

EL MATRIMONIO ISLÁMICO Y SU RECONOCIMIENTO POR EL  
DERECHO POSITIVO DEL ESTADO DE CHILE  
SEGÚN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL\*

CARLOS SALINAS ARANEDA\*\*  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

La nueva ley de matrimonio civil introduce la novedad de permitir la celebración del matrimonio ante ministros de cultos de entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público, debiendo los contrayentes, dentro de los ocho días inmediatamente siguientes a la celebración religiosa, ratificar su consentimiento matrimonial ante cualquier oficial del registro civil. La celebración religiosa de los matrimonios en algunas entidades religiosas está sometida a un derecho religioso propio que, en determinados casos, como sucede con el derecho islámico, emana de los propios textos sagrados, principalmente el Corán, de manera que dichas normas, al tiempo que son preceptos religiosos, son normas jurídicas que vinculan a los fieles. No siempre, sin embargo, los modelos matrimoniales regidos por normas religiosas coinciden con el modelo matrimonial regulado en la ley civil chilena como sucede con el matrimonio celebrado conforme a la fe islámica. En

ABSTRACT

The new civil marriage law introduces an innovation in making it possible to celebrate marriage before ministers of religious denominations acknowledged as legal entities in public law, whereby the bridegroom and bride, within eight days immediately after the religious ceremony, should ratify their matrimonial consent before any Registry Office officer. In some religious entities, the religious ceremony of marriages is subject to their own religious laws which, in specific cases, as under the Hebrew law, arise from the sacred texts proper; therefore, said regulations, being religious precepts at the same time, are juridical regulations that bind the members of a congregation. Not always, however, do the marriage models governed by religious regulations coincide with the marriage model governed by the Chilean civil law, as is the case of the Jewish faith. In this article, a detailed study of the marriage celebrated according to the Jewish

---

\* Este trabajo forma parte de la investigación FONDECYT 1040642, de la que el autor es investigador responsable.

\*\* Catedrático de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Casilla 4059. Valparaíso. Chile. Correo electrónico: csalinas@ucv.cl

este trabajo se hace un estudio detenido del matrimonio celebrado según las normas propias de los fieles del Islam, se destacan las particularidades del mismo que contrastan con la regulación del matrimonio en el derecho chileno, y se proponen las soluciones a dichas divergencias tanto cuando se trata de matrimonios islámicos celebrados en Chile, como celebrados en el extranjero.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio civil – Matrimonio religioso – Matrimonio islámico – Derecho islámico.

community's own regulations is presented; specificities contrasting with regulation of marriage in the Chilean substantive law are stressed; and solutions to the difference between the Hebrew marriages celebrated in Chile and those celebrated abroad are given.

KEY WORDS: Civil marriage – Religious marriage – Hebrew marriage – Hebrew law.

Entre las novedades que ha introducido la nueva ley de matrimonio civil<sup>1</sup> está el reconocimiento civil que se da a los matrimonios celebrados conforme a determinados ritos religiosos. En efecto, según el artículo 20 de la nueva ley: “*Los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la ley [...]*”. Se trata de una novedad que viene a quebrar el régimen legal vigente bajo la anterior ley según el cual era libre para los contrayentes sujetarse o no a los requisitos y formalidades prescritas por la religión a la que pertenecían, requisitos y formalidades que no se tomarían en cuenta para decidir sobre la validez del matrimonio ni para regular sus efectos civiles (ley de matrimonio civil [1884] art. 1 inc. 2° y 3°).

Para las diversas confesiones religiosas el matrimonio ha sido siempre objeto de particular atención, pero el tratamiento que le proporcionan no siempre es el mismo. Por lo general, las confesiones originadas en la reforma de Lutero (1483 - 1546) se limitan a realizar, con ocasión del mismo, ritos religiosos de carácter meramente litúrgico carentes por completo de naturaleza jurídica, pues, negando dicho reformador la existencia de un derecho propio de las nuevas confesiones, pero siendo necesario el mismo para regular las relaciones interpersonales de los nuevos fieles, entregó la tarea de dictar dichas normas al Estado, lo que en materia de matrimonio se vio facilitado al negársele el carácter sacramental<sup>2</sup>.

Otras confesiones, en cambio, como la Iglesia católica o el Islam, han ido desarrollando un derecho propio a lo largo de los siglos, derecho que vincula jurídicamente a los fieles y que regula aspectos importantes de la vida de los mismos, siendo el matrimonio una de las instituciones que los dos ordenamientos que he mencionado regulan en forma expresa. En estos casos ya no se trata de un simple rito de naturaleza religiosa, sino que de un verdadero consentimiento matrimonial, diverso del generado con ocasión del matrimonio civil, sometido a

<sup>1</sup> Ley 19.947 publicada en *DO*. 7 mayo 2004.

<sup>2</sup> Durante la discusión de la ley en el Senado, el senador Adolfo Zaldívar manifestaba que “en el caso de las iglesias evangélicas... los contrayentes, después de celebrado el matrimonio ante el oficial del registro civil, acuden únicamente a su comunidad o iglesia con el propósito de recibir una bendición. En dichas confesiones no hay una nueva celebración del matrimonio”. *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 349ª ordinaria, sesión 20ª, miércoles 6 agosto 2003, p. 3470.

una regulación especial por normas jurídicas de origen religioso que vinculan, no sólo religiosamente, sino que también jurídicamente a los fieles de la religión respectiva. Estos fieles, en consecuencia, en materia de matrimonio, se encuentran sometidos a una doble regulación: la propia de la confesión religiosa y la del Estado de Chile, regulaciones que no necesariamente son coincidentes, de donde puede producirse el hecho de que una misma persona, que en cuanto fiel se encuentra sometido a la regulación jurídica propia y originaria de su confesión religiosa, y, en cuanto ciudadano, a la ley de matrimonio civil definida por el Estado, se encuentre que en aspectos concretos de su opción matrimonial ambos ordenamientos no coincidan. Se hace preciso, en consecuencia, identificar aquellos ámbitos de conflicto que puedan darse y definir las soluciones a los mismos a la luz del derecho positivo del Estado de Chile, sobre todo si tenemos en cuenta que “es verdaderamente lamentable la ignorancia que existe en el mundo occidental acerca de una religión que hoy profesan 1.100 millones de personas aproximadamente, y que originó una civilización que perduró durante siglos y de la cual es tributaria nuestra propia cultura”<sup>3</sup>. Es lo que haré a continuación con el caso específico del matrimonio islámico.

### I. EL DERECHO ISLÁMICO

Islam significa conformidad, sumisión. Se trata de una religión monoteísta basada en la sumisión incondicional a la voluntad de Alá (= Dios), negando el libre albedrío humano, pues todo sucede porque Alá lo ha previsto así, al punto que el musulmán (= creyente) ha de aceptarlas en todo momento, no como una ciega imposición, sino como insondable voluntad de Alá. Precisamente, la sumisión (= islam) es la actitud del hombre fiel y piadoso ante la voluntad divina.

Los deberes primordiales del creyente se recogen en los llamados cinco pilares del Islam, a saber: i) la profesión de fe (*ashshahada*) de que “no hay divinidad fuera de Dios y que Mahoma es el enviado de Dios”; el testimonio a favor de la unicidad divina no queda, sin embargo, reducido a la simple afirmación intrascendente del hecho sino que tiene consecuencias en la existencia cotidiana, pues ayuda a negar la sumisión a las autoridades que van en contra del *Corán* y del Islam<sup>4</sup>; ii) la oración ritual (*salat*) individual o colectiva, cinco veces al día, prostrados en dirección a La Meca y precedida de las abluciones purificadoras, pues la oración hay que realizarla en estado de pureza ritual<sup>5</sup>; iii) la limosna legal o impuesto social (*zakat*) pagado de sus bienes y consagrado a Alá; es una especie

<sup>3</sup> GARFE JARUFE, Farouk, *Derecho internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones* en *Revista de Derecho* 212 (2002), p. 635.

<sup>4</sup> Durante el período de ocupación colonial, esta actitud fomentó los movimientos de resistencia nacional a través de una resistencia cultural. Una fórmula distinta, pero que expresaba la misma idea (*Allahu akbar* = Dios es el más grande, sólo Dios es grande) fue el grito de guerra de los ejércitos musulmanes; y cuando el 6 de octubre de 1973 el ejército egipcio asaltó las fortificaciones israelitas en el canal de Suez, los soldados avanzaron gritando *Allahu akbar*. Los que mueren en la guerra santa son considerados mártires, es decir, testigos de la unicidad divina. Cfr. JOMIER, Jacques, *Para conocer el Islam*<sup>2</sup> (Estella, 1994), pp. 54 - 55.

<sup>5</sup> El aprecio que la sociedad musulmana muestra por la oración influye en la opinión que

de diezmo destinado a sostener a los pobres y a los que se ocupan de recogerla<sup>6</sup> o, si se prefiere, es un impuesto de beneficencia que permite, además, financiar empresas que ofrecen interés para el pueblo. Ha caído en desuso salvo en los países más tradicionalistas como Arabia Saudita, y hay que reconocer que en el Islam, la *zakat* ha sido un factor de solidaridad y de unidad y no sustituye, sino que completa la limosna privada; iv) el ayuno (*assaum*)<sup>7</sup> durante todo el mes de ramadán<sup>8</sup>, que corresponde al noveno mes del año lunar árabe y que consiste en abstenerse de toda bebida, comida y actividad sexual desde el alba hasta la puesta del sol<sup>9</sup>; v) la peregrinación a La Meca (*hayy*), obligatoria una vez en la vida para todo musulmán adulto libre, que tenga los recursos necesarios para el viaje y para el mantenimiento de los suyos durante su ausencia, y con la condición de que el camino sea seguro<sup>10</sup>.

Hablar, sin embargo, del derecho islámico no es tarea fácil, porque el Islam no es una realidad monolítica: existen diversas escuelas de derecho islámico que matizan el contenido del derecho tradicional, a las que se unen en la actualidad los vigentes Códigos de Estatuto Personal o de Familia que rigen en los Estados musulmanes que restringen, modifican o concretan los postulados del derecho islámico, como veremos a continuación.

---

ellos tienen de otras religiones. Precisamente, uno de los reproches que con frecuencia hacen a los cristianos es que no rezan o rezan muy pocas veces. *Ibíd.*, pp. 58 - 59.

<sup>6</sup> C. (= *Corán*) 9, 60: "En efecto, las limosnas están destinadas a los indigentes y a los pobres, a los que las recogen, a aquellos cuyos corazones han sido ganados por el Islamismo, al rescate de los esclavos, a los insolventes, a la causa de Dios y a los viajeros. Esto es obligatorio por Dios. Es sabio y prudente". El *Corán* está dividido en 114 *azoros* "*suras*" (= capítulos) de diversa extensión, cada uno de los cuales está integrado por un número diverso de *aleyas* (= milagro) o versículos. En las citas que haga del *Corán* (= C.), el primer número corresponde a la azora y el segundo a la aleya

<sup>7</sup> C. 2, 179: "¡Oh creyentes! Os está prescrito el ayuno, del mismo modo que ha sido prescrito a los que os han precedido. Temed al Señor".

<sup>8</sup> C. 2, 181: "La luna del Ramadán, durante la cual descendió el Corán de lo alto para servir de dirección a los hombres, de explicación clara de los preceptos, y de distinción entre el bien y el mal, es el tiempo en que hay que ayunar. Todo el que vea esta luna debe disponerse en el acto a ayunar. El que esté enfermo o de viaje ayunará después un número igual de días. Dios quiere vuestro bienestar y no quiere vuestra molestia. Quiere únicamente que cumpláis el número exigido y que lo glorifiquéis, porque os dirige por la senda derecha; quiere que seáis agradecidos".

<sup>9</sup> C. 2, 183: "Os está permitido acercaros a vuestras mujeres en esa noche del ayuno. Ellas son vuestro vestido y vosotros sois el suyo. Dios sabe bien que os engañáis a vosotros mismos. Ha vuelto a vosotros y os ha perdonado. Ved a vuestras mujeres en el deseo de recoger los frutos que os están reservados. Os está permitido comer y beber hasta el momento en que podáis distinguir un hilo blanco de un hilo negro. A partir de este momento, observad estrictamente el ayuno hasta la noche. Durante este tiempo no tengáis comercio alguno con vuestras mujeres; pasadlo más bien en actos de devoción en las mezquitas. Tales son los límites de Dios. No os acerquéis a ellos por temor a trasponerlos. Así es como desenvuelve Dios sus designios ante los hombres, a fin de le teman".

<sup>10</sup> Algunas corrientes chiitas incluyen entre los pilares del Islam, además, el *Yihad* que significa esfuerzo, que dividen en el *gran Yihad* que es la lucha personal e interior contra los propios pecados, el más difícil e importante para los musulmanes; y el *pequeño Yihad*, o lucha exterior y violenta contra los ataques de los enemigos infieles del Islam que rechacen la conversión.

### 1. Fuentes del derecho en general

Dice un autor: “En rigor no se debería hablar más que de una fuente del derecho en el Islam: la voluntad divina, *fons essendi*, de la cual la revelación sería la *fons cognoscendi*”<sup>11</sup>. Se trata, pues, de un derecho revelado, cuyo autor, es decir, cuyo legislador, es el mismo Dios (= Alá). Esto hace que la principal fuente del derecho islámico sea el *Corán*, esto es, la comunicación hecha a Mahoma por medio de un ángel, que luego sería identificado con Gabriel, de un libro celestial que existe en el paraíso desde la eternidad. El *Corán* no es un *corpus iuris*, sino que es el libro santo y sabio que “se refiere a todos los aspectos de la vida individual y social de los creyentes y a las relaciones que éstos deben mantener con aquellos que no pertenecen a su credo. Incluye no sólo los deberes religiosos de sus fieles sino que también los morales, el comercio, la política, el derecho, etc.; se proyecta sobre toda la actividad humana individual y colectiva, incluyendo la organización social y política, la que debe adecuarse a sus mandatos y enseñanzas. Lo espiritual y lo temporal se fusionan constituyendo un todo, y nada es ajeno al *Corán*. El dogma religioso rige en toda su plenitud”<sup>12</sup>. Es por lo que “la distinción entre derecho, religión y moral es impensable en el Islam tradicional. Todo acto humano tiene en la Ley su etiqueta moral, que sólo puede ser conocida por la revelación, ya que todo deber es un deber hacia Dios”<sup>13</sup>.

La incidencia jurídica y religiosa del *Corán* surge de manera más evidente en las extensas “suras” de Medina<sup>14</sup> donde, junto a la omnipotencia de Dios y a las obligaciones del culto o a los deberes de la caridad, aparecen preceptos sobre la herencia, los contratos, el homicidio, o, en lo que a nosotros nos interesa, el matrimonio, “componiendo más específicamente una deontología que un código”<sup>15</sup>. El *Corán*, así, contiene la palabra revelada, si bien su confección material fue obra del profeta y de sus compañeros (= *ashab*) quienes recopilaron con cuidado todas las manifestaciones que Mahoma, bajo inspiración divina, les dictaba. “El origen divino del *Corán* es el fundamento de su autoridad indiscutible y absoluta para los musulmanes. El *Corán* se infalible, por lo que puede exigir una obediencia incondicional”<sup>16</sup>.

La interpretación del *Corán* corresponde a los *ulemas* o sabios religiosos que, si bien no tienen funciones sacerdotales, suponen, de hecho, una clase de autoridad teológica. Los versículos del *Corán* pueden ser *mutkhamat*, es decir, absolutamente claros y que no permiten ninguna interpretación, siendo su obligación absoluta; o bien pueden ser versículos *muta-asabinat*, que sí admiten cierta interpretación o aclaración.

<sup>11</sup> LÓPEZ ORTIZ, José, *Derecho musulmán* (Barcelona, 1932), p. 20.

<sup>12</sup> GARFE JARUFE, Farouk, cit. (n. 3), p. 636.

<sup>13</sup> GARCÍA HERNANDO, Julián (ed.), *Pluralismo religioso en España, 3: Religiones no cristianas* (Madrid, 1997), p. 242.

<sup>14</sup> Mahoma, en su primitiva predicación de la Meca, no se preocupó sino de temas piadosos; la posterior construcción del Estado musulmán le obligó a ir estableciendo reglas de carácter jurídico. LOPEZ ORTIZ, José, cit. (n. 11), p. 22.

<sup>15</sup> ESTÉVEZ BRASA, Teresa, *Derecho civil musulmán. Precedido de una introducción al advenimiento del Islam* (Buenos Aires, 1981), p. 148.

<sup>16</sup> KHOURY, A. del Th., *Los fundamentos del Islam* (Barcelona, 1981), p. 121.

Una vez muerto Mahoma, los *ashab* que más cerca habían estado de él asumieron la tarea de interpretar la letra coránica cuando debían ajustarse a casos concretos, inspirados en los dichos y hechos del profeta, lo que fue conformando una compilación de tradiciones o aforismos de Mahoma que, si bien no procedían de la revelación, implícitamente la contenían en cuanto que la conducta del profeta respondía a inspiración divina. De esta manera, lo que dijo e hizo Mahoma no podía ser sino que la realización del ideal revelado; en otras palabras, su conducta (= *sunna*) era un comentario viviente de la revelación. Esta conducta podía manifestarse de tres maneras diversas: i) lo que dijo, esto es, preceptos extracoránicos; ii) lo que hizo, convirtiéndose, en consecuencia, en ejemplos a imitar<sup>17</sup>; y iii) lo que consintió, esto es, costumbres o hechos acerca de los cuales guardó silencio, aprobándolos tácitamente. Estas tres manifestaciones se comprenden en el término general de *sunna*, cuyo valor no es meramente interpretativo, sino que es una verdadera fuente de derecho<sup>18</sup>.

El *Corán* y la *sunna* son las dos fuentes primigenias y más importantes del derecho islámico, configurando ambas la *shari'a* o ley divina.

A las anteriores hay que agregar el *ichma*, esto es, el consentimiento de la comunidad musulmana que se justifica en algunas tradiciones según las cuales Mahoma habría dicho que “mi comunidad jamás se pondrá de acuerdo acerca de un error”, o “lo que a los musulmanes parece bueno le parece también a Alá”. El valor de esta fuente se funda “en una especie de asistencia providencial que asegura una cierta infalibilidad al sentir unánime de los musulmanes”<sup>19</sup>. Para apreciar esa unanimidad la escuela malequita concede una especial importancia al consentimiento de las ciudades santas, en particular, Medina, sin excluir con ello el general del Islam. Corrientemente se atiende a la opinión de los doctores, sin excluir la de todos los musulmanes, especialmente en materias que son fácilmente accesibles a la comprensión de las masas<sup>20</sup>. Este consentimiento ha ejercido y ejerce una función práctica importante en relación con las demás fuentes, sancionando la interpretación de las mismas, asegurando los presupuestos históricos de la revelación, la autenticidad del *Corán* y la *sunna*, y la consagración legal de la costumbre, aparte de que a él se debe la regulación de ciertas instituciones no previstas en el *Corán* y descuidadas también por la tradición, como la constitución del califato.

<sup>17</sup> Hay que tener presente, sin embargo, que algo de lo que hizo fue privilegio especial suyo, por lo que no puede ser imitado. Un ejemplo es la poligamia: para un musulmán es claro que el número máximo de esposas que puede tener es de cuatro, aun cuando Mahoma tuvo más, pero ello fue por una particular concesión revelada especialmente a él.

<sup>18</sup> La transmisión legítima de la *sunna* es la narración oral (= *hadiz*) hecha por uno de los compañeros de Mahoma (= *ashab*) a sus oyentes (= *tabi'as*) que, a su vez, en transmisión ininterrumpida, ha de llegar a quien intenta utilizarla como fuente. Es por lo que el *hadiz*, como una manera de garantizar su autenticidad, se compone de dos partes: el texto de la narración propiamente tal, por un lado y, por otro, el *isnad*, que es el apoyo en que constan los nombres de todos los transmisores a través de los cuales ha llegado el relato desde su origen. Cfr. LÓPEZ ORTIZ, José, cit. (n. 11), pp. 23 - 24; ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), pp. 153 - 157.

<sup>19</sup> LÓPEZ ORTIZ, José, cit. (n. 11), p. 25.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 26; ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), pp. 158 - 161.

Dije recién que en el *Corán* algunos de sus versículos podían ser *muta-asabinat*, es decir, versículos necesitados de cierta interpretación o aclaración. Es por lo que complementa las anteriores fuentes el *quiyas*, palabra que, significando directamente analogía, ha venido a agrupar varios procedimientos deductivos y diversos métodos lógicos de adaptación de las fuentes a los casos concretos de la vida jurídica, suplir las lagunas de las fuentes anteriormente mencionadas, y a moderar el rigor de su aplicación mediante una discreta epiqueya. Una interpretación de las fuentes, por muy fiel que trate de ser a ellas, si tiene como motivo principal la aplicación de una norma a una realidad concreta y no preocuparse mayormente de una investigación filosófica o filológica de lo que la fuente significaba en su medio histórico, no puede menos de crear, a su modo, reglas no previstas en el texto interpretado. El *quiyas* o analogía en sentido estricto da pie a esta extensión, cuya utilización en el Islam ha sido una verdadera necesidad pues un número considerable de preceptos contenidos en las fuentes anteriores han sido formulados en atención a una situación personal y concreta. Había casos, empero, que difícilmente podían ser reductibles a otros expresamente resueltos, en cuyo caso la analogía no era con el caso, sino con el espíritu de la ley considerada en su conjunto, y entonces se hablaba de *ra'y*, pero siempre formando parte de la *quiyas*<sup>21</sup>. En uno y otro caso se contaba, empero, con un apoyo, más o menos remoto, en la ley. El problema se planteaba cuando ese apoyo no existía o era tan oscuro que no se podía utilizar. En estos casos se acudía al *ichtihad*, esto es, al esfuerzo científico encaminado a la interpretación de las fuentes y a la sistematización de la ciencia jurídica; no se trataba, sin embargo, de una especulación personal del *mochtabid*, esto es, del sabio que se dedica a este trabajo, o una libre exposición del sentido individual de lo justo y equitativo, sino que debía buscar su apoyo en el espíritu de la ley, con lo que venía a encontrarse con el *quiyas*, sin que sea fácil separar debidamente uno y otro concepto.

Si bien con valor secundario pueden todavía mencionarse como fuentes la costumbre, la jurisprudencia y la ciencia jurídica. En cuanto a la costumbre (*urf*) se ha entendido que, estando los usos y costumbres avalados por el consenso comunitario, nada obstaría a reconocer a éstos el valor del *ichma*. Sin embargo, no existe unanimidad en cuanto al reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho, por lo que no puede ser elevada al rango de regla jurídica, entendiéndosela más bien como fuente auxiliar de derecho que vale más para adecuar la ley a las necesidades y reclamos inmediatos, que para modificarla, sustituirla o abrogarla<sup>22</sup>.

Algo similar sucede con la jurisprudencia (*amal*), pues las escuelas discuten que la sentencia pueda modificar la ley; además, dado el origen divino de las normas islámicas así como la infalibilidad que se atribuye al *ichma*, la tarea jurisprudencial es mirada con reservas. En todo caso se acepta que la jurisprudencia pueda ser fuente del derecho cuando, por una parte, el pronunciamiento

---

<sup>21</sup> Este último, el *ray*, fue combatido por los musulmanes celantes que temían ver suplantada la revelación por criterios meramente humanos. LÓPEZ ORTIZ, José, cit. (n. 11), pp. 26 - 27; ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), pp. 161 - 164.

<sup>22</sup> LÓPEZ ORTIZ, José, cit. (n. 11), pp. 29 - 30; ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), pp. 165 - 168.

responda al interés general o, según el caso, a la necesidad particular sometida a decisión y contar con el aval de dos testigos honorables o de un científico reconocido; y, por otra, ha de fundarse en la opinión de un jurisconsulto eminente<sup>23</sup>.

La palabra *fic* designa la ciencia jurídica<sup>24</sup>. Acerca de los problemas jurídicos más corrientes se fue formando poco a poco una *communis opinio* producto de la primitiva investigación jurídica. En esta *communis opinio*, sin embargo, existieron divergencias de detalle, ya en cuanto a resultados concretos en la solución de los diversos casos, ya en cuanto los distintos doctores daban mayor importancia a unos u otros criterios deductivos o a alguna de las fuentes, a expensas de las demás. Estas especialidades de la enseñanza de algunos maestros de los siglos II y III de la Hégira, fueron perpetuadas y sistematizadas por sus discípulos y dieron origen a las escuelas: las dos más importantes son la *Sunni*<sup>25</sup> y la *Shi'i*,<sup>26</sup> las cuales, a su vez, se subdividieron en otras escuelas. Dentro de la *Sunni*, cuatro son hoy admitidas como ortodoxas en el mundo islámico: las escuelas *malekita*<sup>27</sup>, *shafeita*<sup>28</sup>, *hanefita*<sup>29</sup> y *hanbalita*<sup>30</sup>. La escuela *Shi'i* es predominante en Irán, y se ha subdividido, a su vez, en otras escuelas<sup>31</sup>.

