentará reconciliar a los cónyuges en la medida de lo posible y, si la reconciliación resultara imposible, autorizará que se registre y se eleve a público el divorcio.

CAPÍTULO II

DEL DIVORCIO CONSENSUAL RETRIBUIDO (JOL')

Artículo 115. Los cónyuges podrán acordar su divorcio por Jol', con arreglo a las disposiciones del artículo 114 anterior.

Artículo 116. Si la mujer que consiente el divorcio consensual retribuido (Jol)' es mayor de edad, dicho divorcio será válido. Si la mujer es menor de edad, el divorcio consensual retribuido (Jol)' se ejecutará, pero sólo podrá entregarse la compensación económica si así lo autoriza su representante legal.

Artículo 117. La mujer tendrá derecho a la devolución de la compensación si demuestra que su divorcio consensual retribuido (Jol') se debe a la coacción o a algún perjuicio causado por su marido. En cualquier caso, el divorcio se ejecutará.

Artículo 118. Cualquier cosa que pueda ser objeto legalmente de una obligación podrá servir válidamente como contrapartida en el divorcio consensual retribuido (Jol'), siempre y cuando no constituya abuso o exceso.

Artículo 119. Si la madre es insolvente, para obtener el divorcio consensual retribuido, la compensación como contrapartida de su divorcio por Jol' no podrá realizarse a expensas de los derechos o de la pensión alimenticia de los hijos.

Si la madre divorciada, que ha entregado como compensación la pensión alimenticia de sus hijos, se volviera insolvente, dicha pensión volverá a correr a cargo del padre, aunque éste seguirá teniendo derecho a reclamar a la madre la devolución de los pagos abonados por él en beneficio de sus hijos.

Artículo 120. Si los cónyuges acordaran el principio del divorcio consensual retribuido (Jol') y discreparan en cuanto al importe de la contrapartida, el asunto se planteará al tribunal a efectos de un intento de reconciliación. Si la reconciliación resultara imposible, el tribunal declarará la validez del divorcio consensual retribuido (Jol'), después de fijar la contrapartida, teniendo en cuenta el importe de la dote (Sadaq), la duración del matrimonio, las causas de la demanda del divorcio consensual retribuido (Jol'), así como la situación material de la mujer.

Si la mujer persiste en pedir el divorcio consensual retribuido (Jol') y el marido no lo acepta, la mujer podrá recurrir al procedimiento de discordia.

TÍTULO VI: DE LAS CATEGORÍAS DEL DIVORCIO Y EL DIVORCIO JUDICIAL

CAPÍTULO I DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Artículo 121. En el caso de llevar el litigio entre los cónyuges ante los tribunales y la convivencia de éstos resultara imposible, el tribunal podrá, de oficio o previa petición, adoptar las medidas provisionales que crea oportunas con respecto a la mujer y los hijos, entre otras, la elección de vivir en casa de parientes de la mujer o del marido, a la espera

de la sentencia sobre el fondo. Dichas medidas tendrán aplicación inmediata con arreglo a la matriz por medio del Ministerio Público.

CAPÍTULO II

DEL DIVORCIO REVOCABLE (RAY'I) Y EL DIVORCIO IRREVOCABLE (BÁIN)

Artículo 122. Cualquier divorcio pronunciado por el tribunal será irrevocable, con excepción del divorcio judicial por juramento de continencia y el divorcio por falta de manutención económica.

Artículo 123. Cualquier divorcio por iniciativa del marido será revocable con excepción del divorcio que tiene lugar después de dos divorcios anteriores consecutivos, el divorcio anterior a la consumación del matrimonio, el divorcio de mutuo acuerdo, el divorcio consensual retribuido (Jol') y el divorcio que resulte de un derecho de opción consentido por el marido a su mujer.

Artículo 124. El marido podrá reanudar las relaciones conyugales con su mujer durante el período de espera legal (Idda).

El marido que desee reanudar las relaciones conyugales con su mujer después de un divorcio revocable, deberá comunicar su decisión a dos adul que harán constar el acto e informarán al Juez inmediatamente.

Antes de aprobar el restablecimiento de las relaciones conyugales, el Juez deberá citar a la mujer para ponerlo en su conocimiento, si esta última se negara a la reanudación de la convivencia conyugal, podrá recurrir al procedimiento de discordia previsto en el artículo 94 anterior.

Artículo 125. Una vez transcurrido el período de espera legal consecutivo a un divorcio revocable, la mujer quedará definitivamente separada de su marido.

Artículo 126. El divorcio irrevocable (Báin), distinto del que se pronuncia después de dos divorcios anteriores consecutivos, disolverá de inmediato los vínculos conyugales y no impedirá la celebración de un nuevo matrimonio entre los mismos cónyuges.

Artículo 127. El divorcio pronunciado después de dos divorcios anteriores consecutivos, disolverá de inmediato los vínculos conyugales e impedirá volver a casarse con la mujer divorciada, salvo que ella haya cumplido el período de espera consecutivo a la disolución de otro matrimonio consumado legal y efectivamente con otro marido.

Artículo 128. Las sentencias judiciales dictadas en materia de divorcio consensual retribuido (Jol') o de disolución de matrimonio de conformidad con las disposiciones del presente Código no son susceptibles de recurso en la parte relativa al cese de los vínculos conyugales.

Las sentencias de divorcio, divorcio judicial, divorcio consensual retribuido (Jol') o disolución de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros se podrán ejecutar si han sido dictadas por órganos jurisdiccionales competentes y están basadas en motivos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Código en materia de disolución de la relación conyugal. Del mismo modo, tendrán validez los actos celebrados en el extranjero ante oficiales y funcionarios públicos competentes, después de que dichos actos cumplan los procedimientos legales relativos al exequátur, de conformidad con las disposiciones de los artículos 430, 431 y 432 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TÍTULO VII: DE LOS EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN DEL PACTO DE MATRIMONIO

CAPÍTULO I DEL PERÍODO DE ESPERA LEGAL (IDDA)

Artículo 129. El período de espera legal comenzará a partir de la fecha del divorcio, el divorcio judicial, la disolución del matrimonio o el fallecimiento del marido.

