

Los sistemas actualmente conocidos de computación de parentesco con los nombres de *civil* y *canónico* tienen sus orígenes, el primero en el sistema *romano*, y el segundo en el *germano*. El romano atendía á que los vínculos de familia estaban establecidos sólo en la contemplación de la proximidad con la persona del engendrante, y por eso hacía descansar su sistema en el cómputo de las generaciones, como base del mismo. Los germanos partían de la consideración de la familia como *unidad*, y de aquí que su computación se fijaba en el hecho de pertenecer á una misma familia, considerada como unidad total y con el origen y procedencia de un trono común: único punto de vista relativo á la generación, que se tenía en cuenta por este sistema en cuanto era común á toda la creación familiar, y sin atender, por tanto, á las diversas generaciones que entre unos y otros parientes, procreantes y procreados, existían.

Consecuencia de estos distintos puntos de vista es que en el romano, y tratándose del parentesco de la línea colateral, se duplique la computación, y en el germano se unifique, contando aquél las generaciones de ambos lados, y éste sólo las personas, menos una, ó generación de uno de aquéllos.

35. Los pueblos septentrionales consideraban á los hijos de fuera del matrimonio como extraños, no sólo al padre, sino á la madre; les negaban toda relación ó vínculo familiar, y, dada la solidaridad de relaciones de la familia respecto de las personas y de los bienes, los excluían de la herencia. Privados de la protección del *mundium* y del amparo de la cognación, les consideraban sometidos á una especie de *tutela pública* ejercida por el soberano, siendo ésta la causa de que fueran heredadas por el fisco todas las personas de condición familiar ilegítima.

Conviene advertir que los hijos nacidos de *uniones desiguales* se reputaban tan *ilegítimos* ó más que los nacidos fuera de matrimonio, y según la condición más inferior que tuvieran entre sí el padre ó la madre, comparadas las de ambos.

36. Ninguna legislación de los pueblos antiguos prohibía la investigación de la paternidad. Las de los germanos y escandinavos, y aun las de la Edad Media, consideraron como un derecho innegable y sagrado del hijo los de investigar la paternidad y obtener los alimentos, estableciendo al efecto procedimientos curiosos para ello, aunque lo más frecuente era que se decidieran estas contiendas por los juicios de Dios y los combates.

CAPÍTULO VII

SUMARIO.—La familia y el Derecho de familia en la antigua Arabia y en las doctrinas mahometanas.

Artículo único.—*La familia y el derecho de familia en la antigua Arabia y en las doctrinas mahometanas.*—1. La época preislámica y los tiempos islámicos.—2. La tribu árabe y la agnación.—3. La poligamia y el divorcio.—4. La incapacidad de la mujer y del niño.—5. La patria potestad.—6. La reforma de Mahoma.—7. Desenvolvimiento del Derecho musulmán en diferentes escuelas.—8. El matrimonio como contrato.—9. El matrimonio como acto laudable, facultativo, obligatorio y tolerado.—10. Distintas clases de matrimonio.—11. Condiciones del matrimonio perpetuo.—12. 1.^a Consentimiento. Teoría de la coacción legal.—13. 2.^a Intervención del representante matrimonial de la mujer.—14. 3.^a Presencia de dos testigos.—15. 4.^a La constitución de una dote (*mahr* ó *sadak*).—16. 5.^a La no existencia de impedimentos.—17. Consumación del matrimonio.—18. Capitulaciones matrimoniales.—19. Efectos del matrimonio respecto á los cónyuges.—20. Efectos del matrimonio respecto á los hijos. Potestad del padre.—21. Efectos del matrimonio respecto á los hijos: tutela de la madre (*hadana*).—22. Deberes de los hijos.—23. Disolución del matrimonio (mutuo disenso); repudio; nulidad del matrimonio; juramento de continencia (*el-ila*); la asimilación injuriosa (*ed-dihar*); el anatema (*el-lean*).—24. El matrimonio temporal (reglas de Derecho).—25. Doctrinas complementarias.—26. La emancipación y la mayor edad.—27. Los expósitos (*lakid*).—28. La tutela.—29. Derechos legitimarios del cónyuge viudo en la herencia del premuerto.

