

Editoras
Ana Marta González
Pilar Arregui
Carolina Montoro

FAMILIA Y SOCIEDAD EN EL SIGLO XXI



Universidad
de Navarra

Dykinson, S.L.

Índice

Prefacio	7
Introducción..... Ana Marta González	9
Un país extranjero. La transformación del espacio doméstico desde la sociedad pre-industrial hasta el siglo XXI..... Ana Zabalza Seguí	13
El reto de la conciliación trabajo y familia: ¿qué nos estamos jugando?.. Dolores López	27
Autonomía de la voluntad y estabilidad matrimonial..... Javier Fajardo Fernández	39
Familia, parentesco y Derecho penal..... María Elena Iñigo Corroza	55
El cuidado en la familia: una oportunidad educativa..... Nuria Garro-Gil, Araceli Arellano Torres	67
El valor de la vida familiar en la configuración de las relaciones intergeneracionales positivas Sonia Rivas Borrell	81
Enfoque sistémico familiar: necesidad de formación para los profesionales de la salud Ana Canga Armayor, Navidad Canga Armayor y Cristina García-Vivar	95
¿De la «hipercomunicación» a la incomunicación? Hacia una ecología de los medios digitales en la familia y en la sociedad..... Francisco Javier Pérez Latre	103
<i>Dos hombres y medio: la sitcom y el paraíso de la masculinidad</i> Mercedes Medina Laverón, Ruth Gutiérrez Delgado y Patricia Diego	113

Prefacio

El volumen que tiene el lector entre las manos es fruto de una Jornada Interdisciplinar sobre Familia y Sociedad en el siglo XXI celebrada en la Universidad de Navarra en abril de 2015. La Jornada se planteaba como una ocasión para reflexionar sobre el modo en que las distintas ciencias pueden contribuir a una mejor comprensión de las transformaciones culturales y sociales de la institución familiar en las últimas décadas, y anticiparse, en la medida de lo posible, a desarrollos futuros.

Los textos aquí recogidos fueron seleccionados entre otros muchos en atención a la diversidad de enfoques disciplinares con la que se aproximaron a la cuestión. Nuestro agradecimiento se dirige no solo a los autores, sino también a los miembros del comité científico de la Jornada, que participaron en el proceso: Javier Escrivá (Derecho), Cristina García Vivar (Enfermería), Antonio Moreno (Economía), Concepción Naval (Educación), Jokin de Irala (Medicina), Lourdes Flamarique (Filosofía), Rocío Davis (Literatura), Mercedes Medina (Comunicación), Jose María Ordeig (Arquitectura) y María Blanco (Derecho).

Autonomía de la voluntad y estabilidad matrimonial

Javier Fajardo Fernández

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del divorcio realizada en España por Ley de 8 de julio de 2005 ha admitido en nuestro país por primera vez el divorcio unilateral sin causa o divorcio *ad nutum* (también conocido popularmente como «divorcio express»). Esto supone un cambio profundo en la forma misma de entender el matrimonio del que todavía no somos plenamente conscientes.

La investigación en curso de la que estas líneas son un anticipo se pregunta precisamente cómo va a afectar este nuevo divorcio al matrimonio mismo, y en concreto al papel de la autonomía de la voluntad de los contrayentes. La hipótesis es que el divorcio *ad nutum* supone un acto de desregulación del matrimonio por parte del legislador que, como toda desregulación, deja un vacío que deberá ser llenado necesariamente por la autonomía de la voluntad, es decir, por las decisiones acordadas por los contratantes mismos.

Para conocer los efectos previsibles de un cambio importante en un sistema social o jurídico en curso de funcionamiento, nada mejor que estudiar otros sistemas equivalentes que han sufrido ese mismo cambio. He empezado la comparación con sistemas matrimoniales históricos pre-industriales que admitieron desde siempre el divorcio unilateral *ad nutum*: el Derecho romano, el Derecho judío y el Derecho islámico.

A continuación me referiré al divorcio unilateral *ad nutum* en el contexto del Derecho occidental y español (II). Los siguientes apartados analizan cada una de las instituciones de autonomía de voluntad peculiares de cada uno de los tres sistemas matrimoniales elegidos: la *dos* en Derecho romano (III), la *ketubah* en Derecho judío (IV) y el *mahr* en Derecho islámico (V). El último es una breve reflexión comparada (VI).

II. EL DIVORCIO EN OCCIDENTE Y EN ESPAÑA

Durante un periodo de mil años que abarca los siglos VIII a XVIII incluidos, en Occidente ha estado legal y socialmente vigente el que podemos lla-

mar modelo matrimonial cristiano, caracterizado por ser heterosexual, monógamo, exógeno, sacramental, formal (desde el siglo XVI) e indisoluble (es decir, disoluble solo por fallecimiento).

Tanto la sacramentalidad como la indisolubilidad se empezaron a discutir teóricamente en Europa con la reforma protestante del siglo XVI, pero la segunda no llegó totalmente a la realidad legal y social hasta la legislación revolucionaria francesa de finales del XVIII. Desde entonces todos los países occidentales, a distinto ritmo y empezando por los protestantes, han ido incorporando el divorcio. Las causas por las que puede admitirse suelen agruparse en cuatro: el *divorcio-sanción* (invocable solo por el cónyuge inocente frente al culpable de algún hecho grave especificado por la ley, como el adulterio, los malos tratos, etc.); el *divorcio-quebra* (modo de poner fin a un matrimonio que ya no tiene solución como constata el cese efectivo de la vida conyugal durante un plazo más o menos largo fijado por la ley, generalmente entre los seis meses y los cinco años); el *divorcio-consenso* o por mutuo acuerdo de los cónyuges (consecuencia más o menos lógica de considerar al matrimonio como un contrato más, que por tanto nace del acuerdo y debe poder disolverse por acuerdo); y el *divorcio-derecho* (ejercitable por uno de los cónyuges aun con la oposición del otro y sin necesidad de invocar ninguna causa, por lo que lo llamaré también divorcio unilateral *ad nutum*). Desde el punto de vista divorcista, el divorcio es una conquista de la libertad frente a la indisolubilidad impuesta por el cristianismo, conquista alcanzada a través de un lento proceso no siempre lineal, pero que idealmente sigue la secuencia progresiva divorcio-sanción, divorcio-remedio, divorcio-consenso, para culminar con el divorcio-derecho¹.