Artículo 130. La mujer divorciada antes de la consumación del matrimonio que no haya estado en compañía íntima legal con su marido no estará obligada a someterse al período de espera legal (Idda), salvo en caso de fallecimiento del marido.

Artículo 131. La mujer divorciada y la viuda cumplirán el período de espera legal (Idda) en el domicilio conyugal o en cualquier otro domicilio que les sea destinado.

SECCIÓN I: DEL PERÍODO DE ESPERA LEGAL POR CAUSA DE FALLECIMIENTO

Artículo 132. El período de espera legal de la viuda que no esté embarazada será de cuatro meses y diez días completos.

SECCIÓN II: DEL PERÍODO DE ESPERA LEGAL DE LA MUJER EMBARAZADA

Artículo 133. El período de espera legal de la mujer embarazada finalizará con el parto o el aborto.

Artículo 134. Si la mujer que se encuentra en período de espera legal fingiera su embarazo y fuera objeto de impugnación, el tribunal recurrirá a peritos especialistas para comprobar si existe o no embarazo y su fecha de comienzo para decidir la continuación o la terminación del período de espera legal.

Artículo 135. La duración máxima del embarazo será de un año a partir de la fecha del divorcio o del fallecimiento.

Artículo 136. El período de espera legal que deberá cumplir la mujer que no está embarazada abarcará: 1) tres períodos intermenstruales completos en el caso de las mujeres que tienen la menstruación; 2) tres meses en el caso de las mujeres que nunca hayan tenido la menstruación o que tengan la menopausia. Si tuviera la menstruación antes del final del período de espera legal, éste se prorrogará por tres períodos intermenstruales más; 3) tres meses después de una espera de nueve meses en el caso de las mujeres que tienen menstruación tardía o que no puedan distinguir el flujo menstrual de cualquier otra hemorragia.

CAPÍTULO II
**DE LA COINCIDENCIA DE LOS DISTINTOS PERÍODOS DE ESPERA
LEGAL**

Artículo 137. La mujer cuyo divorcio sea revocable y cuyo marido falleciera en el transcurso del período de espera legal por divorcio, pasaría de este período al período de espera por fallecimiento.

APÉNDICE II. CÓDIGO TUNECINO DEL ESTATUTO PERSONAL

Del matrimonio (*al-zaw~i*)

Art. 3. Se contrae matrimonio mediante el consentimiento de los cónyuges. Se requiere para la validez del matrimonio la presencia de dos testigos de entre las personas de confianza y la designación de una dote (*mahr*) para la esposa.

Art. 4. El matrimonio no se establecerá excepto por un documento oficial que fijará una ley específica. Con respecto al matrimonio contraído fuera del reino, se establecerá conforme a las leyes del país en que se haya concluido el contrato matrimonial.

Art. 5. (Modificado por el decreto ley nº 1 de 20/2/1964, ratificado por la ley nº 1 de 21/4/1964). Los cónyuges deberán estar libres de impedimentos legales y además de ello, los hombres que no hayan cumplido veinte años y las mujeres que no hayan cumplido diecisiete años no podrán contraer matrimonio. La conclusión del contrato matrimonial sin la edad establecida dependerá de una autorización especial del juez (h. ~kim), que no dará la citada autorización excepto por motivos graves o interés evidente de los cónyuges.

Art. 6. (Modificado por la ley nº 74 de 12/7/1993). El matrimonio del menor dependerá del consentimiento del tutor (wal§) y de la madre. Si el tutor o la madre rehúsan este consentimiento y el menor se afirma en sus deseos, será necesario someter el caso al juez (q~d. §). La autorización en el matrimonio no será susceptible de impugnación por nadie.

Art. 7. El matrimonio del incapacitado por prodigalidad no será válido excepto después del consentimiento del curador (mah. íār la-hu). Dicho curador podrá pedir al juez su anulación antes de la consumación del matrimonio.

Art. 8. El tutor es el pariente agnaticio más próximo y deberá ser sano de mente, varón y mayor de edad. El tutor del menor, sea de sexo masculino o femenino, deberá ser su padre o quien lo represente. El juez será el tutor de quien no tenga tutor.

Art. 9. El esposo y la esposa podrán casarse por sí mismos u otorgar poder a otra persona, lo que quieran. El tutor también tiene el derecho de otorgar poder a otro.

Art. 10. No se requiere al representante (*wakīl*) en el matrimonio, aludido en el artículo precedente, ningún requisito especial, pero no podrá otorgar poder a nadie sin la autorización de su representado o su representada, teniéndose que redactar el poder en un documento oficial que incluya, explícitamente, la designación de los cónyuges y si no, se considera nulo (*bātil*). De la inclusión de cláusulas (*jīr al-šarṭ*)

Art. 11. Será válido en el matrimonio incluir cláusulas. Su no realización o su transgresión posibilitará pedir la anulación por divorcio, sin que resulte de dicha anulación ninguna indemnización si el divorcio (*talāq*) es anterior a la consumación del matrimonio.

De la dote (*al-mahr*)

Art. 12. (Modificado por la ley nº 74 de 12/7/1993). Todo lo que sea lícito y evaluable en dinero podrá ser designado como dote y será propiedad de la mujer.

Art. 13. El esposo no podrá obligar a la mujer a consumir el matrimonio si no paga la dote. La dote, después de la consumación del matrimonio, se considera una deuda en conciencia que únicamente posibilitará a la mujer a reclamar su pago, no resultando de su impago el divorcio.

