

*Xiies*, que admiten el matrimonio temporal, circunscriben la prohibición koránica al matrimonio perpetuo, y permiten para el temporal un número ilimitado. Mas no es sólo en las escuelas *Sunnies* esta prohibición de pasar del número de cuatro mujeres legítimas lo que hay que tener en cuenta, sino el derecho que se concede á la mujer para imponer, por medio del contrato matrimonial, la *monogamia* á su marido. De aquí surge una prohibición que es absoluta y perpetua, relativa y temporal, según las circunstancias, pudiendo la mujer renunciar á semejante condición, que á ella sola interesa, ó exigir su mantenimiento.

Enumérase como cuarto impedimento por los intérpretes el llamado *âdda* é *istibra*. La palabra *âdda* indica el tiempo de continencia impuesto por la ley á la esposa libre ó esclava á consecuencia de la disolución revocable ó irrevocable del matrimonio, á fin de evitar la confusión de prole, exceptuando el caso en que la mujer repudiada se una de nuevo á su marido. El plazo, en caso de repudiación, es de tres meses, y en el de muerte, cuatro meses y diez días, á contar desde el mismo en que se ha verificado la repudiación ó la muerte del marido. La *istibra* tiene el mismo fin que la *âdda*, pero indica el período de continencia impuesto por consecuencia de concubinato lícito ó de relaciones ilícitas, y tiene la misma duración que la anterior. Constituyen, pues, estos dos casos verdaderos impedimentos absolutos y temporales para contraer matrimonio. Los jurisconsultos musulmanes estudian detenidamente estas dos continencias legales, especialmente en lo que se refiere á los casos en que tienen lugar y á sus efectos jurídicos por lo que respecta á la autoridad marital, alimentos debidos á la mujer, domicilio de ésta durante el *âdda*, etc., desenvolvimientos de doctrina en los que no se ha de entrar, por la naturaleza de esta sumaria exposición. Por lo que respecta á esta clase de impedimentos, es de añadir, que por los motivos indicados, y para evitar las confusiones de prole, el embarazo se reputa, hasta el parto, impedimento para el matrimonio con los mismos caracteres de absoluto y temporal.

Puede considerarse como quinto impedimento la existencia de una precedente petición matrimonial, mientras no haya sido rechazada.

Por causas piadosas está también prohibido el matrimonio durante el cumplimiento del deber de la *peregrinación* desde que se ha vestido el *ihram*, traje especial del peregrino, constituyendo de esta manera el sexto de los impedimentos que se han enumerado.

Es el séptimo la triple repudiación que hace ilícito un nuevo matrimonio entre el marido que repudia y la mujer repudiada, á no ser en el caso que ésta haya contraído y consumado matrimonio con un tercero, y que esta unión se haya disuelto por muerte ó por repudio. En este caso el impedimento desaparece. Este ha sido uno de los medios con que Mahoma procuró limitar el divorcio, y la práctica nos enseña que ha respondido perfectamente á los fines de su institución.

Finalmente, considéranse impedimentos del matrimonio la *desigualdad de condición*, la *enfermedad* cuando lleva consigo fatalmente un

desenlace funesto, y la existencia de un *vicio redhibitorio*, cual es el engendrado por ciertas enfermedades repugnantes, como la lepra, la elefantiasis, la locura y ciertos defectos orgánico-sexuales.

17. Examinadas de este modo las condiciones del matrimonio *perpetuo*, resta únicamente hacer constar que no se entiende *perfecto* hasta que ha sido *consumado*, y que, para que esta consumación, presumida desde luego en determinados casos, sea válida, es necesario que los dos esposos sean púberes.