Nuestro país es buena muestra de lo anterior. Durante siglos la regulación legal del matrimonio ha tenido como pieza clave la indisolubilidad y casi todo su contenido ha sido imperativo, sin dejar a los cónyuges más decisión que admitir o rechazar un bloque legal, es decir, casarse o no casarse. La autonomía de la voluntad se manifestaba casi únicamente en la elección de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones matrimoniales. La primera ley de divorcio estuvo vigente en el breve periodo de los años 1932-1939. La Ley 7 julio 1981 introdujo el divorcio por causas mixtas de divorcio-sanción y divorcio-remedio². La Ley de 8 de julio 2005 admitió el divorcio a petición de uno solo de los cónyuges y sin necesidad de invocar ninguna causa ni el trans-

¹ Varias explicaciones desde una clave favorable al divorcio: R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; L. LÓPEZ DE LA CRUZ, «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo matrimonial», *Anuario de Derecho Civil*, 62, 2009, pp. 713-781, especialmente pp. 741-756; I. ALBERDI, *Historia y sociología del divorcio en España*, Madrid, CIS, 1979.

² Mutuo acuerdo después de un año de separación (86.1 cc), a petición de uno con culpa del otro llevando dos años separados (86.3.b y 82 cc), o a petición de uno después de cinco años de separación (86.4 cc).

curso de un periodo de separación previo (86 cc). La mente del legislador español encaja perfectamente en el planteamiento evolucionista-divorcista mencionado anteriormente. Según la exposición de motivos de la Ley de 2005, «el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10.1 CE, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge».

Este cambio en las causas de divorcio va a provocar un cambio en los conceptos mismos jurídico y social de matrimonio. Qué significa y qué consecuencias tiene casarse, cuál es el papel de la autonomía de la voluntad en el matrimonio, qué obligaciones se derivan del divorcio... son cuestiones que no pueden recibir la misma respuesta cuando el matrimonio es indisoluble y cuando existe la posibilidad de divorciarse, pero tampoco cuando el divorcio ha pasado a ser unilateral *ad nutum*.

Hay otros países occidentales que ya conocen el divorcio unilateral *ad nutum*, como 34 Estados de Estados Unidos (a partir de 1969), Suecia (desde 1973) y Finlandia (desde 2001)³. Pero aquí me voy a referir solo a tres sistemas históricos pre-industriales que han conocido algún modo de divorcio unilateral desde siempre: el Derecho romano, el Derecho judío y el Derecho islámico. Observar estos sistemas nos puede ayudar a entender cómo es esperable que funcione nuestro propio sistema⁴.

III. LA DOS EN DERECHO ROMANO

El Derecho romano es un sistema especialmente bien conocido e importante para todos los Derechos europeos occidentales, del que nos reconocemos de algún modo sus herederos⁵.

³ Más datos comparados en K. BOELE-WOELKI, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2004.

⁴ Obras generales (sin perjuicio de mencionar la bibliografía específica para cada uno de los tres sistemas): J. GOODY, *The Oriental, the ancient and the primitive. Systems of marriage and the family in the pre-industrial societies of Eurasia*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; M.A. GLENDON, *The transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989; M. WEBER, *Economy and Society*, 2 vols., Berkeley, University of California Press, 1978, pp. 356-384; R. POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 1992; G. BECKER, *A Treatise on the Family*, Cambridge, Harvard University Press, 1993; E. TODD, *The Explanation of Ideology*, Oxford, Blackwell, 1989; T. PARSONS y R.F. BALES, *Family, Socialization and Interaction Process*, Glencoe, Free Press, 1960; F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Marxist Internet Archive, 2000.

⁵ S. TREGGIARI, *Roman marriage. Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, Clarendon, 1993, pp. 323-364; F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 99-134; A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Eunsa, 1997; P.L. REYNOLDS, *Marriage in the Western Church*, Leiden, E.J. Brill, 1994, pp. 3-120; J. GOODY, *Op. cit.*, pp. 397-428; B. COHEN, *Jewish and Roman Law. A comparative Study*, 2 vols., New York, The Jewish Theological Seminary of America, 1966, pp. 279-408; M.A. GLENDON, *Op. cit.*, pp. 17-22; J.L. LACRUZ BERDEJO, «Dote», *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 277-501; M.C. GÓMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, Salamanca, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, 1976, pp. 19-96.

En Derecho romano en época arcaica era monógamo, de familia agnaticia patrilineal (es decir, tanto la esposa como los hijos se incorporaban a la familia del padre y perdían casi toda relación jurídica con la familia materna) y solía tener carácter *cum manu* o patriarcal (es decir, todos los miembros de la familia, incluida la esposa, estaban sometidos a la potestad del *pater familias*, que podía ser el mismo marido si era *sui iuris*, o el *pater* de este si era *alieni iuris*). Su formación constaba de dos fases: los esponsales (*sponsalia*) o acuerdo de celebración del matrimonio, frecuentemente celebrado entre los *patres* de los futuros esposos, y las bodas o conducción de la esposa a casa del esposo (*deductio uxoris in domo mariti*). Aunque el matrimonio propiamente dicho no estaba sometido a otros requisitos formales, el sometimiento a la *manus* del esposo sí lo estaba, y tenía que producirse empleando algunos de los mecanismos jurídicos formales que permitían la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles o muy valiosos (*mancipables*): *mancipatio*, *in iure cesio*, *confarreatio*, etc. La *dos* (dote) era una cantidad de bienes regalada al marido en el momento de casarse por alguien que actuaba de parte y en interés de la esposa (*dote proferticia* si procedía del padre o del abuelo; *dote adventicia* en cualquier otro caso). Tenía una cuantía modesta y servía como contribución a los gastos de la familia. Era propiedad del marido y debía restituirse a la esposa si este fallecía antes que ella.

