

El tratamiento de la infancia y los derechos del niño en el derecho islámico con especial referencia a la escuela mālikí y a al-Andalus

Treatment of childhood and children's rights in Islamic law with special attention to Mālikī law and al-Andalus

Francisco VIDAL-CASTRO
Universidad de Jaén
fvidal@ujaen.es

Recibido: 1 de febrero de 2015

Aceptado: 3 de junio de 2015

RESUMEN

Estudio de algunos de los aspectos fundamentales sobre los derechos que el sistema jurídico mālikí aplicado en al-Andalus contempla para los niños en las distintas fases de la infancia, incluso desde antes de nacer, tanto desde el punto de vista material y patrimonial como de los afectivos y psicológicos. Entre otros, se abordan los derechos de guarda y custodia (*ḥaḍāna*), tutela ejercida por el padre u otro (*wālī*), protección del patrimonio del menor y especial protección de huérfanos y niños abandonados.

Palabras clave: niños, infancia, derecho islámico, derecho mālikí, al-Andalus, huérfanos, expósito, educación, protección de los niños.

ABSTRACT

Study of some of the fundamental aspects on the rights that the mālikī legal system applied in Andalus provides for children at different developmental stages of childhood, even before birth, both in terms of material wealth and as the emotional and psychological. Among others, attention is lent to the rights of custody (*ḥaḍāna*), trusteeship exercised by the father or another (*wālī*), the protection of minors and special protection of orphans and abandoned children.

Keywords: children, childhood, Islamic law, mālikī law, al-Andalus, orphans, abandoned children, education, protection of children.

SUMARIO: 1. Introducción. El derecho a la vida como primer derecho del niño en el Islam, 2. Período prenatal, 2.1 Posibilidad de liberación en caso de que la madre sea esclava, 2.2 Recibir donaciones, 2.3 Derechos sucesorios, 2.4 La protección de la madre durante el embarazo, 2.5 La *diyya* del feto, 3. Fases en la vida del niño, 3.1 Desde el nacimiento hasta los siete años, 3.1.1 La guarda y custodia (*al-ḥaḍāna*), 3.1.2 Un concepto integral de la salud y cuidados, 3.1.3 Otras responsabilidades del padre hacia el niño, 3.1.4 Incapacidad legal del niño y protección del tutor, 3.1.5 Responsabilidad penal del niño, 3.2 Desde los siete años hasta la pubertad: la tutela (*wilāya*), 4. El final de la niñez: la adolescencia, 5. Casos de especial protección del niño, 5.1 El huérfano, 5.2 El niño expósito, 5.3 Un caso extraordinario de protección social: el *rāqid* o "niño dormido", 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO A LA VIDA COMO PRIMER DERECHO DEL NIÑO EN EL ISLAM¹

Las sociedades islámicas premodernas y posteriores conceden gran importancia a la infancia, a la que consideran un periodo único en la vida del ser humano y que tiene su propio proceso de desarrollo gradual, ideas sobre las que basan toda su concepción, tratamiento y organización de la misma. Téngase en cuenta que la finalidad principal del matrimonio es traer al mundo hijos, que son considerados una bendición, lo que no impide que ya en la edad media se aceptase la anticoncepción por diversas razones: económicas, interés de la mujer, bienestar de los hijos ya nacidos².

En este marco general sobre los derechos humanos, se pueden inscribir los derechos del niño. El primero de ellos, sin duda, es el derecho a la vida, que, en el caso de los niños, es abordado incluso ya desde el propio Corán, que muestra una sensibilidad especial con la infancia. La primera y trascendental cuestión que plantea la doctrina coránica es censurar y prohibir la práctica del infanticidio que existía en época preislámica. El Corán condena tajantemente esta terrible práctica de los infieles que consistía en matar a los recién nacidos (Q 6:137, 140, 151; Q 17:31; Q 60: 12)³, totalmente inaceptable también en caso de que se trate de una niña (Q 16:58-59; Q 81:8-9⁴), que era más frecuente en la sociedad de la época. Rechaza y supera así el concepto preislámico de que los hijos son propiedad de sus padres.

Junto a aspectos generales de este tipo, el presente artículo aborda la cuestión de los derechos del niño y el tratamiento que recibe la infancia en el islam a partir del sistema jurídico de al-Andalus basado en la doctrina y teoría legal de la escuela *mālikí* de *fiqh*, aplicada en todo el Occidente islámico en general. Dadas las limitaciones de un artículo, no se pretende revisar todos los aspectos de la cuestión, sino elaborar una panorámica de los principales derechos de los que goza el niño con el objetivo de analizar el grado de protección y cuidado de la infancia que existe en la concepción islámica.

¹ Este artículo se basa en la ponencia presentada en el congreso internacional “Los derechos humanos en al-Andalus/Ḥuqūq al-insān fī l-Andalus” (Sevilla, 2008) y se inscribe en el marco del proyecto de investigación I+D+i “Documentos de la Granada nazarí y mudéjar: estudio de las colecciones (derecho, economía y sociedad)” (FFI2012-37775) y forma parte de las actividades del Grupo de Investigación “Sociedades Árabes, Islámicas y Cristianas” (HUM-761) del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación de la Junta de Andalucía. Agradezco al doctor Antonio Javier Martín Castellanos su inestimable ayuda técnica informática en la conversión de las transliteraciones del árabe. Agradezco a los revisores anónimos de este artículo sus observaciones, que han servido para mejorar la versión final del mismo.

² GILADI, Avner, “Saghir”, en *Encyclopédie de l’Islam. Nouvelle édition*, Leiden: Brill, 1960-2003 (= *EF*) VIII (1995), 849-856, s. v., 849, 850, 851. Del mismo autor, *Children of Islam: concepts of childhood in medieval Muslim society*, Houndmill and London: 1992, que no me ha sido posible consultar.

³ La numeración de aleyas corresponde a la vulgata cairota y las traducciones que se citarán son las de Juan Vernet, *El Corán*, Barcelona: Óptima, 2002⁵ (1963¹) y la de Julio Cortés, *El Corán*, 5ª ed., Barcelona: Herder, 1995 [1986¹].

⁴ “Cuando se pregunte a la niña enterrada viva, qué crimen cometió para que la mataran” (trad. Cortés, 704).

Para ello, se centra el estudio en un espacio geográfico (al-Andalus) y una época (etapa premoderna) que pueden ser representativos y podrían ser extensibles en sus aspectos más esenciales a otras zonas y épocas, sin bien no se puede generalizar por la diversidad de escuelas jurídicas, aplicaciones prácticas, evolución de las normas o adaptaciones locales, entre otras cuestiones.

2. PERIODO PRENATAL⁵

La importancia concedida a la infancia en el derecho islámico queda de manifiesto en la voluntad y deseo de protección integral del niño en todas las fases de su vida en el más amplio sentido de la palabra. Tanto es así que abarca también el periodo previo al nacimiento, cuando solo es un niño no nato, un feto. Por tanto, la defensa y protección de la infancia empiezan durante el embarazo.

De esta manera, el niño comienza a recibir derechos incluso antes de venir al mundo: ya el propio embrión y feto (*yānīn*) son sujeto de derechos. Lógicamente, estos derechos que el concebido y no nacido tiene asignados no los puede ejercer ni disfrutar, pero están en expectativa del nacimiento.

Entre otros, estos derechos del no nacido son los siguientes:

2.1. POSIBILIDAD DE LIBERACIÓN EN CASO DE QUE LA MADRE SEA ESCLAVA

Se contempla la posibilidad de manumitir el feto de una mujer esclava embarazada y que, según la normativa legal, en principio mantendría la condición de esclavitud que es transmitida por la madre (el hijo de esclava nace como esclavo, a no ser que este hijo haya sido engendrado por el dueño libre de la esclava, por el principio de que “nadie puede ser esclavo de su padre”⁶). Incluso, el *fiqh* permite que esta manumisión del futuro hijo, en estado fetal, sea de manera independiente de su madre esclava.

2.2. RECIBIR DONACIONES

El feto tiene capacidad de adquirir los bienes que se le donen. Incluso, puede ser designado beneficiario de un habiz (*hubs*) o fundación familiar benéfica por la que la propiedad de un bien se hace inalienable y se dona el usufructo. Aunque no todos

⁵ Como visión general sobre este apartado, puede consultarse LÓPEZ ORTIZ, José, *Derecho musulmán*, Barcelona: Labor, 1932, 128-129, así como las fuentes y bibliografía citadas en pág. 134; SCHACHT, Joseph, *Introduction*, París: Maisonneuve et Larose, 1983 [1964¹], 107.

⁶ PUENTE, Cristina de la, “Esclavitud y matrimonio en *al-Mudawwana al-kubrā* de Sahnūn”. *Al-Qanṭara*, 16, 2 (1995) 309-334, 312. Si un hombre posee una esclava en copropiedad y la deja embarazada, se evaluará el precio de esta para pagar a los otros copropietarios sus partes y él deberá quedarse la esclava y el niño, el cual ya no podrá ser esclavo por haber sido reconocido: v. PUENTE, “Violencia y misericordia con los esclavos. Regulación de derechos y deberes según la doctrina māliki”, En SERRANO RUANO, Delfina (ed.), *Crueldad y compasión en la literatura árabe e islámica*, Colección Estudios Árabes e Islámicos, Monografías, 19, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas; [Córdoba]: Universidad de Córdoba, 2011, 179-202, 186.

los juristas andalusíes lo aceptaban, existen casos que documentan esta práctica, como el del alfaquí Ibn Ayman (s. IV/X), que estableció un habiz a favor de su hijo que todavía estaba en el vientre de su madre⁷.