ARTÍCULO ÚNICO

LA FAMILIA Y EL DERECHO DE FAMILIA EN LA ANTIGUA ARABIA Y EN LAS DOCTRINAS MAHOMETANAS

1. Los escritores árabes distinguen dos grandes períodos en la historia de su patria: La época *preislámica* ó *de la ignorancia*, y los tiempos *islámicos*, que dan comienzo con la predicación de Mahoma.

2. En el período *preislámico* (1) es la tribu árabe una comunidad político-religiosa civil, vaciada en el mismo molde que la antigua *gens romana*, y se desenvuelven en toda su plenitud el patronato y la clientela; el parentesco civil les une y los clientes forman parte integrante de la familia del patrono. Los jefes de la tribu, los gentiles ó jefes de la *gens* heredan en defecto de los agnados; la composición está á cargo de la

(1) Para el estudio de los usos y costumbres ante-islámicos se pueden consultar, entre otras muchas obras:

Las Cartas de Fulgencio Fresnel (*Lettres sur l'histoire des arabes avant l'Islamisme*. París, 1836-38, y *Journal Asiatique*, 1858); la Historia de los Árabes de Caussin de Perceval (*Essai sur l'histoire des arabes*, París, 1847-48); la Historia de los musulmanes españoles de Dozy (*Histoire des musulmans d'Espagne*. Leyde, 1861-62 y 1873); la Introducción de Seignette á su traducción del Mojtazar de Jalil ben Ishak (*Code musulman par Khalil, texte arabe et nouvelle traduction*. Constantine, 1878), etc.

tribu del matador en provecho de los agnados tutores de la víctima, y á falta de agnados se adquiere por la tribu.

3. Aparte algunas huellas de existencia de la *poliandria* y del *levirato*, entre los antiguos árabes la *poligamia*, sin restricción alguna, constituye el fondo de su vida familiar; el matrimonio es una compraventa, y la mujer forma parte de la herencia; se contrata en ocasiones el matrimonio temporal, y el divorcio se otorga en sus formas más simples y absolutas.

4. Á la mujer y al niño se les niega todo derecho hereditario, pues para heredar es indispensable ser capaz de lanzar el venablo, de defenderse contra las incursiones enemigas y de conducir el botín. La esposa vive en perpetua tutela, y el más próximo pariente del marido difunto toma, por derecho hereditario, sus viudas y lo que éstas poseen, al propio tiempo que sus esclavos y peculio.

5. La patria potestad presenta los caracteres del absolutismo, ó, por mejor decir, del despotismo más refinado. «Los árabes paganos—dice el ilustre teólogo y jurisconsulto *Ez-Zamajxari*—tenían una gran predilección por sus hijos varones: se temía anunciar á un árabe el nacimiento de una hija, y frecuentemente el padre la enterraba viva. Pero la crueldad de los padres no se ejercía solamente sobre sus hijas, y sucedía á veces que las gentes pobres mataban á sus hijos para no tener que alimentarlos.»

6. La reforma de Mahoma tiene en toda esta materia una importancia inmensa. Verdad es que mantiene la poligamia, pero la restringe: el Korán *permite* cuatro mujeres legítimas y *aconseja* una (1); pone límites al divorcio (2); establece importantes prohibiciones para el matrimonio entre personas unidas por ciertos grados de parentesco (3); limita el poder paterno, prohibiendo especialmente los crueles usos de matar á los hijos por causa de indigencia (4) y de enterrar vivas á las hijas (5); protege cuidadosamente los intereses y derechos de los huérfanos (6); no tan sólo otorga á las hijas derechos hereditarios á la muerte de su padre (7), sino que concede á la mujer una cuota legal en la herencia de su marido, no á falta de otros herederos preferentes, sino en todos los casos en concurrencia con los mismos hijos (8); y, desiriendo

(1) «Si teméis ser injustos con los huérfanos, no escojáis para casaros, entre las mujeres que os agraden, más que dos, tres ó cuatro. Si teméis aún ser injustos, no os caséis más que con una sola, ó con una esclava. Esta conducta os proporcionará ser justos fácilmente.» (Korán, Sura IV, Aleya 3.) Acerca de esta cuestión, véanse las dos obras de Cadoz: *Initiation à la science du droit musulman*. Orán, 1868, páginas 67 á 75, y *Droit musulman malekite*. Bar-sur-Aube, 1870, páginas 118 y siguientes.