En época clásica (desde el año 130 a.c.) Roma sufrió importantes cambios políticos, sociales y culturales que influyeron en su modelo familiar. La familia patriarcal fue evolucionando hacia un modelo más similar al que estamos acostumbrados hoy de familia cognaticia, centrada en el núcleo formado por los esposos y sus hijos, el poder del *pater familias* se debilitó, el matrimonio *cum manu* desapareció. El matrimonio conservó su formación en dos fases, pero perdió cualquier otra forma: la mera convivencia iniciada con la *conductio* era ya suficiente para considerarlo formado. Los elementos que diferenciaban el matrimonio de otras relaciones de convivencia entre hombre y mujer como el *concubinatum* o el *contubernium* eran la igualdad de status de ambos contrayentes (el *matrimonium* tenía lugar necesariamente entre un ciudadano romano libre y una mujer ciudadana libre) y la existencia de dote.

Y apareció el divorcio, que era ya desde el principio unilateral *ad nutum* y no requería ningún procedimiento judicial o formal ni la concurrencia de ninguna causa. Bastaba con que uno de los dos cónyuges quisiera divorciarse y lo dijera en el momento para que produjera su efecto. Lo más parecido a una fórmula que nos ha llegado es la expresión «*res tuas habete*», es decir, «recoge tus cosas y vete». Aunque en teoría la mujer tenía el mismo derecho a divorciarse que el hombre, parece que esto ocurría muy rara vez. Divorciarse no se consideraba un acto reprochable social o moralmente. En la larga época en que Occidente ha carecido de divorcio o lo ha restringido de algún modo, los divorcistas han visto el divorcio romano clásico como el modelo que aspiraban a implantar⁶.

⁶ Es el caso de F. SCHULZ, *Op. cit.*, pp. 99-100 y 127-129.

La aparición del divorcio *ad nutum* tuvo un fuerte impacto en la regulación y la importancia de la dote. Ahora la dote debía restituirse a la esposa no solo cuando el marido fallecía primero, sino también cuando había divorcio, con independencia de quién lo hubiera instado. La dote se convirtió en un seguro frente al divorcio, y por tanto también en un instrumento al servicio de la estabilidad matrimonial. Para el marido, recibir una dote elevada era algo muy atractivo, pero también una restricción de su libertad para divorciarse, pues hacerlo podía resultarle demasiado caro, e incluso podía no poder hacerlo en absoluto⁷. Para el padre de la novia, otorgar a su hija una dote elevada era un modo acceder a un marido o a un estatus interesante, una garantía para el eventual fin del matrimonio, y un incentivo para que su yerno no se divorciara de su hija. Los romanos de clases altas querían dotar a sus hijas lo mejor posible e incurrieron en el peligro de excederse y terminar quebrando ellos mismos. La dote empezó a crecer en valor y a ser un elemento extremadamente importante de la economía familiar. El marido podía complementar la dote regalando antes del matrimonio bienes a la mujer para que esta se los diera a su vez a él (*donatio ante nuptias*). Estos bienes seguían exactamente el mismo régimen de la dote, y en ese sentido podían considerarse funcionalmente parte de ella aunque hubieran sido aportados por el marido (*dote indirecta*). El régimen de la dote permitía una amplia modulación contractual a través de pactos anexos (*pacta dotalia*). Algunas de las cláusulas conservadas limitan las retenciones a las que estaba autorizado el marido legalmente, el régimen de responsabilidad por la gestión de los bienes dotales, etc.⁸. Para asegurar su restitución, empezaron a desarrollarse múltiples trabas legales para la disponibilidad de los bienes dotales, hasta convertirlos en algo parecido a un patrimonio separado o fiduciario.

No procede aquí analizar con detalle la evolución posterior de la dote, pero sí mencionar que perdió importancia con la desintegración del imperio, la vulgarización jurídica, la asunción de principios germanistas y la implantación del cristianismo. Es cierto que ha habido otros momentos y contextos en que la dote ha vuelto a tener importancia (p. e., en los matrimonios entre nobles en la Francia feudal). Pero el progresivo reconocimiento de la indisolubilidad del matrimonio en toda Europa occidental y la generalización de otros sistemas de solidaridad patrimonial entre los cónyuges (como la sociedad conyugal de gananciales o la sociedad universal) le hicieron perder su carácter de elemento fundamental para la previsión y la estabilidad del matrimonio. Donde no hay peligro de divorcio, una de las funciones de la dote deja de ser relevante.

Entre las funciones de la dote (contribuir a los gastos del matrimonio, asegurar el futuro de la esposa en caso de viudez o divorcio) se da una cierta tensión. Para contribuir a los gastos puede ser necesario enajenar, pero para

⁷ M. WEBER, *Op. cit.*, p. 372; F. SCHULZ, *Op. cit.*, p. 128; R. POSNER, *Op. cit.*, p. 177.

⁸ S. TREGGIARI, *Op. Cit.*, pp. 357-361.

garantizar es necesario inmovilizar. Igualmente, la garantía exige que consista en bienes que se entreguen de presente y no pierdan valor, pero la protección del tráfico es contraria a la vinculación de la propiedad. Para el Derecho español de la segunda mitad del siglo XIX estas tensiones se resolvían si la dote consistía en inmuebles y su carácter dotal quedaba protegido registralmente. Pero esto supuso también una de las causas de su desaparición, dada la fuerte tendencia anti vinculatoria de las revoluciones liberales del siglo XIX. Una de las causas de la desaparición de la *dos* en Europa durante las revoluciones liberales fue precisamente su carácter de propiedad vinculada⁹.

Por una causa u otra, cuando la reforma de 1981 suprimió la regulación de la dote no hizo más que enterrar a un muerto¹⁰.