2.3. DERECHOS SUCESORIOS

Si existe una herencia en la que el feto podría participar si llegara a nacer y convertirse en niño (por ejemplo, si un hombre muere y deja esposa grávida)⁸, la partición de dicha herencia deberá diferirse hasta el momento del nacimiento para que el niño recién nacido pueda recibir la parte que le corresponda, que la compleja distribución de cuotas sucesorias (*farā'id*) se calcule teniéndolo en cuenta.

Ese momento del nacimiento, además, debe acompañarse de un requisito inexcusable que los alfaquíes especifican con exactitud para garantizar que el recién nacido estaba vivo y llegó a vivir tras el alumbramiento. Se trata de que el niño rompa a llorar con fuerza, “levante la voz a gritos” (*istahalla šāriḥ^{an}*), porque ello es el indicio de que está sano y vivo, lo que le da el derecho de heredar (*yariṭu*) y ser heredado (*yūraṭu*).

En la propia zuna (*sunna*) se encuentra el fundamento de este requisito: existe un hadiz que así lo indica, recogido por Ibn Māyā (209-273/824-887) en su obra, dentro del libro de las sucesiones o cuotas de herencia (*al-farā'id*, libro 23), capítulo 17, titulado, precisamente, “Cuando el recién nacido levanta la voz, hereda” (*idā stahalla^o al-mawlūd warīṭa*). En dicho hadiz, el Profeta dice: “No hereda el niño hasta que levanta la voz fuerte (*lā yariṭu al-ṣabiyy ḥattā yastahillu¹⁰ šāriḥ^{an}*)”¹¹.

⁷ AL-ŠA'BĪ, *al-Aḥkām*, ed. e intr. Šādaq (sic) al-Ḥalwī, Beirut: Dār al-Garb al-Islāmī, 1992, 203, n° 318; CARBALLEIRA DEBASA, Ana M^a, *Legados pios y fundaciones familiares en al-Andalus (siglos IV/X-VI/XII)*, Estudios Árabes e Islámicos: monografías, 2, Madrid: CSIC, 2002, 213-214.

⁸ AL-QURṬUBĪ, *al-Īmī' li-aḥkām al-Qur'ān wa-l-mubayyin li-mā taḍammana-hu min al-sunna wa-āyy al-furqān*, ed. 'Abd Allāh b. 'Abd al-Muḥsin al-Turkī y participan (*šāraka*) en la ed. de vol. 6 y 14 Muḥammad Riḍwān 'Irqūsūsī y Māhir Ḥabbūš, Beirut: Mu'assasat al-Risāla, 1427/2006, VI, 109, en la exégesis de Q 4:11, cuestión undécima. V. un resumen divulgativo sobre el niño en el Corán y la *sunna* en NOKKARI, Mohamad, “Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna”, en KHAĪĀT, Lucette y MARCHAL, Cécile (dirs.), *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*. Actes du colloque du 14 janvier 2008, París: Société de Législation Comparée, 2008, 33-44.

⁹ Aunque este verbo en forma X también tiene el significado de “llorar (el bebé)” al igual que en forma IV, he optado por el significado de “levantar la voz” por la línea interpretativa de los tradicionalistas para este término y este hadiz, como se verá a continuación y puede constatarse en las recopilaciones de hadices que se citarán.

¹⁰ Aunque en diversas ediciones de esta obra aparece vocalizado este verbo en modo subjuntivo (*yastahilla*), vocalizo e interpreto que se trata de un modo indicativo porque en este caso la partícula *ḥattā* expresa solo el límite temporal sin propósito o expectativa del sujeto ni causalidad del mismo, siguiendo a WRIGHT, William y CASPARI, Karl Paul, *A grammar of the Arabic language translated from the German of Caspari and edited with numerous additions and corrections*, Beirut: Librairie du Liban 1981 (reimp. de 3^a ed. Londres: 1896 y 1898), II, 29 D (§ 15 c); CORRIENTE, Federico, *Gramática árabe*. 2^a ed. Barcelona: Herder, 2002, 215-216, n° 132a.

Otras variantes del hadiz se transmiten como base para la aplicación de las reglas de la herencia en función del momento de fallecimiento del recién nacido: si antes de morir grita o llora levantando la voz, tendrá derecho a heredar. Así se recoge en otra de las seis colecciones de hadiz auténticas (*al-Ṣiḥāh al-sitta*), las *Sunan* de Abū Dāwūd al-Siḡistānī (202-275/817-889), en el libro de las sucesiones o cuotas de herencia (*kitāb al-farā'id*, nº 13), cuyo capítulo 15 se titula “Sobre el recién nacido [que] llora (*yastahillu*) y luego muere”. En este capítulo se incluye un solo hadiz en el que el Profeta dice: “Cuando levanta la voz (*istahalla*) el recién nacido, es constituido como heredero (*wurriṭa, sic*)”¹².

El propio Abū Dāwūd aclara el sentido del término: “[sobre] su palabra *istahalla*: su significado es ‘elevó su voz’ (*rafa'a a ṣawta-hu*) por que grite o que llore; todo el que eleva su voz por algo, pues [precisamente lo que ha hecho es que] ha levantado la voz (*istahalla*) por ello”¹³.

Similar es la explicación que ofrece la obra de Ibn Māyā: “Y su levantar la voz (*istihlālu-hu*) es que llore, que chille o que estornude”¹⁴.

Sin embargo, en este último caso, se añade un importante matiz: también considera un estornudo del recién nacido como algo admisible y suficiente para otorgarle el derecho a heredar.

De hecho, existe unanimidad en el caso de que el feto nazca muerto (no tiene derecho a heredad), pero en el caso de que nazca vivo y no levante la voz (*istahalla*), existen dos posturas:

¹¹ IBN MĀYĀ, *al-Sunan*, ed. Šu'ayb al-Arnā'ūt, 'Ādil Muršid y Sa'īd al-Laḥḥām (para v. 4), Damasco: al-Risāla al-'Ālamiyya, 1430/2009, IV, 49, nº 2751; IBN MĀYĀ, *Sunan Ibn Māyā*, ed. Muḥammad Nāšir al-Dīn al-Albānī, Al cuidado de (*i'tanā bi-hi*) Abū 'Ubayda Mašhūr b. Ḥasan Āl Salmān, [nueva edición (1ª) revisada y corregida], Riad: Maktabat al-Ma'ārif, s. d. [1417/1996], 467, nº 2751. *Cfr.*, ibidem, el hadiz similar nº 2750, clasificado por algunos como *ḍa'if* (de cadena débil y poco fiable), que añade la cuestión de la oración (se rezará sobre el cadáver del niño).

¹² ABŪ DĀWŪD, *Sunan Abī Dāwūd*, ed. Šu'ayb al-Arnā'ūt y Muḥammad Kāmil Qarah Balilī, Damasco: al-Risāla al-'Ālamiyya, 1430/2009, IV, 545, nº 2920; ABŪ DĀWŪD, *Sunan Abī Dāwūd*, ed. Muḥammad Nāšir al-Dīn al-Albānī, al cuidado de (*i'tanā bi-hi*) Abū 'Ubayda Mašhūr b. Ḥasan Āl Salmān, [nueva edición (1ª) revisada y corregida], Riad: Maktabat al-Ma'ārif, s. d. [1424/2003], 519, nº 2920. Mientras que en estas dos ediciones el verbo final del hadiz se interpreta y vocaliza como pasiva de forma II: *wurriṭa* (“es constituido como heredero”), el verbo se interpreta y lee como voz activa de forma I: *wariṭa* (“hereda”) por el prestigioso editor científico al-Turkī y sus colaboradores en AL-QURTUBĪ, *Al-Ŷāmi'*, XIV, 319.

¹³ AL-JAṬṬĀBĪ AL-BUSTĪ, *Ma'ālim al-sunan*, ed. Muḥammad Rāgib al-Ṭabbāj, Alepo: al-Maṭba'a al-'Ilmiyya, 1352/1934, IV, 105. La obra de al-Jaṭṭābī es un comentario de *al-Sunan* de Abū Dāwūd, por lo que al llegar al hadiz en cuestión, el autor transcribe tanto la explicación terminológica de Abū Dāwūd como la suya propia. Ambas explicaciones han sido adoptadas y reproducidas por los ulemas posteriores hasta nuestros días, como el caso del mālikī andalusí al-Qurtubī o el ḥanbalí oriental IBN QAYYIM AL-ŶAWZIYYA, *Ŷāmi' al-fiqh*, ed. Yusrī al-Sayyid Muḥammad, Al-Manšūra: Dār al-Wafā', 1421/2000, V, 30, así como en la actualidad: al-Arnā'ūt en su edición de ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, IV, 545, nota 1.