(2) Korán, S. II, A. 227-242.

(3) Korán, S. IV, A. 26 y 27.

(4) Korán, S. VI, A. 138, 141 y 152, y S. XVII, A. 33.

(5) Korán, S. XVI, A. 60 y 61, y S. LXXXI, A. 8 y 9.

(6) Numerosos pasajes del Korán: entre otros muchos S. IV, A. 2, 5-7, 9-11, etc.

(7) Korán, S. IV, A. 8 y 12.

(8) Korán, S. IV, A. 12 y 14.

á la madre el derecho de guarda, cuidado y primera educación de sus hijos (*hadana*), viene á hacer coexistentes la autoridad paterna y la patria potestad (1). En una palabra, la mujer árabe adquiere con la reforma mahometana, verdadera personalidad, con importantísimos derechos que por mucho tiempo le han negado las más civilizadas naciones.

7. Se impone un estudio algo más detenido del Derecho desenvuelto en los tiempos *islámicos*, acudiendo para ello á las doctrinas de los jurisconsultos (2) y tomando como base el Derecho de las escuelas *Sunnies*, y especialmente el de la *Malequí*, por ser ésta la que aceptaron y siguieron los musulmanes españoles, se señalarán las particularidades que en lo referente al Derecho de familia distinguen á las escuelas *Xiies* (3).

(1) Mahoma consagró este principio por la siguiente respuesta que forma parte integrante de la tradición (*Sunna*). Una mujer había sido repudiada por su marido y tenía de él un hijo. Tomó al niño en sus brazos y se presentó al Profeta: «Profeta de Dios, le dije profundamente conmovida, este niño es mi hijo, mi vientre es el vaso donde ha estado encerrado, mi seno es el vaso donde ha bebido, mi vestido es la envoltura en que le tengo abrazado, y su padre me ha repudiado, ¡y quiere arrebatarle mi hijo, separarme de mi hijo!—Á tí es, respondió el Profeta, á quien pertenece el derecho de guardar ese niño hasta que tú te vuelvas á casar y hayas consumado el nuevo matrimonio.»—Perron, *Précis de Jurisprudence musulmane*, t. III, París, 1849, pág. 566. Los jurisconsultos musulmanes dedican en sus obras de *foruá al-fikh* un importante capítulo al estudio y reglamentación de ese derecho de patria potestad, que se denomina *hadana*.

(2) Las cuatro principales fuentes del Derecho musulmán son: 1.º El Korán, que encierra la doctrina revelada. 2.º La conducta del Profeta (*Sunna*) ó tradición (*hadit*). 3.º La opinión unánime (*Ichmaa*) de los compañeros del Profeta y sus discípulos; y 4.º La interpretación doctrinal (*ichtihad*).

(3) Las diferencias generales que separan á los ortodoxos *sunnies* de los heterodoxos *xiies* ó *alies*, pueden verse en Tornauw, *Le droit musulman exposé d'après les sources, traduit en français par M. Eschbach*. París, 1860, páginas 23 y 24, y en Cadoz, *Initiation*, etc., obra citada, páginas 13 á 17.

Las cuatro grandes escuelas *Sunnies*, todavía hoy subsistentes, son: 1.ª La *Escuela Hanefi*, fundada por *Abu Hanifa* (murió en Bagdad el año 767 de J. C.): á esta escuela pertenecen los musulmanes de Europa y la inmensa mayoría de los de Asia. 2.ª La *Escuela Malequí*, fundada por *Malec ben Anas* (murió en Medina el año 795 de J. C.): siguen sus doctrinas los habitantes de La Meca y Medina, del Yemen, de Trípoli y de Berbería; existen algunos en Egipto y son muy numerosos en el Sudán. Esta escuela fué la recibida y aceptada por los musulmanes españoles. 3.ª La *Escuela de Ex-Xafei* (murió en el Cairo el año 819 de J. C.): domina esta escuela en Egipto, tiene numerosos adeptos en el Curdistán, sobre la frontera persa de Turquía, y, en menor número, en ciertas localidades de Siria. 4.ª La *Escuela Hambalí*, fundada por *Ahmed ben Hambal* (murió en Balch el año 855 de J. C.): los *hambalies* se encuentran repartidos entre Argel y Marruecos y en otras provincias del África, donde están mezclados con los *malequies*, y en Java.