18. Aparte estas condiciones esenciales llamadas *arcan*, ó columnas, las partes pueden estipular las cláusulas ó condiciones *xorut* que estimen oportunas, haciéndolas constar, en lo que podría llamarse, usando el lenguaje de nuestro Derecho, *capitulaciones matrimoniales* (*Quitab-en-nicah* ó *Quitab-es-sadak*.) El jurisconsulto granadino *Aben-Asem* expresa que no pueden estipularse como condiciones cláusulas contrarias á la esencia del matrimonio, pero que todas las demás pueden ser establecidas por la voluntad de las partes; y el kadí de Granada *Aben Salmun* fija, entre las que la mujer al casarse puede exigir en las correspondientes capitulaciones matrimoniales, la estipulación de la *monogamia* más absoluta, es decir, que no pueda el marido darle rival ni tener concubinas, cesando toda relación con sus esclavas y estableciendo, en caso de infracción, la disolución del vínculo por la repudiación definitiva. Obsérvese que la *poligamia no se considera por los jurisconsultos como condición esencial del matrimonio y que, por consiguiente, admite estipulación en contrario*, mientras que *Aben Salmun* y los demás intérpretes miran como cláusulas opuestas á la esencia del matrimonio la renuncia de la cuota legal hereditaria del cónyuge *superstite*, la estipulación de que la mujer no tenga derecho á ser alimentada por su marido, y otras varias.

Finalmente, en estas capitulaciones matrimoniales se fijan también las que podrían llamarse relaciones *económicas* del matrimonio, que vienen, en muchos casos, á introducir en la práctica algunas modificaciones en el sistema general establecido por la ley de la separación de bienes.

19. En cuanto á los *efectos del matrimonio*, distinguiremos los relativos á los cónyuges de los que se refieren á los hijos.

El Korán, estableciendo deberes que han de cumplir los cónyuges el uno respecto del otro, dando la autoridad familiar al marido (1) y poniendo en armonía los derechos de éste á la *tetragamia* con sus obligaciones respecto á cada una de sus mujeres, ha fijado las bases de la familia musulmana, que han sido después desenvueltas por la tradición y las doctrinas de los jurisconsultos. La mujer debe obediencia á su marido, y puede, por su propia iniciativa, contribuir á la conservación y prosperidad de la fortuna familiar. Al marido corresponde el sufragar todos los gastos para el mantenimiento, habitación, vestido, servicio do-

(1) Korán, S. II, A. 228; S. IV, A. 37.

méstico, etc., incluyendo hasta los objetos de tocador de su mujer, sin que pueda obligar á ésta á vivir con sus suegros ni á aceptar habitación común con sus rivales ó coesposas; y los jurisconsultos desenvuelven, con prolijos detalles, las reglas que el marido debe seguir en las manifestaciones de su afecto conyugal cuando fuese polígamo. Finalmente, el matrimonio no lleva consigo la confusión del patrimonio de los esposos, es decir, que se desenvuelve, como se ha hecho notar al establecer la doctrina relativa á la dote, el sistema de separación de bienes, y cuando la mujer es mayor y ha sido reconocida su aptitud para administrar su fortuna, puede disponer libremente de ellos y comparecer en justicia, sin la autorización de su marido, ni otra limitación que la de no poder disponer, por título gratuito, de más de la tercera parte, interdicción parcial creada para garantir al marido sus derechos de sucesión en la herencia de su mujer.

20. Respecto de los hijos, los derechos paternos reciben única y exclusivamente el nombre de *tutela*, y el padre no es más que el primero de los tutores, el *tutor legal* por excelencia. En este concepto tiene el derecho de coacción legal en el matrimonio, tal como queda ya estudiado; el de fijar el domicilio familiar y el de disponer por título oneroso de los bienes de sus hijos, sin necesidad de alegar justa causa de enajenación, y sin que ésta esté sometida á solemnidades especiales. Tampoco está precisado á observar reglas determinadas respecto al empleo del precio obtenido, si bien, como tutor que es, está obligado á la rendición de cuentas, al llegar su hijo á la mayor edad. Más aún: en el caso de que un padre abuse de estos derechos de administración y dilapide los bienes de su hijo, el kadí puede suspender tales derechos, ya declarándole incapaz, ya también quitándole la tutela y nombrando un nuevo tutor. Por lo que respecta á la enajenación á título gratuito, el padre no puede donar los bienes de su hijo, bajo pena de nulidad, sino con un fin piadoso, por ejemplo, la manumisión de un esclavo, una limosna á los pobres, etc.