¹⁴ IBN MĀYĀ, *al-Sunan*, ed. al-Arnā'ūt, IV, 50; IBN MĀYĀ, *Sunan*, ed. al-Albānī, 467, nº 2751.

1) Es válida la presencia de cualquier señal (*amāra*) de vida en el recién nacido. Así, en caso de discrepancia sobre si el niño ha hecho o no el *istihlāl* (levantar la voz) pero ha hecho algún movimiento, estornudo, respiración, mamar o algo que solo puede hacer un ser vivo, el recién nacido se constituye como heredero por la existencia en él de signos de vida. Esta es la opinión de diversos imanes de primer nivel (incluso, epónimos de varias de las principales escuelas jurídicas) como Sufyān al-Ṭawrī (m. 161/778), al-Awzā'ī (m. 157/774), al-Šāfi'ī (m. 204/820) y, la opinión más estimada, la de Abū Hanīfa (m. 150/767).

2) No se aceptan otros signos de vida como moverse o estornudar y se atiene estrictamente a lo que especifica el hadiz (*istihlāl*, levantar la voz): “No le corresponde herencia, aunque se mueva o estornude, al [feto recién nacido] que no levanta la voz [y se muere después]” (v. notas 15 y 16). Esta segunda opinión es la de varios ulemas como al-Qāsim b. Muḥammad (m. 106/725), Ibn Sīrīn (m. 110/728), al-Ša'bī (m. d. 100/718 o 105/723?), al-Zuhrī (m. 124/742) o Qatāda (m. 117/735 o 118/736), pero lo más relevante es que también se trata de la opinión del imán de la escuela mālikí imperante en al-Andalus, Mālik b. Anas (93-179/712-795).

Estas dos interpretaciones del hadiz y la palabra utilizada en él son expuestas en detalle con sus respectivos seguidores por el tradicionista oriental (de Bust, en el actual Afganistán) Ḥamd al-Jaṭṭābī (319-388/931-998)¹⁵ y el exégeta andalusí Muḥammad al-Qurṭubī (m. 671/1273) en su célebre comentario del Corán¹⁶.

En cualquier caso, tanto la doctrina general del derecho islámico (paralización del reparto de herencia hasta el alumbramiento del feto interesado para recibir su parte si nace vivo) como la teoría de la escuela mālikí (el recién nacido debe levantar la voz con fuerza para adquirir inmediatamente el derecho de herencia y ser heredado en caso de morir a continuación) se aplicaron en al-Andalus.

Así se pone de manifiesto incluso en obras no jurídicas, como se observa en plena época califal a través del testimonio que transmite el médico cordobés 'Arīb b. Sa'īd o Sa'd (m. ca. 370/980):

¹⁵ AL-JATṬĀBĪ, *Ma'ālim al-sunan*, IV, 105, cuyo texto reproduce casi literalmente IBN QAYYIM AL-ŶAWZIYYA, *Ŷāmi' al-fiqh*, V, 30, así como al-Arnā'ūṭ en su edición de ABŪ DĀWŪD, *Sunan Abī Dāwūd*, IV, 545, nota 1.

¹⁶ AL-QURṬUBĪ, *Al-Ŷāmi'*, VI, 109 (en la exégesis de Q 4:11-14) y XIV, 319 (en la exégesis de Q 22:5). Sería interesante abordar el desarrollo y aplicación de la doctrina jurídica mālikí en general y andalusí en particular a este respecto, pero por limitaciones de espacio en este artículo, la cuestión queda para otra ocasión.

قالت العرب ان بكاء الصبي دليل على سلامته فاذا فعل ذلك قيل قد استهل صارخ وأهل الفقه لا يرون المولود يرث ويورث حتى يستهل صارخا .

Los árabes dicen que el llanto del niño es una señal de su salud y cuando hace eso se dice: ‘ya ha levantado la voz fuerte (lit.: a gritos)’. Los juristas no consideran que el recién nacido [adquiera la capacidad de] heredar y ser heredado hasta que levanta la voz fuerte¹⁷.

2.4. LA PROTECCIÓN DE LA MADRE DURANTE EL EMBARAZO

En interés del niño, se establece que la mujer embarazada queda eximida de cumplir uno de los pilares del islam, el ayuno del mes de ramadán. Además, no se le puede aplicar ninguna sanción penal hasta el parto y puede seguir viviendo en el domicilio matrimonial a pesar de haber sido repudiada o tras quedarse viuda hasta dar a luz¹⁸.

2.5. LA *DIYA* DEL FETO

A propósito de los derechos del feto, hay que indicar que existe un caso que tiene relación con esta cuestión, aunque no se refiere exactamente a un feto en el vientre de su madre.

Se trata de una situación en la que, excepcionalmente, un nacido muerto (que, en general, no adquiere ningún derecho) llega a tener un derecho muy especial y relevante. Es el derecho de la *diya* o "precio de la sangre", la composición o indemnización pecuniaria por homicidio que establece el derecho penal islámico.

¹⁷ ARĪB B. SA’ĪD, *Kitāb jalq al-yanīn wa-tadbīr al-ḥabālā wa-l-mawlūdīn = Kitāb Khalq al-Janīn wa-Tadbīr al-H’abālā wa’l-Mawlūdīn. Le Livre de la Génération du Fœtus et le Traitement des Femmes enceintes et des Nouveau-nés*, ed. y trad. Nūr al-Dīn ‘Abd al-Qādir (=Noureddine Abdelkader) y Henri Jahier (en orden inverso en la portada francesa), Argel: Faculté Mixte de Médecine et de Pharmacie d’Alger, 1375/1956 (reseña de Carmen Martínez Loscos en *MEAH*, Sección Árabe-Islam, 10 (1961) 151-153, también disponible en: <http://meaharabe.com/index.php/meaharabe/issue/view/37> [Último acceso el 21 de diciembre de 2014.]), 51/56 (traducción francesa: « Les juristes disent que l’enfant ne peut hériter et donner lieu à héritage que s’il a crié à la naissance »); traducción española de Antonio Arjona Castro, *El libro de la generación del feto, el tratamiento de las mujeres embarazadas y de los recién nacidos. Tratado de Obstetricia y Pediatría del siglo X, de Arib Ibn Sa’id*, Sevilla: Sociedad de Pediatría de Andalucía Occidental y Extremadura, 1991², 97: “Dicen los árabes que el llanto del niño es señal de que está sano y cuando llora dice: “ya comenzó llorando” (istahal sarij). Los alfaquíes no consideran al recién nacido heredero ni puede dar herencia hasta que comienza a llorar”. La edición y traducción francesa están basadas en un solo manuscrito de El Escorial, pero hay que añadir la existencia de otro manuscrito de la Biblioteca de la Facultad de Abū Yūsuf en Marrakech, del que una reproducción obra en la Biblioteca Islámica “Félix María Pareja” de la AEI, según indica su catálogo.

¹⁸ M’DAGHRI, Muhammad Abdelkebir Alaoui, “The Code of Children’s Rights in Islam”, en FERNEA, Elizabeth Warnock (ed.), *Children in the Muslim Middle East*, Austin: University of Texas Press, 1995, 30-41 (el artículo que recoge el texto es el discurso del ministro de Habices y Asuntos Islámicos (Awqāf wa-Šu’ūn Islāmiyya) de Marruecos, doctor M’Daghiri, profesor de la Facultad de Šarī’a de la Universidad de al-Qarawīyyīn de Fez, pronunciado el 9 de ramadán de 1407/8 de mayo de 1987), 32.

Este derecho lo adquiere el nacido muerto en un caso muy extraordinario: cuando su nacimiento muerto se haya producido por un aborto provocado por malos tratos infligidos a la madre. Este derecho de *diyya* (que en este caso se denomina *gurra* y consiste en la entrega de un joven esclavo)¹⁹ que tiene el nacido muerto es ejercido por sus herederos, como si realmente hubiera nacido vivo y adquirido este derecho, de la misma manera que cualquier individuo que es asesinado genera este derecho para sus herederos, que son los que realmente pueden ejercer la acción de la *diyya*.

3. FASES EN LA VIDA DEL NIÑO

La vida del individuo según el *fiqh* se considera dividida en dos periodos: infancia, *ṣugr*, y madurez, que se hallan separados por la pubertad, *bulūg*, si bien este término también se utiliza como sinónimo de mayoría de edad. Así, al menor se le denomina *ṣagīr* frente al púber o mayor, que es el *bālig*²⁰.

Por lo que respecta a la infancia, se halla dividida, a su vez, en varios periodos. Esta división varía según la perspectiva que se adopte o la disciplina científica que la analice. Así, en la medicina, los autores andalusíes establecen cuatro periodos, como indica el cordobés 'Arīb b. Sa'īd en el siglo IV/X aceptando el esquema de Hipócrates²¹.

Desde la perspectiva jurídica, la división es diferente. Con respecto a los derechos y deberes, el *fiqh* considera que la niñez se divide en dos periodos:

- el primero, que va desde el nacimiento hasta los siete años, y
- el segundo, que se extiende desde los siete años hasta la pubertad.