“La universalidad y detallismo del *Corán* dan pie a un sistema de relación entre

<sup>23</sup> ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), pp. 169 - 171.

<sup>24</sup> LÓPEZ ORTIZ, José, cit. (n. 11), pp. 31 - 42; ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), pp. 185 - 188.

<sup>25</sup> El *sunnismo* es la corriente islámica mayoritaria que acepta junto al *Corán* y con una autoridad moral similar a él, la *sunna*. Políticamente han venerado siempre a los cuatro primeros califas como sucesores del profeta y a los de las dinastías Omeya y Abasí.

<sup>26</sup> El chiísmo es una corriente doctrinal islámica que considera a Alí, yerno de Mahoma, su sucesor directo y a sus descendientes como únicos guías espirituales legítimos. Los chiiitas históricos no aceptaban la *sunna* y creían que la interpretación del *Corán* debía hacerla el mejor musulmán de entre los descendientes de Mahoma, es decir, el imán, que, por lo mismo, debía de proceder de Alí y de sus descendientes.

<sup>27</sup> Que parte de las enseñanzas del imán que mayor prestigio y difusión alcanzó en el mundo musulmán, Malik ibn Anas (714 - 798). Está implantada en Arabia, África del norte y del oeste, en el alto Egipto y Sudán. Insiste en un amplio recurso al principio de la utilidad general, despertando en algunos la idea del bien común. Cfr. JOMIER, Jacques, cit. (n. 4), p. 52.

<sup>28</sup> Surge tras la figura del imán Mamad ibn Idris Al-Shafei († 855), enterrado en El Cairo. Se encuentra funcionando en el bajo Egipto, Siria, Arabia del sur, desde donde se difundió a Malasia, Indonesia y África oriental. Su esfuerzo por unir la tradición y el consenso de la comunidad musulmana más allá del consenso de sólo los sabios, se soldó en definitiva en un amplio recurso al razonamiento analógico. Cfr. JOMIER, Jacques, cit. (n. 4), p. 52.

<sup>29</sup> Es la primera en el tiempo, debe su nombre al imán Abu Hanifa, nacido por el año 80 de la Hégira (c. 699 - 767), enterrado en Bagdad. Se creó en Irak y se difundió sobre todo entre los turcos y actualmente se encuentra difundida en Turquía, India, Bangladesh, Pakistán, China, con adeptos en los países dominados anteriormente por los otomanos. De espíritu bastante abierto, sin caer en el laxismo, esta escuela apela con gusto a la razón (juicio personal, búsqueda de lo mejor, etc.). A ella pertenecen la mayoría de los musulmanes de Inglaterra, por ser predominante en la India, Bangladesh y Pakistán. Cfr. JOMIER, Jacques, cit. (n. 4), pp. 51 - 52.

<sup>30</sup> Liderada por el imán Ahmad Muhammad ibn Hanbal († 855), señala claramente el retorno al tradicionalismo estricto; es la más rígida e intolerante y se encuentra solamente en Arabia Saudí. Cfr. JOMIER, Jacques, cit. (n. 4), p. 52.

<sup>31</sup> La escuela *Ithna'Ashari*, la *Isma'ili* y la *Zaydi*.

el Islam y el Estado donde lo religioso invade todas las esferas de la vida social, desde lo económico a lo cultural, a lo jurídico... etc. En esta concepción no es posible separar lo corporal de lo espiritual y la autoridad religiosa es también la autoridad estatal o política en muchos países islámicos, predominando lo religioso en caso de conflicto<sup>32</sup>. Con todo, el mundo contemporáneo ha planteado al Islam la necesidad de su adaptación, en lo que, en términos muy generales, es posible distinguir, por un lado, el Islam liberal o americano, que, aunque conserva los preceptos fundamentales del *Corán* y la tradición islámica, pretende adaptarlos a la sociedad occidental actual, haciendo del Islamismo una práctica privada compatible con buena parte de los valores contemporáneos. Por otra, está el Islam conservador u ortodoxo, que adopta posiciones flexibles frente a la interpretación de las leyes y tradiciones islámicas, intentando compatibilizarlas con los tiempos modernos, separando en ciertas cuestiones lo civil y lo religioso, pero conservando siempre la supremacía de los preceptos coránicos. Por último, está el Islam fundamentalista, que mantiene una interpretación estricta e inflexible del *Corán*, defendiendo los fundamentos del Islam en su integridad más rigurosa, esto es, la estricta observancia de las leyes coránicas en todos los ámbitos de la sociedad civil, negando cualquier separación de lo religioso con lo político. Para éstos, es de especial importancia la expansión del Islam para lo que, si es preciso, hay que utilizar incluso la guerra santa contra los infieles<sup>33</sup>.

## 2. Fuentes del derecho matrimonial

Hasta ahora hemos visto las fuentes del derecho islámico en general sin hacer referencia específica al tema que me ocupa en estas páginas, el matrimonio en el Islam. Pues bien, en la actualidad, en la mayoría de los países islámicos el derecho de familia está constituido por un doble conjunto de fuentes: por una parte, por las fuentes originales del *Corán* y la *sunna*, además de las fuentes derivadas como la *ichma*, la *quiyas* y la *ichtihad*; por otra, por fuentes legislativas modernas, las que, no obstante su modernidad, están inspiradas en las fuentes legales tradicionales. El derecho de familia musulmán se denomina Estatuto personal (*Al-Ahwaad Ash-Shakkisiya*) y engloba la reglamentación del matrimonio, la patria potestad y la tutela, la incapacidad total o parcial, la obligación de alimentos entre parientes, la sucesión testamentaria y la intestada y las donaciones entre vivos.

Siguiendo la tendencia universal de fijar el derecho en códigos inspirados en el movimiento codificador desarrollado en Europa a partir del siglo XVII y que, desgañado de los principios filosóficos que le sirvieron de inspiración, pasó a ser un modo técnico de fijar del derecho, indiferente a los valores inspiradores del derecho específicamente codificado en cada caso, los países musulmanes han ido codificando, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX, su Estatuto personal<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> PUERTO GONZÁLEZ, Juan José, *Matrimonio y uniones de hecho ante el derecho musulmán, judío y las iglesias protestantes*, en *Familia* 26 (2003), p. 83.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 83 - 84.

<sup>34</sup> Jordania se dotó de un Código sobre el Estatuto personal en 1951. Siria lo hizo en 1953. Túnez en 1956. El conjunto de leyes que componen el Código del Estatuto personal de Marruecos (= *Mudawana*) se promulgó entre 1955 y 1958. En Argelia se hizo en 1984, promulgándose el 9 de junio de ese año su Código de Familia. En Egipto regula estas materias

Preciso es tener presente, sin embargo, que las Constituciones de los países árabes insisten en subrayar su pertenencia a la Nación árabe, al tiempo que proclaman a menudo el Islam como religión del Estado, precisando que la *shari'a* es la fuente principal o una de las principales de sus legislaciones la que, de esta manera, sigue siendo pieza clave y signo distintivo de la sociedad musulmana contemporánea. Es por lo que "tras las aparentes semejanzas de los textos jurídicos en vigor en los países árabes con los de los países occidentales, el análisis de la realidad jurídica demuestra claramente que el Islam y las soluciones aportadas por las *shari'a*, continúan estando omnipresentes y siendo preponderantes"<sup>35</sup>.

Así, por ejemplo, Marruecos, como la mayoría de los países musulmanes, aplicaba en materia de estatuto personal el derecho musulmán clásico, siguiendo la doctrina de la escuela *malequita*. Cuando entre 1955 y 1958 se promulgó la *Mudawana*, esto es, el Código que recoge el Estatuto personal, Marruecos permaneció fiel a la interpretación del derecho musulmán llevada a cabo por la escuela *malequita*, introduciendo apenas tímidas reformas sobre temas que eran ciertamente arcaicos<sup>36</sup>. Otro tanto sucedió con Argelia, donde durante el período colonial, las intervenciones del legislador francés sobre su derecho de familia fue muy escasa. Producida su independencia en 1962, fue necesario esperar hasta 1984 para ver codificado su derecho de familia; ello porque no había acuerdo entre quienes se mostraban partidarios de una estricta aplicación del derecho musulmán y quienes, más predispuestos a la evolución, querían liberar al derecho de familia de los principios del *fiq*. Finalmente se dictó el Código de Familia en 1984, optando derechamente por la fidelidad a la tradición<sup>37</sup>.

Diversa ha sido, en cambio, la situación en Túnez, en donde el legislador quiso modernizar el derecho, si bien presentó las reformas como una nueva lectura de la *shari'a*. Ello era necesario en el momento en que se acometieron las reformas, pues se encontraban fuerzas políticas partidarias de la modernización y otras que afirmaban la tradicionalidad; fue preciso presentar, entonces, las reformas desde el interior del Islam y, por lo mismo, todas ellas debieron recibir una explicación religiosa. El resultado fue un Código de Estatuto Personal que trata de conciliar la tradición con la modernidad, eludiendo toda referencia expresa al Islam o a la religión, pero también excluyendo toda afirmación de laicidad. Una vez promulgado el Código y experimentadas las bondades de las reformas emprendidas, se hicieron nuevas reformas posteriores, pero éstas ya no necesitaron fundar sus raíces en el derecho musulmán<sup>38</sup>.

---

la ley 100/1985 promulgada por la Asamblea Nacional, que derogó el decreto presidencial 44/1979 dictado por el presidente Sadat, que había sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional el 4 mayo 1985. AA. VV. *Le statut personnel des musulmans. Droit compare et Droit international privé* (Bruxelles, 1992), cit. por MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al derecho español* (Madrid, 2002), p. 30.

<sup>35</sup> MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 30.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 79 - 80.

## II. EL MATRIMONIO ISLÁMICO

El matrimonio islámico (*yehr*) está regulado en el *Corán* y en la *sunna*. Las prescripciones que sobre el matrimonio se encuentran en el *Corán* están en versículos *mutkhamat*, esto es, versículos que no admiten ninguna interpretación. Es por lo que el matrimonio entre los musulmanes está profundamente ligado a la tradición y a una concepción patriarcal de la familia que impone “un sistema matrimonial de corte, cuando menos, paternalista hacia las mujeres”<sup>39</sup>. Preciso es tener presente, sin embargo, que, como lo acabo de hacer presente, el régimen legal del matrimonio varía entre los países sociológicamente musulmanes, dependiendo, en parte, de la escuela jurídica musulmana predominante en ellos<sup>40</sup>.

### 1. *Concepto y características*

Tradicionalmente se ha distinguido en el matrimonio el momento constitutivo del mismo, esto es, el matrimonio *in fieri*, y el matrimonio como estado ya constituido, el matrimonio *in facto esse*. En su primer momento, el matrimonio islámico ha sido definido como “un contrato de derecho privado por el que el hombre recibe el derecho exclusivo sobre una mujer mediante la entrega de una cantidad convenida”<sup>41</sup>. En cuanto estado, es decir, en cuanto *in facto esse*, el matrimonio es “la unión originada por el contrato de un hombre con una o más mujeres simultáneamente con carácter de permanencia normal”<sup>42</sup>. Definiciones más modernas lo entienden como “el acto por el que se adquiere el derecho a gozar del otro cónyuge” o “contrato por el que un hombre y una mujer se unen para una vida conyugal común y duradera”<sup>43</sup>. Por su parte, el Código Marroquí del Estatuto Personal (*Mudawana*) lo define como: “El contrato legal de unión y cohesión entre un hombre y una mujer, de manera duradera, cuyo objetivo es la honradez y honestidad, así como la multiplicación de los miembros de la nación por la creación de una familia bajo la custodia del esposo sobre bases estables, que garanticen a los contratantes asumir sus obligaciones en seguridad, paz, afecto y respeto” (art. 1); y el Código de Familia de Argelia define el matrimonio como “Un contrato establecido entre un hombre y una mujer según las formas legales islámicas. Tiene como fin fundar una familia basada en el afecto, la mansedumbre y la ayuda mutua, proteger moralmente a los dos cónyuges y preservar los vínculos de la familia” (art. 4).

A la luz de estos conceptos, conviene tener presente, sin embargo, que “en el ámbito de las relaciones familiares, el hombre y la mujer no se encuentran en una condición de igualdad, sino que sus roles son complementarios, reflejando sus diferentes capacidades y disposiciones de acuerdo con los valores de la sociedad

<sup>39</sup> PUERTO GONZÁLEZ, Juan José, cit. (n. 32), p. 84.

<sup>40</sup> A los ejemplos que he mencionado puedo agregar el de los países tradicionalistas, como Sudán, donde la única fuentes es la *shari'a*, en tanto que en el extremo opuesto, en Turquía, el derecho religioso ni siquiera está incluido entre las fuentes jurídicas.

<sup>41</sup> GARCÍA BARRIUSO, *Derecho matrimonial islámico y matrimonios de musulmanes en Marruecos* (Madrid, 1962), p. 135, cit. por MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 31

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

patriarcal tradicional. El hombre actúa en la esfera pública del mercado y del gobierno, mientras que la mujer actúa dentro de la esfera privada del hogar, haciéndose cargo del marido y criando a los hijos, lo que incluye su formación moral<sup>44</sup>.

a) *El matrimonio contrato civil*. Una primera característica del matrimonio islámico es que, aun cuando el matrimonio se considera un mandato coránico<sup>45</sup>, se trata tan sólo de un contrato civil que regula la unión entre el hombre y la mujer abarcando las relaciones personales, filiales y económicas y que, incluso, como todo contrato, puede rescindirse por voluntad de las partes, si bien esta última afirmación haya que matizarla como veremos. No se trata, pues, de un acto religioso sino civil y, si bien los usos y costumbres hacen que se reciten plegarias con ocasión del matrimonio, éstas no constituyen elementos del contrato que, como tal, es puramente civil.

b) *Poligamia*. Otra característica propia del matrimonio islámico es que admite la poligamia la que, por ser privilegio sólo del varón, es más bien poliginia. Su fundamento está en el propio *Corán*<sup>46</sup> según el cual el número de mujeres que el varón musulmán puede tener simultáneamente es hasta cuatro. Que el hombre libre puede tener cuatro mujeres al mismo tiempo ha sido unánimemente admitido en las distintas escuelas islámicas; las divergencias entre las escuelas surgieron únicamente acerca de la posibilidad de tener un número superior a cuatro mujeres y acerca del número de esposas permitido al esclavo<sup>47</sup>. Sin embargo, la poligamia no es obligatoria y se considera preferible la monogamia. Tampoco es obligatorio para la mujer aceptar que su marido se case con otra: puede prevenir esta situación poniendo como condición en el contrato matrimonial que el marido no se case con otra mujer, situación que, de producirse, sería causal de nulidad o divorcio<sup>48</sup>. En todo caso, es obligación del varón, por imponerlo así el *Corán*, tratar de manera exactamente igual a sus esposas<sup>49</sup>, por

<sup>44</sup> RUANO ESPINA, Lourdes, *Derecho e Islam en España*, en *Ius Canonicum* 43 (2003) 86, p. 502, quien hace presente que, debido a ello, se entiende que la experiencia que el hombre puede acumular en esas funciones hace que en cuestiones legales su testimonio equivalga al de dos mujeres.

<sup>45</sup> C. 24, 32: "Casad a los que no están aún casados, a vuestros criados probos con vuestras criadas; si son pobres. Dios los hará ricos con el tesoro de su gracia, pues Dios es inmenso, lo sabe todo".

<sup>46</sup> C. 4, 3: "Si teméis no ser equitativos respecto de los huérfanos, no os caséis, entre las mujeres que os gusten, más que con dos, tres o cuatro. Si teméis aún ser injustos, no os caséis más que con una sola o con una esclava. Esta conducta os ayudará a no ser injustos. Asignad libremente a vuestras mujeres sus dotes, y, si les place entregaros algo de grado gozad de ello cómodamente y a vuestro antojo".

<sup>47</sup> Respecto del primer punto, únicamente alguna secta muy concreta admite hasta nueve mujeres, interpretando el versículo coránico –dos, tres, cuatro– en sentido aditivo –dos y tres y cuatro = nueve–. Esta opinión, sin embargo no ha tenido peso ni en la doctrina sunnita ni en la chiita. En cuanto al esclavo se le permitió hasta dos esposas, salvo la escuela malequita que le permitía hasta cuatro.

<sup>48</sup> Por ejemplo, Código marroquí del Estatuto Personal (*Mudawana*), art. 31: "La mujer tiene derecho a exigir como condición en el contrato matrimonial que su esposo no se case con otra y si el esposo no cumple la obligación, la esposa tiene derecho a pedir la anulación del matrimonio".

<sup>49</sup> Respecto al significado del trato equitativo entre las distintas esposas, aunque existen

lo que “el hombre debe pensarlo sumamente bien por la casi imposibilidad de hacer igualdad absoluta entre las esposas”<sup>50</sup>.

Entre los argumentos que dan los apologistas de la poligamia se mencionan los siguientes: como una única esposa no es capaz de cumplir con sus deberes conyugales -basta con pensar en la menstruación y en los períodos de embarazo- y dado que el período de fecundidad de la mujer es más corto que el del hombre, no se ve por qué habría que privar al hombre de la capacidad de procrear mientras aún es apto para ello, u obligarlo a sustituir a la mujer estéril por otra aún en edad de procrear. Alegan también un carácter humanitario, pues la poligamia facilita que el hombre no repudie a la mujer anciana, enferma, estéril, etc. Además, sostienen que los no musulmanes practican también la poligamia con la única diferencia de que es una poligamia ilegal que no genera obligaciones y que, sin embargo, genera hijos naturales, los cuales no pueden ser reconocidos en el Islam<sup>51</sup>.

En la actualidad, una de las más importantes reformas del derecho de familia musulmán ha sido la restricción de la poligamia, llegando en algunos casos,

---

divergencias en la doctrina, suele extenderse a la equidad en el sostenimiento económico (*nafaka*), la equidad en el reparto de noches que el marido pasa con cada mujer (*qasm*) y en la obligación del marido de proveer a cada mujer una habitación independiente. EL ALAMI, D. S.; HINCHCLIFFE, D., *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World* (London-Boston, 1996), pp. 17 - 18. La cita la hace COMBALÍA, Zoila, *Mujer y matrimonio en el derecho islámico, en Concencia y Libertad* 13 (2001), p. 38.

<sup>50</sup> ELMUSHTAWI, Sami A., *El Islam una promesa* (Santiago, 1998), p. 145.

<sup>51</sup> Los menciona LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de droit musulman comparé* (Paris, 1965), II, pp. 135 - 136, cit. por COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), p. 38 n. 9. Desde otra perspectiva se agrega que el número de mujeres en la sociedad es superior al de hombres por lo que, siguiendo el principio de la monogamia, “cientos de miles de mujeres no encontrarían marido por ellas mismas y, de este modo, no tendrían un puesto honorable en la sociedad. La monogamia como un principio absoluto puede parecer grato a algunos, pero los acontecimientos muestran que no es totalmente practicable en el mundo actual. La elección, por tanto, no es entre monogamia y poligamia, sino más bien entre la poligamia legítima del Islam y la poligamia ilícita de los pueblos no musulmanes. Este último sistema deja que las mujeres sobrantes lleven vidas de anarquía sexual y destrucción social. El primero, sin embargo, les permite optar por su propia voluntad a un matrimonio con alguien que pueda dar trato justo a más de una mujer”. KHAN, W., *Woman in Islamic Shari'a* (New Delhi, 1995), pp. 115 - 124. La cita ibíd. En nuestro país se han escrito las siguientes razones en justificación de la poligamia: “si se mira objetivamente, la poligamia presenta una serie de ventajas, principalmente dirigidas a la satisfacción física tanto del hombre como de la mujer y a la protección de la mujer en situaciones difíciles. Tal es el caso de una mujer enferma, que no pueda satisfacer las necesidades físicas de su marido; de este modo, para evitar el adulterio, el hombre tiene la alternativa de casarse con otra mujer, sin abandonar a aquella enferma y manteniendo la familia unida. Pero la protección y satisfacción de las mujeres va más allá: al existir la poligamia, la mayoría de las mujeres (tanto solteras como viudas) se puede casar, pudiendo así ser protegidas por sus maridos, tener casa, comida e hijos. Además, así también son satisfechas las necesidades físicas de cada mujer, sin que ésta deba recurrir al adulterio o a convertirse en amante de alguien (de más está mencionar la diferencia de derechos y seguridades que existe entre una esposa y una amante, incluso entre sus hijos)”. ELMUSHTAWI, Sami A., cit. (n. 50), p. 145.

como Túnez, incluso a la prohibición de la misma<sup>52</sup>. Una manera de restringirla ha sido exigir el consentimiento de la primera esposa para celebrar el siguiente matrimonio, o bien, la autorización del juez (*cadi*), exigiéndose la más de las veces que haya una causa que la justifique<sup>53</sup>. Para tomar esta actitud se ha dicho que los matrimonios polígamos entre personas poco favorecidas económicamente traen como consecuencia la dificultad de mantener a los hijos, en tanto que en las clases más pudientes, la poligamia favorece los conflictos y querellas familiares en materias hereditarias. Estas medidas restrictivas a la poligamia<sup>54</sup>, paradójicamente han encontrado su fundamento en el mismo *Corán*, cuando impone al hombre polígamo la condición de tratar por igual a todas sus mujeres, mandato que obliga a dar el mismo trato a todas de manera que si el varón no puede comprometerse a mantener más que a una, ese será su límite<sup>55</sup>. Se ha llegado incluso a afirmar una prescripción islámica implícita de la monogamia en atención a la imposibilidad de que un hombre trate con imparcialidad a sus esposas, por lo que, subordinada la poligamia a una condición imposible, se está estableciendo la monogamia<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Código del Estatuto Personal de Túnez, art. 18: “[inc. 1°] La poligamia está prohibida. [inc. 2°] Quien, estando unido por vínculo matrimonial, haya contraído otro antes de la disolución del precedente, será condenado a un año de prisión y al pago de una multa de 240.000 francos o solamente a una de las dos penas, incluso si el nuevo matrimonio no se ha contraído conforme a la ley. [inc. 3°] Incurrir en las mismas penas, la persona que, a sabiendas, contrae matrimonio con otra que incurre en las prohibiciones de los dos párrafos anteriores”.

<sup>53</sup> Por ejemplo, Bangladesh y Pakistán han introducido restricciones exigiendo una autorización de un comité para poder contraer un matrimonio polígamo. El comité ha de nombrar un consejo arbitral compuesto por el presidente del comité, un representante del marido y uno de la mujer o mujeres existentes. Si el comité entiende que el matrimonio propuesto es “justo y necesario”, otorgará el permiso. Para valorar si es justo y necesario se tendrán en cuenta, entre otras circunstancias, la esterilidad de la mujer, su enfermedad o inaptitud física para las relaciones conyugales, su demencia, etc. Similares circunstancias se contemplan tras las reformas introducidas en 1975 en la legislación de Indonesia y en la de Somalia. Cfr. COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), p. 40 n. 16.

<sup>54</sup> Algunos autores alegan que las restricciones que las legislaciones actuales introducen en la admisión de la poligamia deberían ir acompañadas de restricciones en la posibilidad del varón de repudiar unilateralmente y sin motivación a su mujer, porque, de lo contrario, estas limitaciones podrían volverse contra la mujer. Es por lo que se preguntan si es mejor la situación de la mujer repudiada o la de la primera mujer respetada en una relación de poligamia. Son, en todo caso, opiniones minoritarias las que hoy se oponen a estas medidas restrictivas de la poligamia. PEARL, D., *A Textbook in Muslim Personal Law* (London, 1987), p. 78, cit. por COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), p. 40 n. 17.

<sup>55</sup> MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 34. Sociológicamente las estadísticas muestran que se ha producido una fuerte reducción de los matrimonios polígamos, al menos en el Magreb. Así, en Argelia, en 1911 el 64% de los matrimonios eran polígamos; en 1948 sólo el 30%; en 1970 habían bajado al 13% y en 1986 no superaban el 3%. En Marruecos, en 1987 sólo el 5,1% de los matrimonios eran polígamos. Cfr. PUERTO GONZÁLEZ, Juan José, cit. (n. 32), p. 90 n. 58.