Para el estudio de las doctrinas de estas escuelas pueden consultarse las siguientes obras de jurisconsultos musulmanes:

ESCUELA HANEFI.—La *Hidayah* (Guía) del *Xej Borhaneddin Ali* (murió en 1196-7 de J. C.), traducido al inglés por *Hamilton*, con el título *Hedayah or Guide a commentary on the moosoolman Laws*. London, 1791. Nueva edición, 1870.

El *Multeca el-ebhar* (*La Confluencia de los mares*) de *Ibrahim El Halebi*, redactado en virtud de las órdenes de *Suleiman II* (1520-66), y traducido y extractado por *Mouradja d'Ohsson* en su *Tableau général de l'empire Ottoman*, 1748-1824.

8. Llama desde luego la atención que en un pueblo profundamente religioso y dentro de un sistema científico que concibe el Derecho como *el camino trazado por Dios á los hombres para servirles de dirección en la vida*, ó como *un sólido cable de salud que el hombre debe á la gracia de Dios*, y que funda todo el organismo legal en la revelación divina, el matrimonio presente el aspecto y carácter de un *contrato puramente civil*, en el cual, ni el Estado, ni la Iglesia intervienen para dar al consentimiento de las partes una suprema sanción divina ó humana. El matrimonio (*nicah*) es un contrato sinalagmático (*beya*) como otro cualquiera, cuyo vínculo se crea y se desata por la voluntad, y cuyo fin esencial está en dar á la generación un carácter legal (1). Sin embargo, aunque el principio de la procreación, como fin esencial del matrimonio, predomina en la doctrina de los jurisconsultos, no es posible declarar—como generalmente se hace por los tratadistas—que el mutuo auxilio de los cónyuges y la comunidad de existencia (*individua vitæ consuetudo*) sean ideas completamente extrañas al Derecho islámico, toda vez que en éste se concibe el caso de unión matrimonial sin idea de comercio carnal, como sucede cuando un hombre que por defecto físico ó ancianidad no es apto para la cópula ó para la procreación se une á una mujer que consiente en tomarle como marido en semejantes condiciones. Por otra parte, esos conceptos de mutuo auxilio y de comunidad de existencia surgen claros y evidentes del espíritu y letra del Korán (2), y palpitan en las palabras pronunciadas por el Profeta sobre el monte *Arafat*, delante de una inmensa multitud de peregrinos: ...«Tratad bien á las mujeres: ellas son vuestras ayudas y nada pueden por sí solas. Vosotros las habéis tomado como un bien que Dios os ha confiado y habéis tomado posesión de ellas por palabras divinas.»

9. Los jurisconsultos que siguen la tendencia ó escuela *exteriorista*, es decir, que se atienen á la letra y no al espíritu del Korán, consideran que el matrimonio es un acto *obligatorio* (*wachib*) (3). Los jurisconsultos

ESCUELA MALEQUI.—El *Mojtasar* (Epítome del jurisconsulto egipcio *Jalid ben Ishac* (murió en 1374-5 de J. C.), traducido por Perron, y titulado *Précis de Jurisprudence musulmane*. París, 1848-52.

La *Tohfah* (Regalo) de *Aben Asem*, Cadí de Guadix (murió en 1426 de J. C.), publicada y traducida por Houdas y Martel, bajo el título *Traité de droit musulman*. Alger, 1882.

ESCUELA XAFELI.—La importante obra de *En-Nawawi* (murió en 1298 de J. C.). *Le guide des zéles croyantes*, publicada y traducida por Van den Berg, Batavia, 1882-84.

En cuanto á las doctrinas *Xites*, se puede consultar la obra del *Xeij El-Mohékik* (murió en 1277-8 de J. C.), traducido por Querry, y que titula *Droit musulman*. París, 1871-72.

(1) Borhaneddin Ali, *Aben Arfa*, El Chorchani.

(2) Korán, S. II, A. 183. «... Vuestras mujeres son vuestro vestido, y vosotros el suyo.» En estas palabras ven todos los intérpretes la idea de servicios recíprocos.