IV. LA KETUBAH EN DERECHO JUDÍO

El Antiguo Testamento muestra las raíces históricas, culturales y antropológicas del cristianismo, elemento esencial para la configuración de la identidad occidental. La evolución posterior del judaísmo nos proporciona una tradición cultural y jurídica ininterrumpida perfectamente documentada a través de las decisiones de los rabinos, compiladas y explicadas por sus sucesores en una línea de continuidad difícilmente comparable con la de cualquier otro sistema jurídico¹¹.

La época de los patriarcas presenta un contexto de sociedad de pastores nómadas, familia patrilineal, matrimonio poligámico (en la versión de poliginia: un hombre puede tener varias mujeres legítimas) compatible con el concubinato (un hombre casado puede acoger otras compañeras sexuales de rango menor). Estaba permitido el divorcio unilateral, exclusivamente a instancias del marido, mediante entrega del libelo por escrito (*guet*) y sin necesidad de causa (Deuteronomio 24,1). En el momento de los esponsales el marido tenía que entregar al padre de la novia una cantidad de bienes o dinero (*mohar*). Durante mucho tiempo se ha considerado que el *mohar* era un «precio de la novia» pagado como parte del intercambio entre dos familias, respecto al que la dote sería un salto en la escala evolutiva de la consideración de la mujer¹².

⁹ KAYSER, citado por J.L. LACRUZ, «Dote», *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 290-291.

¹⁰ La dote «vive más en los preceptos del Cc que en la práctica», decía LACRUZ, *Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1963, p. 329.

¹¹ B. COHEN, *Jewish and Roman Law. A comparative Study*, 2 vols., New York, The Jewish Theological Seminary of America, 1966, pp. 279-408; J. GOODY, *Op. cit.*, pp. 342-360; M.J. BROYDE y M. AUSUBEL (eds.), *Marriage, Sex, and Family in Judaism*, Oxford, New York, Rowman & Littlefield, Lanham, Boulder, 2005; M.C. GARCIMARTÍN MONTERO, *El divorcio judío en Estados Unidos*, Madrid, Grupo Difusión, 2008; M.A. GLENDON, *Op. cit.*

¹² Aunque es una afirmación muy generalizada, vid. como ejemplo M. WEBER, *Op. cit.*, p. 372; F. ENGELS, *Op. cit.*, cap. II.

Sin embargo, era entregado por el marido a la esposa misma, que lo conservaba en su poder durante el matrimonio, y no era incompatible con la dote aportada por el padre de la novia, que también existía, y cuyo régimen compartía. El *mohar*, por tanto, recuerda más bien a las *donationes ante nuptias* romanas y puede recibir el nombre de dote indirecta¹³.

La recopilación de comentarios a la ley y resoluciones rabínicas que llamamos *Mishnah* (siglo III d.c.), con su posterior glosa y comentario llamados Talmud de Babilonia (siglo VIII), nos muestran un sistema matrimonial más consolidado¹⁴. Al igual que el romano, el matrimonio es un contrato puramente civil, celebrado entre las partes y ante dos testigos, carece de cualquier connotación religiosa, y consta de las dos fases de esponsales (*qiddushin*) y bodas (*nisu'in*). En la primera es esencial la firma de un contrato matrimonial escrito (*ketubah*), cuidadosamente negociado por ambas familias, en el que constan los regalos hechos por el marido al padre de la novia, la dote directa proporcionada por este (*nedunya*) y, sobre todo, la cantidad que el marido debe pagar si repudia a la esposa (o que debe pagar su heredero a la esposa si fallece él antes), llamada también *ketubah*. La cantidad fijada en la *ketubah*, sujeta a unos mínimos legales¹⁵, no se entregaba inmediatamente, sino que generaba un derecho a favor de la esposa para el caso de fallecimiento del marido o divorcio. Este aplazamiento permitía que pudieran acceder al matrimonio varones jóvenes con ingresos escasos que de otro modo habrían tenido que esperar a casarse hasta haber adquirido un patrimonio, problema que había existido antes con el *mohar*. La *ketubah* cumplía, por tanto, las funciones de garantizar ciertos ingresos a la esposa en caso de divorcio o fallecimiento del marido y que al marido «no le sea tan fácil divorciarse»¹⁶.

Originariamente el *guet* o libelo de divorcio solo podía ser entregado por el marido. Si la esposa quería divorciarse tenía que convencer a su esposo para que lo hiciera o al tribunal para que le obligara a hacerlo. Pero a lo largo de la Edad Media y primer Renacimiento divorcio y *ketubah* sufrieron evoluciones bien diversas en los dos grandes centros de concentración de la diáspora: el judaísmo sefardí y el askenazi¹⁷.

El judaísmo medieval de Oriente medio (sefardí), que vivía en un contexto cultural y político dominado por el Islam, siguió permitiendo la poligamia, el

¹³ J. GOODY, *Op. cit.*, pp. 342-360.

¹⁴ Vid. especialmente M.S. BERGER, «Marriage, Sex and Family in the Jewish Tradition», pp. 1-14; D. NOVAK, «Jewish Marriage: Nature, Covenant and Contract», pp. 61-87; y M.J. BROYDE, «Jewish marriage and the Abandonment of Marriage», pp. 88-115, recogidos en M.J. BROYDE y M. AUSUBEL (eds.), *Op. cit.*

¹⁵ No podía ser inferior a un mínimo establecido jurisprudencialmente de 200 *zuzim*, o 1 kg. de plata, supuesto equivalente al coste de mantener a la esposa durante un año.

¹⁶ Según reconoce el mismo Talmud, BT Ketubot 10a. La referencia en J. REISS y M.J. BROYDE, «Prenuptial», pp. 197 y 208, nota 43.