21. Á la vez que estos derechos, el padre tiene también sus deberes, como son el atender á la manutención y educación de su hijo varón hasta que llegue á la pubertad y tenga la inteligencia necesaria para gobernarse y trabajar. Por lo que respecta á las hijas, esas obligaciones se prolongan hasta el día en que se casan y consuman el matrimonio. Tal es la patria potestad en el Derecho musulmán, sin que haya nombre especial para designarla, considerándola únicamente como la primera de las tutelas. Al lado de la *patria* coexiste la *matria potestad*; al lado de la tutela del padre, la que ejerce en primer término la madre, que ha recibido el nombre especial de *hadana*, y cuyo origen se encuentra en la *Sunna* ó conducta del Profeta, que, ya se ha dicho, es la segunda fuente del Derecho islámico. La *hadana* es una verdadera tutela, efectiva desmembración de la autoridad paterna, que coexiste al lado de ésta, y que subsiste aún después de la disolución del matrimonio, y está constituida para la educación del hijo, y todo lo referente á

su habitación, alimentación, vestido, etc. Los gastos que produce los soporta el padre ó gravitan sobre los bienes propios del hijo. La duración de esta tutela en las escuelas *Xiies* se limita al tiempo de la lactancia, es decir, dos años respecto á los varones, y siete respecto á las hembras, y se otorga únicamente á las mujeres musulmanas. Más amplitud de criterio existe en las escuelas *Sunnies*, especialmente en la escuela *Malequí*, pues en ésta se otorga á la mujer, sea musulmana, judía ó cristiana, y dura, respecto á los hijos, hasta la pubertad, y, respecto de las hijas, hasta que se casan y consuman el matrimonio (1). La madre es, afirma Aben-Asem, «la más apta para la guarda del hijo», señalándose el carácter esencialmente femenino de la *hadana*, al observar que después de la madre se coloca la abuela, la bisabuela y las tias maternas, etc. Para concluir, es de notar que la mala conducta de la *hadana*—que es el nombre que toma la mujer que ejerce la *hadana*—, ó su nuevo matrimonio, se consideran causas de extinción de esa tutela.

22. Aparte los deberes de respeto y obediencia de los hijos para con sus padres, tienen también la obligación de atender á su manutención y sostenimiento cuando se encuentran en la pobreza.

23. La doctrina de la disolución del matrimonio es bastante complicada en el Derecho musulmán, mencionando los intérpretes numerosas causas, que reciben también distintos nombres. La naturaleza de esta sumaria indicación histórica impide se detallen las diferentes reglas jurídicas aplicables á los distintos casos, bastando al propósito de estas indicaciones hacer constar:

1.º Que, considerando al matrimonio como un contrato puramente consensual, el mutuo disenso es la primera causa de su disolución.

2.º Que el marido puede, por su sola voluntad, repudiando á la mujer, llegar á la disolución; repudio que para que produzca, efectos, y aparte las condiciones de capacidad, intención, lugar y fórmula, ha de ser pronunciado por tres veces, es decir, que el Derecho exige para la disolución del matrimonio, por esta causa, una triple repudiación.

3.º Que la mujer tiene también el derecho, en ciertos casos, de repudiar á su marido, aunque limitado por la nueva doctrina, mediante la necesidad de probar, ante la autoridad del kadí los perjuicios graves que sufre, por ejemplo, si se ha estipulado la monogamia en las capitulaciones matrimoniales, y el marido no cumple esta condición; si la maltrata de obra, etc.

4.º Que el matrimonio puede ser anulado por el *kadí* cuando existe alguna de las causas señaladas por los intérpretes, como son la falta de consentimiento, la unión de personas que tienen para ello impedimento legal, etc., y que esta anulación produce los mismos efectos que la repudiación.

(1) Aben-Asem dice: «Que la *hadana* dura para los varones hasta la segunda dentición»; pero añade que, «según la opinión más seguida, se prolonga hasta la pubertad» (pág. 332). En efecto: esta última es la doctrina aceptada por los escritores *malequíes*, y la primera, la más generalmente seguida por los jurisconsultos *hanefíes*.