<sup>56</sup> Quienes afirman esto, complementan la aleya 3 de la azora 4 del *Corán* con la aleya 128 de la misma azora, según la cual “jamás podréis tratar igualmente a todas vuestras mujeres aunque lo deseáis ardientemente”. Habría sido el argumento adoptado por los legisladores tunecinos para prohibir la poligamia.

En todo caso, si se celebra el matrimonio polígamo sin la debida autorización, el resultado suele ser la imposición de sanciones, pero no la nulidad del vínculo<sup>57</sup>.

El mismo *Corán* incorporó el concubinato legal<sup>58</sup>; los hijos habidos de las concubinas son hijos legítimos, al igual que los concebidos en las esposas legítimas. Los demás, sin distinción entre ellos, son ilegítimos.

c) *Perpetuidad*. Otra característica es la perpetuidad del matrimonio islámico, si bien sea coránicamente posible romper el vínculo. Que el matrimonio sea de suyo perpetuo impide, por ejemplo, los matrimonios *ad tempus*, es decir, contraídos para un tiempo determinado, como lo afirman los musulmanes sunnitas. Sin embargo, la tradición chiíta admite la validez del matrimonio temporal (*mut'a* = disfrute), que se disuelve al finalizar el plazo convenido. Son meras uniones temporales o por placer, que se conciertan para el disfrute sexual de los varones, encubriendo muchas veces violaciones a los más elementales derechos de las mujeres<sup>59</sup>. Los musulmanes sunnitas lo rechazan por considerar que, aunque fue aceptado en los comienzos del Islam, después fue prohibido por Mahoma.

## 2. Requisitos de validez del matrimonio

Cuatro son los requisitos que se exigen para que el matrimonio que se pretende celebrar sea válido: a) la habilidad de los contrayentes, los que no han de

<sup>57</sup> COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), p. 40.

<sup>58</sup> C. 4, 3, cit. (n. 46); C. 4, 29: "El que no sea bastante rico para casarse con mujeres honradas y creyentes, tomará esclavas creyentes. Dios conoce vuestra fe. Todos venís unos de otros (y de Adán el padre común). No os caséis con las esclavas, más que con el permiso de sus amos. Dotadlas equitativamente. Que sean castas, que eviten los excesos y que no tengan amantes". C. 23, 6: "Felices son los creyentes... que limitan sus goces a sus mujeres y a las esclavas que les ha procurado su mano diestra; en este caso no son de vituperar".

<sup>59</sup> En su último libro, Oriana Fallaci cuenta lo siguiente: "Existen dos tipos de matrimonio islámico. Uno es el matrimonio clásico, es decir, el *nikah*: contrato que entra en la «categoría de la compraventa» y que, eventual repudio aparte, no tiene fecha de caducidad. El otro es el matrimonio temporal, es decir, el *mut'a*: un contrato que forma parte de la "categoría de arrendamientos y alquileres" y que, eventual renovación aparte, puede tener fecha de caducidad. Durar una hora, una semana, un mes. O lo que duró el mío cuando en la ciudad sagrada de Qom donde había ido para entrevistar a Jomeini, el *mullah* encargado del Control de la Moralidad me obligó a casarme con el intérprete que ya estaba casado con una española celosa. A propósito: en *La rabia y el orgullo* dejé inconcluso el episodio, y desde entonces nos persiguen con la pregunta: "¿Pero se casó o no se casó con el marido de la española celosa?". Si, señores, me casé con él. Acto seguido, me casé con él. O mejor dicho: se casó él conmigo firmando la hoja que el *mullah* enarbolaba al grito de vergüenza-vergüenza. De lo contrario nos habrían fusilado y adiós a la entrevista a Jomeini. Pero la boda nunca se consumó. Lo juro por mi honor. Concluida la larga entrevista con el viejo tirano me esfumé, y nunca volví a ver a aquel esposo con fecha de caducidad. Más que un verdadero matrimonio, el *mut'a* es, por lo tanto, un expediente para legitimar las relaciones ocasionales. Una escapatoria farisea para cometer adulterio sin caer en pecado, o un truco para prostituirse o prostituir. No en vano los propios hijos de Alá hablan con cierta vergüenza de él, los sunnitas lo han abolido, y los chiítas lo practican a escondidas". FALLACI, Oriana, *La fuerza de la razón* (Buenos Aires, 2004), pp. 127 - 128.

estar incurso en algún impedimento; b) el consentimiento; c) la manifestación del consentimiento cumpliendo los requisitos formales prescritos por la ley; d) la dote.

a) *Habilidad de los contrayentes*. El matrimonio exige que ambos contrayentes sean hábiles para contraerlo, para lo cual no han de estar incursos en alguna de las situaciones que define el derecho islámico y que obstaculizan la celebración del mismo, haciendo que quien se encuentra en dicha situación sea *h'aram* para el otro, es decir, tenga prohibido el matrimonio ya de forma absoluta, ya de forma relativa. Estas circunstancias son las que en el derecho matrimonial occidental conocemos como impedimentos y pueden ser permanentes o temporales. Son permanentes: la consanguinidad, la afinidad y la lactancia.

i) consanguinidad: el *Corán*<sup>60</sup> dirime el matrimonio con los parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el tercer grado, esto es, entre tío y sobrina<sup>61</sup>.

ii) afinidad<sup>62</sup>: se trata de un impedimento más complejo en razón de la poligamia. El marido no puede contraer con las ascendientes de su mujer, aunque el matrimonio no haya sido consumado. Con las descendientes de su mujer puede contraer matrimonio sólo en el caso de que el matrimonio no se haya consumado. La mujer, por su parte, una vez disuelto su matrimonio, no puede contraer matrimonio ni con el padre ni con el hijo del que fue su marido, aunque el matrimonio no se haya consumado<sup>63</sup>.

iii) lactancia<sup>64</sup>: se trata de un peculiar impedimento del derecho musulmán que genera prohibiciones de matrimonio similares a las de la consanguinidad. El niño que ha sido amamantado durante los veinticuatro primeros meses de vida se considera como un hijo de la nodriza y de su marido, siendo suficiente que los hermanos de leche hayan tomado, al menos, cinco veces leche de los mismos

---

<sup>60</sup> C. 4, 27: "Os está prohibido casaros con vuestras madres, con vuestras hijas, con vuestras hermanas, con vuestras tías paternas y maternas, con vuestras sobrinas (hijas de vuestros hermanos o de vuestras hermanas), con vuestras nodrizas, con vuestras hermanas de leche, con las madres de vuestras mujeres, con las hijas confiadas a vuestra tutela y descendientes de mujeres con las cuales hayáis cohabitado. Mas si no habéis cohabitado con ellas, no hay ningún crimen en casarse. No os caséis tampoco con las hijas de vuestros hijos a quienes habéis engendrado, ni con dos hermanas. Si el hecho está realizado, Dios será indulgente y misericordioso".

<sup>61</sup> Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), art. 26; Código de la Familia de Argelia (1984), art. 25; Código Kuwaití de Estatuto Personal (1984), art. 13; Ley Siria de Estatuto Personal (1953), art. 33; Código de Estatuto Personal de Túnez (1956), art. 15; Ley Jordana de Derechos de la Familia (1951), art. 14; Ley Iraquí de Estatuto Personal (1959), art. 14.

<sup>62</sup> Véase la nota 60.

<sup>63</sup> Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), art. 27; Código de la Familia de Argelia (1984), art. 26; Código Kuwaití de Estatuto Personal (1984), arts. 14 - 15; Ley Siria de Estatuto Personal (1953), art. 34; Código de Estatuto Personal de Túnez (1956), art. 16; Ley Jordana de Derechos de la Familia (1951), art. 16; Ley Iraquí de Estatuto Personal (1959), art. 15.

<sup>64</sup> Véase nota 60.

pechos hasta quedarse dormidos<sup>65</sup>, impedimento que encuentra su origen en que, según los juristas, esta forma de alimentación es como la que recibe el embrión en el seno de su madre biológica<sup>66</sup>. De esta manera, el varón no puede contraer matrimonio con su nodriza ni con las hijas, hermanas ni sobrinas de ésta; tampoco puede estar casado simultáneamente con dos colactáneas o hermanas de leche. Por su parte, la mujer no puede tampoco contraer con quien ha sido o es marido de su nodriza, ni con sus descendientes, aunque sí con sus ascendientes y hermanos. Tampoco pueden contraer entre sí dos colactáneos. En cuanto a la nodriza, le está prohibido el matrimonio con el varón que amantó, con su padre y con sus descendientes<sup>67</sup>.

Son prohibiciones temporales para contraer matrimonio: la afinidad colateral, la continencia legal (*idda*), el impedimento resultante del repudio triple y la diversa religión.

i) afinidad colateral<sup>68</sup>: el marido no puede casarse con las hermanas, las tías o las sobrinas de su mujer mientras subsiste el matrimonio con ella. Puede, en cambio, hacerlo con cualquiera de ellas una vez que el matrimonio ha terminado por viudez o por divorcio. Aun cuando el marido no puede estar casado con dos consanguíneas a la vez en los grados que he señalado, nada impide que pueda hacerlo sucesivamente.

ii) continencia legal o *idda*: es el período de continencia que se impone a la mujer una vez disuelto su matrimonio, período que varía según los casos: si se trata de una mujer embarazada, ha de esperar el alumbramiento; si la mujer ha sido repudiada, el período de continencia ha de ser de tres meses<sup>69</sup>; y si se trata de una viuda, la *idda* es de cuatro meses y diez días<sup>70</sup>.

iii) repudio irrevocable perfecto (repudio triple): veremos más adelante en qué consiste. De momento hago presente que cuando una mujer casada ha sido objeto de un repudio triple, le está prohibido volver a contraer matrimonio con

<sup>65</sup> RUANO ESPINA, Lourdes, cit. (n. 44), p. 503, quien cita a PRADER, G., *Il matrimonio nel mondo* (Padova, 1986), p. 67.

<sup>66</sup> WAINES, D., *El Islam* (trad. C. Pérez Benítez, Barcelona, 1998), p. 116, cit. por RUANO ESPINA, Lourdes, cit. (n. 44), pp. 503 - 504.

<sup>67</sup> Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), art. 28; Código de la Familia de Argelia (1984), arts. 27, 29; Código Kuwaití de Estatuto Personal (1984), arts. 16 - 17; Ley Siria de Estatuto Personal (1953), art. 35; Código de Estatuto Personal de Túnez (1956), art. 17; Ley Jordana de Derechos de la Familia (1951), art. 15; Ley Iraquí de Estatuto Personal (1959), art. 16. Cfr. ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), p. 390; MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 36.

<sup>68</sup> Véase la n. 60.

<sup>69</sup> C. 2, 228: "Las repudiadas se esperarán tres menstruaciones antes de volverse a casar. No les es lícito ocultar lo que Dios haya creado en su seno [...]".

<sup>70</sup> C. 2, 234: "Quienes de vosotros mueren y dejan esposas, éstas se esperarán cuatro meses y diez días. Cuando lleguen a su término, no hay falta sobre vosotros por lo que ellas hagan de su persona para volverse a casar, según está establecido". Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), arts. 29 y 72 - 79; Código de la Familia de Argelia (1984), arts. 30 y 58 - 61; Código Kuwaití de Estatuto Personal (1984), arts. 19 y 23, 155 - 160; Ley Siria de Estatuto Personal (1953), art. 38; Código de Estatuto Personal de Túnez

el marido que la repudió de esta forma. La posibilidad de casarse con él, sin embargo, existe, por eso se trata de un impedimento temporal, pero para que ello ocurra, ha de contraer matrimonio con otro varón, matrimonio que, a su vez, una vez disuelto, le permite volver a contraer con el varón que la repudió con triple repudio<sup>71</sup>.

iv) diversidad de religión: el hombre musulmán no puede contraer matrimonio con mujer que no sea musulmana; se le permite, empero, poder hacerlo con mujer cristiana o judía, esto es, perteneciente a alguna de las religiones monoteístas o del Libro. La mujer musulmana, en cambio, sólo puede casarse con varón musulmán. La razón está en que para los musulmanes los hijos deben seguir la religión del padre; un matrimonio de una mujer musulmana con varón que no lo sea quitaría fieles al Islam, lo que no se puede permitir, pues el *Corán* es claro al respecto<sup>72</sup>. A ello se agrega la consideración de debilidad y de falta de preparación intelectual de la mujer en comparación con el hombre y, por lo mismo, la predisposición de ser influenciada en materia de creencias.

Los códigos de los Estados musulmanes suelen recibir esta prohibición en forma expresa. Así el Código del Estatuto Personal de Marruecos, dispone en su artículo 29. 5 que "*las mujeres prohibidas para el matrimonio de manera temporal son: 5. El matrimonio de la musulmana con un no musulmán*", prohibición que es recogida en términos similares por el Código de Familia de Argelia que en su artículo 31 dispone expresamente que "*la musulmana no puede contraer matrimonio con un no musulmán*". El Código del Estatuto Personal de Túnez guarda silencio sobre este tema, pero una circular del Ministerio de Justicia a los oficiales del estado civil de 5 de noviembre de 1973, les recordaba la vigencia de la prohibición del matrimonio entre una mujer musulmana y un no musulmán<sup>73</sup>. Como se ve, esta prohibición de matrimonios mixtos no es sólo religiosa sino

---

(1956), arts. 20 y 34 - 35; Ley Jordana de Derechos de la Familia (1951), arts. 101 - 114; Ley Iraquí de Estatuto Personal (1959), arts. 47 - 50.

<sup>71</sup> C. 2, 230: "Si un marido repudia a su mujer tres veces, no le está permitido tomarla hasta que ella se haya casado con otro marido y éste la haya a su vez repudiado. No resultará ningún pecado para ninguno de los dos, si se reconcilian creyendo poder observar los límites de Dios. Tales son los límites que Dios pone claramente a los hombres que entienden". Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), art. 29. 3 y 4; Código de la Familia de Argelia (1984), art. 30; Código Kuwaití de Estatuto Personal (1984), art. 22; Ley Siria de Estatuto Personal (1953), art. 36; Ley Jordana de Derechos de la Familia (1951), art. 12.

<sup>72</sup> C. 2, 220: "No os caséis con las mujeres idólatras hasta que no hayan creído. Una esclava creyente vale más que una mujer libre idólatra, aun cuando os guste más. No deis vuestras hijas a los idólatras, mientras no hayan creído. Un esclavo creyente vale más que un incrédulo libre, aun cuando os guste más".

<sup>73</sup> "[...] es por lo que el Primer ministro ha dado sus instrucciones más estrictas prohibiendo el establecimiento de actas de matrimonio de tunecinas musulmanas con no musulmanes, salvo que se produzca la certificación de conversión a la religión musulmana conforme a su escrito del 19 de octubre de 1973". Cfr. MOTILLA; Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 149. Ver también Código Kuwaití de Estatuto Personal (1984), art. 18; Ley Iraquí de Estatuto Personal (1959), arts. 17 - 18.

también civil, de modo que si una mujer musulmana contrajera matrimonio con un no musulmán en el extranjero, este matrimonio nunca será reconocido tampoco civilmente en un Estado islámico, por razones de orden público.

b) *Consentimiento*. El consentimiento es un requisito esencial para la validez del matrimonio, pero en el derecho islámico presenta peculiaridades, pues es posible distinguir, para la validez del matrimonio, el consentimiento que dan los contrayentes y el consentimiento que otorga un tutor llamado *wali* que se exige en todo caso para las mujeres y en ocasiones para el varón. Es por lo que bien puede hablarse de un consentimiento directo, dado por el esposo con intervención de tutor, y un consentimiento indirecto, dado por quien está llamado por el derecho a ser *wali*.

El consentimiento directo sólo corresponde al varón, pues la mujer, salvo para la escuela hanafi, en todo caso ha de dar su consentimiento por medio del *wali*. Para la escuela hanafi, la presencia del *wali* es recomendable pero no obligada, de manera que ésta puede negociar su matrimonio y prestar su consentimiento personalmente. Si la mujer adulta no es virgen debe manifestar expresamente su consentimiento; si es virgen, la aceptación puede ser implícita, permaneciendo en silencio y no manifestando su rechazo mientras escucha la oferta de matrimonio. En cambio, shafeíes, malequitas y hanbalíes estiman que en ningún caso la mujer puede prestar personalmente su consentimiento matrimonial, pues siempre habrá de prestarlo a través de su tutor aunque sea mayor de edad. Incluso, si la mujer es virgen, el *wali* puede concluir el matrimonio sin necesidad de asegurarse el consentimiento de la mujer, si bien no está obligada a aceptar el matrimonio concertado por éste; si la mujer no es virgen, su consentimiento es necesario aunque lo manifiesta a través del *wali*.

En el caso de la mujer y del varón menor de edad, el *wali* está legitimado para celebrar en su nombre un matrimonio, pero cuando el menor alcanza la pubertad puede rechazar el matrimonio celebrado por su tutor en su nombre si se dan determinados requisitos que varían en las distintas escuelas.

En los códigos sobre el estatuto personal de los países musulmanes, por lo general, se siguen las disposiciones de la *shari'a* que exigen que la mujer preste su consentimiento por medio de su tutor, pero se ha prohibido el matrimonio impuesto por el padre o por el *wali*, exigiendo el consentimiento de los dos contrayentes. El Código argelino, por ejemplo, lo exige para la mujer siempre, sin que quepa alguna excepción: “*el contrato de matrimonio se perfecciona con el consentimiento de los dos esposos, a través del tutor matrimonial de la mujer*” (art. 9). La *Mudawana*, esto es, el Código de Estatuto Personal marroquí requiere en su artículo 5 como elemento esencial la presencia del tutor matrimonial de la esposa, pero admite en su artículo 12. 4 que “La mujer mayor de edad, que no tenga padre, puede contraer matrimonio por sí misma, o delegar en quien quiera de entre los tutores”. Sólo el código tunecino permite a ambos cónyuges, marido y mujer, sin restricción alguna: “concluir el contrato matrimonial por ellos mismos o por mandatario” (art. 9). Igualmente se suele limitar la posibilidad del tutor de impedir un matrimonio querido por la mujer, si bien el Código de Familia de Argelia señala que, cuando el tutor es el padre, puede impedir el

matrimonio querido por la hija virgen y en virtud del mejor interés de ella<sup>74</sup>.

La edad mínima para poder consentir en matrimonio varía, en los varones, entre 18<sup>75</sup>, 20<sup>76</sup> y 21<sup>77</sup> años; en las mujeres entre 15<sup>78</sup>, 17<sup>79</sup>, 18<sup>80</sup> y 20<sup>81</sup> años.

c) *Manifestación formal del consentimiento*. La oferta y la aceptación del consentimiento deben otorgarla y expresarla el contrayente y el representante de la mujer en presencia de dos testigos púberes, en uso de sus facultades mentales, musulmanes y varones; o bien, un varón y dos mujeres. En uno y otro caso no se precisa la asistencia obligatoria de ninguna autoridad ni civil ni religiosa. Se exige, eso sí, que se haga todo en un mismo acto, que cada parte entienda a la otra y que estén plenamente de acuerdo. La exigencia de testigos válidos se hace con el fin de asegurar la publicidad del contrato.

Como el consentimiento de la mujer se expresa a través del *wali*, la presencia de éste es necesaria para la validez del matrimonio, aunque se trate de una mujer que no esté sometida al derecho de *yaber*. La presencia del *wali* es imprescindible para la mujer, pues va a ser fundamental en la negociación de la dote. Además, el matrimonio es un contrato que se perfecciona en la mezquita, lugar sagrado donde las mujeres y los varones están separados y no pueden relacionarse, de manera que la mujer necesita un *wali* como una especie de procurador que la represente y que haga llegar al marido su consentimiento matrimonial<sup>82</sup>.

El consentimiento no puede estar sujeto a término ni a condición suspensiva.

d) *La dote (mahr)*. La dote es, para la escuela malequita, un elemento esencial en el matrimonio para que éste sea válido, esencialidad que arranca del *Corán* en una de cuyas aleyas dice: “dad a las esposas las dotes asignadas”<sup>83</sup>. La

---

<sup>74</sup> Código de Familia de Argelia, art. 12: “[inc. 1º] El tutor matrimonial no podrá impedir que la persona que se encuentra bajo su tutela contraiga matrimonio si ésta lo desea y si aquél le es provechoso. En caso de oposición, el juez puede autorizar el matrimonio, bajo reserva de las disposiciones del artículo 9 de la presente ley. [inc. 2º] No obstante, el padre puede oponerse al matrimonio de su hija menor de edad (virgen) si va en interés de la hija”. Algunos países se expresan en términos más tajantes. Así, en Irak se establece que “ningún pariente ni extraño puede obligar a ninguna persona, sea varón o mujer, a casarse en contra de su voluntad. El matrimonio contraído bajo coacción es nulo si no ha sido consumado. Del mismo modo, ningún pariente ni extraño puede impedir el matrimonio de ninguna persona con capacidad para casarse según las disposiciones de esta ley” (art. 9).

<sup>75</sup> Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), art. 8; Ley Siria de Estatuto Personal (1953), art. 16; Ley Jordana de Derechos de la Familia (1951), art. 4; Ley Iraquí de Estatuto Personal (1959), art. 8.

<sup>76</sup> Código de Estatuto Personal de Túnez (1956), art. 5. Código Libio de la Familia (1984), art. 6.

<sup>77</sup> Código de la Familia de Argelia (1984), art. 7.

<sup>78</sup> Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), art. 8.

<sup>79</sup> Ley Siria de Estatuto Personal (1953), art. 16; Código de Estatuto Personal de Túnez (1956), art. 5; Ley Jordana de Derechos de la Familia (1951), art. 4.

<sup>80</sup> Código de la Familia de Argelia (1984), art. 7; Ley Iraquí de Estatuto Personal (1959), art. 8.

<sup>81</sup> Código Libio de la Familia (1984), art. 6.

<sup>82</sup> PUERTO GONZÁLEZ, Juan José, cit. (n. 32), p. 87.

<sup>83</sup> C. 4, 3, cit., (n. 46). También C. 4, 23, 24.

obligación del marido de pagar la dote a la mujer nunca ha sido cuestionada en el derecho islámico, siendo numerosos los versículos coránicos y tradiciones que se refieren en forma expresa a esta institución. La dote es una suma de dinero pagada por el marido a su mujer a raíz del contrato matrimonial, regalo del marido a su esposa, símbolo de amor y vida nueva, que asegura a la mujer la seriedad del compromiso de vida que su marido pretende establecer con ella. Es también el medio por el que el marido asegura a su mujer que, si es repudiada, no se va a encontrar desprovista de recursos económicos; pero, siendo esto cierto, no se puede considerar la dote, según algunos, sólo en términos económicos de sustento para la mujer, pues de lo contrario no se entendería que haya dotes, expresamente autorizadas por el profeta, consistentes en un anillo de hierro o en la enseñanza de algunos versículos coránicos.

La dote puede constituirse sobre toda clase de bienes con tal de que estén en el comercio lícito, tengan algún valor y sean ciertos o determinables –ni eventuales ni aleatorios–, pudiendo ser corporales, incorporales, muebles, inmuebles, etc. Mahoma, por ejemplo, casó a una pareja siendo la dote el que él le enseñara algo del *Corán*. Los bienes entregados en dote han de ser propiedad del donante y estar en su posesión, pero no ha de ser exagerada. Su valor no puede bajar de tres *dirhemes* de plata o de un cuarto de dinar de oro; en cambio, no existe un límite máximo fijado por la ley, aunque la escuela shafeíta ha aceptado el de 500 *dirhemes*, lo que la escuela malequíta ha rechazado siempre<sup>84</sup>.

Si los bienes entregados no cumplen alguna de las exigencias anotadas, la dote estaría inválidamente constituida y, por lo mismo, el matrimonio sería nulo. Sin embargo, si el matrimonio ha sido consumado y reúne las demás exigencias necesarias para su validez, la dote nula es revalidada mediante una dote legal llamada media o de equivalencia, aplicable en todos los casos. El monto de la misma está determinado por lo que un hombre de la condición del marido daría a una mujer de cualidades semejantes a la novia, o la que exigiría un hombre para su hermana, reuniendo ésta parecidas condiciones a las de la novia.

Un aspecto de especial importancia introducido por el derecho islámico a las costumbres pre-islámicas fue la atribución de la dote a la mujer misma, no a sus parientes, por lo que está prohibido cualquier pacto que tienda a restar este derecho a la mujer. La mujer conserva la posesión de sus bienes personales y los administra con entera libertad, sin estar de modo alguno obligada a contribuir a los gastos de la casa<sup>85</sup>; si esto llega a suceder, puede llegar a pedir una compensación.