¹⁷ Para lo que sigue, vid. M.S. BERGER, «Two Models of Medieval Jewish Marriage: A Preliminary Study», pp. 116-148; M.S. BERGER, «Maimonides on Sex and Marriage», pp. 149-191; J. REISS y M.J. BROYDE, «Prenuptial Agreements in Talmudic, Medieval and Modern Jewish Thought», pp. 192-213.

libre divorcio unilateral *ad nutum* por parte del marido y, a partir de un Decreto de la Academia de Sabios de Babilonia recogido en el Talmud, también el divorcio unilateral de la esposa sin consentimiento del marido cuando esta invocaba que su esposo «le resultaba repulsivo». De este modo, las posibilidades de divorcio se ampliaron mucho, y sobre todo se ampliaron a ambos cónyuges.

A la vez, la *ketubah* como documento se convirtió en un importante instrumento al servicio de la autonomía de la voluntad de los contrayentes. El juego de objetivos, aspiraciones, posibilidades de actuación y estrategias de los cónyuges en el momento de negociar la *ketubah* determina el contenido de los pactos alcanzados respecto a cuestiones fundamentales de la vida conyugal como las reflejadas en la colección de documentos encontrada en la famosa *geniza* (archivo del rabino) de El Cairo, donde constan ejemplos de pactos impuestos por la esposa (p. e., el marido renuncia a su derecho a la poligamia o a tener concubina, se obliga a vender cualquier esclava que la esposa considere impropio tener en casa o autoriza a su mujer a llevar sus propios negocios sin rendirle cuentas) y de pactos impuestos por el marido (p. e., la esposa le permite tener otras mujeres o acepta reducir su libertad de movimientos).

Por el contrario, en el judaísmo medieval del Norte de Europa (askenazi), que se encontraba en un contexto cultural y político dominado por potencias cristianas en el que los judíos urbanos participaban plenamente en la vida social y económica y alcanzaban incluso posiciones de preeminencia en el comercio y las finanzas, el sistema matrimonial se configuró de un modo más parecido al cristiano. Las importantes ordenanzas del Rabino Gershom, dictadas en Maguncia a principios del siglo XI y reconocidas como fuente normativa por los rabinos del norte de Europa durante siglos, prohibieron totalmente tanto la poligamia como el divorcio *ad nutum*, al exigir que el varón que quisiera divorciarse tuviera que lograr para ello la aprobación expresa de su mujer.

A partir de ese momento se puede observar una progresiva conversión de la *ketubah* askenazi en un documento puramente formal. Su contenido dejó de reflejar los pactos alcanzados por las partes como fruto de sus intereses para convertirse en unas cláusulas estandarizadas que ellos no fijaban, leían ni entendían (estaban redactadas en arameo, una lengua que ninguno de los cónyuges era ya capaz de leer). La indemnización fijada en la *ketubah* quedó estandarizada en los 200 *zuzim*, una cantidad desfasada e inconvertible. La indemnización que se pagaba ya no era la fijada en la *ketubah*, sino la que el cónyuge renuente exigía para consentir el divorcio, ya que sin él este no se podía dar. La *ketubah* quedó privada de valor jurídico y se convirtió en un texto puramente formal, ritual, cultural, folclórico podríamos decir.

El modelo matrimonial judío que viajó y arraigó en Estados Unidos fue el askenazi (sin divorcio *ad nutum*). Pero con el paso del tiempo, la generalización del divorcio unilateral *ad nutum* que tuvo lugar en muchos de los Estados Unidos a partir de 1969 movió al judaísmo estadounidense a adaptarse al entorno¹⁸.

¹⁸ Para todo este párrafo, C. GARCIMARTÍN, *Op. cit.*

Hoy todas las autoridades judías estadounidenses admiten divorcio *ad nutum* (que en el fondo había estado en sus raíces, aunque llevara prohibido cuatro siglos). Pero mientras las autoridades de los grupos reformados y las de los liberales permiten que el *guet* sea presentado indistintamente por el marido o por la mujer, las de los grupos conservadores y ortodoxos mantienen la exigencia tradicional de que solo puede ser entregado por el marido. Por tanto, para quien forma parte de una sinagoga adscrita a esos grupos, si el marido se niega a entregar el *guet*, los cónyuges podrán divorciarse y volverse a casar civilmente, pero no según el rito religioso judío. Esto ha generado el fenómeno de la *agunah*, o «esposa encadenada» al matrimonio con un marido que se ha divorciado de ella civilmente y se niega a otorgarle el *guet*. Las soluciones que se han intentado para solucionar este problema son varias. Una de ellas es que los esposos firmen antes de la boda un pacto prematrimonial en el que se obligan a someterse a los tribunales religiosos judíos en caso de divorcio, pacto que puede considerarse una cláusula compromisoria admisible por los tribunales civiles. El Estado de Nueva York dictó en 1984 y 1992 las llamadas «leyes del *guet*», dirigidas a proteger por vía jurisdiccional civil a las mujeres judías divorciadas que se encuentran en esta situación.

El modelo de *ketubah* trasplantado a Estados Unidos también fue el modelo askenazi, formal, ritual y vacío de contenido jurídico real, por lo que hoy en día no se entiende que la *ketubah* o la indemnización establecida en ella como dote sean exigibles ante los tribunales, ya sean civiles o religiosos. La extensión del divorcio y la admisión por buena parte de los Estados de los pactos prenupciales no ha revitalizado la *ketubah* ni le ha devuelto su función originaria. La *ketubah* no sustituye ni reemplaza al pacto prenupcial, sino más bien coexiste con él. Lo normal es otorgar ambas, cada una con su propia función (ritual la una, jurídica el otro). Cuando no hay pactos prenupciales, y dado que el Derecho judío autoriza a la mujer a elegir entre cobrar la *ketubah* o ser mantenida de forma vitalicia con cargo al caudal relicto del esposo difunto, nadie duda en elegir esta segunda posibilidad¹⁹.

V. EL MAHR EN DERECHO ISLÁMICO

Sin perjuicio de la influencia actual que ejerce el Derecho islámico en el Derecho matrimonial occidental por efecto de los inmigrantes procedentes de países musulmanes, ahora nos interesa como Derecho histórico con amplia aplicación y tradición jurisprudencial que admite desde un principio el divorcio unilateral sin causa²⁰.