(3) Los jurisconsultos musulmanes, por medio de la interpretación, formulan juicios ó decisiones (*ahcam*), calificando jurídicamente los actos de *obligatorios*, *laudables*, *facultativos*, *prohibidos*, *tolerados*, *válidos* y *nulos*. El concepto de cada una

tos *malequies* califican el matrimonio de acto *laudable* (*mendub*), pero *facultativo* (*mubah*), y distinguen ciertos casos en que puede ser *obligatorio* (*wachi*) ó simplemente *tolerado* (*megruh*). Así, cuando un hombre soltero teme ser víctima de la pasión sexual, el matrimonio es para él *obligatorio*; cuando por defectos físicos ó por ancianidad, un hombre carece de las condiciones propias para la cópula ó no puede esperar ya posteridad, el matrimonio es para él un acto *facultativo, no laudable*; y cuando el hombre, apto para la procreación, teme no poder soportar las cargas impuestas por Dios al marido, el matrimonio es para él un acto *tolerado, pero mal visto* (*mejuh*).

10. Los musulmanes *sunnies* no admiten más matrimonio que el perpetuo, disoluble en cuanto al vínculo conforme al Derecho; pero los musulmanes *xites*, además de este matrimonio, que puede llamarse *permanente*, conocen el matrimonio *temporal*.

11. Las condiciones necesarias del matrimonio *permanente* ó perpetuo son cinco: 1.^a, el consentimiento; 2.^a, la intervención del representante matrimonial de la mujer (*wali*); 3.^a, la presencia de dos testigos; 4.^a, la constitución de una dote (*mahr* ó *sadak*), y 5.^a, la ausencia de todo impedimento.

12. No existe fórmula sacramental alguna necesaria para expresar el consentimiento; basta que éste claramente se manifieste, y que no esté viciado por error, fraude ó violencia.

Por lo que respecta á la doctrina del *consentimiento*, el Derecho musulmán presenta un desarrollo especial, engendrando el que pudiéramos llamar *consentimiento indirecto* (1). Está éste constituido por el derecho que tienen ciertas personas para obligar á otras á contraer determinado matrimonio, y recibe el nombre de derecho de *coacción legal* (*cheber*).

Es la escuela *Malequi* la que extrema más este derecho de *coacción legal*, que tiene sus antecedentes históricos en las costumbres preislámicas, y gozan de él, entre los *malequies*, el señor, respecto al esclavo de ambos sexos, el padre y el tutor testamentario (*wali*), si el padre se le ha conferido.

La escuela *Hanefi* otorga el derecho de *coacción legal* á todos los herederos, según el principio de que el grado más próximo excluye al más remoto. Donde se nota más la diferencia de estas dos escuelas y se marca de un modo claro el espíritu liberal de los *hanefies*, es en lo que se refiere al orden de las personas sometidas á ese derecho.

Para los *malequies*, aparte los esclavos, hay que distinguir cuidadosamente el sexo. Tratándose de varones, únicamente está sujeto á ese derecho el impúbero, siendo, desde otro punto de vista, verdaderamente excepcional, el matrimonio prematuro que pudiera contraer, y el púbero loco ó que sufre debilidad de espíritu (*safih*), por más que, si algunos

de estas calificaciones legales puede verse clarísimamente expuesto en Cadoz, *Initiation à la science du Droit musulman*, págs. 56 y 57.

(1) Así lo nombra, en efecto, Zeys en su *Traité élémentaire de Droit musulman algérien*. Alger, 1886, t. I, págs. 3-6.

sostienen en este último caso la afirmativa, no faltan jurisprudencias que, considerando que el *safih* dispone de su persona y no de sus bienes, le excluyen, y con razón, de la coacción matrimonial. Tratándose de las hembras, la acción del derecho de coacción es más extensa, puesto que comprende á la mujer virgen impúber ó púber, y á la loca, sea ó no virgen. Exceptúase únicamente la que pudiéramos llamar virgen vieja (*anas*), ó sea la célibe, que en nuestro lenguaje vulgar se denomina solterona: la edad para obtener esta consideración la fijan los autores de treinta á cincuenta años. Para que la cohabitación produzca la ruptura del derecho de coacción, es necesario que sea legal, es decir, producida por haberse consumado el matrimonio, exceptuándose el caso de la mujer impúber, que ha cohabitado prematuramente con su marido y que ha sido repudiada ó ha enviudado antes de la pubertad, porque, siendo esa consumación matrimonial condenable, no se le deben atribuir efectos jurídicos. Finalmente, en cuanto á la mujer débil de espíritu (*safiha*) existe la misma controversia que hemos indicado al hablar del varón débil de espíritu ó *safih*.