5.º Que, además, se conocen el que puede llamarse *juramento de continencia (el-ila)*, la *asimilación injuriosa (ed-dihar)* y el *anatema ó maldición (el-lean)*, que son también causas de disolución del matrimonio.

Es el *ila* el compromiso que bajo juramento, y por un plazo que ha de exceder de cuatro meses, contrae un musulmán púber, dotado de discernimiento y capaz de la cohabitación, de no exigir de su mujer, cuando ésta no lacta, el cumplimiento del débito conyugal: si transcurrido el plazo, el marido sostiene su juramento sin relajarle por medio de la expiación (1), el matrimonio se disuelve por repudiación irrevocable.

Es el *dihar* el acto por el que el marido asimila su mujer á una persona con quien le está prohibida la unión matrimonial, por ejemplo, el manifestar que es para él como la espalda de su madre. El *dihar* no disuelve desde luego el matrimonio, pero prohíbe toda cohabitación entre los esposos, y, si al cabo de cuatro meses el marido no se somete voluntariamente á la expiación, la mujer acude al *kadí*, y si entonces aquél rechaza toda expiación, la disolución queda decretada.

Finalmente, el *lean* es el anatema ó maldición que, en nombre de Dios, el marido pronuncia contra su mujer, imputándole el adulterio ó desconociendo la paternidad del hijo próximo á nacer, y el juramento por el cual la mujer afirma que su marido miente. Entonces se constituye un procedimiento extraordinario, al cual no se debe recurrir sino cuando no hay otro medio de probar, ya el adulterio, ya la ilegitimidad del feto. Cuando el marido rehusa pronunciar el cuádruple juramento, queda convicto de haber acusado temerariamente á su mujer, y ésta tiene derecho á reclamar la ruptura del vínculo conyugal: si el marido jura y la mujer rehusa hacerlo, queda convicta de adulterio, y sin perjuicio de la pena á que haya lugar, el matrimonio se disuelve: si los dos esposos, juran, los dos juramentos se destruyen; pero el matrimonio se disuelve, toda vez que uno de ellos, no se sabe cuál, ha mentado, y, por tanto, la vida común resulta imposible.

24. Expuestas las doctrinas relativas al matrimonio *perpetuo*, único que admiten las escuelas *Sunnies*, procede ocuparse, aunque con más brevedad, del *temporal* que, al lado del permanente, aceptan las escuelas *Xiies*. El matrimonio temporal se denomina *En-nicah-el-monkete*, ó simplemente *El-mohell*, y está sometido á las siguientes reglas:

1.ª Puede celebrarse entre un musulmán y una mujer musulmana ó *quitabiya*, es decir, cristiana ó judía, existiendo controversia acerca de si es permitido con la mujer *güebra*.

2.ª Es esencia del contrato, que el consentimiento recíproco fije el término ó plazo de duración del matrimonio, y la omisión de esta formalidad le hace perpetuo.

3.ª Del mismo modo es esencial, bajo pena de nulidad, la estipulación de la dote (*mahr*).

(1) Estas expiaciones consisten en prácticas religiosas ó benéficas.

4.ª El matrimonio se disuelve *ipso iure* al expirar el plazo convenido, y la mujer tiene el derecho de dejar á su antiguo marido sin el permiso de éste, y si los cónyuges desean prorrogar su matrimonio, es indispensable la celebración de un nuevo contrato.

5.ª Si la mujer desea contratar nuevo matrimonio con otro musulmán, debe esperar á obtener la certeza de no hallarse encinta, y si el marido muriese antes de expirar el plazo del matrimonio, la mujer no puede contraer otro nuevo hasta haber transcurrido cuatro meses y diez días, y si estuviere encinta, hasta haber alumbrado.

Y 6.ª Los esposos casados temporalmente no son herederos el uno del otro; pero algunos jurisconsultos admiten la validez de la cláusula contractual, por la que se otorgan derechos sucesorios.