De los impedimentos del matrimonio (*mawni al-zawā*)

Art. 19. Está prohibido al hombre casarse con una mujer de la que se haya divorciado tres veces.

Del divorcio (*al-talāq*)

Art. 29. El divorcio es la disolución del contrato matrimonial.

Art. 30. El divorcio no tendrá lugar excepto ante el tribunal.

Art. 31. (Modificado por la ley nº 7 de 18/2/1981). Se dictaminará el divorcio:

1). Por mutuo acuerdo de los cónyuges.

2). A demanda de uno de los cónyuges por habersele ocasionado perjuicios.

3). Por el deseo del esposo de divorciarse o a reclamación de la esposa. Se impondrá al cónyuge que cause perjuicios una compensación por el perjuicio, material y moral, origen del divorcio en los casos previstos en los precedentes apartados segundo y tercero. Con respecto a la mujer, se le compensará por el perjuicio material con una pensión que se le pagará, mensualmente, después de finalizar el plazo legal de espera y con la subrogación en este domicilio según acostumbrará a vivir durante la vida conyugal. Esta pensión será susceptible de revisión para aumentarla o disminuirla según los cambios que acontezcan y se mantendrá hasta que la separada fallezca, cambie su situación social por un nuevo matrimonio u obtenga algo en compensación por la pensión. Esta pensión se convertirá en una deuda a cargo del caudal hereditario (tarika) en el caso del fallecimiento del separado, liquidándose entonces de mutuo acuerdo con los herederos o por sentencia con el pago de su importe de una sola vez en la que se tendrá en cuenta su edad en esa fecha. Todo eso mientras no se elija compensarla por el perjuicio material en forma de capital que se recurrirá a un solo pago.

Art. 32. (Modificado por el decreto n° 21 de 30/8/1962, ratificado por la ley n° 41 de 22/10/1962; y las leyes n° 7 de 18/2/1981 y n° 74 de 12/7/1993). El presidente del tribunal elegirá al Juez de Familia (q~d. § l-usra) entre sus vicepresidentes. No se dictaminará el divorcio excepto después de que el Juez de Familia se esfuerce en reconciliar a los cónyuges y sea incapaz de ello. Si el demandado no se presenta y no ha sido notificado personalmente, el Juez de Familia aplazará la vista de la causa y designará a aquel que considere conveniente para notificarle el caso personalmente o que conozca su residencia real y se lo notifique. Cuando existan uno o más hijos menores, la sesión conciliatoria se repetirá tres veces con tal de que una de ellas se celebre al menos 30 días después de la precedente y durante este período el juez, además, se esforzará para llegar a la reconciliación, designando a aquel que considere para ello. El Juez de Familia tendrá que tomar, aunque no haya demanda, las decisiones urgentes referentes al domicilio conyugal, la manutención, la custodia (ha. d. ~na) y la visita del custodiado. Las partes podrán acordar explícitamente renunciar a dichas medidas, total o parcialmente, mientras que no perjudique el interés de los hijos menores. El Juez de Familia fijará la manutención teniendo en cuenta los elementos que reunió al intentar la reconciliación. Las decisiones

urgentes se ejecutarán sobre el borrador, no siendo susceptibles de apelación o recurso, pero serán susceptibles de revisión por parte del Juez de Familia mientras que no emita la sentencia en regla. El tribunal en primera instancia dictaminará el divorcio después de un período de reflexión que durará dos meses antes de la fase de la defensa. Así mismo dictaminará sobre todo lo que se relacione con sus efectos, fijará el importe de la pensión a la que tendrá derecho la separada después de finalizar el plazo legal de espera y establecerá las medidas necesarias, objeto de las decisiones urgentes emitidas por el Juez de Familia. El juez podrá abreviar estas disposiciones en los casos del divorcio por mutuo acuerdo mientras que esto no influya en el interés de los hijos. Las disposiciones de la sentencia relativas a la custodia, la manutención, la pensión, el domicilio y el derecho de visita se ejecutarán a pesar de la apelación o del recurso.

Art. 32bis. (Añadido por la ley nº 74 de 12/7/1993). Si uno de los cónyuges usa artimañas con objeto de impedir que sea notificada la otra parte, será castigado a la pena de prisión por un período de un año.

Art. 33. Si tiene lugar el divorcio antes de la consumación del matrimonio, la esposa tendrá derecho a la mitad de la dote designada.

Del plazo legal de espera (*al- 'idda*)

Art. 34. Toda mujer separada de su esposo por divorcio después de la consumación del matrimonio o por el fallecimiento de él antes o después de la consumación del matrimonio tendrá que aguardar el plazo legal de espera previsto en el siguiente artículo.

Art. 35. La divorciada que no esté embarazada observará un plazo legal de espera de tres meses completos. La viuda observará un plazo legal de espera de cuatro meses y diez días completos. En cuanto a la embarazada su plazo legal de espera será hasta dar a luz. La duración máxima del embarazo es de un año desde la fecha del divorcio o del fallecimiento del esposo.

Art. 36. La esposa del desaparecido (*mafqār*) observará un plazo legal de espera similar al del fallecimiento desde que se emita la sentencia de su desaparición.

APÉNDICE III. CÓDIGO SUDANÉS DEL ESTATUTO PERSONAL

LIBRO PRIMERO. De las disposiciones del matrimonio y sus efectos

Capítulo 2º. Del matrimonio

Art. 11. El matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer con la intención del apoyo, siendo lícito el goce de cada uno de ellos con el otro de forma legal. Capítulo 3º. De los dos elementos constitutivos del contrato matrimonial

Art. 12. Los dos elementos constitutivos del contrato matrimonial son:

- a). Los cónyuges.
- b). La oferta y la aceptación

Subdivisión 2ª. De las personas en grado prohibido temporalmente

Art. 19. Está prohibido de forma temporal:

- a). El matrimonio simultáneo con dos mujeres, aunque sea durante el plazo legal de espera ('idda), si al considerar a una de ellas como varón, le está prohibido casarse con la otra.
- b). El matrimonio con más de cuatro mujeres, aunque una de ellas esté observando el plazo legal de espera.
- c). La esposa de otro o que esté observando el plazo legal de espera de ese otro.
- d). La repudiada tres veces sucesivas excepto después de haber finalizado su plazo legal de espera de un matrimonio efectivo y legalmente consumado con otro esposo.
- e). El matrimonio con una mujer que no profese una religión revelada.