Antes de cohabitar con la esposa, el marido ha de hacer efectiva la dote en su totalidad o en parte como adelanto, debiendo pagarla íntegramente a la esposa en caso de divorcio, a modo de indemnización<sup>86</sup>. Una tendencia generalizada en la actualidad es la de diferir parte, y a veces casi la totalidad, de la dote al momento de la disolución del vínculo. Algunos autores, sin embargo, critican esta tendencia porque el espíritu genuino de la dote se articula en consideración al

<sup>84</sup> LÓPEZ ORTIZ, José, cit. (n. 11), p. 160.

<sup>85</sup> ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), p. 413.

<sup>86</sup> PUERTO GONZÁLEZ, Juan José, cit. (n. 32), p. 86.

matrimonio y no al divorcio. Lo que es cierto es que esta práctica de diferir la dote al momento de la disolución del vínculo ha venido, en la práctica, a añadir otra función a la dote: la de prevenir el ejercicio del poder discrecional del marido para repudiar a su mujer mediante el *talak* al que me referiré más adelante<sup>87</sup>.

Es la presencia de la dote lo que ha permitido a algunos autores<sup>88</sup> asimilar el contrato de matrimonio al de compraventa, siendo identificada la dote con el precio de compra, de manera que los derechos del marido sobre la mujer se consideran fundamentados en el hecho de haber desembolsado dicha cantidad para adquirirla. En apoyo de esta tesis está una aleya del *Corán* según la cual “los maridos están sobre sus mujeres porque en la adquisición de las mismas han gastado sus bienes” (C. 4, 38). Otros<sup>89</sup> no aceptan esta asimilación y afirman que la dote no es un precio sino una *donatio compensandi usus puellae*. Últimamente otro autor<sup>90</sup>, volviendo sobre este tema, rechaza una y otra consideración, insistiendo en que la dote no es el equivalente al precio por la adquisición de una cosa, sino una garantía para el futuro de la mujer o, utilizando una metáfora, una suerte de seguro voluntario preconstituido en atención a los riesgos del matrimonio. En todo caso, parece que es falsa la idea, ampliamente extendida en Occidente, de que la dote es el precio que se paga por la mujer<sup>91</sup>.

Lo que es claro es la importancia que para la mujer reviste la dote, sobre todo si tenemos en cuenta que en el derecho islámico no existe un régimen económico matrimonial, permaneciendo los cónyuges como dueños de sus respectivos patrimonios, sin que la mujer pueda aumentar el suyo cuando el marido hace uso de la potestad de prohibirle trabajar fuera de casa.

Se discute entre las escuelas islámicas la naturaleza jurídica del *mahr*, entendiendo la escuela malequita que se trata de una condición de validez del contrato de matrimonio, en tanto que las demás escuelas sostienen que la dote no es sino un efecto del mismo, divergencia que se advierte en la sistemática de los modernos códigos musulmanes sobre Estatuto Personal en los que la dote se regula en un apartado dedicado a las condiciones del matrimonio cuando se trata de códigos influidos por la escuela malequí, en cambio se sitúa bajo el epígrafe de efectos del matrimonio en los de otras tradiciones islámicas.

Esta diversa naturaleza jurídica asignada a la dote tiene incidencia en la nulidad del matrimonio, pues para aquellos que entienden que es sólo un efecto del matrimonio, si en el respectivo contrato no se ha estipulado dote, el matrimonio se considerará en todo caso válido, pero la mujer tendrá derecho a la dote de equivalencia, a la mitad de ésta o a una dote de consolación, dependiendo de

<sup>87</sup> COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), p. 46.

<sup>88</sup> MORAND, M., *Études de droit musulman-algerien* (Alger, 1910), pp. 115 - 127, cit. pot MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 32.

<sup>89</sup> WILKEN, J. A., *Über das Matriarchat bei den alten Arabern* (Lepzig, 1884), p. 63, cit. *ibid.*

<sup>90</sup> CAPUTO, G., *Introduzione al diritto islamico*, I: *Concetti generali. Il matrimonio e la famiglia. Le successioni* (Torino, 1990), pp. 89 - 90, cit. *ibid.*

<sup>91</sup> NASIR, J. J., *The Islamic Law of Personal Status* (London-Boston, 1986), p. 78. La cita es de COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), p. 44.

las circunstancias, sobre todo de la consumación o no del matrimonio y de las escuelas<sup>92</sup>.

### 3. Celebración del matrimonio

Aun cuando el matrimonio islámico se basa en preceptos religiosos, su forma es esencialmente civil y privada, distinguiéndose dos momentos: el primero, es la firma del contrato matrimonial<sup>93</sup> (*aqd an-nikan*) en el que se estipula la dote, elemento que, como sabemos, es esencial y puede determinar la nulidad del mismo. El segundo es el intercambio de consentimientos, la oferta (*ijab*) y la aceptación (*qabul*), que pueden darse por escrito o verbalmente, mediante palabras que sean explícitas sobre la intención de contraer matrimonio y han de ser expresadas por el esposo y la mujer, o su *wali*, sin que se requiera la asistencia de ninguna autoridad religiosa o civil, siendo necesaria, en cambio, la presencia de dos testigos varones, púberes y musulmanes en los términos ya vistos. El carácter de acto civil se ve reforzado por el hecho de que la presencia de un imán o autoridad religiosa está desprovista de todo carácter religioso, limitándose a actuar a la manera de un notario, sin que el hecho de que se reciten algunas oraciones cambie el carácter civil y privado del acto<sup>94</sup>.

Sin embargo de lo anterior, las legislaciones modernas de los países islámicos

---

<sup>92</sup> La mujer está legitimada al pago de la dote completa en el caso de consumación del matrimonio o de fallecimiento de alguna de las partes antes de la consumación. Está legitimada a la mitad de la dote fijada si el matrimonio lo disuelve el marido antes de la consumación; en ese mismo caso, si la dote no ha sido especificada, la mujer está legitimada a una dote de consolación. La mujer pierde el derecho al pago de la dote si el matrimonio se disuelve antes de ser confirmado en cualquiera de estos dos casos: i) si lo disuelve el marido antes de la consumación ejercitando su opción de haber alcanzado la pubertad o de haberse recobrado de su imbecilidad o insania, lo que le da derecho a pedir la anulación respecto al matrimonio celebrado por su tutor; ii) si se disuelve por un acto de la mujer antes de la consumación. Cfr. COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), p. 46.

<sup>93</sup> Según el art. 42 del Código Marroquí del Estatuto Personal (*Mudawana*), "El contrato matrimonial debe incluir lo siguiente: 1. Nombre, filiación, domicilio, edad e identificación de ambos cónyuges y que ambos gozan de plenas facultades, así como el nombre del tutor. 2. La conclusión del contrato, su fecha y su lugar, así como el conocimiento de causa tanto de ambos cónyuges como del tutor. 3. Una declaración general sobre el estado de la esposa, si es virgen o desflorada, huérfana o tiene padre, y si es huérfana, abandonada o tiene tutor testamentario o curador nombrado por el juez, y si es desflorada, repudiada o viuda, si ha cumplido la *iddah*. 4. La indicación del certificado del representante de la autoridad administrativa, señalando el número que lleva. 5. El montante de la dote, indicando la parte adelantada y la aplazada, y si la entrega se hace a la vista o por reconocimiento. 6. La firma de ambos notarios según forma, y la del juez con su sello".

<sup>94</sup> "El Islam es una comunidad de seglares. No reconoce a nadie un poder espiritual sobre los demás. El Islam no es una iglesia, ni lleva consigo un sacerdocio. El creyente musulmán se dirige a Dios directamente sin la obligación de recurrir a un sacerdote. Cada musulmán es su propio sacerdote, y en sus relaciones con Dios prescinde de todo ministerio y de todo mediador de la clase que sea. Nadie en esa comunidad está encargado de juzgar el foro interno de nadie. El creyente se encuentra sólo ante Dios en la vida y en la muerte. Solo ante la trascendencia de Dios, del que se proclama servidor sumiso". GARCÍA HERNANDO, Julián, cit. (n. 13), p. 230.

tienden a reforzar los requisitos formales por razones de publicidad y prueba del matrimonio, como la tunecina que exige un acto formal y solemne como condición esencial del matrimonio. La legislación marroquí y argelina, en cambio, oscilan entre la tradición y la modernidad, pues, si bien el matrimonio es un acto formal como condición de validez del mismo<sup>95</sup>, también reconocen la posibilidad de un reconocimiento judicial posterior de un matrimonio celebrado como unión privada en el que no se hayan respetado las formalidades legales<sup>96</sup>.

En términos generales, la celebración del matrimonio se sujeta a las siguientes formalidades: el día señalado tiene lugar *el aqd-an-nikah*, contrato matrimonial, ceremonia que se realiza en presencia del *mumlik*, una especie de notario especializado delegado del *cadí*. Es costumbre que el *wali* de la novia dirija a los presentes una alocución piadosa o *hutba*, después de la cual el *mumlik* invita al novio al matrimonio con la que desea por esposa, respondiendo éste que acepta el matrimonio según lo estipulado; el representante de la mujer es llamado a declarar si ella acepta la dote, consignándose su respuesta en el contrato en el que se hacen constar, además, las cantidades que se pagan a cuenta. Después de esto los novios y todos los asistentes recitan la “sura” coránica de *Al-Fatiha* o de la apertura, “sura” inicial del *Corán*. La ceremonia suele tener lugar después del ocaso y la fiesta dura hasta bien entrada la noche. El contrato de matrimonio es entregado inmediatamente a la esposa con la firma de las autoridades, constituyendo el título en virtud del cual ella podrá, en cualquier momento, hacer valer sus derechos. En esa ocasión, tanto el imán como el jefe de la comunidad pueden percibir ciertos derechos o contribuciones<sup>97</sup>.

La consumación del matrimonio, con ser importante, no es indispensable para considerar que el matrimonio existe legalmente según la ley islámica; con todo algunas convenciones matrimoniales estipulan que, pasado cierto tiempo, el matrimonio se tendrá por consumado. Es por lo que algunas normas establecen que, una vez que se celebra válidamente el acto del matrimonio, comienzan los deberes y obligaciones recíprocas de los cónyuges, aun antes de su consumación.

#### 4. *Derechos y deberes de los cónyuges*

Es posible distinguir derechos y deberes mutuos entre los contrayentes, otros que son propios de la mujer y otros que son propios de los varones.

Entre los derechos y deberes mutuos se pueden mencionar el derecho y deber de convivencia, el respeto mutuo, la herencia, la legitimidad de los hijos, etc.

<sup>95</sup> Código de Familia de Argelia, art. 18: “El acta de matrimonio se concertará ante un notario o un funcionario legalmente habilitado [...]”.

<sup>96</sup> Código de Familia de Argelia, art. 22: “Se demuestra el matrimonio mediante la expedición de un certificado del registro del estado civil. A falta de inscripción, será confirmado por sentencia judicial, siempre que se cumplan los elementos constitutivos del matrimonio conforme a las disposiciones de la presente ley. Cumplida esta formalidad, se inscribirá en el registro de estado civil”.

<sup>97</sup> ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), p. 403; PAREJA, Félix, *Islamología* (Madrid, 1952 - 1954), II, pp. 549 - 550; BRAMON, Dolors, *Una introducción al Islam: religión, historia y cultura* (trad. Rosa Lluch Bramon, Barcelona, 2002), pp. 113 - 116.

Son derechos y obligaciones de la mujer ser mantenida por el marido (*nafaka*) según la condición que le corresponda, visitar su familia e invitarla al domicilio conyugal, gestionar sus bienes y su dote y ser tratada con consideración y respeto, de manera que el varón que está casado con varias mujeres debe tratarlas a todas de forma equitativa, sin hacer distinciones ni en el plano económico ni en el afectivo.

Al igual que la dote, la obligación del marido de hacerse cargo del sostenimiento económico de su mujer (*nafaka*) es unánimemente reconocida en el derecho islámico clásico, encontrándose su fundamento en la *shari'a*, tanto en el *Corán* como en diversos *hadices*. La *nafaka* incluye no sólo el deber de alimentos, sino también de vestido, vivienda, servicio doméstico en algunos casos y atención médica. El derecho de la mujer existe con independencia de su religión y de su posición económica, por lo que el marido está obligado a la *nafaka* aun cuando la mujer no tuviera necesidad de ella por disponer de una posición económica alta y, en ningún caso, el marido tiene derecho a sostenimiento por parte de su mujer. Es por lo que la *nafaka* no puede confundirse con un derecho a alimentos<sup>98</sup>. Preciso es tener presente, sin embargo, que la *nafaka* no surge desde el momento del matrimonio, sino del momento en que la mujer, apta para las relaciones sexuales, se pone a disposición del marido, lo que en el caso del matrimonio de los menores, ocurre en un tiempo posterior al matrimonio. Es por lo que este derecho se suele subordinar a la mantención de esta disponibilidad, entendiendo algunas escuelas, porque el tema no es pacífico, que la mujer lo pierde si, por ejemplo, es encarcelada<sup>99</sup>, si se niega sin justa causa a acompañar al marido en sus viajes<sup>100</sup>, o si trabaja fuera de la casa sin autorización del marido<sup>101</sup>.

Como contrapartida al derecho a la dote y al sustento, en un esquema en que la preeminencia corresponde al varón<sup>102</sup>, la mujer tiene el deber de obedecer a su

---

<sup>98</sup> COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), p. 47.

<sup>99</sup> Código Irakí, art. 25, que priva a la mujer del sostenimiento económico si es sometida a prisión por algún delito o deuda.

<sup>100</sup> Código Jordano, art. 37: "La mujer está obligada, una vez que ha recibido la porción inmediata de la dote, a mostrar obediencia al marido, a vivir en el domicilio legal de éste y a acompañarlo en sus desplazamientos, incluso si es fuera del reino, siempre que se trate de un lugar seguro para ella y que no se haya pactado otra cosa en el contrato matrimonial. Si la mujer rechaza la obediencia debida, perderá su derecho al sostenimiento".

<sup>101</sup> Código Sirio, art. 73: "La mujer perderá su derecho al sostenimiento si trabaja fuera de casa sin permiso del marido".

<sup>102</sup> La primacía del varón sobre la mujer suele sostenerse sobre la base de las siguientes aleyas coránicas: C. 2, 228: "Las mujeres respecto de sus maridos y éstos respecto de sus mujeres deben conducirse honestamente. Los maridos son primero que sus mujeres. Dios es poderoso y sabio; C. 4, 38: "Los hombres son superiores a las mujeres, a causa de las cualidades por medio de las cuales Dios ha elevado a éstos por encima de aquéllas, y porque los hombres emplean sus bienes en dotar a las mujeres: Las mujeres virtuosas son obedientes y sumisas: conservan cuidadosamente, durante la ausencia de sus maridos, lo que Dios ha ordenado que conserve intacto. Reprenderéis a aquella cuya desobediencia temáis; las relegaréis en lechos aparte, las azotaréis; pero, tan pronto como ellas os obedezcan, no les busquéis camorra. Dios es elevado y grande". Es por lo que el Código de Familia de Argelia dispone en su artículo 39. 1 que "la mujer debe obedecer al marido y respetarlo en su calidad de cabeza de familia".

marido y de velar por la buena marcha del hogar, lo que se recoge en las modernas codificaciones musulmanas, como la *Mudawana* que, entre los derechos del marido, recoge el derecho a que la mujer “le obedezca conforme a los usos” y “cuide del buen funcionamiento y de la organización de la casa” (art. 36).

Las obligaciones del marido pueden reducirse a cinco: i) consumación del matrimonio, cumplimiento del débito conyugal y cohabitación; ii) tratar bien a su mujer; iii) dividir equitativamente sus noches y su tiempo con cada una de sus mujeres, si tuviere más de una; iv) subvenir a las necesidades de su mujer; y v) permitir las visitas de y a la familia de su mujer, en especial, el padre, la madre y los parientes de grado próximo. Por su parte tiene derecho a disponer en su hogar del derecho de obediencia respecto de su mujer y sus hijos, a exigirle a su mujer el cuidado de la casa y de los hijos comunes, y también tiene derecho a visitar e invitar a su familia.

En el derecho islámico clásico se reconocía al marido el derecho de corrección de la mujer dentro de los límites de la moderación, derecho fundado en el mismo *Corán*<sup>103</sup>. El orden prescrito para la corrección era primero la mera reprimenda o amonestación, a continuación relegar a la mujer a una habitación separada, finalmente, solo si los anteriores medios resultaban ineficaces, se admitía el castigo corporal que, en cualquier caso, debía ser moderado<sup>104</sup>. En los actuales códigos de los Estados islámicos no se hace referencia a este derecho<sup>105</sup>. Así que dice Combalía: “En definitiva, parece claro que los derechos y deberes del marido y de la mujer en el matrimonio islámico no son iguales (en el sentido de idénticos) sino complementarios. Esto obedece, en buena medida, a que siendo el varón y la mujer iguales en dignidad, desempeñan sin embargo un papel diferente en el matrimonio islámico correspondiéndole al marido la tarea de ser el cabeza de familia. La no identidad de derechos y obligaciones de las partes se refleja en todos los códigos de Estatuto Personal que recogen, junto a derechos y deberes comunes a ambos, unos específicos del varón y otros de la mujer”<sup>106</sup>.

##### 5. *Disolución del matrimonio*

La muerte es la causa natural de disolución del matrimonio entre los musulmanes. Pero la existencia de elementos esenciales para la validez del matrimonio permite hablar entre ellos de nulidad del matrimonio cuando dichos elementos no están presentes. Al mismo tiempo, el derecho del Islam admite el divorcio y, además, el repudio del que es titular principalmente el varón. Pero, puesto que el matrimonio no es indisoluble, la distinción entre nulidad y disolución no presenta demasiada relevancia para el derecho islámico.

<sup>103</sup> Véase C. 4, 38, cit. (n. 102).

<sup>104</sup> No obstante esto, “tanto Shafei como otros doctores de la ley, coinciden en que, aunque esté permitido el castigo, no debe practicarse”. ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), p. 418.

<sup>105</sup> Con todo, el año 2004 fue encarcelado en España un musulmán por haber publicado un libro en el que, entre otras cosas, daba consejos a los maridos de cómo golpear a las mujeres sin dejar huellas de los golpes.

<sup>106</sup> COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), p. 50.

La extinción del vínculo conyugal supone para la mujer tener que someterse a un período de retiro o *idda*, que varía si la mujer está o no embarazada<sup>107</sup>, durante el cual ha de permanecer en el domicilio conyugal, manteniendo el derecho a alimentos (*naḥaka*), sin poder contraer nuevo matrimonio. La finalidad principal del mismo, si bien no exclusiva, es asegurar la determinación de la paternidad en caso de embarazo.

a) *Nulidad*. La nulidad del matrimonio se produce cuando falta alguno de los elementos exigidos para que el contrato sea válido, los que hemos visto recientemente<sup>108</sup>. Se trata de una hipótesis más bien excepcional, que está rígidamente determinada por el derecho divino, es decir, contenida explícitamente en el *Corán* o en un *hadith*. En estos casos el juez ha de declarar la nulidad ya sea que el matrimonio se haya consumado o no. Producida la declaración de nulidad, la mujer debe guardar la *idda* o período de continencia si consumó el matrimonio; la paternidad del hijo nacido de esta unión se atribuye al padre, aunque esté de mala fe y sin perjuicio de que esta mala fe le acarree la pena de fornicación. Si el matrimonio se ha consumado, la mujer adquiere la dote entera; en caso contrario, sólo la mitad<sup>109</sup>.

La figura más frecuente, sin embargo, es la simple irregularidad, basada en un vicio de menor entidad que no impide la existencia de los efectos del contrato, pero que permite rescindir la relación conyugal. A diferencia del matrimonio nulo, el matrimonio irregular puede siempre sanarse. Las causas que pueden originar esta irregularidad son defectos en la constitución de la dote, en el *wali* o en la publicidad. Por ejemplo, si se ha excluido la dote o se ha fijado un *quantum* inferior al límite prescrito, o ha sido constituida en cosas prohibidas. O ha faltado el *wali* o éste no es musulmán. O cuando los testigos del matrimonio se comprometen a tener el matrimonio secreto. Por regla general este matrimonio se convalida por la consumación, la que purga los vicios, constituyéndose la llamada dote media o de equivalencia, esto es, la corrientemente dada en la localidad a las mujeres de la misma condición. Si el matrimonio no ha sido consumado, el *cadí* (= juez) no dicta sentencia, sino que se limita a obligar al

<sup>107</sup> La *idda* se extiende durante tres ciclos intermenstruales de la mujer; si está embarazada, hasta el nacimiento del niño. Si aún no ha alcanzado la edad suficiente o la ha sobrepasado, dura tres meses lunares. Si la menstruación es irregular o no distingue la menstruación de otro flujo sanguíneo ha de aguardar nueve meses y después ha de observar la *idda* de tres meses. La *idda* de la viudedad, si no está embarazada, es de cuatro meses y diez días completos. Cfr. artículos 73 y 74 del Código Marroquí del Estatuto Personal (*Mudawana*).

<sup>108</sup> Son causas de nulidad las siguientes: 1º Parentesco en grado prohibido, lactancia y, en general, los impedimentos perpetuos o absolutos establecidos por la ley, como casarse simultáneamente con dos hermanas; 2º Enfermedad grave; 3º Casamiento de un infiel con una musulmana o de un musulmán con una idólatra; 4º Incapacidad de uno de los cónyuges por matrimonio anterior: mujer ya casada o marido con cuatro mujeres; 5º El matrimonio a término o *mut'á*; 6º Matrimonio de una mujer con su ex esposo, si éste la hubiera repudiado ya tres veces; 7º Matrimonio entre amo y esclava no liberada; 8º Matrimonio con una mujer que se halle en estado de continencia. ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), pp. 432 - 433.

<sup>109</sup> LÓPEZ ORTIZ, José, cit. (n. 11), p. 162.

marido a que repudie a la mujer, la que no queda obligada a la *idda* ni adquiere derecho alguno a la dote<sup>110</sup>.

b) *Repudio (talak)*. Por lo general el derecho de repudio lo tiene sólo el varón, quien, para repudiar a la mujer no necesita causa alguna, ni el conocimiento o consentimiento de la mujer, ni recurrir a un proceso judicial. Para que el repudio sea legalmente válido, la escuela sunní exige que el marido debe reunir las condiciones normales de capacidad, que son las mismas requeridas para poder concertar matrimonio por sí mismo: ha de ser púber, musulmán y en estado de lucidez mental. En los casos en que no ha podido contraer matrimonio por sí, sino por medio de un tutor, corresponde a éste formular el repudio en su representación<sup>111</sup>. Para la validez de la *talak* no se exige la presencia de la mujer ni de testigos, si bien la presencia de testigos puede ser necesaria para probarlo si éste se disputa. La escuela hanafí, en una postura más extrema, entiende que el *talak* es efectivo aunque el marido esté borracho o actúe bajo coacción<sup>112</sup>.

El recurso al repudio en los usos preislámicos era una práctica común y abusiva que las disposiciones del *Corán* intentaron restringir condicionándola a una serie de requisitos, pero se valoró como una conducta moralmente reprobada, pues, según palabras atribuidas a Mahoma, “entre las cosas lícitas, ninguna es más odiosa a Alá que la del repudio”. Con todo, el derecho islámico clásico reconoció que el repudio disolvía jurídicamente el matrimonio, eficacia que se mantiene en el derecho islámico actual<sup>113</sup>.

En el derecho sunní se reconocen dos tipos de *talak*: el *talak al-sunna*, que ofrece la posibilidad de revocación, y el *talak al-bid'a*, más imperfecto, que es irrevocable.

El primero de ellos, *talak al-sunna*, puede, a su vez, ser *ahsan* (mejor) o *hasan* (bueno). El *talak ahsan* lo pronuncia el marido durante el *tuhr*, esto es, fuera del periodo menstrual de la mujer. Inmediatamente la mujer entra en la *idda*, al término de la cual el matrimonio queda disuelto. El marido, sin embargo, puede revocar el repudio durante la *idda*, restableciendo la convivencia conyugal<sup>114</sup>. Como la fórmula del *talak* se ha pronunciado sólo una vez, si bien el matrimonio se disuelve al término de la *idda*<sup>115</sup>, las partes pueden volver a contraer matrimonio entre ellas, pero ha de cumplirse con todo lo que supone el matrimonio, incluso fijando una nueva dote.