¹⁹ J. REISS y M.J. BROYDE, *Op. cit.*, pp. 202-203 y p. 211, nota 70.

²⁰ J. GOODY, *Op. cit.*, pp. 361-382; M. VOORHOEVE, *Family Law in Islam. Divorce, Marriage and Women in the Muslim World*, New York, I.B. Tauris, 2012; N.B. OMAN, «Bargaining in the Shadow of God's Law: Islamic Mahr Contracts and the Perils of Legal Specialisation», *Wake Forest Law Review*,

El Derecho islámico clásico (*sharia* o *fiqh*) está contenido en dos textos básicos, el *Corán* (inspirado al profeta Mahoma) y la *Sunna* (que recoge dichos y hechos suyos). La interpretación de estos textos se hace en el marco de alguna de las cinco grandes escuelas de interpretación del Derecho islámico (cuatro suníes: Hanafi, Maliki, Shafi, Hanbali, y una chií: Jafari). Muy pocos países musulmanes actuales adoptan la *sharia* en bloque como Derecho vigente (p. e., Arabia Saudí), pero muchos se inspiran en ella al configurar su Derecho de familia.

El sistema familiar en el que nace el Islam es patrilineal, endogámico (se da prioridad al matrimonio entre primos), con posibilidad de poligamia (aunque en la práctica es muy minoritaria), concubinato, y admisión del divorcio. El Islam surge en un contexto de pueblos de pastores nómadas en los que es muy importante la solidaridad del grupo familiar. También aquí, el matrimonio consta de las fases de esponsales y bodas. Los esponsales consisten en la celebración ante testigos de un contrato habitualmente escrito (*mahr*, *nikaah-nama* o *al-kitab*) que recoge las condiciones pactadas y queda en poder de la esposa. Es frecuente que tenga lugar cuando la novia es todavía una niña y que esté acordado por las familias. Las bodas (*nikah*) son la conducción de la novia a la casa del esposo (*baraat*) una vez ella ha alcanzado la pubertad, muchas veces precedida de un banquete (*walima*). Cuando los esponsales han sido decididos sin el consentimiento de una novia que es menor, ella conserva hasta el momento de la boda la facultad de desistir del matrimonio (la llamada «opción de pubertad»).

La *sharia* requiere que el marido entregue a la esposa una cantidad de bienes o dinero llamada *mahr* (igual que el documento que la recoge) o *sad-daq*. Al igual que vimos en Derecho judío, es frecuente considerar que el *mahr* supuso un avance en la consideración de la mujer respecto al «precio de la novia» pagado por el novio al padre de la novia entre los beduinos árabes paganos anteriores al Islam²¹. Pero también en este caso es más correcto considerar que el «precio de la novia», como el *mahr* mismo, era más bien una dote indirecta que *se acumulaba* (no sustituía) a los regalos hechos por el esposo al padre de la novia (*shart*) y a la dote directa entregada por el padre a su hija al casarse (*jahaz*) (formada sobre todo por joyas y vestidos que conformaban su ajuar (*jahiz*))²². *Mahr*, *shart* y *jahaz*, aunque estructuralmente son distintos, funcionalmente son dote, porque su destino es constituir el patrimonio de la novia cuando fallezca su marido o en caso de divorcio (con los matices que se dirán).

45, 2010, pp. 579-606; J. REHMAN, «The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law: Examining the Theory and practice of Poligamy and Talaq», *International Journal of Law and Family Policy*, 21, 2007, pp. 108-127; P. FOURNIER, «Flirting with God in Western Secular Countries: Mahr in the West», *International Journal of Law and Family Policy*, 24, 2010, pp. 67-94; J.M. RUTHVEN, *Islam. A very short introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 91-115.

²¹ J. REHMAN, *Op. cit.*, pp. 113-114; M. WEBER, *Op. cit.*, p. 372; F. ENGELS, *Op. cit.*, cap. II.

²² J. GOODY, *Op. cit.*, pp. 362 y 371.

El *mahr* está formado por dos partes: el *mahr* inmediato (*muajjal*), entregado por el marido antes de la boda, y el *mahr* diferido (*muwajjal*), cuya cantidad se fija en los esponsales, pero que no es exigible hasta el divorcio o fallecimiento del marido. En caso de extravío del *mahr* documento o falta de pacto al respecto, hay reglas objetivas que permiten calcular el *mahr* diferido tomando como referencia el de otras mujeres de la familia de la esposa.

El *mahr* tiene especial importancia en relación con los tres tipos de divorcio admitidos en Derecho musulmán: a) El *talaq* o repudio es un auténtico divorcio unilateral *ad nutum* a instancias del varón, que tiene efecto en cuanto este pronuncia por tercera vez la palabra «*talaq*» ante su esposa. No hacen falta causa justa, procedimiento judicial, testigos, ni texto escrito. Con el *talaq* el marido pierde el *mahr* inmediato y se hace deudor del *mahr* diferido del que la esposa es acreedora. b) El *khul* (o *mukhala*) es un divorcio por consenso mutuo. En la práctica suele ser a instancias de la mujer, porque el marido no lo necesita (él puede acudir al *talaq*). La esposa tiene que lograr que su marido consienta el divorcio, cosa no siempre fácil, y como contraprestación tiene que restituir el *mahr* inmediato y renunciar al *mahr* diferido. c) El *faskh* o *tafriq* es un divorcio judicial contencioso causal por falta grave del otro cónyuge, en la práctica también a instancias de la esposa. Tiene la evidente ventaja de que no necesita el asentimiento del marido, pero requiere un procedimiento judicial en que se pruebe la culpa de este, con las dificultades y costes (económicos, humanos y sociales) que eso conlleva. Si la demanda es estimada, la esposa tiene derecho a quedarse con el *mahr* inmediato y a exigir que se le pague el diferido.