La escuela *Hanefi* desenvuelve una doctrina más sencilla, y sin hacer distinción alguna entre los sexos, aparte los esclavos, sujeta al derecho de coacción matrimonial únicamente á los impúberos y á los locos, sin que haya habido controversia alguna respecto al *safih* ó *safiha*, pues siempre se ha considerado que pueden contraer por sí matrimonio válido. La naturaleza del Derecho de coacción matrimonial es la de una institución tutelar para la protección de los débiles; así es que en todas las escuelas jurídicas se ha procurado rodear de ciertas garantías su ejercicio para que no degeneren en opresión tiránica. De aquí, el derecho que los *hanefies* otorgan al impúber casado contra su voluntad por persona que no sea su padre ó abuelo, para optar, al llegar á la pubertad, entre el mantenimiento ó la ruptura del vínculo creado; el derecho de veto que la escuela *Malequí* concede á la madre que goza de la *hadana* para oponerse á que á su hija se la obligue á contraer un matrimonio desventajoso; la pérdida del derecho de coacción por el abuso sistemático, positivo ó negativo, en su ejercicio, etc.

13. La segunda de las condiciones del matrimonio permanente ya se ha dicho que es la intervención del representante de la mujer, mal llamado *tutor* matrimonial (*wali*). No debe confundirse al *muchebir* con el *wali*: el primero es el que ejerce el derecho de coacción matrimonial (*cheber*), el segundo es el representante y mandatario de la mujer, no sometida al derecho de coacción legal, en la celebración del contrato de matrimonio. Los *malequies* consideran necesaria, bajo pena de nulidad, la intervención del *wali* en el matrimonio. Los *hanefies*, como meramente facultativa. Para los primeros, tan sólo los varones pueden ejercer ese cargo; los segundos no ven inconveniente alguno en que el *wali* sea del sexo femenino. Finalmente, para los *xiies*, la mujer mayor de edad puede contraer matrimonio sin la mediación del *wali*. Las demás condiciones son que sea musulmán, libre, púber y dotado de discernimiento.

Los jurisprudencias presentan una larga serie de llamamientos, constituyendo lo que podía llamarse la jerarquía (1) del *waliato*, fundada principalmente en el parentesco; pero el *wali* tiene necesidad, para entrar en funciones, de esperar, como mandatario que es, á que sea requerido por la mujer, y que ésta le dé, verbalmente ó por escrito, el mandato, que puede ser, ya especial, ya general, en cuyo último caso su uso está sometido á la ratificación del mandante.

14. Respecto del tercer requisito ó condición del matrimonio perpetuo, el Derecho musulmán considera nulo el matrimonio secreto, y de aquí la necesidad de la presencia de dos testigos musulmanes, varones, libres, púberes, sanos de espíritu y de conducta irreprochable (*adil*).

15. Es la cuarta condición esencial del matrimonio musulmán la constitución de una dote (*mahr* ó *sadak*). Es el mismo principio germano: «No hay matrimonio sin dote»; «*Ne sine dote coniugium fiat*», como dice nuestro *Forum Iudicum*.

Sin embargo, esta regla no se sigue escrupulosamente entre los *xiies*, y no faltan jurisprudencias de esta escuela heterodoxa que regulan el contrato matrimonial sin estipulación de dote (*Et-Tefid*), declarando que ésta no es condición indispensable para la validez del matrimonio (2).

La naturaleza de la dote árabe responde—como la dote germana—á la antigua compra de la mujer; y la dote no es otra cosa que lo que el marido promete entregar y entrega á la mujer como equivalencia de su persona.