En el *talak hasan* el marido pronuncia el *talak* por tres veces durante tres periodos menstruales seguidos. Mientras se ha hecho la primera y la segunda formulación el repudio es revocable, pero desde que se ha pronunciado la terce-

<sup>110</sup> *Ibíd.*

<sup>111</sup> MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), pp. 40 - 42; ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), pp. 437 - 451; LÓPEZ ORTIZ, José, cit. (n. 11), pp. 164 - 166.

<sup>112</sup> COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), pp. 51 - 52.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, p. 53.

<sup>114</sup> Código Marroquí del Estatuto Personal (*Mudawana*), art. 68: “El esposo, en el repudio revocable, tiene derecho a recuperar a su esposa repudiada durante la *idda* sin nueva dote ni intervención del tutor. Este derecho no prescribe, salvo por renuncia del esposo”.

<sup>115</sup> Código Marroquí del Estatuto Personal (*Mudawana*), art. 69: “La mujer está irrevocablemente separada al término de la *idda* del repudio revocable”.

ra, el *talak* deviene irrevocable. Después de ello la mujer ha de entrar en la *idda*, pero durante este período el marido no puede revocar el repudio. Con todo, podrá volver a casarse con la misma mujer, pero para ello será menester que la mujer haya celebrado y consumado un nuevo matrimonio, con otro varón, el que, a su vez, ha debido disolverse<sup>116</sup>.

El *talak al-bid'a* es considerado moralmente reprochable por el derecho sunní, pero disuelve el vínculo. La más común de las formas es la de pronunciar tres veces seguidas la fórmula del *talak*,<sup>117</sup> con lo que el matrimonio se disuelve irrevocablemente sin que marido y mujer puedan volver a contraer matrimonio, a menos que la mujer case con otro varón, consume el matrimonio y éste se disuelva.

En suma, la eficacia del *talak* se produce al término del período de *idda* cuando se trata del *talak ahsar*, después del tercer pronunciamiento, cuando se trata del *hasar*, y de inmediato en el caso del *talak al-bid'a*.

En el derecho chií, en cambio, la regulación del *talak* difiere de la anterior en varios aspectos: por de pronto, ha de pronunciarse oralmente ante testigos, usando expresamente la palabra *talak* y ha de hacerse con la intención de repudiar<sup>118</sup>; por otra parte, no se reconoce el *talak al-bid'a*<sup>119</sup>.

La mujer también tiene el derecho de repudiar al marido, pero su derecho es mucho más limitado, porque no puede hacerlo caprichosamente sino con razones que lo justifiquen, y con la intervención de la autoridad que complete su personalidad. Para ello, la mujer ha de acudir al *cadí* o juez y demostrar la causa que da origen a su derecho las que, en general, son las mismas que se recogen en los códigos occidentales más algunas derivadas de la especial naturaleza del matrimonio islámico<sup>120</sup>. El procedimiento para este repudio es muy expedito: la demanda se presenta ante el *cadí*, quien, instruido el proceso, dictará sentencia de repudio el que será irrevocable. Sólo excepcionalmente el repudio será revocable, cuando se basa en que el marido injustificadamente no ha pagado la *nafaka* y el marido provee la misma. Si en algún caso se dictara sentencia contra la mujer,

---

<sup>116</sup> Código Marroquí del Estatuto Personal (*Mudawana*), art. 71: "El tercer repudio pone fin a la vida conyugal inmediatamente e impide un nuevo contrato matrimonial con la ex esposa, salvo después de haber finalizado su *idda* de un matrimonio efectivo y legalmente consumado con otro esposo". Código de Familia de Argelia, art. 51: "El hombre que se haya divorciado de su esposa tres veces consecutivas no podrá volver a contraer matrimonio con esta misma mujer excepto si ella, tras un matrimonio con otro hombre, ha obtenido de nuevo el divorcio, o en caso de que el marido muera después de haber cohabitado con ella".

<sup>117</sup> Por ejemplo, repite la fórmula "yo te repudio" tres veces seguidas, o una sola vez la siguiente: "yo te repudio con repudio triple".

<sup>118</sup> Por lo que un repudio hecho en broma no tiene ningún valor, como sucede en la derecho sunní.

<sup>119</sup> COMBALÍA, Zoila, cit. (n. 49), pp. 51 - 53.

<sup>120</sup> Las demandas más frecuentes interpuestas por la mujer se basan en el no pago de el dote, o en el incumplimiento de la *nafaka* u obligación de manutención. Otras causas son que el marido no pueda cumplir con sus obligaciones maritales por impotencia, atrofia de sus órganos sexuales u otra causal, que sufra de lepra o locura, o que obligue a la mujer a una vida obscena o contraria a la moral islámica. Cfr. ESTEVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), p. 456; ELMUSHTAWI, Sami, cit. (n. 50), p. 160.

ésta perdería su derecho a la *nafaka*, debiendo, además, restituir la dote. Puede también la mujer pactar este derecho en el momento de contraer matrimonio.

Con más interés histórico que actual, existen tres figuras de repudio basadas en ciertos hechos atribuidos al marido o a la mujer que producen anomalías en la vida conyugal. Tradicionalmente han sido denominados repudio por *'aila*, por *zihar* y por *li'an*.

El repudio por *'aila* se origina cuando el varón ha formulado unilateralmente juramento de continencia por el que niega el débito conyugal a su mujer por un plazo superior a cuatro meses<sup>121</sup>. Algo similar es el repudio por *zihar*; el que puede reclamarse cuando el marido musulmán ha hecho juramento de que su esposa será para él tan intangible como aquellas mujeres con las que le está coránicamente prohibido el matrimonio, pues incurriría en incesto; el *Corán* lo consideró injurioso e injusto para con la mujer por parte del marido, por lo que estableció expiaciones expresas<sup>122</sup>. Por último, el repudio por *li'an* tiene su origen en el juramento imprecatorio por el que el marido acusa a la mujer de adúltera, o por el que niega la paternidad del hijo que ésta espera<sup>123</sup>.

Las legislaciones actuales reconocen el repudio tal como prescribe la *shari'a*, con excepción de Túnez que ha otorgado los mismos derechos al hombre y a la mujer<sup>124</sup>. Sin perjuicio de ello, algunas modernas codificaciones han ido limitando lo que en su formulación clásica era un derecho omnímodo e incontrolado del varón. Así, por ejemplo, la *Mudawana* marroquí exige el cumplimiento de ciertas formalidades: una vez que el varón ha repudiado a la mujer, el acto ha de ser registrado ante dos notarios, hecho lo cual el varón y la mujer deben comparecer ante el juez, cuya intervención no es para examinar la procedencia del repudio, que sigue siendo una prerrogativa del varón sin necesidad de justificación, sino para intentar la conciliación y fijar una indemnización o dote de

<sup>121</sup> C. 2, 226: "Aquellos que juran abstenerse de sus mujeres deberán guardar un lapso de cuatro meses, pero si durante ese tiempo volviesen a ellas, sepan que Dios es indulgente y misericordioso".

<sup>122</sup> C. 58, 2: "Aquellos de vosotros que repudian a sus mujeres como si fueran sus madres (por el *zihar*) sepan que ellas no son sus madres. No son sus madres, sino aquellas que los engendraron y los que hablan de esa manera sólo profieren algo inicuo y falso; aunque Dios es indulgente y dispuesto a perdonar". C. 58, 4: "Quienes repudian a sus mujeres por el *zihar* y después se arrepienten de lo dicho, deberán dar libertad a un esclavo antes de volver a cohabitar. Así se os exhorta, pues Dios sabe bien todo cuanto hacéis". C. 58, 5: "Pero el que no encuentre un cautivo que redimir, debe ayunar dos meses consecutivos antes de cohabitar; y si no puede soportar este ayuno, deberá dar de comer a sesenta pobres. Esto es para que creáis en Dios y en su Profeta. Son las leyes de Dios y quienes las profanen sufrirán un severo castigo".

<sup>123</sup> C. 24, 6: "Los maridos que sin otro testimonio que sus palabras acusaran a sus mujeres, deberán jurar cuatro veces, en el nombre de Dios que sus palabras son verdaderas". C. 24, 7: "El quinto juramento será una imprecación sobre ellos mismos si son perjuros".

<sup>124</sup> Código de Estatuto Personal de Túnez, art. 30: "El divorcio sólo puede tener lugar ante el Tribunal". Art. 31: "El Tribunal pronuncia el divorcio: 1º Por mutuo consentimiento de los esposos. 2º A petición de uno de los esposos, en razón del perjuicio sufrido. 3º A petición del marido o de la mujer".

consolación a favor de la mujer ante la falta de casa, u ordenar y asegurar el pago de la dote diferida; hecho lo anterior, se ha de inscribir el acto de homologación del juez en el registro del tribunal (art. 52 bis). Igual judicialización se ha producido, por ejemplo, en Argelia, donde se exige que el acto de repudio sea aprobado por el juez que, sin entrar en los motivos, vela por el cumplimiento de las obligaciones económicas del marido a favor de la mujer (Código de Familia de Argelia, arts. 48 - 52). Por otra parte se exigen cierta conciencia o intención en el marido para la efectividad del repudio<sup>125</sup>, y se restringen las posibilidades del *talak al-bid'a*<sup>126</sup>.

La admisión del repudio en la mayor parte de los países islámicos ha hecho que estos países introduzcan reservas a aquellos preceptos de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que se refieren a la igualdad entre el hombre y la mujer en cuanto a los derechos y deberes en la disolución del matrimonio<sup>127</sup>. El argumento que ofrecen es que la igualdad en los términos fijados en dicho texto no es compatible con la *shari'a* y con la tutela del vínculo matrimonial, preservado por el equilibrio que se establece reconociendo a la mujer derechos y responsabilidades equivalentes a los de su esposo en un marco de complementariedad y no de identidad.

c) *Divorcio*. El matrimonio musulmán puede ser disuelto, según el *Corán*, por acuerdo entre los esposos. Admite dos denominaciones según si hay o no entrega por parte de la mujer al marido de una compensación como retribución al divorcio prestado por él. Cuando se trata de un divorcio consensual retribuido estamos en presencia del *talak al-jola*; cuando no es retribuido, es el *talak al-mubara*.

En el primer caso, divorcio retribuido o *talak al-jola*, la retribución es pagada directamente por la mujer si goza de plena capacidad de disposición, o por su representante legal cuando no tiene esa capacidad. Puede también darse el caso que sea un tercero quien pague la retribución. La cantidad estipulada se paga en el acto del convenio, o bien, en un plazo previamente previsto. El efecto es que

---

<sup>125</sup> En Egipto, la ley 25 de 1929, modificada por la ley 100 de 1985 sobre algunas cuestiones de estatuto personal, establece que “*El talak pronunciado por un hombre bajo el estado de embriaguez o bajo coacción no será efectivo*” (art. 1). Por su parte la *Mudawana* marroquí dispone que “no es válido el repudio pronunciado en estado de completa embriaguez, por una contrariedad o por un enfado, total o parcial” (art. 49).

<sup>126</sup> En Siria, por ejemplo, se establece que “El *talak* al que se adjunte un número, ya sea verbalmente o mediante gesto, será efectivo únicamente como un único *talak*” (art. 92).

<sup>127</sup> *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada el 18 diciembre 1979; depósito del instrumento de ratificación el 7 diciembre 1989, entrando en vigor internacional para Chile el 6 enero 1990. Fue promulgada por decreto supremo 789 de Relaciones Exteriores, de 27 octubre 1989 y publicada en *DO*. 9 diciembre 1989. El artículo 26 c) del mismo, por ejemplo, señala que los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, asegurando, en particular, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.

el matrimonio queda irrevocablemente disuelto, quedando ambos esposos libres de cualquier obligación entre sí, salvo la del esposo que deberá costear la *nafaka* durante el período de *idda* de la mujer.

En el caso del divorcio sin retribución o *talak al-mubara*, los esposos no dan ni reciben nada, entendiéndose recíprocamente liberados de lo que pudieran deberse el uno al otro, y considerándose mutuamente compensados.

Hay también el divorcio por “vicios reheditorios” (*ayb*) descubierto por uno u otro cónyuge en su pareja después de la consumación del matrimonio. En todo caso se distingue en cuanto a la gravedad del vicio para la vida en común y su posibilidad de sanación próxima o lejana. En estos casos, la parte afectada tiene derecho a que se le indemnicen los daños previstos por la ley y el divorcio es irrevocable<sup>128</sup>. También está el divorcio por incumplir el marido la obligación de mantener a la esposa (*nafaka*)<sup>129</sup>, el divorcio por ausencia del marido (*ghayba*)<sup>130</sup> y el divorcio por malos tratos del varón a la mujer<sup>131</sup>.

d) *Apostasía*. Si un musulmán casado se convierte en cristiano o judío, el matrimonio se declara disuelto de inmediato. En el caso de la mujer la situación se comprende porque, como hemos visto, ella sólo puede casarse con un varón musulmán por disposición divina, de manera que si el marido musulmán se convierte, se estaría ante un matrimonio que infringe la ley divina.

La situación inversa, esto es, la del hombre musulmán que se casa con mujer musulmana que se hace cristiana o judía presenta más problemas, porque el musulmán puede casarse *ab initio* con una mujer cristiana o judía. No obstante esto, el matrimonio se declara disuelto porque la abjuración del Islam produce una suerte de muerte civil, de manera que la disolución del matrimonio actuaría como pena de la apostasía.

### III. MATRIMONIOS ISLÁMICOS CELEBRADOS EN CHILE

La configuración jurídica que el derecho positivo del Estado de Chile ha dado al matrimonio se sitúa en la gran tradición del derecho occidental. Ello ha sucedido así históricamente y sucede de la misma manera en la actualidad, espe-

<sup>128</sup> Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), arts. 54 - 55; Código Kuwaití de Estatuto Personal (1984), arts. 139 - 142; Ley Siria de Estatuto Personal (1953), arts. 195 - 198; Ley Jordana de Derechos de la Familia (1951), arts. 83 - 88; Ley Iraquí de Estatuto Personal (1959), art. 44; Código Libio de la Familia (1984), art. 42.

<sup>129</sup> Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), art. 53; Código Kuwaití de Estatuto Personal (1984), arts. 120 - 122; Ley Siria de Estatuto Personal (1953), arts. 110 - 111; Ley Iraquí de Estatuto Personal (1959), art. 40; Código Libio de la Familia (1984), art. 40.

<sup>130</sup> Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), art. 57; Código Kuwaití de Estatuto Personal (1984), arts. 136 - 138 y 146 - 148; Ley Jordana de Derechos de la Familia (1951), art. 41; Código Libio de la Familia (1984), art. 41.

<sup>131</sup> Código Marroquí de Estatuto Personal, *Mudawana* (1957 - 1958), art. 56; Código de la Familia de Argelia (1984), art. 55; Código Kuwaití de Estatuto Personal (1984), arts. 126 - 142; Ley Siria de Estatuto Personal (1953), art. 112; Ley Jordana de Derechos de la Familia (1951), arts. 96 - 100; Ley Iraquí de Estatuto Personal (1959), arts. 40 - 43.

cialmente después de la nueva ley de matrimonio civil que ha incorporado en el derecho chileno las reformas desarrolladas en el derecho occidental en materia de derecho familia en las últimas décadas. Por el contrario, la tradición matrimonial islámica, como lo hemos visto, obedece a criterios muy distintos que rompen aspectos básicos de la concepción occidental acerca de las relaciones matrimoniales y de los derechos que en ellas corresponde a la mujer.

Por su parte, entre los distintos grupos culturales y étnicos que llegan a Occidente, especialmente a Europa, en busca de trabajo, y no aventurado pensar lo mismo para América Latina donde ya están ingresando como inmigrantes, está el representado por personas de religión musulmana. Se trata de personas que se caracterizan por sus fuertes sentimientos religiosos y endogámicos y por la distancia de los valores que profesan frente a los de la cultura occidental, lo que los lleva, por lo general, a mantener una actitud separada de la sociedad y reivindicadora de sus derechos a la identidad cultural. Este poco interés por integrarse en las sociedades occidentales que los han recibido se acentúa si consideramos que es frecuente que estas personas no pierdan su nacionalidad de origen -incluso después de adquirida una nueva- con lo que se prolonga la tutela del país de origen, o los estrechos contactos con éste, proyectándose a distancia la unidad nacional y cultural.

Esta actitud de quienes profesan la religión musulmana viviendo en medio de la cultura occidental suscita no pocos interrogantes al derecho de los Estados, siendo el derecho matrimonial una de las ramas que más se ve comprometida. Parece que no pueden aceptarse soluciones maximalistas que apuntan, por un lado, a la aplicación lisa y llana de los derechos occidentales a estos grupos religiosos, o, por otra, la aceptación sin mayores recortes de sus propios derechos. Parece más acorde con los principios en que se inspiran los sistemas jurídicos occidentales, y, por lo mismo, el sistema jurídico chileno, "afirmar vías intermedias, que permitan a la vez el mantenimiento de las creencias y tradiciones religiosas, pero respetando los valores de la sociedad occidental, entre los cuales destaca la afirmación y tutela de los derechos humanos como un valor intangible de civilización"<sup>132</sup>.

Esto plantea la necesaria búsqueda de soluciones en el ordenamiento interno que permitan compatibilizar las exigencias de los nacionales de religión musulmana y el derecho chileno. El esfuerzo, sin embargo, no sólo ha de ser del derecho chileno, sino también del derecho islámico, el que tiene la ventaja, desconocida en el mundo occidental, de su gran capacidad de adaptación a las circunstancias a través, por ejemplo, de fórmulas que, partiendo del consentimiento de las partes, permiten limitar la aplicación de ciertas instituciones permitidas pero no impuestas por la ley religiosa como la poligamia; o a través de la noción de necesidad elaborada por los juriconsultos, que permite actuar según las circunstancias siempre que se respeten los principios fundamentales de la *shari'a*<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 132.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, p. 133.

Decíamos al iniciar estas páginas que el artículo 20 de la nueva ley de matrimonio civil ha pretendido dar reconocimiento civil a los matrimonios religiosos celebrados en Chile, disponiendo que: “*Los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la ley, en especial lo prescrito en este Capítulo, desde su inscripción ante un oficial del registro civil*”.

En algunos casos, como sucede con el matrimonio islámico o el matrimonio canónico, la celebración y el régimen jurídico del mismo está regulado por normas de carácter religioso, autónomas respecto del Estado, y que corren en paralelo a las normas dictadas por el Estado para regir el matrimonio civil, lo que otorga a dichas uniones una doble regulación, la religiosa y la civil y permite abordar el estudio de estos matrimonios desde ambas perspectivas: la religiosa y la civil. La regulación que el derecho islámico proporciona al matrimonio celebrado entre quienes comparten la fe en Alá la hemos visto sucintamente en los párrafos anteriores. Nos detendremos ahora en analizar de qué manera esa regulación es reconocida en el ordenamiento jurídico chileno y los conflictos que entre una y otra pueden suscitarse. Veremos en este apartado el efecto en el derecho matrimonial chileno de los matrimonios islámicos celebrados en Chile, para detenernos en el apartado siguiente en los efectos que pueden originar en Chile los matrimonios celebrados entre musulmanes en el extranjero.

### 1. *Entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público*

La ley establece algunas condiciones para que los matrimonios celebrados ante una confesión religiosa tengan validez en el ordenamiento civil chileno. La primera es que la entidad religiosa ante la cual se celebren ha de tener personalidad jurídica de derecho público. El texto legal es definitivo en este sentido: “*Los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público [...]*”. No fue un tema fácil mientras se discutía la ley, pues hubo quienes entendían que establecer la limitación de la personalidad jurídica de derecho público significaba una suerte de discriminación, no obstante lo cual la exigencia quedó finalmente recogida en la ley<sup>134</sup>. En consecuencia, la primera exigencia que habrán de cumplir las comunidades islámicas de cara al valor civil de los matrimonios celebrados ante ellas, será la de obtener personalidad jurídica de derecho público.

La personalidad jurídica de derecho público la pueden obtener las entidades religiosas diversas de la Iglesia católica y de la Iglesia ortodoxa del patriarcado de

---

<sup>134</sup> El senador Ominami dijo en parte de su intervención: “Se trata de una consecuencia lógica del artículo 21 [número que tenía el actual artículo 20 en el proyecto de ley], que nos conduce por el camino del retroceso, nuevamente a la discriminación entre las diversas entidades religiosas. Porque si se aprueba este precepto, se planteará la necesidad de discriminar entre las doscientas y tantas que hoy cuentan con personalidad jurídica en el país, deshaciendo un camino en el que ya avanzamos”. *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 349ª ordinaria, sesión 19ª, martes 5 agosto 2003, p. 3402.

Antioquia, siguiendo los trámites prescritos en la ley 19.638<sup>135</sup>, que en sustancia se limitan a la redacción de unos estatutos reducidos a escritura pública o protocolizados en una notaría, estatutos que han de consignar al menos las menciones mínimas que establece la ley, someterlos a una revisión por parte del Ministerio de Justicia y, una vez revisados sin que haya observaciones, publicar un extracto de los mismos en el diario oficial.

## 2. Celebración ante un ministro religioso

Una segunda exigencia que establece la ley para la eventual validez civil de los matrimonios celebrados ante entidades religiosas es que el consentimiento sea prestado por los contrayentes ante un ministro religioso. En efecto, el inciso 3º del artículo 20 de la ley de matrimonio civil da por supuesta la intervención del ministro religioso cuando dispone que *“Los comparecientes deberán ratificar el consentimiento prestado ante el ministro de culto de su confesión”*. Y las reformas introducidas a la ley de registro civil reiteran la idea cuando, por ejemplo, el nuevo artículo 40 bis empieza afirmando que *“El acta a que se refiere el artículo 20 de la ley de matrimonio civil deberá estar suscrita por el ministro de culto ante quien hubieren contraído matrimonio religioso los requirentes y deberá expresar [...]”*, artículo que en su número 9 exige incluir *“el nombre y los apellidos del ministro de culto, así como su número de cédula de identidad”*. Y el nuevo artículo 40 ter de la misma ley de registro civil dispone que la inscripción de los matrimonios celebrados ante entidades religiosas deberá contener o expresar *“2º El documento que acredite la personería del respectivo ministro de culto”*<sup>136</sup>.

Sucede, sin embargo, que el matrimonio islámico, como hemos visto, no se celebra ante ministro religioso alguno por la simple razón que no existe en el Islam un estamento sacerdotal o ministros del culto como los denomina más genéricamente nuestra ley civil. Tampoco se exige la presencia de un oficial público o autoridad, salvo, en algunas leyes modernas que exigen la presencia de un notario. Es la razón por la cual el derecho tradicional exige, como requisito de validez, la presencia de dos testigos, varones, púberes y musulmanes que puedan atestiguar la existencia del matrimonio. Falla aquí, en consecuencia, la segunda exigencia establecida por la ley de matrimonio civil chilena.

Esta misma dificultad debieron enfrentar las autoridades españolas al momento de celebrar un acuerdo con la Comisión Islámica de España (= CIE)<sup>137</sup>, por lo que, en este específico punto, el acuerdo es diverso al que el Estado español ha suscrito con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España (= FEREDE)<sup>138</sup> y con la Federación de comunidades israelitas de España (=

<sup>135</sup> DO. 14 octubre 1999.

<sup>136</sup> En el mismo sentido, ley 4.808 sobre registro civil, art. 4 n° 1; y las exigencias establecidas en el reglamento.

<sup>137</sup> Ley 26/1992, de 10 noviembre 1992, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España; utilizo el texto publicado en BONET, Jaime y otros, *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes* (Salamanca, 1994), pp. 300 - 310.

<sup>138</sup> Ley 24/1992, de 10 noviembre 1992, por la que se aprueba el Acuerdo de coopera

FCI)<sup>139</sup>. En los acuerdos con éstas, se menciona expresamente la intervención del ministro de culto en su función de testigo cualificado del matrimonio<sup>140</sup>, pero en el acuerdo con la CIE no se menciona expresamente esta intervención del ministro de culto como testigo cualificado del matrimonio, sino que se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma islámica y se remite al concepto de imanes de las comunidades islámicas definido en el mismo Acuerdo<sup>141</sup>. Este Acuerdo ha querido evitar el término “ministro de culto” por ser extraño al modo de entender la organización y funciones de culto en el Islam, dependiendo la condición de imán de la dedicación con carácter estable a las funciones de culto, lo cual debe ser certificado por la comunidad a la que pertenezca, con la conformidad de la CIE. Pero, en todo caso, ha exigido que el consentimiento se preste ante uno de los dirigentes religiosos islámicos e imanes.