En los países musulmanes, como en el resto del mundo, se está generalizando que la mayoría de los divorcios sean instados por la esposa (y además, en una proporción de dos a uno). Dado que es muy frecuente que el marido se niegue a conceder el *khul*, cobra especial importancia la regulación de los requisitos necesarios para conceder el *faskh*, requisitos que dependen de la escuela jurídica que sigan las autoridades en el lugar en cuestión. La escuela Hanafi, que es la más rigurosa, solo reconoce el *faskh* a la esposa cuando ejerce la opción de pubertad o cuando ha sido abandonada por su marido durante 90 años. La escuela Malaki, que es la más liberal, lo admite si el marido se comporta con ella cruelmente, la abandona, está enfermo o es incapaz de mantenerla. Entre ambos extremos se encuentran las demás escuelas²³.

Como hemos visto con la *dos* romana y con la *ketubah* judía, el *mahr* cumple una función previsor para garantizar la supervivencia de la esposa en caso de divorcio o para facilitarle el acceso a un nuevo matrimonio, y a la vez supone un desincentivo para el ejercicio del *talaq*. La *sharia* llama al *mahr* «provisión para un día lluvioso», compensación ante la disolución del matrimonio y «poderosa limitación al ejercicio caprichoso del *talaq*»²⁴.

²³ J. REHMAN, *Op. cit.*, pp. 118-119.

²⁴ La referencia en P. FOURNIER, *Op. cit.*, p. 77.

Según la *sharia*, la mujer tiene derecho en la herencia de su padre a la mitad de la cuota que corresponde a sus hermanos varones, y en algunos sitios es costumbre que la casada renuncie expresamente aun a esa cuota en beneficio de ellos. Desde Occidente tendemos a considerar que esto es una medida sexista y discriminatoria. La justificación oficial es que ya la alimentará su marido y en vida de su padre ella ya recibió la dote (directa) y su *jahaz* (también en nuestra tradición jurídica la dote recibida por la hija debe colacionarse en la herencia de su padre, art. 1035 Código Civil).

Los antropólogos han descrito una versión muy parecida al sistema matrimonial islámico original que algunos pueblos de pastores del Yemen²⁵ siguen viviendo hoy mismo. Aun después de casada, la mujer no pierde los lazos con su familia paterna: su padre sigue haciéndole regalos importantes que se integran en la dote directa, ella conserva el derecho a heredarle, y sus hermanos administran los animales recibidos del marido como *mahr* inmediato incorporándolos a sus propios rebaños. Todo esto tiene el sentido de mantener los lazos en los primeros años, cuando todavía es posible que su marido la repudie²⁶. Solo más adelante, cuando puede considerar su matrimonio consolidado por la existencia de hijos sanos crecidos que podrán mantenerla en el futuro, será cuando la esposa reduzca el contacto con su familia paterna, renuncie a sus derechos hereditarios sobre la herencia paterna y recupere el *mahr* cuya posesión había entregado a sus hermanos.

La aplicación del *mahr* ante los tribunales estadounidenses en casos de divorcio de matrimonios entre musulmanes está generando una interesante jurisprudencia que en ocasiones muestra las dificultades de la aplicación de instituciones propias más allá de la frontera cultural²⁷. Generalmente los tribunales interpretan el *mahr* como equivalente funcional a una indemnización fijada en pacto prenupcial, y por tanto lo admiten como válido y condenan al marido a que lo pague a su mujer como única cantidad debida. Pero esto provoca resultados injustos cuando la esposa tiene un sueldo, pues la cantidad fijada en el *mahr* da por supuesto que ella no va a tener ingresos significativos fuera de la esfera familiar, y en ese caso debería complementarse con la distribución equitativa del patrimonio conyugal. Otras veces los tribunales rechazan aplicar el *mahr* porque no cumple los exigentes requisitos requeridos por la UPAa para admitir los pactos prenupciales. Esto tampoco es adecuado. Es verdad que en Occidente consideramos con prevención la idea de una negociación y un «regateo» egoísta realizado justo antes de consentir algo tan espiri-

²⁵ J. GOODY, *Op. cit.*, pp. 372 y ss.

²⁶ En efecto, aunque el marido tendría derecho a hacer uso del *talaq* en cualquier momento, en la práctica solo lo hace en los primeros años del matrimonio y solo si la esposa es estéril. Aun en estos casos, el marido no necesitaría divorciarse, ya que podría simplemente incorporar a la familia otra esposa o una concubina. Pero es la familia de la segunda esposa la que, para garantizar el estatus de esposa principal de su hija o hermana, presiona para que se divorcie primero de la esposa anterior.

²⁷ Sobre esto, N.B. OMAN, *Op. cit.*

tual como es o debería ser un matrimonio, pero desde hace muchos siglos eso es algo perfectamente natural para la cultura musulmana.

Algunos fenómenos hoy generalizados en Occidente como las uniones de hecho no matrimoniales o las familias uniparentales formadas por una madre soltera y sus hijos resultan hoy implantables en muchos países de cultura musulmana. Pero también en esos países hay quien está acudiendo a mecanismos jurídicos propios de su tradición jurídica que originariamente tenían carácter matrimonial para dar legitimidad a conductas que podríamos llamar «modernas» u «occidentales» que de otro modo serían totalmente inaceptables. En el «matrimonio entre amigos» (*zawag al-frind*) una pareja joven se casa sin dejar de vivir cada uno con sus padres hasta el momento en que puedan independizarse. El «matrimonio informal» (*urfi*) es celebrado privadamente por los esposos sin ceremonia, publicidad, registro público ni convivencia común, pero por tratarse de un auténtico matrimonio legitima las relaciones sexuales tanto desde un punto de vista social como religioso. En el «matrimonio público no registrado» (*misyar*) los esposos no viven juntos y el marido se ve liberado del deber moral, religioso y jurídico de mantener a su esposa. Y la escuela jurídica chiíta admite incluso el polémico «matrimonio temporal» (*mul'a*), celebrado muy sobriamente y sin publicidad y sometido a un término resolutorio que puede durar desde unos meses a unas horas, y que en ocasiones no es más que un intento de legitimar algunas modalidades más o menos sofisticadas de prostitución²⁸.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES COMPARADAS

Se podría decir que los modelos de familia a los que nos hemos asomado no tienen nada que ver con la familia nuclear especializada de nuestra sociedad post-industrial, urbana, situada en un entorno ocupacional salarial, secularizada, democrática, igualitaria, en la que está consolidado el trabajo de la mujer fuera de casa (aunque no su equiparación salarial con el varón). A pesar de esas diferencias, creo que podemos aprender algo de ellos. La comparación entre la regulación que podemos llamar histórica o tradicional del matrimonio en las culturas de Roma antigua, del pueblo judío y del Islam proporciona contrastes y similitudes sorprendentes e interesantes.