25. Como complemento de toda la doctrina expuesta acerca del matrimonio perpetuo y de sus efectos jurídicos, deben hacerse algunas indicaciones acerca de la teoría de la *emancipación y mayor edad*, de los *expósitos ó niños abandonados*, de la *tutela*, y de los *derechos del cónyuge viudo en la sucesión del muerto*.

26. En la teoría de la emancipación y de la mayor edad, procede distinguir, de un lado, el gobierno de la persona, de la administración de los bienes, ó sea lo que pudiera llamarse *tutela somática* y *tutela cremática*; y de otro, el sexo, pues varía la doctrina, según que se trate de varones ó de hembras. El hijo varón, de condición libre, en lo que se refiere al gobierno de la persona, es considerado como mayor de edad al llegar á la pubertad, acompañada de discernimiento, y desde este instante puede dejar el domicilio de su tutor. La emancipación viene á ser el acto en virtud del cual se coloca al menor en un estado intermedio entre los menores no emancipados y los mayores, y se llama *ijtibar-er-roxd*, ensayo de discernimiento ó mayoría de edad, y consiste en dejar al menor la libre administración de una parte de sus bienes, á fin de poder juzgar por este medio si es capaz de ser declarado mayor.

Por lo que respecta á la administración de los bienes, el varón se considera mayor (*raxid*) cuando es púber y ha sido declarado mayor por su padre ante dos testigos ó el *kadí*. La misma declaración ha de hacer el tutor testamentario cuando no existe padre, y en caso de malquerencia del tutor, el magistrado ó *kadí*. Es decir, que el varón sale de la tutela *somática* por la pubertad, adquiriendo desde entonces el gobierno de su persona, y de la tutela *cremática*, por la declaración del padre, del tutor ó del *kadí*.

Respecto á las hembras, la hija de condición libre no tiene la consideración de mayor hasta que llega á la pubertad y consuma el matrimonio. Si no se casa, continúa considerada como menor hasta la edad llamada *tanis*—cincuenta años, según la opinión más generalizada—. Como es natural, aunque la mujer púber que ha consumado el matrimonio es considerada como mayor de edad para el gobierno de su persona, tiene obligación de habitar el domicilio conyugal, ó el que ella haya escogido en las capitulaciones matrimoniales. Por lo que respecta

á la administración de sus bienes, basta que á las condiciones de pubertad y consumación del matrimonio se una la declaración ante dos testigos de su aptitud para administrar bien su fortuna, declaración que ha de ser hecha por el padre, el tutor ó el kadí, según los casos.

27. El niño expósito se llama *lakid* (encontrado), y es preciso que ignore quiénes sean sus padres y cuál su condición. Todo musulmán púber y sano de espíritu está obligado á recoger el niño expósito y á atender á su manutención, salvo el recurso contra el padre, cuando éste llega á ser conocido y sea solvente. El expósito se reputa hombre libre y *maula* ó cliente de la comunidad musulmana, y se le presume musulmán siempre que haya sido encontrado en una localidad habitada por musulmanes, aunque sólo sea por dos familias.

28. La *tutela* testamentaria es la que el padre confiere en su testamento, y es una emanación del poder ó tutela paterna.

Al *wasi*—es el nombre del tutor—corresponde lo mismo la tutela *somática* que la *cremática*, es decir, el gobierno de la persona del menor y la administración de sus bienes. Respecto á este punto, es de notar que el *wasi* no puede disponer de los bienes del menor más que á título oneroso y por evidente interés de su pupilo. Si se trata de bienes muebles no tiene obligación de alegar causa justificada, ni la venta está sometida á formalidades especiales; pero si son bienes inmuebles, los juriconsultos enumeran las causas que únicamente pueden motivar la venta, siendo éstas: la necesidad de atender al mantenimiento del pupilo ó á la extinción de una deuda; cuando se ofrece un precio superior al valor del inmueble; en caso de indivisión, etc., y la venta se ha de verificar en subasta pública, debiendo el tutor emplear el precio obtenido en la compra de otro inmueble, salvo, naturalmente, el supuesto de necesidad de atender á la manutención del menor ó al pago de deudas en que ya está fijado de antemano el destino del importe obtenido. Si el menor no tiene padre, y éste no ha nombrado *wasi*, viene á ser su tutor legal el kadí, quien puede delegar las funciones de la tutela en la persona que crea conveniente; pero ésta ha de obrar siempre como mandatario especial del magistrado.