¹⁹ BRUNSCHVIG, Robert, “‘Abd”, en *The encyclopaedia of Islam. New edition*, Leiden: Brill, 1960-2003, ed. en CD-ROM (=EF², ed. CD-ROM), I, 24-40, 29a; SCHACHT, *Introduction*, 107; M'DAGHRI, “The Code”, 32, que aduce un hadiz de Muslim que relata que dos mujeres de Hudayl se pelearon y una de ellas abortó, ante lo que el Profeta fijó como pena la liberación de un esclavo.

²⁰ LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 135; v. a. *infra* apartado 0 (“El final de la niñez: la adolescencia”).

²¹ 'ARĪB B. SA'ĪD, *Kitāb jalq al-ḡanān*, 57/62 (trad. esp. 109). Similar en este y el resto de contenidos debe de ser el tratado del médico tunecino contemporáneo Ibn al-Ŷazzār (m. ca. 373/984), *Siyāsat al-ṣibyān wa-tadbīru-hum* (sic, ed. M. Ḥabīb al-Hīla, Túnez: Bayt al-Ḥikma, 2008, 3ª ed. basada en un segundo manuscrito de la Biblioteca Real de Rabat), que no he podido consultar, ni tampoco su traducción italiana *Libro del governo e del regime dei bambini* por Francesca Lucchetta (Venezia: Associazione di studi storici Muda di Levante, 2010).

3.1 DESDE EL NACIMIENTO HASTA LOS SIETE AÑOS²²

3.1.1. LA GUARDA Y CUSTODIA (*AL-ḤADĀNA*)

Tras el nacimiento, que era algo que se celebraba públicamente²³, y hasta los siete años (según la escuela ḥanafí)²⁴, el niño, que se suele denominar *ṭifl* (aunque hay más denominaciones), está al cuidado de su madre o, en su defecto, de sus parientes maternos, pues el derecho de la madre sobre el niño es más fuerte que el del padre.

La escuela mālikí considera que esta especie de tutela particular (denominada *al-ḥiḍāna/al-ḥaḍāna*, hispanizado como *alhedana*) de la madre se prolonga sobre los hijos varones hasta la pubertad y sobre las hijas hasta que contraen matrimonio²⁵. Otros (los ḥanafíes posteriores) indican una duración de siete o nueve años para los niños varones y nueve u once años (o bien hasta la mayoría de edad) para las niñas²⁶. Algunos atribuyen el motivo para prolongar en algún caso el periodo bajo el cuidado de la madre más allá de los siete años a una salud frágil o falta de la robustez suficiente en el niño²⁷.

Una interesante cuestión de fondo sobre la filosofía jurídica de la *ḥaḍāna* es su esencia como derecho de la madre o derecho del niño. En general, los juristas musul-

²² Sobre este apartado, véase SAHNŪN, *Al-Mudawwana al-kubrā li-l-Imām Mālik b. Anas*, 16 partes en 6 vols., Beirut: Dār Ṣādir, s.d. (reimp. Cairo: 1323/1905), II, ḡuz' 5, 356-362; JALĪL B. ISHĀQ, *Muḡtaṣar*, ed. Aḡmad Naṣr, [Damasco]: Dār al-Fikr, 1401/1981, 167-168, trad. francesa G. H. Bousquet, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imām Mālek*, Argel: En-Nahdha, 1956-1962, II, 139-141; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 135 y fuentes y bibliografía recogidas en 145; MILLIOT, Louis y BLANC, François-Paul, *Introduction*, 2ª ed., París: Dalloz, 2001 [1987¹, obra original de MILLIOT, 1953], 423-430; LINANT DE BELLFONDS, Yvon, "Ḥaḍāna", en *EP*, III, 17-20, s. v.; FAHD, Toufy y HAMMOUDI, Muhammad, "L'enfant dans le droit islamique", en *L'enfant. Première partie : Antiquité -- Afrique -- Asie*, Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, 35, Bruselas : Éditions de la Librairie Encyclopédique, 1975, 287-346, 290-317; DOI, 'Abdur Rahman I., *Sharī'ah: the Islamic law*, Londres: Ta Ha, 1984, 214-215. Sobre la *ḥaḍāna* en la legislación islámica moderna, v. además de los trabajos anteriores, GILISSEN Jacqueline y BENSMINE, Mimi, "Le statut de l'enfant dans le droit musulman malékite et son évolution dans le Maghreb actuel", en *L'enfant. Première partie*, 347-375; RUIZ DE ALMODÓVAR, Caridad, "El derecho de custodia (*ḥaḍāna*) en los Códigos de Estatuto Personal de los países árabes", *Awraq*, 19 (1998) 229-245; KHAĪAT y MARCHAL (dirs.), *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*; AJAAOUANI, Naima. "Situación de la mujer en Marruecos tras las reformas del nuevo código de familia (*Mudawwana*, 2004). Una perspectiva histórico-social y jurídica", en CABRERA ESPINOSA, Manuel y LÓPEZ CORDERO, Juan Antonio (eds.), *IV Congreso virtual sobre Historia de las Mujeres (15 al 31 de octubre de 2012) Comunicaciones*. Jaén: Asociación de Amigos del Archivo Histórico Diocesano de Jaén, 2012, 1-13, también disponible en: http://www.revistacodice.es/publi_virtuales/iv_congreso_mujeres/comunicaciones/NAIMAI.pdf [Último acceso el 20 de diciembre de 2014].

²³ BIANQUIS, Thierry, "La familia en el Islam árabe", en *Historia de la familia*, vol. 1: *Mundos lejanos, mundos antiguos*, Madrid: Alianza, 1988, 583-630, 617.

²⁴ FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 300.

²⁵ SAHNŪN, *Al-Mudawwana*, II, ḡuz' 5, 356; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 171.

²⁶ FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 300; SCHACHT, *Introduction*, 141.

²⁷ BIANQUIS, "La familia en el Islam árabe", 615.

manes que analizan la cuestión consideran que tiene un doble carácter: aunque sea un derecho de la madre (o persona que ostenta la función) es sobre todo y ante todo un derecho del niño, pues es el interés del niño el que determina los requisitos y aptitudes exigidos para ejercer dicha función, además de que la madre no puede renunciar a la función (sí pueden renunciar otras mujeres que no sean la madre, como la abuela)²⁸.

Por tanto, es un cuidado que se encarga a la madre, una especie de tutela que se puede definir como la guarda y custodia del menor consistente en los cuidados físicos y naturales propios de los niños de esas edades: alojamiento, vestido y régimen de nutrición, entre otros. La madre se encarga de los cuidados, pero no de los gastos que generen, que corresponden al padre. En la práctica judicial tiene una gran presencia pues es motivo de numerosos conflictos, en su mayor parte tras la disolución del matrimonio y en relación con los gastos de manutención (la divorciada puede exigir un salario y los gastos; el marido no siempre dispone de medios para ello, etc.)²⁹.

Dentro de estos cuidados se incluye el amamantamiento (*raḍā'*; también *riḍā'* y *riḍā'a*), que el propio Corán (Q 2:233, Q 31:14; Q 46:15) establece para un periodo de dos años³⁰ pero permite que los padres, de común acuerdo, acorten o contraten a una nodriza (Q 65:6) si el niño acepta su leche. La mujer casada o repudiada por divorcio revocable está obligada a efectuar la lactancia gratuitamente, con la excepción de la mujer de clase alta. En el caso de esta última y de la repudiada irrevocable (definitivamente), si amamantan a su hijo voluntariamente, recibirán una retribución³¹. Por ello, la madre que no está obligada a la lactancia puede reclamar al padre el pago del salario de una nodriza cuyo pecho haya aceptado el niño y ello aunque el padre hubiera encontrado otra nodriza dispuesta a amamantar al hijo gratuitamente³². Igual sucede si el niño no acepta ninguna mujer como nodriza: deberán darle el pecho pero también mediante retribución que pagará el padre³³ o, en su defecto (por pobreza o muerte del padre), el propio niño si tuviera medios. En cambio, si la mujer está obligada a la lactancia y no tiene leche, le corresponde pagar el salario de la nodriza en caso de que padre e hijo no tengan medios para afrontarlo³⁴.

²⁸ LINANT DE BELLFONDS, "Ḥaḍāna", 18, 19; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 423, 430.

²⁹ SAḤNŪN, *al-Mudawwana*, II, ḡuz' 5, 356-362; JALĪL, *Mujtaṣar*, 167-168/II, 139-141; FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 305-317.

³⁰ En Oriente la lactancia duraba hasta los tres años o más: Cortés, trad. *El Corán*, 112, nota 233; BIANQUIS, "La familia en el Islam árabe", 615, señala entre dos y cuatro años.

³¹ Acerca de las repudiadas, el Corán (Q 65: 6) dice: "Si la criatura que crían es vuestra, retribuidles como es debido y llegad a un acuerdo decoroso. Si encontráis alguna dificultad, entonces, tomad un ama a cuenta vuestra" (trad. Cortés, 655).

³² JALĪL, *Mujtaṣar*, 167/II, 138-139.

³³ Al respecto, el Corán (Q 65:7) indica: "El que vive desahogadamente gaste en la lactancia según su posición. Aquel a quien se han limitado sus bienes, gaste de lo que Dios le ha dado. Dios no obliga a ninguna alma más que en la medida de lo que le ha concedido" (trad. Vernet, 416). V. a. : FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 292.