La exposición de los sistemas estudiados ha intentado ser respetuosa. Naturalmente, no debe olvidarse que la aplicación práctica no siempre ha sido tan neutra como ha podido parecer aquí. La fuerte cohesión familiar, tribal, social y religiosa ha hecho en el pasado y sigue haciendo hoy en muchos lugares que las mujeres sientan una fuerte presión para casarse, que su matrimonio se decida cuando ellas son aún muy jóvenes y sin tenerlas apenas en cuenta, y que el estado de casadas en ocasiones suponga para ellas una fuerte restricción

²⁸ Para todos ellos, vid. N. SONNEVELD, *Op. cit.*

de su libertad de actuación fuera del ámbito doméstico (sobre todo en las clases altas).

Las tres culturas conocen la celebración matrimonial en dos fases (esponales y bodas), por oposición a la fase única que se consolidó en la cultura occidental a partir del siglo XII. Aunque las tres culturas son o han sido fuertemente religiosas y regulan estrictamente el matrimonio y la vida sexual y familiar, las tres ven el matrimonio como un contrato puramente civil entre particulares en el que predominan el Derecho o la sociedad (representada por la familia, sobre todo la de la novia) sobre la religión. Este carácter secular se manifiesta tanto en su momento formativo como en el extintivo.

Las tres culturas admiten el divorcio *ad nutum*. Aunque originariamente el *guet* y el *talaq* no son equitativos para ambos cónyuges, con el tiempo se han desarrollado otros mecanismos que permiten divorciarse también a la mujer.

Las tres instituciones estudiadas (*dos*, *ketubah*, *mahr*) cumplen la misma función: asegurar un patrimonio a la esposa en caso de fallecimiento del marido o divorcio, especialmente divorcio instado por él. Esto es así tanto cuando los bienes entregados provienen de la familia de la novia (*dos*, *shart*, *jahaz*) como cuando provienen de la del novio (*donatio ante nuptias*, *ketubah*, *mahr*). En este sentido, las tres pueden llamarse «dote» con toda propiedad, aunque la diferencia estructural entre la dote directa (entregada por la familia de la novia) y la indirecta (entregada por el novio) sea muy importante.

Las distintas modalidades que hemos estudiado muestran la existencia de tensiones en el seno de la institución. Tensiones entre las distintas funciones (contribución a gastos/garantía), respecto a la familia que asume el pago (familia de la novia o dote directa/familia del novio o dote indirecta), al momento de entrega (entrega inmediata/entrega diferida), a la inmovilización de los bienes (facilidad para disponer/dificultad para disponer).

La entrega inmediata (*dos*, *mohar*, *mahr* inmediata) ayuda a asegurar que la esposa podrá disponer de los bienes llegado el momento, porque estos ya están ahí. Pero cuando existen otros mecanismos que aseguran el pago (p. e., sociales o religiosos), la posibilidad de convertir la dote en una obligación de futuro (*ketubah*, *mahr* diferida) es un avance, pues permite que hombres jóvenes sin recursos accedan al matrimonio y libera capital. Por el contrario, cuando esos mecanismos no existen, la deuda de futuro puede quedar impagada y convertirse en una pura entelequia (como ocurre hoy en España con las compensaciones por desequilibrio y alimentos derivados de la crisis matrimonial)²⁹.

Aunque la dote (directa o indirecta) cubre tanto el supuesto de fallecimiento del marido como el de divorcio, su importancia crece cuando el sistema permite el divorcio unilateral *ad nutum*, porque entonces cumple una importante función disuasoria. Una dote (directa o indirecta) elevada protege a

²⁹ Vid. M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2006», *Revista Jurídica del Notariado*, 57, 2006, pp. 233-264.

la esposa del ejercicio arbitrario del divorcio por su marido. Así se ve en la evolución de la *dos* y la *ketubah*, relevantes cuando hay divorcio e irrelevantes cuando no lo hay.

El hecho de que la ley desregule y en cierto modo desproteja el matrimonio mediante el divorcio *ad nutum* no significa que desaparezca toda regulación o protección del matrimonio. De donde se retira la ley, se abre campo para la autonomía de la voluntad. Hoy como entonces, el divorcio ilimitado permitido por el Derecho puede ser limitado por la *dos*, la *ketubah* o el *mahr*.

Por eso no es extraño que en cuanto algunos de los Estados Unidos empezaron a admitir el divorcio unilateral *ad nutum* siguiendo el ejemplo de California en 1969, se empezaran a admitir también los pactos prematrimoniales, que anteriormente habían estado prohibidos. Lo mismo ha ocurrido precisamente en España. Nunca se habían admitido los pactos en previsión de la ruptura, pero después de la aprobación del divorcio *ad nutum* (2005) no tardó mucho en dictarse la STS 31 marzo 2011 (RAJ 2011, 3137)³⁰ que los consideró admisibles.

Esto no debe sorprendernos. A fin de cuentas, los contratos (y el matrimonio es uno de ellos) nacen precisamente porque las partes quieren quedar vinculadas y desean protegerse contra la posibilidad de que el otro contratante incumpla, o al menos crear un entorno de incentivos que desincentive ese incumplimiento.

³⁰ Vid. comentario de M. ANDERSON, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 85, 2012, pp. 379-406.