29. El cónyuge viudo tiene *derechos legitimarios* en la sucesión del premuerto, derechos que varían, según los casos, y son la *mitad* ó *cuarta parte*, el marido, y la *cuarta* ú *octava parte*, la mujer. No es de este lugar el examen del Derecho de sucesión, el cual ofrece tales complicaciones en el Derecho musulmán, que constituye una rama especial de su jurisprudencia.

## CAPÍTULO VIII

### SUMARIO: La familia y el Derecho de familia en Francia y en Italia.

- Art. I. *La familia y el Derecho de familia en Francia.*—1. El Estado y la Iglesia en relación al matrimonio (sistemas matrimoniales).—2. El consentimiento paterno y el de los contrayentes: influencia feudal, real é igualitaria moderna.—3. La edad.—4. Los impedimentos.—5. Los esponsales.—6. Formas matrimoniales.—7. Relaciones personales entre los cónyuges.—8. Condición civil de la mujer y relaciones patrimoniales entre los cónyuges.—9. El divorcio y la separación de cuerpos.—10. La legitimación.—11. La adopción.—12. La tutela oficiosa.—13. La *affiliation* ó asociación de hermandad.—14. La patria potestad.—15. Su extinción: emancipación de los hijos y sus causas.—16. Prole ilegítima: su condición y derechos en las diversas épocas; su legitimación y reconocimiento.—17. Investigación de la paternidad y de la maternidad.—18. La tutela.—19. La curatela.—20. El consejo de familia.—21. Resumen de doctrina en cuanto á las instituciones tutelares en el Código de Napoleón: El consejo judicial.
- Art. II. *La familia y el Derecho de familia en Italia.*—22. Influencia del Estado y de la Iglesia en la familia.—23. Condiciones constitutivas de la familia; el matrimonio.—24. El consentimiento de los contrayentes y la licencia familiar.—25. La edad.—26. Monogamia y monoviría.—27. Los impedimentos: el voto religioso y el carácter sacerdotal; el parentesco; la diferencia de condición social; la disparidad política y religiosa.—28. Los esponsales.—29. Sistemas matrimoniales.—30. Matrimonios imperfectos.—31. Las segundas nupcias.—32. El concubinato.—33. El *mundium* ó poder familiar.—34. Relaciones personales entre los cónyuges.—35. Relaciones patrimoniales.—36. El divorcio.—37. Condición civil de la mujer.—38. La legitimación.—39. La adopción.—40. La patria potestad: relaciones personales y patrimoniales.—41. Extinción de la patria potestad (edad, emancipación, ministerio de la ley).—42. Prole ilegítima.—43. La tutela: variadas fases de su evolución histórica; tutela familiar, feudal, real y civil ó común; la curatela.—44. El consejo de familia.

### ART. I

#### LA FAMILIA Y EL DERECHO DE FAMILIA EN FRANCIA

1. La distinción de *verba de futuro* y *verba de presente*, relativa la una á la promesa de matrimonio y la otra al matrimonio mismo, se conoció también en Francia, siendo de advertir que cuando la cohabitación seguía á la primera, ya fuera aquélla otorgada ante la Iglesia, ya simplemente ante un notario, el matrimonio se consideraba *perfecto*. Existe, pues, de hecho la separación de esferas *civil* y *religiosa*, en orden á la celebración del matrimonio; pero en tiempo de los merovingios, y sobre todo de los carlovingios, ó sea hasta el siglo VI, fué acentuándose mucho la tendencia del aspecto civil á fundirse en la legislación canónica, como natural resultado de ir ésta, en materias matrimoniales, adquiriendo carácter oficial en la esfera del Derecho público. Desde el siglo IX la Iglesia vino regulando exclusivamente la doctrina