³⁴ JALĪL, *Mujtaṣar*, 167/II, 138-139; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 430-432; FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 292-295; SCHACHT, Joseph y [BURTON, J.], "Raḍā'. Legal aspects", en *EP*, ed. CD-ROM, VIII, 361-362, s. v. (como término técnico que designa

En al-Andalus, el jurista y notario granadino de época nazarí Ibn Salmūn (m. 767/1365) indica, en el capítulo de la *ḥaḍāna*, que "se obligará a la madre a que amamante a su niño salvo que esté enferma"³⁵. El interés social de la lactancia se refleja incluso en las obras astrológicas del Occidente islámico, que especifican el mejor momento para amamantar al bebé y para destetarlo³⁶.

En caso de que la madre no pueda ejercer la guarda y custodia, se sigue la línea establecida para la devolución de la misma a los parientes femeninos, como se ha dicho. Si la línea femenina se agotase y la *ḥaḍāna* desembocara en un varón, este debería buscar una mujer que ejerciera la función en la práctica.

Tanto es así que, en interés del niño y garantizando con ello su derecho a la mejor crianza y cuidados, la asignación de la *ḥaḍāna* a la madre se mantiene incluso en caso de divorcio. Solo hay una excepción: en caso de que la madre divorciada o viuda se case de nuevo, pues se entiende que unas segundas nupcias exigirían de ella toda la dedicación para el nuevo marido, con lo que el niño no recibiría toda la atención y cuidados que necesita. No obstante, si el nuevo marido fuera un pariente tan cercano al niño como para entrar en la categoría de "grado prohibido" para el matrimonio, la mujer seguiría manteniendo el derecho de *ḥaḍāna*³⁷.

En cualquier caso, las disputas por la custodia u otras causas no deben ser nunca un pretexto o motivo para hacer daño a la madre ni al padre, como advierte el propio Corán³⁸.

En la práctica, parece que la mujer solía mantener siempre la custodia incluso en caso de nuevo matrimonio, pues diversas fetuas³⁹ emitidas en al-Andalus y reco-

el impedimento legal para el matrimonio por parentesco de leche, que se llega a equiparar al parentesco de sangre) y CHELHOLD, J., "Raḍā". In *Arabian society*", *ibidem*, 375; DOI, *Sharī'ah*, 210-211; GILADI, "Ṣaḡḥūr", 852. Por lo que respecta a los tratados médicos, especifican que la nodriza debe ser una mujer joven, sana, de buena presencia, con pezones de tamaño medio que faciliten la succión del niño: Camilo ÁLVAREZ DE MORALES, "El niño en al-Andalus a través de la medicina y el derecho", *Estudios de Historia de España*, 7 (2005) 51-65, 58.

³⁵ IBN SALMŪN, *al-'Iqd al-munazzam li-l-ḥukkām fī mā ya'yri bayna aydī-him min al-'uqūd wa-l-aḥkām*, Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya, s.d. [reimp. Cairo: 1301/1884; al margen de la *Tabṣira* de Ibn Farḥūn], I, 136.

³⁶ IBN QUNFUḌ AL-QUSANṬĪNĪ, [*Ṣarḥ al-Uryūza fī aḥkām al-nuḡūm*] *Comentario de la Uryūza astrológica de 'Alī b. Abī l-Riḡāl (Ṣarḥ al-Uryūza fī aḥkām al-nuḡūm li-'Alī b. Abī l-Riḡāl)*. Estudio, traducción y edición crítica por Marc Oliveras, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2012, 169/217-218, n° XXI y XXII.

³⁷ JALĪL, *Mujtaṣar*, 168/II, 140-141; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 171; SCHACHT, *Introduction*, 141; LINANT DE BELLFONDS, "Ḥaḍāna", 18-19, que expone también el caso de la divorciada o viuda *ḡimmi* (cristiana o judía) de un hombre musulmán cuyo hijo es musulmán: según la escuela *šāfi'i* y *ḥanbalī* la mujer pierde la custodia, pero la *mālikī* y *ḥanafī* le permiten mantenerla; FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 295-300.

³⁸ "No se dañará a la madre por razón de su hijo, ni al padre" (Q II, 233; trad. Cortés, 112); FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 301-302.

³⁹ Dictamen jurídico (*fatwā*) emitido por el muftí (*muftī*), que puede tener tanta o más relevancia jurídica y jurisprudencial que una sentencia judicial. Sobre esta institución, véase, entre otros, los siguientes trabajos monográficos y la bibliografía citada en ellos: POWERS, David S., "Legal

gidas por al-Wanšārīsī (m. 914/1508) reflejan contratos matrimoniales en los que se incluye una cláusula por la que el marido promete pagar la manutención (*nafaqa*) de los hijos de su nueva esposa habidos en un anterior matrimonio, cláusula de especial utilidad en los casos de viudedad de la mujer⁴⁰. Esta práctica “voluntaria” se acabó imponiendo como uso y costumbre, de manera que al final del periodo andalusí ya se había convertido en casi una obligación, según las consultas planteadas por al-Mawwāq en 1481 desde la Granada nazari⁴¹. Es posible que esta situación responda a una transacción entre la divorciada y su exmarido por la que ella mantiene la *ḥaḍāna* pero debe hacerse cargo de la manutención que corresponde al padre, que acepta el acuerdo porque con ello se libera del gasto de manutención que al final pagará el nuevo marido.

La importancia que el *fiqh* otorga a la *ḥaḍāna* queda reflejado en el exhaustivo control de la devolución de la misma cuando la madre no puede hacerse cargo del niño, hasta el punto de que un autor de referencia en la escuela jurídica *mālikī* como Jalīl b. Ishāq especifica hasta quince sucesivos parientes a los que correspondería por orden de prelación y siempre con el principio de prioridad femenina y de que, a igualdad de nivel (por ejemplo, dos hermanas), se preferirá la que pueda cuidar al niño mejor y con más afecto. Además, establece una serie de re-

constitution (*futyā*) in Medieval Spain and North Africa”, en MALLAT, Ch. (ed.), *Islam and public law. Classical and contemporary studies*, Londres: 1993, 85-106; MARTOS QUESADA, Juan, "Características del muftí en al-Andalus: contribución al estudio de una institución jurídica hispanomusulmana", *Anaquel de Estudios Árabes*, 7 (1996) 127-143; MASUD, Muhammad Khalid, MESSICK, Brinkley y POWERS, D. (eds.), *Islamic legal interpretation. Muftis and their fatwas*, Harvard, etc.: University Press, 1996; VIDAL-CASTRO, "El muftí y la fetua en el derecho islámico. Notas para un estudio institucional", *Al-Andalus-Magreb*, 6 (1998) 298-322; ZOMEÑO, Amalia, "The stories int the fatwas and the fatwas in history", en DUPRET, Badouin, DRIESKENS, Barbara y MOORS, Annelies (eds.), *Narratives of truth in Islamic law*, Londres: Tauris, 2008, 25-49.

⁴⁰ AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi'yār al-mu'rib wa-l-yāmi' al-muḡrib 'an fatāwī 'ulamā' Ifrīqiya wa-l-Andalus wa-l-Magrib*, ed. Muḥammad Ḥayyī y otros, Rabat-Beirut: Wizārat al-Awqāf, Dār al-Garb al-Islāmī, 1401 y 1403/1981 y 1983, III, 19-20 (fetua de Ibn Rušd), 21-22 (fetua de Ibn Lubb), 24 (fetua de Ibn Zarb), 219-221, 414 (fetua de Ibn Zarb); ZOMEÑO, Amalia, "The Islamic marriage contract in al-Andalus (10th-16th Centuries)", en QURAIŠHI, Asifa y VOGEL, Frank E. (eds.), *The Islamic Marriage Contract Case Studies in Islamic Family Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard Law School, 2008, 136-155, 146; M'HIR EL KOUBAA, Youness, "La manutención del hijo de la esposa a manos del padraastro: una práctica voluntaria impuesta por los usos en la Granada Nazari de finales del s. XV (1481)", en CABRERA ESPINOSA, Manuel y LÓPEZ CORDERO, Juan Antonio (eds.), *VI Congreso virtual sobre Historia de las Mujeres (15 al 31 de octubre de 2014). Comunicaciones*, Jaén: Asociación de Amigos del Archivo Histórico Diocesano de Jaén, 2014, 471-486, también disponible en: http://www.revistacodice.es/publi_virtual/vi_congreso_mujeres/comunicaciones/vi_congreso_virtual_hist_mujeres.pdf [Último acceso el 20 de diciembre de 2014].

⁴¹ V. AL-MAWWĀQ, Muḥammad y AL-RAŠŠĀ', Muḥammad, *al-Ayḥwiba al-tūnisiyya 'alā l-as'ila al-garnāṭiyya. Naṣṣ yādīd ḥawla al-Andalus wa-lfrīqiyya qubayl suqūṭ Garnāta*, ed. Muḥammad Ḥasan, Beirut: Dār al-Madār al-Islāmī, 2007 [D. L. 2005], 98-99, cuestiones 20-23; M'HIR EL KOUBAA, "La manutención del hijo de la esposa a manos del padraastro".

quisitos, físicos, morales y laborales (no estar demasiado tiempo fuera de casa), para recibir tal responsabilidad⁴².