A la luz de lo anterior, me parece que estamos ante una exigencia legal que habrá que cumplir por lo cual será menester que las propias autoridades islámicas decidan la intervención del imán en funciones similares a las de los ministros de culto de que habla la ley civil, para el solo efecto de cumplir la exigencia civil. Una tal intervención, admitida ya por el Islam español, no desvirtúa en nada el matrimonio islámico, pues la naturaleza del mismo y sus exigencias sustanciales permanecen inalteradas, agregándose un nuevo elemento que no altera la vali-

---

ción del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España; utilizo el texto publicado *Ibid.*, pp. 281 - 289.

<sup>139</sup> Ley 25/1992, de 10 noviembre 1992, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de comunidades israelitas de España; utilizo el texto publicado *ibid.*, pp. 290 - 300.

<sup>140</sup> Acuerdo con la FEREDE, art. 7.4: “Para la validez civil del matrimonio, el consentimiento habrá de prestarse ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad, antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad matrimonial”. Acuerdo con la FCI, art. 7.4: “Para la validez civil del matrimonio, el consentimiento habrá de prestarse ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad, antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad matrimonial”.

<sup>141</sup> Acuerdo con la CIE, art. 7.1: “[inc. 1º] Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la ley islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. [inc. 2º] Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad. [inc. 3º] Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el registro civil”. El artículo 3.1 al que se hace referencia, establece que “A los efectos legales, son dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades Islámicas las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a la dirección de las Comunidades a que se refiere el artículo 1 del presente Acuerdo, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con la conformidad de la Comisión Islámica de España”. A su vez, el artículo 1.1 señala que “A todos los efectos legales, son mezquitas o lugares de culto de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España los edificios o locales destinados de forma exclusiva a la práctica habitual de la oración, formación o asistencia religiosa islámica, cuando así se certifique por la Comunidad respectiva, con la conformidad de dicha Comisión”.

dez del matrimonio según el derecho islámico, pero que sirve a efectos civiles.

Nada se dice en la ley acerca de la nacionalidad del ministro de culto, en este caso, del imán, por lo que se supone que cualquier imán acreditado, sea chileno o extranjero, estará legitimado para intervenir en dichos matrimonios en forma islámica, con tal que su personería esté debidamente acreditada y cumpla las exigencias legales. A este respecto, si miramos el derecho comparado, veremos que mientras en España no se exige la nacionalidad española para los imanes o ministros de culto, en Italia se exige a los ministros de culto la nacionalidad italiana para poder celebrar matrimonios según el rito hebreo<sup>142</sup>, según la forma de las iglesias adventistas<sup>143</sup> y de las Asambleas de Dios<sup>144</sup>. Nada se dice, en cambio, para el matrimonio celebrado ante la Mesa Valdense<sup>145</sup>. En Italia aún no hay un acuerdo con el Islam.

### 3. Testigos

Hemos visto que la formalidad exigida por el matrimonio musulmán es el intercambio de consentimiento entre los contrayentes ante dos testigos que han de ser varones –o un varón y dos mujeres–, púberes y musulmanes que puedan dar testimonio de la existencia del matrimonio. Según la ley de matrimonio civil, además de la intervención del oficial civil, se exige que la celebración del mismo tenga “*lugar ante dos testigos, parientes o extraños*”. La misma ley exige para poder ser testigo del matrimonio, entre otros requisitos, tener al menos 18 años de edad (art. 16 n° 1) y entender el idioma castellano (art. 16 n° 5); y el acta que otorgue la entidad religiosa en la que se acredite la celebración del matrimonio ha de contener el nombre y la edad de los testigos (art. 20 inc. 2°). Cumplidas las exigencias que establece la ley<sup>146</sup>, no hay discriminación alguna por razón de sexo o de religión. Hay, pues, diferencias entre el ordenamiento civil chileno y el derecho islámico a este respecto.

La pregunta que surge de inmediato es ¿qué sucedería si uno o los dos testigos del matrimonio musulmán, por ejemplo, no han alcanzado los 18 años de edad, como está permitido según el derecho islámico, o no entienden el idioma castellano? La respuesta la proporciona la misma ley chilena que en su artículo 45 establece expresamente que “*es nulo el matrimonio que no se celebre ante el*

<sup>142</sup> *Intesa* con las Comunidades Israelitas, de 27 febrero 1987, artículo 13.1. Esta *intesa* y las siguientes se pueden ver en BARBERINI, G., *Raccolta di fonti di diritto ecclesiástico* (Torino, 1988).

<sup>143</sup> *Intesa* con las iglesias adventistas, de 29 diciembre 1986, artículo 16.

<sup>144</sup> *Intesa* con las asambleas de Dios, de 29 diciembre 1986, artículo 11.

<sup>145</sup> *Intesa* con la Mesa Valdense, de 11 agosto 1984.

<sup>146</sup> Ley de matrimonio civil, art. 16: “*No podrán ser testigos en las diligencias previas ni en la celebración del matrimonio. 1° Los menores de 18 años; 2° Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia; 3° Los que se hallaren actualmente privados de razón; 4° Los que hubieren sido condenados por delito que merezca pena afflictiva y los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos, y 5° Los que no entendieren el idioma castellano o aquellos que estuvieren incapacitados para darse a entender claramente*”.

*número de testigos hábiles determinados en el artículo 17*". Esto significa, en otras palabras, que para los efectos de ser reconocido civilmente, los testigos que intervengan en el matrimonio islámico necesariamente habrán de ser mayores de edad y conocer el idioma castellano. Esto, a decir verdad, no ofrece mayores dificultades de cumplimiento, pues bastará que, sin cambiar ni una tilde a la ley islámica, los testigos sean escogidos entre mayores de edad conocedores del castellano.

Pero, además, la *shari'a* exige que el testigo sea musulmán. Se trata de una exigencia que la ley civil no contempla, siendo indiferente para ella la religión profesada por los testigos. Desde esta perspectiva, y puesto que la ley civil no exige nada al respecto, no veo inconveniente en aceptar las exigencias que en este sentido establece la ley islámica, sin que se pueda afirmar la existencia de una discriminación por motivos religiosos, toda vez que la misma ley civil está dando valor a los matrimonios celebrados religiosamente, es decir, conforme a las propias normas religiosas, cumplidas que sean las exigencias legales. El reconocimiento que hace la ley civil de "*los matrimonios celebrados ante entidades religiosas*" me parece que lleva implícita la aceptación de las exigencias formales impuestas por la respectiva religión en todo aquello que no se oponga a las normas establecidas por el Estado de Chile. Como el Estado de Chile no exige una profesión religiosa determinada para ser testigo del matrimonio, no veo inconveniente en aceptar que la entidad religiosa exija esa profesión, si ello forma parte de las exigencias del derecho propio para celebrar sus matrimonios religiosos. Me parece, pues, que no hay inconvenientes en el ordenamiento jurídico chileno para aceptar que, supuesto que los testigos son mayores de edad y conocedores de la lengua castellana, sean escogidos entre varones o mujeres que profesen las creencias musulmanas, en el número previsto por ellos, pues, en todo caso, cumplen con la ley civil chilena.

#### 4. *Consentimiento de los contrayentes*

Que el matrimonio lo hace el consentimiento de los cónyuges es una afirmación que en nuestro derecho es suficientemente contundente. Lo reconoce la propia ley de matrimonio civil cuando afirma que: "*Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes*" (art. 2); lo que se asegura disponiendo no sólo que la celebración del matrimonio sea entre contrayentes legalmente capaces sino que, "*hayan consentido libre y espontáneamente en contraerlo*" (art. 4). Se trata de un consentimiento que han de prestar directa y personalmente ante el ministro religioso que ha de actuar en el matrimonio celebrado conforme a la religión, o ante el oficial civil en su caso. En cambio, hemos visto que en el matrimonio islámico es imprescindible la figura del *wali* que ha de representar a la mujer en las conversaciones conducentes a la fijación de la dote y en el momento del intercambio de consentimiento, que es prestado por la mujer no directamente, sino por intermedio del *wali*<sup>147</sup>.

<sup>147</sup> De realizarse el matrimonio en la mezquita, las mujeres y los hombres ocupan lugares separados, estando las mujeres en el segundo piso de la misma, en tanto que los hombres están en el primero.

Esta peculiar forma de consentir la mujer puede llevar a casos de abusos, dado que en el derecho islámico matrimonial la intención no tiene relevancia alguna a la hora de determinar la validez del acto jurídico del matrimonio<sup>148</sup>.

Me parece que la presencia y actuación del *wali* como elemento esencial de la prestación del consentimiento matrimonial puede perfectamente ser considerada contraria al orden público chileno, que no toleraría tamaño atentado contra la libertad matrimonial y la igualdad entre los sexos, además de ir directamente en contra de la afirmación que hace la misma ley de matrimonio civil en el sentido que “*la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello*” (art. 2). Podría permitirse su presencia, pero en un rol diverso al que le asigna la ley musulmana, ya como los padrinos religiosos o como testigo, pero en ningún caso con la función de transmitir el consentimiento de la esposa, pues la necesidad de que ella emita su consentimiento personal, libre y pleno no sólo es un elemento esencial definido por la ley civil chilena, sino por numerosos tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile que, por imperativo constitucional, rigen en nuestra patria (Constitución Política, art. 5 inc. 2º)<sup>149</sup>.

El artículo 103 del Código Civil permite que el matrimonio se celebre “*por mandatario especialmente facultado para este efecto*”. No me parece, sin embargo, que la figura del *wali* pueda asimilarse a la del apoderado en el matrimonio por poder, pues la actividad de uno y otro es diversa. En el matrimonio por poder, se trata de un consentimiento prestado libremente por uno de los contrayentes quien, una vez decidido el matrimonio con la debida libertad y capacidad, otorga poder para que el apoderado, en forma específica, contraiga matrimonio con la persona con la que libremente ha optado por casarse. En otras palabras, las funciones del apoderado están específicamente fijadas y son limitadas. En cambio, las funciones del *wali* son bastante más amplias, llegando, incluso, a la elección del cónyuge.

### 5. Edad de los contrayentes

La presencia del *wali* en representación de la mujer, además de que, como acabo de señalarlo, podría permitir que se dieran situaciones en las que a la mujer le sea impuesto un marido, podría permitir también, según el derecho islámico tradicional, que un impúber sea desposado sin su consentimiento (*djabr*), si bien el esposo puede repudiar a la mujer impuesta por sus parientes al llegar a la pubertad y antes de consumar el matrimonio, lo que no puede hacer la esposa. Las razones que se dan para justificar estos matrimonios de conveniencia para los menores son que permite asegurar al menor el beneficio de una unión que puede ser ventajosa para él; que permite al menor establecer tempranamente lazos afectivos con su futura familia y que permite el crecimiento de la natalidad,

<sup>148</sup> PUERTO GONZÁLEZ, Juan José, cit. (n. 32), p. 87.

<sup>149</sup> En este sentido, el acuerdo del Estado español con la CIE afirma en su artículo 7.2 que “*los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad*”. Cfr. supra n. 141.

pues los menores pueden ya procrear legítimamente desde que son púberes. Por estas razones los juristas musulmanes ven en la *djabr* un medio de protección legal de los intereses del menor<sup>150</sup>.

Parece claro que este tipo de matrimonios, con ser válidos en el derecho islámico, es claramente nulo en el derecho positivo del Estado de Chile, toda vez que el artículo 5 de la ley de matrimonio civil establece que no podrán contraer matrimonio “*los menores de dieciséis años*”, al tiempo que el artículo 44 a) de la misma ley dispone la nulidad de los matrimonios “*cuando uno de los contrayentes tuviere alguna de las incapacidades señaladas en el artículo 5*”. En este caso, la nulidad podrá ser demandada por cualquiera de los cónyuges o por uno de los ascendientes, pero alcanzados los dieciséis años por parte de ambos contrayentes, la acción se radicará en el o los que contrajeron sin tener esa edad (art. 46 a).

#### 6. *Prohibición de matrimonio de la mujer musulmana con persona que no profese la misma religión*

Se trata de una prohibición establecida en el derecho islámico tradicional que ha sido incorporada en las modernas codificaciones. En los estados europeos, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por considerar que es contrario al orden público interno toda limitación injustificada o discriminatoria a contraer matrimonio, como sucede con el impedimento *religionis causae*. En España, por ejemplo, se ha llegado a afirmar que “no cabe duda que la norma marroquí que prohíbe el matrimonio de una musulmana con un varón no musulmán supone una limitación intolerable al *ius nubendi* de la mujer, así como una discriminación infundada por razón de religión y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa. La norma indicada es, pues, manifiestamente contraria al orden público español”<sup>151</sup>.

Además de iniciar su articulado afirmando que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” (art. 1 inc. 1º), la Constitución Política chilena asegura a todas las personas, entre otros, la igualdad ante la ley, de manera que no hay en Chile ni persona ni grupos privilegiados, sin que la ley ni autoridad alguna puedan establecer diferencias arbitrarias (art. 19 nº 2). Por su parte, la nueva ley de matrimonio civil afirma que “*la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello*” (art. 2 inc. 1º), a consecuencia de lo cual el juez deberá tomar todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando sea negado o restringido arbitrariamente por acto de un particular o

<sup>150</sup> PHILIPPE, J. B., *Le mariage des maghrebins ou des personnes d'origine maghrébine*, en *L'étranger en France, face et au regard du droit: rapport 1999*, n. 112, cit. por PUERTO GONZÁLEZ, Juan José, cit. (n. 32), p. 87.

<sup>151</sup> Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado, de 10 junio 1999. Se trataba de un alemán soltero y una mujer marroquí, divorciada de un anterior matrimonio en Holanda, que solicitaron contraer matrimonio en España. Pedido informe al embajador de Marruecos, éste dictaminó que, según el derecho marroquí, el futuro esposo debía ser obligatoriamente musulmán o, si no lo era, tenía que convertirse a la religión musulmana. Cfr. MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 150.

de una autoridad (art. 2 inc. 2°).

Parece, pues, que no es difícil entender que una prohibición como la que estamos estudiando es en Chile, al igual que en España, “una limitación intolerable al *ius nubendi* de la mujer”, así como una discriminación que puede ser calificada de arbitraria y, por lo mismo de las prohibidas por la Constitución, además que puede afirmarse ser contraria al orden público chileno.

### 7. Nulidad de la dote

Dijimos al hablar de la dote que se trata de uno los elementos esenciales del matrimonio islámico de manera que, si los bienes entregados no cumple alguna de las exigencias establecidas para ellos, la dote estaría inválidamente constituida y, por lo mismo, el matrimonio sería nulo. ¿Podría invocarse esta causal de nulidad ante los tribunales del Estado de Chile y obtener la declaración de la nulidad del matrimonio celebrado en forma islámica por nulidad de la dote?

Me parece que la respuesta a esta pregunta ha de ser negativa. Lo que el Estado de Chile reconoce no es el matrimonio islámico, en sí mismo, celebrado según las normas religiosas, sino las exigencias de la ley civil cumplidas por un ministro de culto, exigencias que son idénticas cualquiera que sea la religión que profese el ministro de culto. A decir verdad, al Estado de Chile le tiene sin cuidado que se cumplan o no se cumplan las exigencias religiosas establecidas por la *sharí'a* para los matrimonios islámicos; lo que le interesa es que se cumplan las exigencias civiles propias del matrimonio civil, establecidas en la ley de matrimonio civil, de manera que lo que la autoridad religiosa islámica ha de cuidar, de cara al reconocimiento por parte del Estado del matrimonio islámico, es que los contrayentes cumplan las exigencias establecidas por la ley civil, pues el único matrimonio válido para el Estado de Chile es el matrimonio civil, si bien permite que el consentimiento se emita en el marco de una ceremonia matrimonial islámica, pero en el entendido que en ella han de cumplirse las exigencias propias de la ley civil, sin perjuicio de que, además, se cumplan las exigencias propias de la *sharí'a*, lo que, con ser importante de cara a los miembros de la comunidad musulmana, al derecho civil chileno le tiene sin cuidado.

Conforme a esto, las únicas causales de nulidad de matrimonio reconocidas por el derecho positivo del Estado de Chile son las contempladas en la ley de matrimonio civil (arts. 44<sup>152</sup> y 45<sup>153</sup>), causales por lo demás taxativas<sup>154</sup>, entre las cuales no hay nada que pueda ser reconducido a la dote islámica. Es por lo que la posible nulidad de la dote hará nulo el matrimonio en sede de derecho

<sup>152</sup> Ley de matrimonio civil, art. 44: “*El matrimonio sólo podrá ser declarado nulo por alguna de las siguientes causales, que deben existir al tiempo de su celebración:* a) *cuando uno de los contrayentes tuviere alguna de las incapacidades señaladas en el artículo 5º, 6º o 7º de esta ley,* y b) *cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8º.*”

<sup>153</sup> Ley de matrimonio civil, art. 45: “*Es nulo el matrimonio que no se celebre ante el número de testigos hábiles determinado en el artículo 17.*”

<sup>154</sup> Cfr., ley de matrimonio civil, art. 44, según el cual: “*El matrimonio sólo podrá ser declarado nulo por alguna de las siguientes causales [...]*”.

islámico, pero no ante el Estado de Chile, a menos que se invoque una causal de las expresamente reconocidas por la ley de matrimonio civil.

### 8. Poligamia

El artículo 102 del Código Civil define el matrimonio como: *“un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*. Se trata de un definición que pone de relieve en forma expresa el carácter monogámico del matrimonio, el que ha venido a ser ratificado por la nueva ley de matrimonio civil al establecer como primera incapacidad que no podrán contraer matrimonio *“los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto”* (art. 5 n° 1). Son, por consiguiente, nulos los matrimonios celebrados cuando alguno de los contrayentes esté afectado por esta incapacidad (art. 44 a), nulidad que puede ser demandada por el cónyuge anterior o sus herederos (art. 46 d). Por su parte, el Código Penal sanciona con reclusión menor en su grado máximo a quien *“contrajere matrimonio estando casado válidamente”* (art. 382).

Parece, pues, claro que tratándose de dos musulmanes de nacionalidad chilena que contraen matrimonio islámico en Chile, nada hay que pueda facilitar el reconocimiento de la poligamia aun cuando el derecho islámico le permita al varón contraer matrimonio hasta con cuatro mujeres e, incluso, en nuestro propio país se hayan escrito páginas en que se proporcionan las razones que justifican la poligamia<sup>155</sup>. El tema, sin embargo, amerita más consideraciones cuando se trata de matrimonios de extranjeros celebrados en el extranjero conforme a la ley coránica, por lo que me remito a lo que sobre el tema digo páginas más adelante.

#### IV. EFICACIA CIVIL DE MATRIMONIOS CELEBRADOS FUERA DE CHILE CONFORME CON LA LEY ISLÁMICA

Una vez que hemos visto el régimen del matrimonio musulmán celebrado en Chile de cara a su reconocimiento por la ley civil, procede que estudiemos la validez ante el derecho positivo del Estado de Chile del matrimonio musulmán celebrado en el extranjero. Antes de entrar en el tema, sin embargo, me parece adecuado hacer algunas consideraciones generales acerca de algunas tendencias del derecho internacional privado actual en los países europeos, presentes en la forma como el derecho europeo está abordando los problemas que plantea la fuerte inmigración musulmana en los diversos países integrantes de la Unión<sup>156</sup>.

Con anterioridad, y en virtud de una concepción rígida y extensiva del orden público internacional, se intentaba evitar la aplicación de la ley extranjera contrastante con los valores de la sociedad occidental, fomentando, en cambio, la invocación de la ley del foro. En la actualidad, en cambio, el derecho internacional contemporáneo suele huir de soluciones conflictuales uniforme y rígidas, reflejándose en las instituciones claves del ámbito iusprivatista la adopción de fór-

<sup>155</sup> ELMUSHTAWI, Sami, cit. (n. 50), pp. 144 - 146.

<sup>156</sup> MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), pp. 134 - 136.

mulas flexibles que tengan en cuenta, por una parte, las exigencias del derecho extranjero dentro del respeto a la soberanía de los Estados y, al mismo tiempo por otra, la salvaguarda de unas mínimas exigencias del ordenamiento del foro<sup>157</sup>.

La nacionalidad sigue siendo el criterio principal de conexión entre ordenamientos. Parece que no puede negarse que la aplicación de la ley nacional favorece la conservación de la identidad cultural de inmigrantes provenientes de países donde un derecho religioso, como el islámico, es codificado con escasos retoques en las leyes nacionales que regulan el estatuto personal de los respectivos nacionales. Pero también es cierto que dificulta la integración plena de aquellos inmigrantes que prefieren someterse a las leyes de los países europeos de acogida y, peor aún, puede perpetuar supuestos de discriminación de la mujer u otros contrarios a principios o valores constitucionales si los jueces no aplican la cláusula de orden público. Es por lo que se ha propuesto en la doctrina establecer un segundo fuero electivo, el de la ley del domicilio o de la residencia habitual, que permitiría la aplicación del derecho del foro para aquellos extranjeros que deseen acogerse a las leyes de los estados europeos. Con ello se vendría a consagrar la tendencia, insistentemente reclamada en la doctrina iusprivatista, de potenciar la autonomía de la voluntad en las técnicas de conexión entre ordenamientos a través de la adopción de fueros electivos que permitan al individuo, que es en definitiva el destinatario del sistema, decidir sobre la ley aplicable.

El orden público es otro factor que podría modular la aplicación del derecho islámico a través de la invocación de la ley nacional de los extranjeros: el punto central estaría en identificar los valores de la sociedad occidental que informan los sistemas jurídicos europeos y que se consideran intangibles frente a la aplicación del derecho extranjero; fuera de ellos, en los demás ámbitos, podría invocarse libremente el derecho islámico. “Es evidente que el filtro del orden público no puede servir de instrumento de tutela de la integridad moral de la sociedad nacional, sino, en el marco de una sociedad plural y heterogénea, su función es la de garantizar unos niveles mínimos de seguridad y autonomía individual. Dentro de la salvaguarda de un ámbito de autonomía individual, el núcleo duro de ese orden público internacional lo constituirán los derechos y libertades fundamentales proclamados en las constituciones de los Estados europeos y en las declaraciones internacionales para la protección de los derechos humanos”<sup>158</sup>.

Proyectado esto al matrimonio islámico cobran importancia como límites de orden público frente a la ley extranjera los principios de monogamia, de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, y de salvaguarda de los derechos de defensa en los procedimientos que se originan con ocasión de las crisis matrimoniales. De esta manera, una vez delimitado el contenido necesario de orden público y, por lo mismo, los principios del foro que han de ser tutelados, será

---

<sup>157</sup> Una descripción de lo que se denomina reacción del derecho internacional privado matrimonial ante el conflicto de civilizaciones, en CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudios de derecho internacional privado* (Granada, 2000), pp. 53 ss., cit. *ibíd.*, p. 134 n. 127.

<sup>158</sup> MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 135.

tarea del juez determinar, en el caso concreto, si el resultado que origina la aplicación del derecho extranjero es admisible a la luz de dichos principios. “Por otro lado, la intensidad de la aplicación del orden público también depende del grado de vinculación de la relación jurídica constituida y de las personas que la invocan en el foro. Elementos, en conjunto, que contribuyen a ampliar la discrecionalidad de los jueces en su aplicación y la flexibilidad de dicha cláusula<sup>159</sup>”. Es lo que se denomina la aplicación del orden público en dos escalones.

Sin perjuicio de lo anterior, y bajo el presupuesto de la flexibilización de la cláusula de orden público con la finalidad de proteger la identidad cultural de las minorías o de terceros de buena fe, la jurisprudencia europea utiliza fórmulas que permiten reconocer ciertos efectos a actos o instituciones que resultan contrarias al orden público del foro. Así, en ocasiones, aunque rechaza los efectos jurídicos del derecho religioso que habría que aplicar por la ley de la nacionalidad, lo tiene en cuenta cuando tiene que interpretar el derecho interno, haciéndolo de la manera que mejor favorezca la identidad cultural de la persona. En otras ocasiones, se aceptan ciertos efectos del derecho extranjero contrarios al orden público con el fin de evitar las consecuencias perjudiciales a terceros; de esta manera, la aplicación de un concepto de orden público atenuado llevaría a reconocer algunos derechos a los hijos y a las esposas de un matrimonio polígamo, parte débil de la relación, aunque se rechace la eficacia de la poligamia en el derecho del foro.