Subdivisión 2ª. De las disposiciones de la dote

Art. 27. Todo lo que legalmente constituya una obligación servirá como dote, sea bienes, servicio o beneficio.

Art. 28. La dote es propiedad de la mujer y no se tendrá en cuenta ninguna otra condición.

Art. 29.1). La dote se podrá adelantar o aplazar, total o parcialmente, en el momento del contrato matrimonial.

2). La dote completa será obligatoria por el contrato matrimonial válido, confirmándose con la consumación del matrimonio o el fallecimiento. Se tendrá derecho a la dote aplazada por el vencimiento del plazo, el fallecimiento o la separación.

3). La repudiada antes de la consumación del matrimonio tendrá derecho a la mitad de la dote si está designada y si no, tendrá derecho a una indemnización que no exceda la mitad de la dote de paridad.

4). Si la dote no se designa o su designación no fuera válida, será obligatoria la dote de paridad.

5). Si los cónyuges discrepan sobre el importe de la dote, la esposa tendrá que probarlo y si es incapaz, se dará crédito al esposo, bajo juramento, a menos que reivindique una dote que no sea válida según la costumbre como dote para una persona semejante a ella, dictaminándose entonces la dote de paridad. De igual modo será la sentencia cuando la discrepancia sea entre uno de los cónyuges y los herederos del otro o entre los herederos de ambos.

Art. 30.1). La esposa podrá rehusar consumir el matrimonio hasta percibir la dote adelantada.

2). Si la esposa consiente consumir el matrimonio antes de percibir su dote del esposo, ésta será una deuda a cargo de él.

Art. 31. Si el novio entrega a su novia antes del contrato matrimonial bienes de la dote y luego una de las partes renuncia a contraer matrimonio o fallece uno de los dos, tendrá derecho a recuperar el bien específico que entregó, si existe y si no, uno similar o su valor al día de la entrega

Subdivisión 1ª. De la manutención de la esposa

Art. 69. El esposo deberá mantener a su esposa desde el momento del contrato matrimonial válido.

Sección 2ª. De las disposiciones de la obediencia

Art. 91. La esposa deberá obedecer a su esposo mientras que él no contradiga las disposiciones de la ley islámica, si se cumplen los siguientes requisitos:

- a). Que le haya pagado su dote adelantada.
- b). Que tenga seguridad.
- c). Que le haya preparado un domicilio legal equipado con los enseres necesarios entre buenos vecinos.

LIBRO SEGUNDO. De la separación de los cónyuges

Art. 127. La separación de los cónyuges tendrá lugar por cualquiera de las siguientes causas:

- a). El deseo del esposo, denominándose repudio.
- b). El deseo de los cónyuges, denominándose repudio por compensación o repudio contra dinero.
- c). La sentencia judicial, denominándose divorcio o anulación. d). El fallecimiento de uno de los cónyuges.

Capítulo 1º. Del repudio

Art. 128. El repudio es la disolución del contrato matrimonial por la fórmula estipulada para ello legalmente.

Art. 129. El repudio se realizará:

- a). Con palabras claras o por escrito y el incapaz de ello, por signos inteligibles.
- b). Por escrito cuando el esposo tenga la intención de ejecutar el repudio.

Art. 130. No será válido el repudio:

- a). Subordinado a hacer u omitir algo excepto que implique esa intención.
- b). Por juramento de repudio o de algo prohibido a causa del perjurio.
- c). Asociado a un número, oralmente, por escrito o por signos, que será un solo repudio revocable.

Art. 131. El repudio sucesivo equivaldrá a un solo repudio si se propone con él la confirmación y si no, equivaldrá a su número.

Art. 132. El repudio lo realizará el esposo, su representante o la esposa si el esposo le ha otorgado dicho poder.

Art. 133. El repudio comenzará desde el momento de su realización y si es imposible establecer esto, desde el momento de la constancia de la separación y si no, desde la fecha de su reconocimiento ante el tribunal.

Art. 134.a). Se requiere en el repudiador que sea sano de mente, púber y libre.

b). No será válido el repudio del privado de discernimiento por demencia, enajenación, embriaguez continua, coacción obligada u otras causas que disminuyan la razón.

Art. 135. No se podrá repudiar a la esposa a menos que esté casada mediante un matrimonio válido que exista real o judicialmente.

Art. 136. El repudio es de dos clases: revocable e irrevocable, de la siguiente forma:

a). El repudio revocable no pondrá fin al contrato matrimonial hasta finalizar el plazo legal de espera.

b). El repudio irrevocable pondrá fin al matrimonio y es de dos clases:

1). El repudio irrevocable de separación menor es aquel que, por su número, la repudiada no será lícita a su repudiador excepto con un nuevo contrato matrimonial y una nueva dote.

2). El repudio irrevocable de separación mayor es aquel que, por su número, la repudiada no será lícita a su repudiador excepto después de finalizar su plazo legal de espera de otro esposo con el que haya consumado el matrimonio mediante un matrimonio válido.

Art. 137. Todo repudio será revocable excepto el repudio que complete el repudio triple, el repudio anterior a la consumación, el repudio contra compensación y los repudios que se definan como irrevocables en este código.