Sin embargo, si el tutor (*walī*) emprende viaje largo o para trasladarse a un lugar lejos del domicilio del niño pero la mujer encargada de la custodia (*ḥāḍina*) no se traslada con él, perderá la custodia porque el tutor (normalmente el padre) tendrá derecho a llevarse al niño, si bien se le imponen las condiciones de que el lugar al que viaja sea seguro, al igual que el camino, de manera que el niño no corra ningún peligro. A la inversa, no se le permite a la *ḥāḍina* trasladar al niño a una distancia que no permita al padre supervisar fácilmente la educación y bienestar del menor⁴³.

Un caso que demuestra la importancia y fuerza del derecho de la madre a ostentar la *ḥaḍāna* se planteó en al-Andalus nazarí, en los últimos años, cuando el avance cristiano ya estaba en puertas de la capital de Granada. Se trata de un musulmán que tenía una hija menor de siete años nacida de una esclava cristiana; el padre temía que la zona en la que vivía hacia 1488 fuera conquistada por los cristianos y, como era su costumbre en esa época, se llevasen a las esclavas cristianas y a sus hijos (aunque los castellanos hubieran pactado lo contrario). Además, en esos momentos los cristianos ya no aceptan rescate por los hijos de cristianas. El padre, a pesar de que la madre es esclava, no quiere disponer a su albedrío de madre e hija y consulta a los muftíes si tiene derecho a separar a la pequeña de su madre y enviarla sola a la *ʿUḍwa* (la Ribera [norteafricana]), ya que no le es posible enviar a la madre fuera⁴⁴.

3.1.2. UN CONCEPTO INTEGRAL DE LA SALUD Y CUIDADOS

Los médicos andalusíes se ocuparon y preocuparon del cuidado de los bebés y los niños en estos primeros años de vida, hasta el punto de que el mejor cuidado del niño se antepone a los placeres o propias necesidades fisiológicas de los padres (ser comedida en el comer, prohibición de mantener relaciones sexuales) o la comodidad personal (obligación de hacer ejercicio físico).

⁴² JALĪL, *Mujtaṣar*, 167-168/II, 139-140. V. a. LINANT DE BELLFONDS, “Ḥaḍāna”, 18, que indica que la prioridad femenina no es tan absoluta en las escuelas šāfiʿí y ḥanbalí como en la mālikí y ḥanaḥí; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 424-425; FAHD y HAMMOUDI, “L’*enfant dans le droit islamique*”, 295-297.

⁴³ JALĪL, *Mujtaṣar*, 168/II, 141; LINANT DE BELLFONDS, “Ḥaḍāna”, 19. La misma doctrina es seguida también por las otras escuelas jurídicas ortodoxas, excepto la ḥanaḥí, que en coherencia con la doctrina general que establece que la custodia es una prerrogativa de la madre, asignan a la mujer este derecho incluso en contra de la voluntad del marido en los dos casos en los que pueden enfrentarse por la custodia marido y mujer -cuando no están separados legalmente-: viaje del padre con el niño y domicilio diferente de la madre (porque el marido se lo haya permitido o bien, como ocurre en derecho mālikí, porque ella se reservara este derecho mediante una cláusula del contrato matrimonial); v. LINANT DE BELLFONDS, *ibidem*, 17; *cfr.* FAHD y HAMMOUDI, “L’*enfant dans le droit islamique*”, 301-302.

⁴⁴ MARÍN, Manuela y EL HOUR, Rachid, “Captives, children and conversion: A case from late Naṣrid Granada”, *Journal of Economic and Social History of the Orient*, 41/4 (1998) 453-473.

Así lo indica uno de los más grandes médicos de la edad media, además de filósofo universal, Ibn Rušd al-Ḥafīd (520-595/1126-1198), Averroes el Nieto, de Córdoba, que estipula varias recomendaciones y prescripciones, algunas referidas a la madre o la nodriza que amamanta, que revelan ese gran interés por proteger al menor y ofrecerle la mejor alimentación: "La mujer que está amamantando debe ser comedida en el comer, hacer ejercicio y abstenerse de las relaciones sexuales, pues estas excitan la sangre menstrual y se altera el olor de la leche"⁴⁵. No obstante, la prohibición del coito durante la lactancia es algo discutido entre los ulemas por la diversidad de interpretaciones que presentan algunos hadices, como advierte el jurista y teólogo Ibn Qayyim al-Ḍawziyya (691-751/1292-1350)⁴⁶, que incluye en su tratado sobre el estatuto y crianza de los niños un apartado específico sobre el coito con la mujer lactante, en el que termina con la conclusión de que, en cualquier caso, si la mujer lactante se quedara embarazada, se buscará una nodriza para amamantar al bebé para evitar las posibles consecuencias negativas⁴⁷.

Lógicamente, el célebre médico andalusí también especifica y aconseja diversas medidas de carácter físico para la adecuada crianza del niño: "Se debe bañar al niño cada día con agua tibia, en un ambiente templado, para que no sienta escalofríos cuando salga del agua [...] Conviene que cuando se bañe a los niños tengan el estómago vacío de leche [...] y se les debe dar después de que hayan dormido largo rato"⁴⁸.

Pero más allá de los cuidados puramente médicos y sanitarios, de carácter físico y pediátrico, Ibn Rušd demuestra su genialidad adelantándose a su tiempo cuando precisa algunas instrucciones y recomendaciones en el cuidado de los niños que muestran su concepto integral de la salud y de la atención en todos los aspectos del ser humano. El moderno concepto de salud que las sociedades avanzadas y más desarrolladas han empezado a aplicar en el siglo XX abarca, además de aspectos de salud física, también aspectos de salud mental, psicológica, de bienestar espiritual o

⁴⁵ IBN RUŠD, *Kitāb al-Kulliyāt fī l-ṭibb*, ed. José M^a Fórneas y Camilo Álvarez de Morales, Madrid: CSIC, Escuela de Estudios Árabes, 1987, 2 vols., trad. M^a Concepción Vázquez de Benito y C. Álvarez de Morales, *El libro de las generalidades de la medicina*, Madrid: Trotta, 2003, 169/366; ÁLVAREZ DE MORALES, "El niño en al-Andalus", 57-58.

⁴⁶ Aunque desde el punto de vista estrictamente jurídico se trata de un jurista de la escuela ḥanbalí, la personalidad de Ibn Qayyim al-Ḍawziyya desborda este ámbito y su labor de exégeta, teólogo, filósofo del derecho, de la ética islámica y conducta del individuo (adelantada a su tiempo y de una concepción humana y de valores ciudadanos), ha tenido y tienen una considerable recepción en todo el mundo islámico, incluido el de ámbito de la escuela mālikí. Por ello, aquí se utilizará, aparte de su obra de hadices (en la que no existe adscripción de escuelas jurídicas, al menos ortodoxas), también su extraordinario y magnífico tratado (v. nota siguiente) sobre el conocimiento y tratamiento de los niños desde todos los puntos de vista (jurídico, médico, familiar, social). Sobre su figura, v. el resumen de LAOUST, Henri, "Ibn Qayyim al-Ḍawziyya", en *EP*², ed. CD-ROM, III, 821-822, s. v.

⁴⁷ IBN QAYYIM AL-ḌAWZIYYA, *Tuḥfāt al-mawḍū‘ bi-ahkām al-mawlūd*, ed. ‘Uṭmān b. Ḍumayriyya, Yida: Ma‘yama’ al-Fiqh al-Islāmī, La Meca: Mu’assasat Sulaymān b. ‘Abd al-‘Azīz al-Rā‘ihī al-Jayriyya, Dār ‘Ālam al-Fawā’id, 1431/2009-2010, 346-349.

⁴⁸ IBN RUŠD, *Kitāb al-Kulliyāt fī l-ṭibb*, 169/366.

emocional de la persona. Así lo entendía Ibn Rušd cuando establece que el trato cariñoso y afectivo es norma y prescripción para el buen desarrollo del niño:

En cuanto al ejercicio, es suficiente con moverles la cuna y hacerles cosas similares que les calmen el llanto. Por eso es conveniente tener mucho cuidado en evitarles cosas que les apenen y alteren sus complejones, alejar de ellos los disgustos en la medida de lo posible y eliminar cuanto antes las causas de su tristeza apartándolos de ellas. [...] También las canciones son buenas, porque los tranquilizan y los calman. Así es como se debe tratar a los niños hasta que puedan andar, alrededor de los tres años. A partir de entonces deben hacer ejercicio todos los días, al levantarse de dormir. Luego se les darán fricciones, se les bañará y se les alimentará siguiendo las normas adecuadas de cantidad y calidad, como luego explicaremos⁴⁹.

También advierte Ibn Rušd de lo perjudicial para los niños que es el vino y otras bebidas alcohólicas: “Los *nabīd* hechos con uvas pasas y, en general, cualquier cosa que se relacione con los vinos son de las cosas más perjudiciales para los niños, porque se apoderan de sus cabezas, provocan ardor en sus cuerpos y perturban sus pensamientos”⁵⁰, a pesar de aceptar, en otros lugares de su obra, el uso terapéutico y medicinal del vino. Ibn Qayyim al-Āwziyya (m. 751/1350) también prescribe la prohibición de beber vino y bebidas alcohólicas (*muskir*) a los niños por el daño que causan a su mente (*'aql*) así como otras normas de alimentación⁵¹. Las obras médico-higiénicas generales así como tratados de ginecología, embriología y pediatría islámicas medievales prestan gran atención al cuidado y crianza del niño, tanto desde el punto de vista físico como psíquico y social⁵².