### 1. *Capacidad de las partes para contraer matrimonio*

De lo que hemos visto al estudiar el matrimonio según el derecho islámico es claro que él presenta divergencias con el matrimonio civil chileno en diversos aspectos, en concreto: la edad de los contrayentes, el consentimiento personal de la mujer, la poligamia y la dote como requisito de validez del matrimonio. Abordaremos cada una de estas situaciones en los párrafos que siguen.

a) *Edad*. Hemos visto que el derecho musulmán tradicional admite el matrimonio de menores de edad impúberes representados por su padre o tutor, lo que, incluso, se permite respecto de un hijo o hija menor de edad sin su consentimiento (*djabr*). Sin embargo, el cambio de mentalidad y la presión demográfica ha llevado a algunos códigos, como los magrebíes, a fijar una edad mínima para contraer matrimonio, diversa según se trate de hombre o mujer, admitiendo los matrimonios por debajo de la edad legal siempre que el consentimiento sea prestado por el representante legal y exista una autorización judicial<sup>160</sup>.

<sup>159</sup> *Ibid.*, pp. 135 - 136.

<sup>160</sup> Código Marroquí del Estatuto Personal (*Mudawana*), art. 8: “*La aptitud para el matrimonio la adquiere el joven a los dieciocho años cumplidos y, si se teme que fornicque, se someterá el caso al juez. La joven a los quince años cumplidos*”. Código de Familia de Argelia, art. 7: “[inc. 1º] La capacidad para contraer matrimonio es reputada válida a partir de los veintiún años cumplidos para el hombre y de los dieciocho años cumplidos para la mujer. [inc. 2º] No obstante el juez podrá acordar una dispensa de edad por una razón de interés o en caso de necesidad”. Código del Estatuto Personal de Túnez, art. 5: “[inc. 2º] Además, ni el varón antes de los veinte años, ni la mujer antes de los diecisiete años cumplidos pueden contraer

El inciso 1° del artículo 80 de la nueva ley de matrimonio civil dispone que *“los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”*. Esto no significa, sin embargo, que los matrimonios celebrados en el extranjero sean del todo ajenos a las exigencias impuestas por la ley chilena, pues el inciso 2° del mismo artículo 80 establece que *“podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 de esta ley”*.

Conforme a esto, en consecuencia, parece claro que un matrimonio celebrado en el extranjero por dos musulmanes conforme al derecho islámico violando la exigencia de la edad mínima establecida en la ley chilena, esto es, 16 años para el hombre y la mujer (art. 5 n° 2), dicho matrimonio *“podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena”*.

La nueva ley de matrimonio civil ha introducido una reforma en esta materia respecto de la ley de 1884. En efecto, según el artículo 15 inciso 1° de la ley de 1884: *“El matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno”*. En cambio, el inciso 2° de este mismo artículo exigía el cumplimiento de las normas referidas a los impedimentos y prohibiciones sólo *“si un chileno o chilena contrajere matrimonio en país extranjero”*. De esta manera podía afirmarse<sup>161</sup> que si se habían cumplido las condiciones que la *lex loci celebrationis* exigía, dicho matrimonio era en Chile válido aunque hubiere sido nulo de haberse celebrado en nuestro país; por el contrario, si se habían infringido los requisitos exigidos para su validez por la ley local, dicho matrimonio era nulo, aunque no se había quebrantado la ley chilena. La nueva ley ha unificado en esta materia la situación de los matrimonios celebrados en el extranjero tanto por chilenos como por extranjeros.

De esta manera, a efectos de que su matrimonio pueda ser considerado válido en Chile, la edad mínima para celebrar matrimonio por dos musulmanes extranjeros en el extranjero que deseen hacerlo conforme al derecho musulmán, es de 16 años para el hombre y la mujer. Lo mismo ocurre para el caso de que dos musulmanes chilenos deseen contraer matrimonio en el extranjero conforme a la *sharī'a*. Y no podrá actuar de otra manera el chileno musulmán que desee contraer matrimonio en el extranjero con mujer musulmana según la ley del Islam.

Lo dicho hasta ahora es la disciplina actual bajo el amparo de la ley de matrimonio civil de 2004. ¿Qué sucede con los matrimonios celebrados en el extranjero, por musulmanes extranjeros conforme a la ley musulmana bajo la vigencia

---

matrimonio. [inc. 3°] Por debajo de dicha edad, el matrimonio sólo podrá contraerse con una autorización especial del juez, que sólo la acordará por motivos graves y en el bien entendido interés de ambos futuros esposos”.

<sup>161</sup> GUZMÁN LATORRE, Diego, *Tratado de derecho internacional privado*<sup>3</sup> (Santiago, 2003), p. 467.

de la ley de 1884? Sabemos que la referencia a los impedimentos y prohibiciones matrimoniales se hacía sólo al matrimonio de un chileno o chilena que contraía matrimonio en país extranjero (ley de 1884, art. 15 inc. 2°) sin que dicha limitación se hiciera extensiva al matrimonio de extranjeros celebrado en el extranjero como sucede ahora (ley de 2004, art. 80 inc. 2°). ¿Significaba esto que a los requisitos internos de un matrimonio celebrado fuera de Chile, por extranjeros, no se aplicaba la ley chilena? En otras palabras, ¿podían considerarse válidos los matrimonios concertados en la infancia de una persona de religión musulmana? La respuesta a esta pregunta era negativa, pues entendía la doctrina que la ley chilena intervenía en razón del orden público, considerándose que todas las prohibiciones e impedimentos matrimoniales que establecía la ley de 1884 eran de orden público<sup>162</sup>. De esta manera, un matrimonio celebrado por musulmanes extranjeros en el extranjero conforme a la ley musulmana debía igualmente tener en cuenta las edades establecidas por la ley chilena que entonces eran 14 años para el hombre y 12 para la mujer. En el caso de dos chilenos musulmanes que se casaran en el extranjero o de un chileno casado con musulmán en el extranjero era clara la obligación que tenían de someterse a la ley chilena en cuanto a la edad (ley de 1884, art. 15 inc. 2°; Código Civil, art. 15 n° 1).

Ahora bien, cuando ha sido un chileno quien ha contraído matrimonio en el extranjero, la inscripción de su matrimonio se hará en el registro de la primera sección de la comuna de Santiago: *“Para efectuar esta inscripción, cualquiera de los contrayentes remitirá, debidamente legalizados, los antecedentes que correspondan al Ministerio de Relaciones Exteriores. Este departamento verificará la autenticidad de los documentos y los enviará al Conservador del Registro Civil, quien dispondrá la inscripción en el registro correspondiente”* (ley 4.808 art. 4 n° 3). No tiene, sin embargo, la autoridad administrativa ninguna facultad para oponerse a la inscripción por ausencia de requisitos de fondo si el Ministerio de Relaciones Exteriores ha verificado la autenticidad de los documentos. Por lo demás, no será siempre fácil obtener de dichos documentos la información suficiente para ello. Corresponderá, en consecuencia, al juez definir estas situaciones, cuando ellas sean presentadas en sede judicial.

Lo mismo sucederá con los matrimonios de extranjeros celebrados en el extranjero cuando deban inscribirse en Chile, inscripción que se hará en el registro de la primera circunscripción de Santiago, para lo cual deberá presentarse al oficial civil el certificado de matrimonio debidamente legalizado (ley 4808 art. 8 inc. 2°).

b) *Consentimiento personal de la mujer*. Hemos visto que el derecho tradicional exige la presencia del *wali* que ha de representar a la mujer en las conversaciones conducentes a la fijación de la dote y en el momento del intercambio de consentimiento que es prestado por la mujer no directamente, sino por intermedio de él, lo que puede llevar a casos de abusos dado que, como lo hice presente, en el derecho islámico matrimonial la intención no tiene relevancia alguna a la hora de determinar la validez del acto jurídico del matrimonio. Se trata de una

---

<sup>162</sup> *Ibíd.*

exigencia que algunos modernos códigos de estatuto personal de países musulmanes, los menos a decir verdad, han suprimido, como el de Túnez<sup>163</sup>, pero que se ha conservado en otros, si bien con ciertas limitaciones<sup>164</sup>.

Las disposiciones de la ley chilena de matrimonio civil “establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” (art. 2 inc. 1°). Se trata de una condición que la ley cuida de manera especial, al punto que: “El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente” (art. 2 inc. 2°). Por eso la misma ley prescribe que “la celebración del matrimonio exige que ambos contrayentes [...] hayan consentido libre y espontáneamente” (art. 4), describiendo los casos en que “falta el consentimiento libre y espontáneo” (art. 8<sup>165</sup>). Y dispone la nulidad del matrimonio “cuando el matrimonio no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8” (art. 44b).

Sin embargo, cuando se trata de matrimonios celebrados en el extranjero, sea por extranjeros o por chilenos, la nueva ley de matrimonio civil (art. 80 inc. 2°) no incluye el artículo 8 entre aquellos que permiten la declaración de nulidad de dicho matrimonio cuando ha sido contraído en contra de algunas de las normas chilenas que establecen los requisitos de validez del matrimonio, pues el

<sup>163</sup> Código del Estatuto Personal de Túnez, art. 3 inc. 1°: “El matrimonio se contrae por el consentimiento de ambos esposos”; art. 9 inc. 1°: “El hombre y la mujer pueden concluir el contrato matrimonial por ellos mismos o por mandatario”.

<sup>164</sup> Código de Familia de Argelia, art. 9: “Se contrae matrimonio mediante el consentimiento de ambos cónyuges, la presencia del tutor matrimonial de la esposa y de dos testigos y la constitución de una dote”. Art. 11: “[inc. 1°] El tutor (*wali*) de la mujer se hará cargo del matrimonio de ésta, bien sea su padre o uno de sus parientes próximos. [inc. 2°] El juez será tutor matrimonial de la persona que carezca de él”. Art. 12: “[inc. 1°] El tutor matrimonial no podrá impedir que la persona que se encuentra bajo su tutela contraiga matrimonio si ésta lo desea y si aquél le es provechoso. En caso de oposición, el juez puede autorizar el matrimonio, bajo reserva de las disposiciones del artículo 9 de la presente ley. [inc. 2°] No obstante, el padre puede oponerse al matrimonio de su hija menor de edad (virgen) si va en interés de la hija” Art. 13: “Le está prohibido al *wali*, bien sea el padre o cualquier otro, obligar a contraer matrimonio a la persona que se encuentra bajo su tutela, así como casarla sin su consentimiento”.

<sup>165</sup> Ley 19.947, art. 8: “Falta el consentimiento libre y espontáneo en los siguientes casos. 1° Si ha habido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente, 2° Si ha habido error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento, y 3° Si ha habido fuerza, en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo”. Código Civil, art. 1456: “[inc. 1°] La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde en una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. [inc. 2°] El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”. Art. 1457: “Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento”.

artículo 80 limita la referencia sólo a los artículos 5, 6 y 7 de la ley de matrimonio civil. No obstante esto, el inmediato inciso 3° viene a llenar el aparente vacío cuando dice que: “*Tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes*”.

Conforme a lo anterior, me parece que cualquier limitación al personal y libre consentimiento de la mujer ha de excluirse, siendo dicho matrimonio nulo por disponerlo expresamente el artículo 80 inc. 3° de la ley de matrimonio civil. Se trata de una exigencia que han de cumplir los musulmanes extranjeros que, casados en el extranjero conforme a la ley musulmana, deseen obtener el reconocimiento de su matrimonio en Chile. La misma exigencia se extiende a los chilenos musulmanes que contraigan matrimonio en el extranjero conforme a la ley del Islam.

Como es evidente que lo que la ley chilena busca garantizar es “*el libre y pleno consentimiento de los contrayentes*” (ley 19.947 art. 2 inc. 1°), lo que se precisa acreditar es precisamente que el consentimiento de la mujer ha sido libre y pleno. En mi opinión no interesa tanto la forma en que dicho consentimiento ha sido emitido, pues el propio derecho chileno permite el matrimonio por poder, sino que el consentimiento de la mujer, emitido personalmente o por medio del *wali*, haya sido efectivamente libre y pleno. De esta manera, me parece que si una mujer musulmana solicita la inscripción de su matrimonio celebrado en un país islámico, al hacerlo, está ratificando su consentimiento y, por lo mismo, habría que dar plena eficacia a dicho matrimonio en nuestro ordenamiento interno.

Bajo el régimen de la ley de 1884 la situación no era diversa, pues, como lo he señalado recién a propósito de la edad, razones de orden público impedían la validez de estos matrimonios en Chile. Precisamente, uno de los ejemplos que se daba dice relación con esta materia, cuando se aludía al matrimonio en Albania, sosteniéndose que “la mujer de Albania, casada por sus padres contra su voluntad, tendría el derecho de invocar en Chile la violencia de que ha sido objeto, y obtener una sentencia de nulidad, no obstante las disposiciones de la ley de que depende”<sup>166</sup>.

c) *Poligamia. Consideraciones generales.* Sin duda que es uno de los elementos del matrimonio islámico que más contrasta con la concepción occidental de matrimonio. Como sabemos, el derecho islámico prohíbe el matrimonio de la mujer con más de un varón, si bien permite el matrimonio del varón con hasta cuatro mujeres. Sabemos también que la poligamia no es una obligación, sino sólo una posibilidad que, incluso, puede ser excluida en el contrato matrimonial; y que ella ha ido disminuyendo en el mundo musulmán, llegando incluso a ser prohibida en el Código sobre Estatuto Personal de Túnez<sup>167</sup>, en tanto que otros la han ido limitando<sup>168</sup>.

<sup>166</sup> GUZMÁN LATORRE, Diego, cit. (n. 161), p. 467.

<sup>167</sup> Véase supra n. 52.

<sup>168</sup> Por ejemplo, en Marruecos se obliga al marido a guardar la equidad y la igualdad de trato entre las mujeres (Código del Estatuto Personal, *Mudawana*, art. 35.2), y a informar a la esposa presente del hecho del matrimonio y a la futura de que ya está casado (art. 30.1). En Argelia se exige, además de la información a las esposas, condiciones que resultan genéricas en

La monogamia, y lo mismo puede decirse de la heterosexualidad, constituye un valor central del matrimonio en Chile, que arranca su fundamento antropológico último en el plan divino sobre el matrimonio y la familia<sup>169</sup>. Con todo, existen autores en Europa que, alejándose de este fundamento radical, y a la luz del debate actual sobre la posibilidad de dar reconocimiento jurídico a las uniones homosexuales, lo que ha venido a plantear interrogantes sobre la heterosexualidad como principio del matrimonio, se preguntan cómo justificar la exclusión del reconocimiento de las uniones polígamas por el principio de la monogamia, principio que en Occidente está tan incardinado como el de la heterosexualidad que ahora algunos sectores cuestionan<sup>170</sup>. Parece, sin embargo, que, más que razones morales, son otras las razones que llevan a los países occidentales a negar reconocimiento a este tipo de uniones, en concreto razones de tipo económico y fiscal que gravan principalmente el sector público, como las ayudas familiares multiplicadas por el número de esposas e hijos, los descuentos de impuestos por cada mujer e hijos, el incremento del gasto sanitario y escolar, la multiplicación de las pensiones, etc<sup>171</sup>.

En el derecho europeo la consideración de la poligamia varía según el grado de conexión personal del cónyuge con el derecho interno europeo. Si es un nacional quien contrae un segundo o posterior matrimonio porque su estatuto religioso se lo permite, dichos posteriores matrimonios son irremediablemente nulos. En cambio, si se trata de un matrimonio polígamo contraído por extranjeros en el extranjero, en el que uno o ambos contrayentes adquieren posterior-

---

su formulación, a saber, motivo justificado e intención de guardar la equidad en el trato (Código de Familia, art. 8). En ambos ordenamientos la mujer puede pedir el divorcio en caso de falta de entendimiento.

<sup>169</sup> Concilio Vaticano II, Constitución pastoral *Gaudium et spes*, N° 48.

<sup>170</sup> FERRARI, *Diritto de famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee*, en AA. VV., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000 (Bilbao, 2001), p. 174. Lo citan MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 142 n. 140.

<sup>171</sup> Es por lo que, llevando el argumento a un extremo y desgajándolo del todo de sus fundamentos antropológicos, se ha podido escribir que “en el fondo para los ordenamientos occidentales el problema, más que ético o moral, es económico. Por consiguiente, salvo por la contrariedad con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo de los ordenamientos religiosos, reconocidos en la Declaración Universal de derechos del hombre y en nuestra Constitución [la española] entre otros textos, no existen diferencias entre los matrimonios polígamos y los matrimonios monógamos simultáneos a uniones de hecho”. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La celebración del matrimonio religioso no católico* (Madrid, 1999), p. 306. Esta misma autora considera una hipocresía moral que se rechace la poligamia legal y se acepte socialmente las ‘poligamias de hecho’ de la mujer legal junto con la otra mujer, y recuerda el caso de la presencia de ambas y de una hija de la segunda en el entierro del presidente de Francia Mitterrand. Olvida, sin embargo, la autora, que estas son situaciones anómalas que, no por ocurrir en la práctica, invalidan el carácter monogámico del matrimonio inscrito en la misma naturaleza del hombre. Olvida, igualmente que la poligamia se bate abiertamente en retirada en los mismos Estados islámicos, en los que no sólo los datos sociológicos, sino que las normas legales la van limitando, si no excluyendo derechamente. La cita de esta autora es de MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 143 n. 141.

mente la nacionalidad del país de acogida, la situación se matiza, pues, si bien se rechaza la eficacia directa del matrimonio, algunos ordenamientos le reconocen ciertos efectos atenuados.

Es lo que sucede, por ejemplo, con el derecho francés cuya jurisprudencia ha otorgado eficacia de matrimonio putativo a un segundo enlace, de manera que la mujer y los hijos de éste pueden beneficiarse de la sucesión hereditaria y del derecho de alimentos, y las esposas entran en condiciones de igualdad en la liquidación del régimen económico-matrimonial. A pesar de ello, el Estado sigue negándose a extender a la segunda o sucesivas esposas la pensión de la seguridad social o los beneficios sanitarios que sólo se reconocen a la primera esposa. A partir de 1993 la legislación francesa se ha hecho más restrictiva en cuanto a los derechos y beneficios que podrían otorgarse a los polígamos. En efecto, en dicho año se modificaron las condiciones para adquirir la nacionalidad francesa, exigiéndose, entre otros, la asimilación lingüística y de costumbres del solicitante. En un dictamen de 11 de febrero de 1994, el Consejo de Estado entendió que la poligamia suponía una falta de asimilación incontestable y era motivo suficiente para denegar el acceso a la nacionalidad. Siguiendo el mismo criterio, la ley de inmigración de 1995 permite el reagrupamiento familiar sólo a una esposa, cualquiera con la que el varón se haya desposado, y a los hijos de ésta<sup>172</sup>. Es de notar la situación de discriminación que se produce contra la mujer al dar al varón la posibilidad de elegir cualquiera de sus esposas, lo que también sucede en España.

En efecto, la ley española del año 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>173</sup> y su integración social también limita el derecho a una esposa y a los hijos tenidas con ésta u otros habidos con otra u otras de las demás esposas, siempre que el padre ejerza en solitario la patria potestad y la custodia. La misma ley excluye el reagrupamiento de *"más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial"* (art. 17). Por su parte la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los posibles efectos de estos matrimonios, rechazando la inscripción de segundos matrimonios alegando la "excepción de orden público internacional... que no puede permitir la inscripción de un matrimonio polígamo, que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio"<sup>174</sup>. Igualmente se ha afirmado que "el principio constitucional de libertad religiosa no alcanza a dar eficacia civil a un matrimonio exclusivamente religioso cuando uno de los contrayentes carece de la capacidad para contraerlo, regulada por la ley civil"<sup>175</sup>.

Sin embargo, el rechazo de estos segundos o ulteriores matrimonios no cie-

<sup>172</sup> MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), pp. 143 - 144 que citan bibliografía.

<sup>173</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero 2000.

<sup>174</sup> La situación más frecuente es la de matrimonios celebrados en Marruecos según la ley islámica entre dos nacionales de ese país, y después cualquiera de ellos o los dos obtienen la nacionalidad española. Es por lo que hay diversas resoluciones en el sentido indicado en el texto, citadas por MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 145.

<sup>175</sup> Se trataba del segundo matrimonio celebrado según el rito coránico entre un español

rra la puerta a la admisión de algunos efectos limitados. Coincidiendo con el derecho francés, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha considerado expresamente la posibilidad de que estas uniones posteriores produzcan los efectos del matrimonio putativo ante la eventualidad de matrimonios nulos<sup>176</sup>, o aplicándoles análogamente la regulación de los matrimonios nulos a los matrimonios inexistentes.

d) *Poligamia. El derecho chileno.* El artículo 102 define el matrimonio como “*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*”. Se trata de una definición que pone de relieve en forma expresa el carácter monogámico del matrimonio, el que ha venido a ser ratificado por la nueva ley de matrimonio civil al establecer como primera incapacidad que no podrán contraer matrimonio “*los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto*” (art. 5 n° 1), de manera que quienes contraigan un segundo matrimonio, estando válidamente casados, nunca podrán obtener el reconocimiento legal de la segunda unión mientras subsista la primera. Haciéndose eco de esto, la misma ley de matrimonio civil, cuando establece que los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración, hace presente que ello ocurrirá “*siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer*” (art. 80 inc. 1°). Por su parte, como ya lo hice presente, el Código Penal sanciona con reclusión menor en su grado máximo a quien “*contrajere matrimonio estando casado válidamente*” (art. 382).

Tratándose de matrimonios polígamos celebrados en el extranjero por dos musulmanes extranjeros según la ley coránica, dichos matrimonios no pueden ser en absoluto reconocidos en Chile en forma directa, pues la nueva ley de matrimonio civil (art. 80 inc. 2°) exige que el matrimonio celebrado en el extranjero no contradiga lo dispuesto en el artículo 5 de la misma ley, cuyo número 1° se refiere precisamente a la imposibilidad no sólo de la poligamia, sino

---

y una mujer marroquí en Marruecos, cuando el varón español se encontraba vinculado por un matrimonio anterior subsistente. *Ibid.*

<sup>176</sup> Demandada la nulidad de un matrimonio musulmán celebrado en España entre dos personas de nacionalidad siria y alemana, la Dirección consideró que “no ha de impedir ... que aquel enlace haya de surtir, al menos, los efectos del matrimonio putativo y, por consiguiente, siempre el carácter matrimonial de la filiación discutida, puesto que, incluso en el supuesto más desfavorable de que el matrimonio no fuera inscribible y llegara a ser declarado nulo por los Tribunales, la filiación matrimonial del hijo quedaría a salvo... al existir, desde luego, el *minimum* de forma que debe exigirse para el llamado matrimonio putativo”. En otro supuesto, se trataba de un matrimonio celebrado en España por una persona ya casada con anterioridad en matrimonio no disuelto, que se casa por segunda vez en España con un argentino de acuerdo con la confesión islámica: “El hecho de que ese matrimonio no pueda ser inscrito en el registro civil por las razones apuntadas [matrimonio anterior no disuelto] no ha de impedir que el matrimonio islámico haya de surtir al menos los efectos del matrimonio putativo y, por tanto, siempre el carácter de filiación matrimonial del menor, cuya inscripción, y mediante su filiación, se pretende rectificar, al existir una apariencia objetiva de celebración de matrimonio y demás requisitos mínimos que deben exigirse para la existencia del llamado matrimonio putativo”. *Ibid.*, pp. 146 - 147.

incluso de la bigamia. Lo mismo rige para un chileno de religión musulmana que contraiga matrimonio en el extranjero con más de una mujer islámica conforme a la ley musulmana, tanto por lo dispuesto en el artículo 80 de la ley de matrimonio civil, que no distingue entre extranjeros y nacionales, como por el artículo 15 n° 1 del Código Civil según el cual “*A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en el extranjero. 1° En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile*”.

Bajo la vigencia de la ley de 1884 la situación no era diversa, pues, como lo hice presente con anterioridad, los impedimentos matrimoniales eran considerados de orden público. Es por lo que los matrimonios polígamos de extranjeros celebrados en el extranjero, aun cuando la *lex loci* los permitieran, carecían de todo valor en Chile, siendo el matrimonio polígamo uno de los ejemplos que se mencionaban para ilustrar la incidencia del orden público en la imposibilidad de reconocer determinados matrimonios celebrados válidamente según la ley del lugar en que se habían celebrado<sup>177</sup>.