Art. 138.1). La repudiada tendrá derecho a una indemnización igual a la manutención del plazo legal de espera, según la solvencia del repudiador siempre que no exceda la manutención de seis meses.

2). Se excluye de las disposiciones del apartado 1 los siguientes casos:

a). El divorcio por impago de la manutención a causa de la insolvencia del esposo.

b). La separación por enfermedad si es a causa de la esposa.

c). La separación mediante repudio por compensación rescate o contra dinero.

Art. 139. El esposo podrá recuperar a su esposa repudiada durante el plazo legal de espera del repudio revocable, aunque ella no lo desee, no prescribiendo este derecho con su renuncia.

Art. 140. La revocación se realizará de hecho, palabra o por escrito y el incapaz de ello, por signos inteligibles.

Art. 141. Se requiere para la validez de la revocación que la repudiada sea informada durante su plazo legal de espera.

Capítulo 3º. Del divorcio

Sección 1ª. Del divorcio por defecto o enfermedad

Art. 151.1). La esposa podrá pedir el divorcio de su esposo por defecto o enfermedad grave padecido por él antes del contrato matrimonial sin que ella lo conociera o le sobrevenga después del contrato matrimonial sin que ella lo consienta, mental u orgánica, sea incurable o tarde más de un año en curar y le fuera imposible cohabitar con él sin perjuicios.

2). Si el defecto o enfermedad es curable antes de transcurrir un año, el tribunal concederá al enfermo un plazo de un año antes de dictaminar el divorcio.

Art. 152. Se recurrirá a los especialistas para determinar los defectos o enfermedades.

Sección 2ª. De la demanda de divorcio por impotencia.

Art. 153. La esposa podrá pedir el divorcio a causa de la impotencia de su esposo, sea la impotencia anterior al contrato matrimonial o le sobrevenga después de dicho contrato y de la consumación del matrimonio.

Art. 154. El derecho a pedir el divorcio a causa de la impotencia no prescribirá con la aceptación.

Art. 155. El esposo se someterá a reconocimiento médico en cualquiera de los siguientes casos:

- a). Si se establece la impotencia por propio reconocimiento.
- b). Si niega su impotencia y se establece la virginidad de su esposa por reconocimiento de ella.
- c). Si niega su impotencia y se establece la afirmación de ella por reconocimiento médico, negándose él a declarar en el juicio bajo juramento.
- d). Si se casó con una mujer desflorada y niega su impotencia ante la demandante.

Art. 156.1). Si se establece por el reconocimiento médico que la impotencia no tendrá curación o la tendrá después de más de un año, el tribunal dictaminará la separación a demanda de ella sin aplazar la demanda.

2). Si se establece por el reconocimiento médico que la impotencia es susceptible de curarse en menos de un año, el juez aplazará la demanda por un período de un año.

Art. 157.1). Si las partes disputan sobre la enfermedad después del período de prórroga, se repetirá el reconocimiento médico al esposo para conocer su curación o no.

2). Si se establece la curación del esposo por reconocimiento médico después del período de prórroga, ella abandonará la demanda y si no, se emitirá la sentencia de divorcio.

Art. 158. Se recurrirá a los médicos musulmanes especialistas y competentes para conocer la posibilidad de curación o no y el período conveniente para dicha curación. **Art. 159.** Será suficiente el testimonio de un solo médico musulmán.

Art. 160. El divorcio por impotencia será irrevocable.

Art. 161. La esposa no podrá pedir el divorcio por impotencia imprevista después del contrato matrimonial a menos que ella misma tema la tentación.

Sección 3ª. Del divorcio por perjuicios y por desavenencias

Art. 162.1). La esposa podrá pedir el divorcio por los perjuicios que hagan imposible la vida conyugal entre sus iguales y no los permita la ley.

2). Los perjuicios se establecerán por cualquier medio legal de prueba, inclusive el testimonio de la fama y del rumor.

Art. 163.1). Si no se prueban los perjuicios, continúan las desavenencias entre los cónyuges, es imposible la reconciliación y la esposa vuelve a pedir el divorcio después de tres meses, el juez designará a dos árbitros de la familia de los cónyuges si es posible y si no lo es, de aquellas personas que tengan capacidad para la reconciliación.

2). El juez tomará juramento a los árbitros de que realizarán su misión con imparcialidad y honestidad, fijándoles el período del arbitraje.

Art. 164.1). Los árbitros tendrán que indagar las causas de las desavenencias y esforzarse en reconciliar a los cónyuges.

2). Los árbitros presentarán un informe al juez con sus gestiones, incluyendo el alcance de los daños de cada uno o de uno de ellos al otro así como sus propuestas.

Art. 165. El juez podrá rechazar el informe de los árbitros y designar a otros dos por un tiempo justificado para realizar el arbitraje nuevamente de acuerdo con las medidas indicadas en los artículos 163 y 164. **Art. 166.** Si los árbitros discrepan, el juez designará a otros dos o les adjuntará un tercer árbitro que prestará juramento.

Art. 167. Si es imposible la reconciliación y continúan las desavenencias entre los cónyuges, el juez dictaminará el divorcio basándose en el informe del arbitraje sin perjuicio de las disposiciones del artículo 164.

Art. 168. Si el juez sentencia el divorcio por perjuicios o desavenencias y todos o la mayoría de los daños son por parte de la esposa, emitirá la sentencia de divorcio con el dinero que decidan los árbitros. Si todos o la mayoría de los daños son por parte del esposo, colectivamente de ambos o se desconocen las circunstancias, emitirá la sentencia de divorcio sin dinero.

Art. 169. El divorcio por perjuicios o desavenencias se considera irrevocable.