Dejando á un lado todas las diferencias de detalle que las distintas escuelas establecen y concretándose esta sumaria exposición á la doctrina *Malequí*, haremos notar únicamente que la dote ha de ser determinada en cantidad, especie y calidad, ya por convenio entre las partes, ya por la decisión de un tercero, á cuyo arbitrio se somete la cuestión; y cuando el convenio falta ó el tercero nombrado no quiere ó no puede cumplir su encargo, entonces se entiende estipulada la dote que se llama de equivalencia ó paridad (*Sadak el-matal*), ó sea la que en cada país ha fijado el uso, teniendo en cuenta los principios religiosos, la belleza, la posición social de la mujer, la recibida por su hermana, etc.

No se ha establecido por la doctrina de los jurisprudencias *maximum* para la dote; en cambio, se ha fijado cuidadosamente el *minimum*. El Kadí de Guadix *Aben Asem* fija como *minimum* un cuarto de dinar, equivalente á tres *dirhems* legales, ó sea, aproximadamente, á veinte

(1) He aquí la jerarquía, que, por razón de parentesco, establece el jurisprudencia granadino *Aben Asem* en su *Tohfat*, dado, por consiguiente, el supuesto del estado de libertad en la mujer: 1.º, el hijo, nieto, etc., indefinidamente en la línea recta; 2.º, el padre; 3.º, el hermano germano; 4.º, el hijo, nieto, etc., de éste; 5.º, el abuelo paterno; 6.º, después los próximos parientes, siguiendo el orden establecido para la sucesión. (Edición Houdas y Martel, págs. 180-182.) Á estos *walis* tenemos que añadir el tutor testamentario (*wasi*), que va después del padre, es decir, que ocupa el tercer lugar en la jerarquía del *waliato*, y del que también se ocupa *Aben Asem* (pág. 182).

(2) El *Mohekik*, I, pág. 719-721.

direms de la moneda en uso de su tiempo en la España musulmana, á los cuales, dice, se debe añadir *cinco* más, para obtener el valor exacto (1).

Aunque Malec recomienda el pago íntegro de la dote antes de la consumación del matrimonio, no ha prevalecido esta doctrina del fundador de la escuela, y ya en los tiempos de Aben Asem (2), salvo el caso que la mujer exigiera la entrega total, se pagaba ordinariamente la mitad antes de la consumación, y se fijaba un plazo—de seis meses á veinte años, según su valor, la edad y posición social de los esposos—para satisfacer el resto. Por eso se dijo, al fijar la naturaleza de la dote, que era lo que el marido entregaba y prometía entregar á la mujer como equivalencia de su persona.

Consecuencia de esta doctrina es que la mujer puede rehusar la consumación del matrimonio si no se le ha entregado la dote estipulada, y que, si, pasado el plazo otorgado al marido por la autoridad judicial, éste no satisface la porción dotal á cuya entrega está obligado, se declara nulo, á no ser que ella consienta en aceptar á su esposo en semejantes condiciones, conservando su situación de acreedora del mismo.

La dote corresponde á la mujer, y cuando el tutor de ésta ha recibido, en virtud de sus derechos de tal, una porción, está obligado á la rendición de cuentas al concluir la tutela. Finalmente, dado el sistema de separación de bienes que constituye la base económica del matrimonio musulmán, la mujer es propietaria de la dote, y de ella puede disponer por título oneroso sin necesidad de autorización previa alguna. Únicamente si dispone por título gratuito de más del tercio de sus bienes, tiene su marido el derecho, según unos, de reducir la donación, y según otros, de anularla.

16. La última de las condiciones que deben concurrir en el matrimonio perpetuo es la falta de todo impedimento, es decir, la no existencia de causas prohibitivas del matrimonio (*Eshbat-et-tehrim*). La determinación de estas causas y su explicación y desenvolvimiento consti-

(1) Es decir, para llenar el déficit que podría resultar de la alteración de la moneda, tan frecuente entonces, y evitar que la dote descienda, por su valor, del límite legal. El *dinar* es la unidad superior de la moneda de oro. Acerca del *dinar* y del *dirhem*, véase Vázquez Queipo, *Essai sur les systèmes métriques et monétaires*, París, 1859, II, pág. 110 y sig. El valor legal de un *dinar* es algo más de trece pesetas (oro).