En el mismo sentido de protección emocional y psicológica que Ibn Rušd, se expresa el jurista y filósofo de la ética y la conducta humana Ibn Qayyim al-Āwziyya (m. 751/1350): hay que evitar al niño pequeño cualquier cosa que lo asuste, como gritos fuertes, voces feas, espectáculos horribles o gestos perturbadores, que, si es expuesto a ellos, hay que compensarlo enseguida (distraerlo, darle el pecho) para que no se le quede grabado y lo traumatice (*addà ilà fasād quwwati-hi al-'āqila*, literalmente, “lleve a debilitar su fuerza mental/racional”)⁵³.

⁴⁹ IBN RUŠD, *Kitāb al-Kulliyāt fī l-ṭibb*, 169-170/366-367.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ IBN QAYYIM, *Tuhfat al-mawdūd*, 351, 352 (sobre el vino), 339 (sobre alimentación del bebé).

⁵² Véase GILADI, “*Ṣaḡīr*”, 852-853; ÁLVAREZ DE MORALES, “El niño en al-Andalus”, 53, 55 (donde destaca los cuidados del recién nacido), 59-60, 61-62 (donde especifica las enfermedades y tratamientos médicos para niños que recogen Ibn Rušd y el toledano Ibn Wāfid (s. XI) en su *Kitāb al-wisād*, *Libro de la Almohada*). No he podido consultar MEYERHOF, Max y JOANNIDÈS, Dimitri, *La gynécologie et l'obstétrique chez Avicenne (Ibn Sina) et leurs rapports avec celles des Grecs*, El Cairo: E. & R. Schindler, 1938.

⁵³ IBN QAYYIM, *Tuhfat al-mawdūd*, 341.

Más explícitamente aún a favor del trato afectuoso y tierno se manifestó el Profeta; varios hadices revelan la importancia de mostrarse sensible y besar a los niños y recogen muestras de ello por el propio Muḥammad⁵⁴.

A medida que crece el niño, se debe cubrir una de sus mayores y más importantes necesidades: la formación del carácter y la educación moral (*al-i'tinā' bi-amr juluqi-hi*). Ibn Qayyim al-Āwziyya aporta numerosas indicaciones y recomendaciones sobre esta cuestión⁵⁵, lo que manifiesta la importancia de la formación en valores humanos, de principios ético-morales y cívicos, de ciudadanía y convivencia; esto supone la transmisión de los fundamentos y la concepción de la sociedad como una comunidad (la *umma* que integra en una filosofía igualitarista a todos sus miembros) que informa el islam desde su advenimiento. En ello se incluye la generosidad y la obligación de dar a los demás, por lo que hay que evitar enérgicamente que el niño se acostumbre a tomar y recibir pero no a donar, para lo que Ibn Qayyim propone un inteligente y muy pedagógico método: cuando el tutor tenga que dar algo a alguien, que lo ponga en la mano del niño para que sea él quien lo entregue y así “saboree la dulzura (*ḥalāwa*, “lo agradable”) de dar”⁵⁶.

En la misma línea de concebir el cuidado del niño de forma amplia y que englobe más que los cuidados físicos y manutención, se puede indicar la norma que preserva los derechos de tipo afectivo y emocional o sentimental y que consiste en la prohibición de separar al niño de sus progenitores incluso en el caso de cautivos y esclavos. Un hadiz señala que quien separe a una madre de su hijo, Dios lo separará de sus seres queridos el día del Juicio⁵⁷.

En cuanto al niño cautivo (que solo se mantiene cautivo si es no musulmán), recibe un tratamiento especial entre los cautivos y la norma general es que su destino será el mismo que el de sus progenitores. Si fuera huérfano, no se acepta el rescate por ninguna cantidad de dinero y solo muy excepcionalmente se acepta que sea intercambiado, en concreto cuando existan cautivos musulmanes que no pudieran ser liberados de ningún otro modo más que entregando a cambio el cautivo cristiano.

⁵⁴ AL-BUJĀRĪ, *Ṣaḥīḥ al-Bujārī*, Damasco, Beirut: Dār Ibn Kaṭīr, 1423/2002, 1505-1506, (libro 78, *al-Adab*, cap. 18), n° 5997 y 5998, entre otros rasgos de ternura y humanidad hacia los niños en n° 5594, 5596, 6002, 6003, etc.; MUSLIM, *Ṣaḥīḥ Muslim*, ed. Muḥammad Fu'ād 'Abd al-Bāqī, El Cairo: Dār al-Ḥadīth, 1412/1991, IV, 1808-1809 (libro 43, *Kitāb al-fadā'il*, cap. 15), n° 2318 y 2317 (v. también n° 2316); ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Albānī, 943 (libro 35, cap. 159), n° 5218; AL-TIRMIDĪ, *Āmi' al-Tirmidī. Al-āmi' al-muḥtaṣar min al-sunan [...] al-ma'rūf bi-...*, Riad: Bayt al-Afkār al-Duwalīyya, [1420/1999], 323 (libro 24, *al-Siyar*, cap. 12), n° 1911.

⁵⁵ IBN QAYYIM, *Tuḥfat al-mawdūd*, 349-350, *passim*.

⁵⁶ IBN QAYYIM, *Tuḥfat al-mawdūd*, 350.

⁵⁷ AL-TIRMIDĪ, *Sunan al-Tirmidī*, ed. Muḥammad Nāṣir al-Dīn al-Albānī, al cuidado de (*i'tanā bi-hi*) Abū 'Ubayda Maṣhūr b. Ḥasan Āl Salmān, Riad: Maktabat al-Ma'ārif, s. d. [1417/1996], 371 (libro 19, *al-Siyar*, cap. 17, *Fī karāhiya tafriq bayna al-saby*), n° 1566; AL-TIRMIDĪ, *Āmi'*, 275 (libro 17, *al-Siyar*, cap. 17), n° 1566; IBN ḤAYYAR AL-'ASQALĀNĪ, *Bulūḡ al-marām min adillat al-aḥkām*, Beirut: Dār al-Fikr, 1998, 143 (libro de *Buyū'*), n° 730.

De este modo, el niño cautivo es integrado en la comunidad islámica y considerado casi como uno de sus miembros. Tanto es así que, si muere se le entierra como si fuera musulmán y se reza sobre él⁵⁸. Esto confirma lo que ya en el siglo XI establecía Ibn Ḥazm de Córdoba: “El menor que es hecho prisionero con sus dos padres, con uno de ellos o sin ninguno de los dos y muere, será enterrado con los musulmanes y se rezará por él”⁵⁹.

Por otro lado, un niño cautivo puede ser utilizado como rehén. Por ejemplo, si un cautivo cristiano necesita volver a su tierra para reunir el rescate, puede dejar como rehén a un hijo pequeño o a un hermano menor, pero si no regresara, el niño se convertiría en esclavo. Sin embargo, a pesar de estar permitido jurídicamente, no se considera conveniente dejar a menores como rehenes y se recomienda elegir a un hombre adulto.

En relación con este tema, el derecho mālikí de guerra discrimina positivamente al niño enemigo al incluirlo en la categoría de individuos que el ejército islámico no puede matar, ni durante la batalla ni una vez capturados los prisioneros aunque el jefe musulmán hubiera decretado la ejecución de ellos por problemas de seguridad⁶⁰.

En relación con el derecho de guerra, existe un hadiz que relata que el Profeta no permitió a Ibn ‘Umar, de catorce años de edad, unirse a los combatientes musulmanes en Uḥud, pero un año más tarde le permitió participar en la batalla del Foso (Jandaq), lo que, además de servir para fijar la mayoría de edad en los quince años, es la base de la prohibición de la participación de los niños en la guerra⁶¹.

Algo similar a lo que sucede con el niño cautivo ocurre en lo que respecta al niño esclavo: no podrá ser separado de sus parientes próximos, especialmente de sus padres, si se produjera la venta de dichos parientes esclavos⁶².

⁵⁸ V. AL-FAZĀRĪ, *Kitāb al-siyar*, ed. y estudio Fārūq Hammāda, Beirut: Mu’assasat al-Risāla, 1987, 145-7, n° 111-115, trad. española en VIDAL-CASTRO, "El cautivo en el mundo islámico: Visión y vivencia desde el otro lado de la frontera andalusí", en TORO, Francisco y RODRÍGUEZ, José (coords.), *II Estudios de Frontera. Actividad y vida en la frontera*, Jaén: Diputación Provincial, 1998, 771-823, 802-3, n1 VII.

⁵⁹ F. VIDAL-CASTRO, "Los cautivos en al-Andalus durante el Califato Omeya de Córdoba. Aspectos jurídicos, sociales y económicos", *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos. Sección Árabe-Islam*, 57 (2008) 359-398, 363-367.