Sección 4ª. Del divorcio contra rescate

Art. 170. La esposa rebelde podrá pedir el divorcio contra rescate en las siguientes condiciones:

- a). Que la rebeldía esté establecida por sentencia judicial.
- b). Que haya transcurrido desde la rebeldía un año completo cuando se presente la instancia de la demanda.
- c). Que ella ofrezca en la demanda, a cambio del divorcio, los bienes, en especie o dinero, a los que esté obligada.
- d). Que explique en su demanda que ella es incapaz de cumplir los derechos del esposo con respecto a ella y que sufre perjuicios al permanecer bajo su potestad marital, prescribiendo sus derechos con respecto a él.

Art. 171. Si el esposo acepta la demanda del divorcio contra rescate y consiente en el rescate ofrecido, se encargará de realizar el repudio por sí mismo. Si lo rechaza, lo realizará el juez.

Art. 172. Si el esposo acepta la demanda del divorcio contra rescate pero no está de acuerdo con el repudio, no desprendiéndose un interés legal en que ella permanezca bajo la potestad marital o está de acuerdo con el repudio pero no está de acuerdo con el importe del rescate, se delegará en dos árbitros de acuerdo a las disposiciones de los artículos 163 a 168 inclusive, concluyendo el caso del litigio de la manera que ellos lo establezcan.

Art. 173. Si el esposo rehúsa la demanda del divorcio contra rescate en sus pormenores, la esposa se encargará de probarla frente a él. Si ella lo prueba, él se encargará de realizar el repudio y si rechaza realizarlo, el tribunal delegará en dos árbitros, concluyendo el caso de litigio de la manera que ellos lo establezcan.

Sección 5°. Del divorcio por insolvencia o por impago de la manutención

Art. 174. La esposa podrá pedir el divorcio de su esposo por impago de su manutención si él no tiene bienes aparentes, rehúsa mantenerla y prueba su insolvencia.

Art. 175. Si la esposa pide el divorcio por insolvencia, atestiguando la insolvencia del esposo y él lo acepta, el juez le concederá un plazo no inferior a un mes ni superior a dos meses para que sea solvente y la mantenga y si no, emitirá la sentencia de divorcio.

Art. 176. Si la esposa pide el divorcio por insolvencia, atestiguando la insolvencia del esposo pero él lo niega y atestigua su solvencia, el juez le concederá un plazo para que la mantenga o la repudie y si no hace ninguna de las dos cosas, emitirá la sentencia de divorcio después de que finalice el plazo.

Art. 177. Si la esposa pide el divorcio por impago de la manutención, atestiguando la solvencia del esposo pero él lo niega, atestigua su insolvencia y lo prueba, el juez le concederá un plazo no inferior a un mes ni superior a dos meses para que sea solvente y la mantenga y si no, emitirá la sentencia de divorcio.

Art. 178. Si la esposa pide el divorcio por impago de la manutención, atestiguando la solvencia del esposo y él atestigua su insolvencia, pero no lo prueba o confirma la solvencia, el juez le concederá un plazo para que la mantenga o la repudie y si no, emitirá la sentencia de divorcio inmediatamente después de dicho plazo.

Art. 179.1). Si la esposa pide el divorcio de su esposo ausente en un lugar conocido por impago de la manutención y prueba su demanda, el juez se lo notificará y le concederá un plazo de un mes. Si no le envía su manutención ni se presenta para mantenerla, el juez emitirá la sentencia de divorcio después de que la esposa preste juramento.

2). La esposa prestará el juramento indicado en el apartado 1 sobre lo siguiente:

a). Que el esposo no le ha dejado manutención, administrador ni representante en la manutención.

b).1). Que no recibe nada de su manutención.

2). Que no la visita en secreto ni en público.

3). Que no consiente en permanecer con él sin manutención.

c).1). Que tiene derecho a la manutención.

2). Que no sabe que él tenga bienes de los que ella pueda deducir su manutención.

3). Que no sabe que el vínculo conyugal se haya roto de algún modo.

Art. 180.1). Si el esposo está ausente en un lugar desconocido o no fuera posible comunicarse con él y la esposa pidiera el divorcio por insolvencia, el juez tendrá que indagar, divulgar e investigar al esposo ausente mediante sus parientes y sus conocidos así como escribiendo al lugar de su dirección.

2). Después de comprobar la ausencia del esposo en la forma prevista en el apartado 1 y de probar los motivos del divorcio por insolvencia, el juez le concederá un plazo no superior a un mes y si no vuelve en este tiempo ni le envía su manutención, el juez tomará juramento a la esposa en la forma indicada en el artículo 179 y emitirá la sentencia de divorcio.

3). Si la esposa es incapaz de probar la ausencia en la forma prevista en el apartado 1 por vivir ella en el extranjero y no haber nadie que conozca a su esposo, el juez le tomará juramento en la forma indicada en el artículo 179 y emitirá la sentencia de divorcio a demanda de ella.

Art. 181. El divorcio por insolvencia o por impago de la manutención será revocable.

Art. 182. La esposa no obtendrá el divorcio por insolvencia o por impago de la manutención en los siguientes casos:

- a). Si el esposo tiene bienes aparentes, esté el esposo presente o ausente.
- b). Si el esposo es capaz de mantenerla completamente, aunque sea con alimentos y ropas inadecuadas.
- c). Si ella se casó con él conociendo su insolvencia y consintió.
- d). Si algún pariente del esposo ausente o un extraño a él la mantiene voluntariamente.

Art. 183. El esposo podrá recuperar a su esposa divorciada por insolvencia o por impago de la manutención en las siguientes condiciones:

- a). Si la esposa ha tenido relaciones sexuales con él durante el divorcio.
- b). Si el esposo prueba su solvencia y capacidad para continuar manteniéndola.
- c). Si el esposo se compromete a no rehusar mantenerla en el futuro.
- d). Si él vuelve antes de finalizar su plazo legal de espera.