(2) *Aben Asem*, ó sea *Abu Becr Mohammed ben Mohammed ben Mohammed ben Asem*, nació en Granada el 12 de *Chumada*, II, del año 760 de la Hegira (11 de Abril de 1359) y murió en 11 de *Xawal* del 829 (16 de Agosto de 1426). Fué uno de los más ilustres jurisconsultos de ese período de decadencia, y á los sesenta años fué nombrado *Kadí* de Guadix. Un ejemplar de su poema jurídico *Et-Tohfat* se conserva en la biblioteca de El Escorial (núm. 1.093, que es el 1.088 de Casiri), y otro en la Biblioteca Nacional (número 216). Esta obra, como ya hemos indicado, se ha publicado en Argel, 1882-93 por MM. Houdas Martel. Otro poema de *Aben Asem* sobre los principios del Derecho musulmán constituye el núm. 2.º del Códice 653 (650 de Casiri) de la biblioteca de El Escorial. Su biografía y la lista de sus obras se contienen en los *Estudios de literatura jurídica árabe-española*, que tiene publicados nuestro querido hermano D. Rafael de Ureña Smenjaud, Decano de la Facultad de Derecho en la Universidad Central, á cuyo concurso debemos gran parte de los datos que nos han servido para trazar el resumen de este capítulo.

tuyen una de las más importantes doctrinas del Derecho musulmán. Los jurisconsultos distinguen numerosas causas de impedimento matrimonial, clasificándolas en absolutas y relativas, eternas y temporales.

El primer impedimento que enumeran los intérpretes es la prohibición matrimonial originada por el *parentesco*. Desde este aspecto puede distinguirse el parentesco de la sangre (*neseb*), el de la lactancia (*redaa*), y el de afinidad ó alianza (*mosahera*).

En el parentesco legítimo el matrimonio está prohibido en la línea recta entre ascendientes y descendientes hasta el infinito. Entre colaterales la prohibición alcanza tan sólo á los hermanos y á los descendientes de éstos con sus tíos. La cohabitación produce un parentesco natural, que engendra los mismos impedimentos que el parentesco legítimo.

El parentesco producido por la lactancia tiene su base en la ficción de suponer que la mujer que lacta á un niño le da la vida como si fuera su propia madre. Así es que la tradición, interpretando el texto koránico, ha venido á inspirar á los jurisconsultos el principio de que todo matrimonio prohibido por causa de parentesco lo está igualmente entre las personas unidas por la lactancia. Los *Xafeies*, sin embargo, distinguen algunos casos, en los que permiten el matrimonio, á pesar de la existencia de este parentesco.

Respecto al parentesco por afinidad ó alianza, produce los mismos impedimentos que el natural, si bien únicamente tienen el carácter de *absolutos* los entre la suegra y el yerno, el suegro y la nuera, la madrastra y el hijastro, el padrastro y la hijastra. La prohibición de tener á dos hermanas por esposas cesa, al contrario, mediante el hecho de haberse destruído el vínculo por la muerte ó por el divorcio; es decir, que aquí la prohibición es de simultaneidad y que el divorciado ó viudo puede legalmente casarse con la hermana de su mujer muerta ó repudiada.

El segundo impedimento es la *diferencia de religión*. Las escuelas *Sunnies*, fundadas en la tradición, admiten el matrimonio de un musulmán con una mujer *quitabiya*, es decir, con una mujer cristiana ó judía (1), porque éstas profesan una religión revelada. Los *Xiies* no admiten el matrimonio perpetuo más que con mujer musulmana, permitiendo únicamente el matrimonio temporal con las mujeres cristianas, judías y *güebbras*.

Es el tercer impedimento la *existencia de un precedente matrimonio en la mujer y la tetragamia en el hombre*. Concíbese perfectamente que, no admitiéndose la poliandria, la existencia de un precedente matrimonio sea, respecto á la mujer, un impedimento absoluto y perpetuo, es decir, subsistente mientras exista el vínculo matrimonial. Por lo que respecta al hombre, está admitida la poligamia, pero restringida por el precepto koránico á un máximo de cuatro mujeres legítimas. Sin embargo, los

(1) Los musulmanes llaman *gentes del Libro* (*kitab*) á los cristianos y á los judíos, por considerar que poseen libros sagrados que contienen la revelación divina, como son el Pentateuco y el Evangelio, al propio tiempo que ven en el Korán la última expresión de esa revelación divina. Esta consideración de las *gentes del Libro* (judíos y cristianos) tiene gran importancia en Derecho musulmán.