Parece, pues, claro, que en Chile, bajo la vigencia de ambas leyes de matrimonio civil no era ni es posible reconocer directamente la validez de los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero por fieles musulmanes, chilenos o extranjeros, aunque dichos matrimonios fueran válidos según la ley coránica. Es por lo que “al consultar a la oficina del Registro Civil e Identificación de la comuna de Santiago por la solicitud de inscripción de un matrimonio polígamo válidamente celebrado en el extranjero, me respondieron que ellos les explican a estos cónyuges que no pueden negarse a hacer la inscripción si esa es su voluntad, pero les advierten que si la inscripción se lleva a cabo, la oficina tiene la obligación legal de dar conocimiento del hecho a la justicia del crimen, para que el fiscal inicie las acciones penales correspondientes a perseguir el delito de bigamia; entonces, la solución no jurídica al problema, pero sí de orden práctico, que adoptan estos matrimonios en forma voluntaria, es la de inscribir solamente a la primera mujer como su cónyuge legítima, y sólo ese matrimonio será válidamente reconocido en Chile y producirá los efectos que la ley chilena prescribe”<sup>178</sup>. No cabe, pues, el reconocimiento directo. Pero ¿es posible algún reconocimiento indirecto como está sucediendo con algunos derechos europeos?

Un tema vinculado es el de la convivencia de hecho y el reconocimiento de determinados efectos jurídicos que a la misma se ha ido haciendo en Chile tanto por vía legal como jurisprudencial<sup>179</sup>. Se trata sólo de un tema vinculado, pues no puede colocarse en el mismo nivel la mera convivencia con el matrimonio poligámico, pero el reconocimiento de ciertos efectos que en el derecho chileno

<sup>177</sup> GUZMÁN LATORRE, Diego, cit. (n. 161), p. 467.

<sup>178</sup> GODOY CONTRERAS, Mónica Paz, *Aplicación de la ley 19.638 sobre personalidad jurídica de entidades religiosas* (VII): cinco entidades religiosas de la Región Metropolitana (Memoria Universidad Católica de Valparaíso, 2004), p. 31.

<sup>179</sup> Un buen desarrollo del tema en BARRIENTOS GRANDÓN, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno* (Santiago, 2004), pp. 44 - 110.

han ido teniendo las relaciones afectivas heterosexuales puede servir de antecedente en orden a facilitar el posible reconocimiento de algunos efectos en el derecho chileno a los matrimonios polígamos contraídos por musulmanes extranjeros en el extranjero según la ley coránica. Sabemos que en algunos derechos europeos dicho reconocimiento indirecto se ha producido por la vía de considerarlos matrimonios putativos. ¿Es posible eso en Chile? Me parece que no, en atención a las exigencias que coloca la ley chilena para configurar el matrimonio putativo, la primera de las cuales es que el matrimonio en cuestión haya *“sido celebrado o ratificado ante el oficial del registro civil”* (ley de matrimonio civil, art. 51 inc. 1°). La ley chilena parte del supuesto de matrimonios celebrados en Chile y no parece que pueda extenderse a matrimonios celebrados en el extranjero, pues el texto de la ley es suficientemente claro en este sentido.

En todo caso, algunos de los efectos negativos que en el derecho comparado han tratado de superarse considerando a los matrimonios simultáneos con segunda o posteriores mujeres como matrimonios putativos, hoy en Chile se encuentran obviados, como la consideración de hijos ilegítimos de la prole habida en dichas uniones y el consiguiente deterioro de sus derechos, por la eliminación de dicha categoría en el derecho chileno y la equiparación que se ha hecho de los hijos matrimoniales (habidos en el primer matrimonio) con los hijos extramatrimoniales (habidos en el segundo y posteriores matrimonios).

e) *La dote*. Los casos que han llegado a los tribunales europeos en materia de dote han sido planteados por cónyuges unidos en matrimonios musulmanes, generalmente inmigrantes o en matrimonios mixtos, domiciliados en Europa y se originan ordinariamente en el cobro de la parte de la dote diferida a un momento posterior al matrimonio, que la mujer reclama al marido o a sus herederos, en los casos en que el matrimonio ha sido disuelto por divorcio, por repudio, o por fallecimiento del esposo. Sin embargo, las soluciones jurisprudenciales no han sido uniformes, sobre todo en la calificación jurídica de esta obligación que no tiene su equivalente en el derecho occidental. En ocasiones se ha calificado el pacto como de alimentos y se ha condenado al marido a su pago<sup>180</sup>. Para la jurisprudencia francesa, en cambio, la dote es asimilada a una estipulación sobre el régimen de bienes<sup>181</sup>.

En el derecho español la calificación de la misma es distinta según el mo-

<sup>180</sup> Se trataba de un matrimonio celebrado en Alemania entre un israelita de religión musulmana y un alemán convertido al Islam, en cuyo contrato matrimonial se pactó la suma de cien mil marcos como dote a favor de la mujer. La sentencia fue del Tribunal Supremo alemán, de fecha 28 enero 1987. La citan MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), pp. 151 - 152.

<sup>181</sup> La sentencia es de la Corte de Casación, de 2 diciembre 1997, en la que se establece la eficacia de matrimonio putativo de un matrimonio islámico declarado nulo por su carácter poligámico, y al liquidar el régimen matrimonial estima que los cónyuges se habían sometido, en el contrato estipulado antes del matrimonio, a un régimen de separación de bienes con cláusula de dote. La cita *ibíd.*, p. 152, autores que entienden que este fallo fuerza la naturaleza que la dote tiene en el derecho islámico ya que la misma no proyecta sus efectos sobre los bienes matrimoniales toda vez que no existe en el derecho musulmán un régimen matrimonial.

mento del cumplimiento de su pago: si se ha entregado al momento de celebrarse el matrimonio, la esposa se hace propietaria de los bienes y dispone de ellos, de manera que su patrimonio se ve modificado con ocasión del matrimonio, lo que permite asimilarla a un pacto sobre el régimen de los bienes del matrimonio que requiere unas exigencias formales, o a una donación con ocasión del matrimonio. Si el pago de la misma se ha diferido parcial o totalmente al momento de disolverse el matrimonio, se estaría ante una obligación de alimentos o de indemnización. Si, en fin, se reclama después del fallecimiento del esposo, la obligación podría cumplir la función de un derecho de viudedad.

En nuestro caso, me parece, por de pronto, que no hay en el derecho chileno limitación alguna de orden público que impida a una mujer musulmana casada en el extranjero en matrimonio islámico poder reclamar el pago de la parte de la dote que ha quedado pendiente, toda vez que *“los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración [...] siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”* (ley 19.947 art. 80 inc. 1º). Esta solución se refuerza por el hecho de que la misma ley de matrimonio civil ha introducido en el derecho privado chileno la idea de la compensación económica cuando se ha producido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, la que está concebida, precisamente, en beneficio del cónyuge que tuvo que dedicarse *“al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común”*, lo que le impidió *“desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería”* (art. 61). Conforme a ello, no veo inconveniente en que nuestros tribunales acojan este tipo de demandas, considerando el pago insoluto de la dote como una compensación económica o indemnización, carácter que, por lo demás, tiene en el mismo derecho musulmán en el que, cuando el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, la repudiación o el divorcio, *“la dote aparece como una indemnización”*<sup>182</sup>.

## 2. Extinción del vínculo matrimonial: el repudio unilateral (*talak*)

Hemos visto que en el derecho islámico existen distintas instituciones que ponen término al matrimonio. Algunas de ellas coinciden con el derecho occidental como la nulidad del matrimonio y algunas modalidades de disolución del mismo como la muerte de uno de los cónyuges o el divorcio pronunciado por el juez ante la petición de uno de los cónyuges por la existencia de algunas causales definidas en la ley o, incluso, por mutuo acuerdo. Hay, sin embargo, otro medio de poner fin al matrimonio que difiere sustancialmente del derecho occidental y que es el que más problemas suscita al momento de su eventual reconocimiento: el repudio unilateral del marido (*talak*). Se trata de un privilegio exclusivo del varón, quien no tiene necesidad alguna de motivarlo y que no necesita ser refrendado por ninguna autoridad. La exclusividad respecto del varón, con la discriminación que ello implica respecto de la mujer, y el carácter privado del mis-

<sup>182</sup> ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), p. 410.

mo, que no necesita ser refrendado por autoridad alguna, son dos aspectos que suscitan las principales dificultades en orden a su reconocimiento, unido al hecho de su revocabilidad mientras la fórmula prescrita no se haya pronunciado tres veces o a través de una fórmula única a la que se atribuye los efectos de la fórmula triple.

Moviéndose en el plano de los principios, la primera afirmación que hacen los autores europeos<sup>183</sup> es que la igualdad y no discriminación por razón de sexo de las personas constituye un primer principio de orden público que induce a rechazar efectos a cualquier norma que sitúe a uno de los cónyuges en posición de desventaja respecto del otro. Desde esta perspectiva, en consecuencia, y siempre en línea de principio, habría que rechazar de plano cualquier eficacia del repudio (*talak*) como acto unilateral del marido del que no puede hacer uso la mujer. Sin perjuicio de ello, y siguiendo siempre en línea de principio, se ha escrito que “es el resultado de la aplicación de la normativa extranjera lo que debe vulnerar los principios básicos de nuestro derecho matrimonial, no el contenido abstracto de la ley extranjera”<sup>184</sup>. De esta manera, el total desconocimiento del repudio unilateral podría llevar aparejado el perjuicio de la mujer que, si bien no ha decidido al divorcio, al menos lo ha aceptado pues le proporciona unas expectativas económicas que no deben ser defraudadas. “De ahí que la jurisprudencia europea suela adoptar una postura flexible frente al repudio islámico, admitiendo sus efectos siempre que se cumplan unas condiciones que garanticen la defensa de los derechos y la posición de igualdad de la mujer”<sup>185</sup>.

Así, por ejemplo, aplicando al repudio un orden público atenuado llevó a los tribunales franceses, antes de 1980, a exigir para su eficacia en el derecho interno, que la mujer consintiera previamente al mismo. A partir de ese año la jurisprudencia empezó a exigir sólo que en el procedimiento de repudio se garantizaran los derechos de defensa de la mujer mediante unas garantías procesales mínimas y la obtención de una compensación económica. “En general podría afirmarse la consolidación de una cierta tendencia en la jurisprudencia a no obstaculizar el efecto primero e inmediato del repudio de desvincular el matrimonio –siempre que conste el consentimiento o asentimiento de la mujer–, pero sometiendo a un control riguroso los efectos indirectos, económicos y respecto a la filiación, a fin de garantizar a la mujer las pensiones alimentarias suficientes y el ejercicio de la patria potestad compartida con el padre”<sup>186</sup>. En Italia el reconoci-

<sup>183</sup> MORENO ANTÓN, *El matrimonio islámico ante el derecho español*, en AA. VV., *Derecho de familia*, cit. (n. 170), p. 624, cuya opinión es compartida por MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), p. 161.

<sup>184</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo*, en AA. VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (Madrid, 2000), p. 57, opinión que es compartida por MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma (cit. 34), p. 161, que lo citan.

<sup>185</sup> MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma (cit. 34), p. 162.

<sup>186</sup> ADROHER BIOSCA, *Matrimonio islámico y derecho internacional privado español*, en AA. VV., *Homínium causa omne in ius constitutum est*. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. José María Díaz Moreno, S. J., (Madrid, 2000), pp. 890 - 891; DÉPREZ, *Statut*

miento del repudio se supedita a que concurra el consentimiento de la mujer y que se pruebe la intervención del juez supervisando su procedencia y garantizando el cumplimiento de los efectos desvinculatorios del mismo<sup>187</sup>.

En España, tanto los tribunales como la Dirección General de los Registros y del Notariado han formulado objeciones de orden público a diversos aspectos del repudio unilateral del varón. Uno de ellos es el carácter revocable del mismo, toda vez que en el derecho hispano la disolución del vínculo es definitiva e irrevocable. Además, la igualdad de derechos del marido y de la mujer son principios integrantes del orden público internacional que impiden la concesión del exequátur. Lo mismo sucede con el carácter privado del repudio islámico y, si bien, como vimos, las legislaciones islámicas tienden a someter la decisión del varón al control del juez o de otra autoridad civil, las autoridades españolas distinguen si la intervención del funcionario ha sido con o sin *imperium*<sup>188</sup>. Es por lo que, una vez admitido el divorcio en España, ha seguido rechazándose de plano el repudio por su contradicción con los valores constitucionales.

Agustín Motilla y Paloma Lorenzo<sup>189</sup> se muestran críticos a esta posición tan rígida, por entender que el rechazo del repudio en sí mismo en razón de violar el orden público interno acaba perjudicando a la persona a quien se intenta proteger, esto es, a la mujer. Es por lo que postulan que si es ésta la que solicita el exequátur de la disolución concedida en el extranjero, no habría razón para obligarla a acudir al divorcio en España, siendo suficiente que constara que a la esposa se le ha otorgado el derecho de defensa en el procedimiento de origen, o que consciente en el divorcio -lo que puede deducirse del hecho que sea ella misma quien solicite el exequátur- y que ha obtenido una reparación económica suficiente.

En nuestro caso, la nueva ley de matrimonio civil dispone que "*las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil*" (art. 83 inc. 2º). Según éste, la fuerza de las sentencias extranjeras en Chile será la que le concedan los tratados respectivos (art. 242); en caso de no existir, se les dará la misma fuerza que en los respectivos países se dé a los fallos pronunciados en Chile (art. 243), por lo que si en ellos no se les da fuerza, tampoco se les dará en Chile (art. 244). De no poder aplicarse ninguno de estos tres criterios las resoluciones extranjeras tendrán en Chile la misma fuerza que si

---

*personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé*, en AA. VV., *Famillies-Islam-Europe. Le droit confronté au changement* (Paris, 1996), pp. 91 ss.; PASTORE, *Famiglia immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglie musulmano in Francia e in Italia*, en *Rivista di Diritto Internazionale* 76 (1993), pp. 95 ss. Todos ellos son citados ibid.

<sup>187</sup> CAMPLIGLIO, *Famiglia e diritto islámico. Profili internacional-privatistici*, en FERRARI, Silvio (ed.), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunita Islamiche* (Bologna, 2000), p. 184; FERRARI, Silvio, *Diritto de famiglia e libertá di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee*, en AA. VV., *Derecho de Familia*, cit. (n. 170), p. 172. Ambos citados ibid.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>189</sup> *Ibid.*

se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan diversos requisitos entre los que me interesa destacar dos: que no contengan nada contrario a las leyes de la república y que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes en que hayan sido pronunciadas (art. 245).

Por de pronto, no hay duda que en Chile es posible oponer como primera objeción al reconocimiento del repudio hecho en el extranjero, la misma que colocan los derechos europeos, esto es, el desconocimiento de la radical igualdad que hay entre hombre y mujer: como ya lo he recordado, nuestra Constitución inicia su texto con la solemne declaración de que “*las personas—no sólo los chilenos— nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” (art. 1 inc. 1°), igualdad que es expresamente asegurada a todas las personas (art. 19 n° 2). A ello hay que agregar el hecho de que, además de que todo el trámite de exequátur discurre sobre la base de que se trata de “*resoluciones pronunciadas en país extranjero*”, la nueva ley de matrimonio civil dispone en forma expresa que “*en ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno*” (art. 83 inc. 3°). Sabemos que el repudio islámico tiene como nota esencial el tratarse de un acto privado que no requiere la intervención de juez alguno. Es cierto que los nuevos códigos están estableciendo como exigencia la presencia de un funcionario, pero no en todos ellos, como hemos visto, su intervención es *cum imperium*, siendo algunos simples fedatarios que dejan constancia del hecho; incluso, cuando la intervención es judicial, ella es tan sólo para que los jueces actúen como mediadores de una posible reconciliación y velen por los intereses económicos de la mujer, pues la decisión disolutiva del matrimonio corresponde al varón que es quien pone término al vínculo y no el juez. De esta manera, me parece que la ley chilena excluye cualquier reconocimiento al repudio como institución con efectos válidos en nuestro derecho.

Más aún, la redacción categórica del artículo 83 de la ley de matrimonio civil, me parece que, incluso, impide a los jueces de la república reconocer efectos indirectos al repudio, como se viene reconociendo en el derecho europeo, ni siquiera cuando sea la misma mujer quien lo solicite. La posición de la ley chilena en este sentido me parece que es rígida. La única alternativa que podrían utilizar los jueces chilenos en orden a proteger a la mujer en situaciones de repudio sería, en mi opinión, entender que cuando la ley chilena habla de resoluciones judiciales, en dicho concepto quedan incluidas las resoluciones que dicte el juez islámico en cuanto trata de proteger los derechos de la mujer, especialmente en materia económica. Pero esto, en el entendido que no se acepta el repudio en sí, sino los efectos que él produce y esto, siempre, en protección de la parte más débil que es la mujer.

### 3. Obligaciones derivadas de la nulidad o disolución del matrimonio islámico

a) *Alimentos a la cónyuge*. Tanto el derecho islámico clásico como los nuevos códigos musulmanes sobre estatuto personal prevén que la obligación de mantenimiento del varón respecto de la mujer (*nafaka*) se extiende sólo durante el período de continencia (*idda*) que ha de observar la mujer después de la nulidad

o del divorcio, esto es, un período de tiempo muy corto, que varía, en general, entre tres y cuatro meses y, en el mejor de los casos, hasta que se produzca el nacimiento si la mujer estaba embarazada. Después, corresponde a la mujer mantenerse por sí misma con su patrimonio propio al que se suma la dote que ha recibido del marido. Si tomamos en cuenta que en la gran mayoría de los casos la mujer islámica no trabaja fuera de su casa, este régimen legal o las sentencias que no contemplan el pago de una pensión alimenticia o compensatoria cuando se dan las circunstancias objetivas para que proceda, estarían discriminando a la mujer y serían, por lo mismo, contrarias al orden público interno.

Por otra parte, la manutención de los hijos menores corresponde a la madre, quien, como veremos, tiene la custodia de los hijos (*haddana*) como derecho-deber de alimentarlos y cuidarles, prerrogativa desgajada de la patria potestad exclusiva del varón<sup>190</sup>. Corresponde también al padre el deber de alimentar, vestir y proporcionar vivienda y educación a sus hijos<sup>191</sup>.

De acuerdo con la nueva ley de matrimonio civil, *"el divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción"* (art. 83 inc. 1°), por lo que la petición de divorcio hecha en Chile respecto de un matrimonio celebrado en el extranjero según la ley islámica, deberá disolverse según la ley chilena, la cual, a su vez, establece que *"si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía o querría, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa"* (art. 61). Esto, sin perjuicio de la pensión alimenticia que corresponda por los hijos menores. Me parece, pues, a la luz de esta nueva disposición, que los matrimonios islámicos celebrados en el extranjero y que se disuelvan por divorcio en Chile, han de contemplar esta compensación económica cuando haya lugar a ella conforme a derecho. Y en los procedimientos de exequátur de sentencia extranjera, si no contempla esta compensación económica, se ha de aplicar la ley del foro para complementarla y fijar la prestación pecuniaria a favor de la mujer según los casos. Y, por supuesto, han de contemplar en uno y otro caso, la pensión de alimentos a favor de los hijos que deberá pagar el padre divorciado.

---

<sup>190</sup> Por ejemplo, Código de Familia de Argelia, art. 62: "El derecho de custodia (*haddana*) consiste en la manutención, la escolarización y la educación del niño en la religión de su padre y en la salvaguarda de su salud física y moral. El titular de este derecho deberá estar capacitado para asegurar dicha carga". Art. 64: "[inc. 1°] El derecho de custodia corresponderá por ley en primer lugar a la madre del niño, después a la madre de ésta, después a la tía materna, después al padre, después a la madre de éste, después a los parientes del grado más cercano, de la manera más ventajosa para el niño". Art. 65: "[inc. 1°] La custodia del niño varón cesa a los diez años cumplidos y la de la niña a la edad del matrimonio. [inc. 2°] El juez prolongará este período hasta los dieciséis años cumplidos para el varón sometido a la custodia de su madre, si ésta no ha vuelto a contraer matrimonio. [inc. 3°] De todos modos, el interés del niño será tenido en cuenta en la sentencia que ponga fin a la custodia".

<sup>191</sup> ESTÉVEZ BRASA, Teresa, cit. (n. 15), pp. 481 - 482.

b) *Patria potestad y custodia de los hijos*. Producida que ha sido la nulidad o la disolución del matrimonio por divorcio o repudio, el derecho islámico, consecuente con su concepción patriarcal tradicional, concede al marido la tutela de los hijos comunes, la que comprende los derechos-deberes a la educación de los mismos, corrección y administración de sus bienes, hasta que llegan a la pubertad. A la esposa, como lo hice presente hace un momento, le corresponde la custodia de los hijos (*haddana*) como derecho-deber de alimentarlos y cuidarlos, pero sometida al libre ejercicio de las facultades del padre como tutor. Es por lo que la mayoría de los códigos de los Estados musulmanes prescriben que son causa de extinción del derecho de custodia de la madre algunos comportamientos suyos que dificulten el deber de vigilancia de la educación de los hijos por parte del padre como el cambio de domicilio<sup>192</sup> o el subsiguiente matrimonio de la madre<sup>193</sup>. Más precaria aún para la conservación de la *haddana* es la situación de la mujer cristiana o judía, pues tanto el derecho islámico tradicional como la totalidad de las legislaciones musulmanas modernas sientan el principio de que los hijos deben seguir la religión del padre; que la madre tenga una religión diversa puede significar el influjo de ésta en la religión de los hijos, por lo que basta que se demuestre esta influencia sobre el menor, para que se le retire de inmediato de su custodia.

En el derecho de los países de la Unión Europea, siguiendo en esto las declaraciones internacionales de derechos del niño incorporadas a las legislaciones nacionales, las resoluciones sobre guarda y custodia de los hijos deben ser decididas bajo el único criterio de salvaguardar el interés prevalente de la salud y el bienestar del menor. Ello no significa entender que dicho interés prevalente pasa siempre por la educación en una religión diversa a la musulmana; por el contrario, puede entenderse que la educación en esta religión sea conveniente precisamente por el mayor interés de los hijos, pero en este caso una tal resolución no sería por reconocer el derecho que la ley islámica establece en favor del padre, sino por entender que esa es la solución más justa por el superior interés del niño. Es más, se consideran contrarios al orden público interno, por discriminar las personas en razón de su sexo o religión, las disposiciones del derecho islámico que privilegian la patria potestad del padre sobre el hijo, o establezcan la educación del menor a cargo del padre musulmán o, en fin, favorezcan la custodia de los hijos del cónyuge musulmán sobre el no musulmán<sup>194</sup>.

Hay, sin embargo, un problema que aún tiene muy difícil solución para el derecho europeo: ocurre cuando hay que ejecutar las sentencias de países europeos de separación o divorcio de matrimonio de mixta religión, en las que la custodia se ha entregado a la madre, pero el padre musulmán marcha a su país de

---

<sup>192</sup> Por ejemplo, Código Marroquí de Estatuto Personal (*Mudawana*), arts. 99 y 105. Código de Familia de Argelia, art. 67.

<sup>193</sup> Por ejemplo, Código de Familia de Argelia, art. 66: "La titular del derecho de custodia que vuelva a contraer matrimonio con una persona que no está unida por un parentesco de grado prohibido, será desposeída de su derecho de custodia".

<sup>194</sup> MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma, cit. (n. 34), pp. 169 - 170.

origen con sus hijos. Se trata de un desplazamiento ilícito de menores para el Convenio de La Haya de 1980, pero para el derecho islámico es un acto legítimo, por lo que los intentos de obtener el exequátur de estas sentencias europeas en los países islámicos no son acogidos por considerarse, por los jueces musulmanes, que los principios que obligan a los hijos a seguir la religión del padre y que le otorgan la educación de los mismos, son de orden público para ellos y, por lo mismo, impiden la ejecución de la sentencia<sup>195</sup>.

En nuestro derecho no veo inconveniente en considerar contrarias al orden público, por discriminar las personas en razón de su sexo o religión, las disposiciones del derecho islámico que privilegian la patria potestad del padre sobre el hijo, o establecen la educación del menor a cargo del padre musulmán o, en fin, favorecen la custodia de los hijos del cónyuge musulmán sobre el no musulmán. Por otra parte, la ley de matrimonio civil de 2004 contiene una norma expresa en este sentido cuando, en materia de juicios de separación, nulidad o divorcio, establece que *“cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes”* (art. 85 inc. 2º)<sup>196</sup>. En virtud de ese interés superior podrá entregarse el hijo al padre musulmán, pero en ese caso no será porque se haga caso a la legislación islámica sobre el particular, sino porque se ha considerado que así lo exige *“el interés superior del hijo”*.

[Recibido, el 8 de marzo y aceptado el 10 de mayo de 2005].

---

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>196</sup> Norma que repite el criterio del artículo 242 del Código Civil que dispone que *“En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”*.