Art. 184. Si el esposo recupera a su esposa divorciada por insolvencia o por impago de la manutención y ella prueba que él le envía su manutención y que le llega, que la deja junto a ella o que ella renuncia a dicha manutención en el futuro, no será lícita para él a menos que otro hombre se case con ella y consuma el matrimonio.

Sección 6ª. Del divorcio por ausencia, por desaparición y por encarcelamiento

Art. 185. La esposa podrá pedir el divorcio por la ausencia de su esposo durante uno o más años si su alejamiento le causa perjuicios, tenga o no el esposo bienes de los que ella pueda satisfacer su manutención.

Art. 186. Si la esposa pide el divorcio por la ausencia de su esposo, prueba su demanda y el esposo está en un lugar conocido, el juez le fijará un plazo y le notificará que lo divorciará si no se presenta para convivir con ella o la traslada junto a él. Si finaliza dicho plazo sin hacerlo, el juez emitirá la sentencia de divorcio después de que ella preste juramento sobre la verdad de la ausencia.

Art. 187. Si la esposa pide el divorcio por la ausencia de su esposo, prueba su demanda y el esposo está en un lugar desconocido, el juez emitirá la sentencia de divorcio sin plazo ni notificación después de que ella preste juramento sobre la verdad de la ausencia.

Art. 188. La esposa confirmará con su juramento su perjuicio por la ausencia de su esposo y su temor a la tentación.

Art. 189. La esposa del desaparecido podrá pedir el divorcio de su esposo después de transcurrir un período no inferior a un año desde la fecha de la ausencia.

Art. 190. La esposa del encarcelado por sentencia firme por un período de dos o más años podrá pedir el divorcio de su esposo, pero no se sentenciará esto a menos que transcurra un año de la fecha del encarcelamiento.

Art. 191. El divorcio por ausencia, desaparición o encarcelamiento se considera irrevocable.

Sección 7ª. Del divorcio por juramento de continencia, por repudio preislámico y por acusación jurada de adulterio

Art. 192. El juramento de continencia es el juramento del esposo de no acercarse a su esposa nunca o durante cuatro o más meses.

Art. 193. La esposa podrá pedir el divorcio por juramento de continencia si su esposo mantiene su juramento hasta transcurrir cuatro meses.

Art. 194. Si el esposo desea arrepentirse antes del divorcio, el juez le concederá un plazo conveniente y si no se arrepiente, emitirá la sentencia de divorcio.

Art. 195. Se requiere para la validez de la revocación en el divorcio por juramento de continencia que se produzca el arrepentimiento efectivo excepto que exista una excusa legal, en este caso será válida la revocación de palabra.

Art. 196. El repudio preislámico es cuando el esposo asimila a su esposa con una persona en grado prohibido para él a perpetuidad, con su espalda o cualquier otro miembro.

Art. 197. Será válido el repudio preislámico de cualquier esposo que lo realice.

Art. 198. La esposa podrá pedir el divorcio por el repudio preislámico de su esposo, si éste rehúsa la acusación de infidelidad y vuelve a su esposa.

Art. 199. La acusación jurada de adulterio se realizará por testimonios específicos confirmados con el juramento que tendrá lugar entre los cónyuges ante el juez, sellada con la acusación de adulterio por parte del esposo y el enfado por parte de la esposa.

Art. 200. Se requiere para la validez de la acusación jurada de adulterio:

- a). Que los cónyuges sean capaces jurídicamente y no hayan sido castigados por una calumnia a menos que se hayan arrepentido.
- b). Que su contrato matrimonial sea válido y existente, real o judicialmente, si la acusación jurada de adulterio es a causa de la calumnia de adulterio.
- c). Que el esposo no tenga una prueba legal.
- d). Que la acusación jurada de adulterio tenga lugar ante el juez y con su autorización.
- e). Que el esposo difamador sea un demandante consciente que haya visto el adulterio de ella, aunque será posible al ciego la acusación jurada de adulterio con la negación del hijo.
- f). Que los que intercambien acusaciones de adulterio adjunten, oralmente, el orden y el número de los testimonios.
- g). Que la filiación del hijo negado fuera posible.

Art. 201. El juez dictaminará la separación de los cónyuges después de tener lugar la acusación jurada de adulterio.

Art. 202. La separación por acusación jurada de adulterio será un divorcio irrevocable.

Art. 203. La revocación de los que han intercambiado acusaciones de adulterio podrá ser después de su divorcio con un nuevo contrato matrimonial y una nueva dote, si el propio esposo se desmiente y se le aplica la pena legal de la calumnia.

APÉNDICE IV. AUTO TRIBUNAL SUPREMO 3059/1990



Roj: **ATS 990/2001 - ECLI:ES:TS:2001:990A**

Id Cendoj: **28079110012001200973**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/04/2001**

Nº de Recurso: **3059/1990**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Exequatur**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a tres de Abril de dos mil uno.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Rubio Cuesta, en representación de D. Pedro , formuló demanda de exequatur de la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Casablanca, fechada el 14 de Yumada I de 1407 -según el calendario islámico-, por la que se establecen las obligaciones personales y patrimoniales subsiguientes al divorcio de su representado y D^a. Cristina (o Gema), acordado por resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Casablanca, Sección Notarial de El Fida, fecha 31 de diciembre de 1986 .

El matrimonio disuelto había sido celebrado en Casablanca, Marruecos, el 7 de Enero de 1.985 e inscrito en el Registro Civil español.

2.- Los contrayentes eran español -el varón- y marroquí -la mujer- y residentes en Francia; al tiempo de promoverse el divorcio los esposos eran residentes en el Reino de Marruecos; cuando pidió justicia a esta Sala, el solicitante era residente en Francia.

3.- Se han aportado, entre otros: copia autenticada y legalizada del acta de divorcio, debidamente traducida; acta extendida por la Sección Notarial del Juzgado de Primera Instancia de Derb Soltan/El Fida, Marruecos, relativa al transcurso de tiempo por el que, conforme a la legislación islámica, se opera la ruptura definitiva del vínculo matrimonial existente entre los cónyuges; y certificación de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español.

4.- Citada y emplazada conforme a derecho la demandada D^a. Cristina , la misma no se personó en las presentes actuaciones.

5.- El Ministerio Fiscal dijo que no se oponía al exequatur.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D.Francisco Marín Castán

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La presente solicitud de exequatur, que en principio alcanza tanto a la resolución por la que se declara el divorcio o repudio entre los esposos como a la posterior que regula efectos personales y patrimoniales derivados del mismo, se ha de examinar a la luz de lo dispuesto en los arts. 951 y siguientes de la LEC de 1881 , toda vez que es de fecha anterior a la entrada en vigor, siquiera provisionalmente del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa, de fecha 30 de mayo d e1997, y que éste carece de una disposición específica que regule el régimen intertemporal o transitorio que permita extender su aplicación a solicitudes anteriores a su entrada en vigor. Por otra parte, la aplicabilidad del régimen de condiciones de la LEC de 1881 viene dada, de un lado, por la Disposición

Transitoria Segunda de la LEC 1/2000, de 7 de enero, teniéndose a la vista, en cualquier caso, su Disposición Derogatoria Única, punto 1-3ª; y de otro, por no haber quedado acreditada la reciprocidad negativa (art. 953 LEC 1881). 2.- De la solicitud de exequatur de dos resoluciones se ha de atender exclusivamente a la relativa al divorcio de los esposos, fechada el 31 de diciembre de 1986, porque la parte solicitante no ha llegado a manifestar, no obstante los reiterados intentos de esta Sala para clarificar el objeto de su pretensión, si ésta se ceñía exclusivamente a la resolución de divorcio o repudio, o alcanzaba igualmente a la que determina el régimen de los efectos personales y patrimoniales subsiguientes a la disolución del vínculo. Esta última, a la que inicialmente parecía referirse la solicitud de reconocimiento, en cualquier caso, no sería susceptible de ser homologada, toda vez que de ella se ha aportado exclusivamente su traducción al castellano, y no la decisión ejecutoria debidamente autenticada y legalizada o apostillada.

3.- Resulta probada la firmeza de la resolución, según la ley del Estado de origen; la firmeza de la resolución, cuyo exequatur se pretende, viene exigida, cualquiera que sea el régimen de reconocimiento, por el art. 951 (de la citada Ley) -que sobre este extremo, no es únicamente atinente al régimen convencional, si se lee junto con los preceptos siguientes- y reiterada doctrina de esta Sala.

4.- El requisito 1º del art. 954 (de la citada Ley) ha de entenderse cumplido habida cuenta de la naturaleza personal de la acción ejercitada.

5.- En cuanto al requisito 2º del mismo artículo 954, se tiene por probado que el juicio de origen se siguió con el conocimiento de ambos cónyuges.

6.- Por lo que interesa al requisito 3º del precitado artículo 954, la conformidad con el orden público español -en sentido internacional- es plena: el artículo 85 del Código Civil establece, la posibilidad del divorcio cualesquiera que sean la forma y tiempo de celebración del matrimonio. En tal sentido, se pone de manifiesto, en primer lugar, que el acto aparece refrendado y sancionado por una autoridad en ejercicio de funciones jurisdiccionales; y en segundo lugar, que mediante la resolución de que se trata se origina la disolución del vínculo matrimonial de forma definitiva e irrevocable, habida cuenta del tipo de divorcio pronunciado, y visto el régimen jurídico que le es aplicable contenido en el artº. 69 y concordantes del Código del Estatuto Personal y de Sucesión del Reino de Marruecos, promulgado por Dahir nº 1-57-343, de 22 de noviembre de 1.957, habiéndose seguido, por demás, el mismo criterio en casos similares precedentes (AATS. 16 y 23-7-96, 24-9-96, 28-1-97, y 16-03-99).

7.- La autenticidad de la resolución, según exige el artículo 954.4, está garantizada por la legalización con la que se ha diligenciado y tal y como obra en autos.

8.- No hay razón para considerar que la competencia judicial internacional de los Tribunales del Reino de Marruecos haya nacido de las partes en busca fraudulenta de un foro de conveniencia (artículos 6º.4 Código Civil y 11.2 L.O.P.J.); el artículo 22.2 y 3 L.O.P.J. no establece foros de competencia exclusiva, lo que, sin embargo, sí hace el art. 22.1 de la misma Ley Orgánica, pero sin que en el presente concorra ninguno de los foros determinantes de ella en favor de la jurisdicción española; por el contrario, hay conexiones que no pueden desconocerse, como es la nacionalidad marroquí de la esposa, el domicilio de los cónyuges en el Reino de Marruecos al tiempo de promoverse el divorcio y el lugar de celebración del matrimonio, razones éstas que permiten atribuir con fundamento la competencia a los tribunales marroquíes y que excluyen, por ende, el fraude a la ley en cuanto a la ley aplicada al fondo del asunto, cuestión vinculada a la anterior.

9.- No consta contradicción o incompatibilidad material con decisión judicial recaída o proceso pendiente en España.

LA SALA ACUERDA

1.- Otorgamos exequatur a la resolución de la Sección Notarial de El Fida, del Juzgado de Primera Instancia de Casablanca, Reino de Marruecos, de fecha 31 de diciembre de 1.986, por la que se autorizaba el divorcio de D. Pedro y Dª. Cristina, quienes habían contraído matrimonio en Casablanca, Marruecos, el día 7 de enero de 1.985, inscrito en el Registro Civil español.

2.- Librense los despachos a que se refiere el artículo 958 L.E.C. de 1.881.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que com Secretario, certifico.