⁶⁰ Sobre estas cuestiones relacionadas con el niño cautivo, v. PUENTE, “Mujeres cautivas en «la tierra del islam»”, *Al-Andalus-Magreb*, 14 (2007) 19-37, 23, 31; VIDAL-CASTRO, "Los cautivos en al-Andalus durante el Califato Omeya", 363-367, así como, en relación con el trato a los prisioneros en general, VIDAL-CASTRO, "Los prisioneros de guerra en manos de musulmanes: doctrina legal islámica y práctica en al-Andalus (s. VIII-XIII)", en FIERRO, Maribel y GARCÍA FITZ, Francisco (eds.), *El cuerpo derrotado: cómo trataban musulmanes y cristianos a los enemigos vencidos (Península ibérica, ss. VIII-XIII)*, Madrid: CSIC, 2008, 485-506.

⁶¹ IBN MĀYĀ, *al-Sunan*, ed. al-Arnā’ūt, III, 578-579, n° 2543; IBN MĀYĀ, *Sunan*, ed. al-Albānī, 433, n° 2543; ELAHI, Maryam, “The rights of the child under Islamic law: prohibition of the child soldier”, en FERNEA (ed.), *Children in the Muslim Middle East*, 367-374, 371; GILADI, “Ṣaghīr”, 855.

⁶² SCHACHT, *Introduction*, 109, 130.

Dentro de este apartado, resultan oportunas algunas consideraciones desde la perspectiva de “género” en cuanto a las diferencias entre niños varones y niñas en la crianza y educación así como en la actitud hacia ellas.

En primer lugar, el Corán ya advierte en contra de la discriminación hacia las niñas y, como se ha dicho, prohíbe el infanticidio de las niñas y otras actitudes de rechazo hacia una recién nacida (Q 16:58⁶³). Por ello, los juristas condenan las expresiones de protesta por el nacimiento de una niña, como Ibn Qayyim al-Āwziyya que dedica un capítulo a la reprobación de mostrar enojo o descontento por el nacimiento de las niñas (في كراهة تسخط البنات) repleto de hadices que prometen el paraíso al que críe y mantenga varias hijas o hermanas⁶⁴. Tanto juristas como médicos apoyan que se trate igual a niños y niñas.

No obstante, las diferencias por el sexo aparecen en cuestiones socio-religiosas como los ritos infantiles (‘*aqīqa*, corte ritual de pelo del recién nacido, que se recomienda para ambos sexos pero el sacrificio por el varón son dos corderos y por la niña uno⁶⁵), la educación y el matrimonio infantil, cuestiones en las que muchos ulemas intentan imponer la moral islámica y su ideal igualitario frente a la tradición y estructuras patriarcales, que, no obstante, a veces se acaban manteniendo en diversos aspectos⁶⁶.

3.1.3. OTRAS RESPONSABILIDADES DEL PADRE HACIA EL NIÑO

Al mismo tiempo que la *ḥaḍāna* asignada a la madre y los correspondientes gastos de la misma (manutención del hijo: alojamiento, alimento, vestido) asignados al padre, este último tiene también la responsabilidad de la tutela consistente en educarlo tanto en el plano moral como en el de la conducta social, administrar sus bienes y suplir su incapacidad cuando fuera necesario⁶⁷. Entre estas obligaciones, la importancia de la educación y formación en valores, establecida ya en el Corán como se indicó al principio de este artículo, es máxima y hoy día los sabios

⁶³ «Cuando se le anuncia a uno de ellos una niña, se queda hosco y se angustia» (trad. Cortés, 329).

⁶⁴ Por ejemplo, IBN QAYYIM, *Tuḥfat al-mawdūd*, cap. 2, 24-31.

⁶⁵ IBN QAYYIM, *Tuḥfat al-mawdūd*, 93-97.

⁶⁶ M'DAGHRI, “The Code”, 31; GILADI, “Gender differences in child rearing and educatin: some preliminary observations with reference to medieval Muslim thought”, *Al-Qanṭara*, 16, 2 (1995) 291-308; GILADI, “Ṣaḡhīr”, 855; ARCAS CAMPOY, M^a, “Tiempos y espacios de la mujer en el derecho mālikī”, en CALERO SECALL, M. Isabel (ed.), *Mujeres en la sociedad islámica: una visión plural*, Málaga: Universidad, 2006, 67-90, *apud* ÁLVAREZ DE MORALES, “El niño en al-Andalus”, 63; AJAAOUANI, Naima, “El matrimonio precoz en Marruecos”, en CABRERA y LÓPEZ CORDERO (eds.), *VI Congreso virtual*, 9-34, también disponible en: http://www.revistacodice.es/publi_virtuales/vi_congreso_mujeres/comunicaciones/vi_congreso_virtual_hist_mujeres.pdf [Último acceso el 20 de diciembre de 2014].

⁶⁷ JALĪL, *Mujṭasar*, 167/II, 139; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 171; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 422, en la legislación española actual, la función de la representación legal también la ostentan los padres, según el Código Civil, art. 162: “Los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de los hijos menores no emancipados”.

musulmanes la consideran como elemento esencial, si no el más importante, de la labor de los padres, por encima incluso del bienestar material y los cuidados físicos (comida, vivienda, vestido)⁶⁸.

Por lo que respecta a la manutención (*nafaqa*), el niño varón tiene derecho a ella hasta alcanzar la pubertad y el discernimiento suficiente para ganarse la vida, mientras que la niña tiene ese derecho hasta que su matrimonio sea consumado (no solo celebrado)⁶⁹. También es preciso advertir que los niños solo tienen derecho a ella si son pobres⁷⁰ y solo por parte del padre, que debe entregar el importe de la misma a la encargada de la custodia (normalmente la madre), quien, sin embargo, no puede reclamar nada por su función⁷¹. No obstante, en la práctica había veces en las que esta obligación del padre cesaba y se trasladaba al nuevo marido de la madre cuando esta, una vez divorciada, se casaba en segundas nupcias y establecía una cláusula por la que el nuevo marido se comprometía a mantener a los hijos anteriores de su nueva esposa, como ya se ha indicado que reflejan fetuas andalusíes y magribíes⁷².

En cuanto al hijo ilegítimo o el rechazado por *li'ān* (juramento y acusación de adulterio contra la mujer, que implica divorcio), debe ser mantenido por la madre⁷³.

Téngase en cuenta que en al-Andalus, debido a esta voluntad de protección del menor, entre otras razones, la mayoría de habices de tipo familiar (*hubs ahli*) tenían como beneficiarios a los hijos, generalmente menores de edad, del fundador y sus descendientes⁷⁴, por lo que muchos niños disponían de medios económicos que podían ser considerables; así lo muestra el caso de un individuo de la Granada almorávide que instituyó como habiz cinco tiendas a favor de su hijo menor⁷⁵. Esta

⁶⁸ AL-UTHAYMEEN, Sheikh, "The Rights of Children in Islam", [en línea], disponible en: <http://www.missionislam.com/family/childrensrights.htm> [Último acceso el 10 de diciembre de 2014], que afirma que "Proper education and guidance is far more important to a child than this food, grooming and appearance".

⁶⁹ JALĪL, *Mujtaşar*, 167/II, 138, donde, además, especifica que si la mujer, tras consumir el matrimonio, se viera afectada por una enfermedad crónica y su marido la repudiara (o muriese), su derecho de manutención por el padre continúa (pero no en caso de que la mujer regrese a casa de su padre sana y capaz de ganarse la vida sin mendigar).

⁷⁰ Resulta muy significativa y reveladora de la voluntad de protección de la familia que impregna el derecho islámico en general y el mālikí en particular la norma por la que este derecho de *nafaqa* que tiene el niño carente de medios puede invertirse completamente y convertirse en obligación del menor, de ambos sexos, hacia sus padres cuando estos son pobres y él es rico o dispone de medios. Esta obligación de manutención, con base coránica (Q 17:23-24), se extiende, incluso, a los sirvientes de los padres y llega al extremo de correr con los gastos de proporcionar una esposa para el padre de manera que quede asegurada su castidad (*i'fāf*). V. JALĪL, *Mujtaşar*, 166/II, 137; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 434-435.

⁷¹ JALĪL, *Mujtaşar*, 168/II, 141; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 429.

⁷² AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi'yār*, III, 19-20, 21-22, 24, 219-221, 414; AL-MAWWĀQ y AL-RAŠŠĀ', *al-Aywiba*, 98-99; v. a. *supra*, apartado 0 y notas 40 y 41.

⁷³ SCHACHT, *Introduction*, 142.

⁷⁴ CARBALLEIRA, *Legados píos*, 213, 237-240, *passim*.

⁷⁵ IBN RUŠD AL-ŶADD, *Fatāwā*, ed. Mujtār b. al-Tāhir al-Talīlī, 3 vols., Beirut: Dār al-Garb al-Islāmī, 1987, I, 624, n° 148; CARBALLEIRA, *Legados píos*, 231.

situación era tan frecuente que diversos formularios notariales andalusíes de los siglos IV/X (Ibn al-‘Aṭṭār) y VI/XII (al-Ŷazīrī) recogen un modelo de acta de habices familiares a favor de hijos menores; estos autores advierten en contra de los fundadores (normalmente los padres) que se reservan los ingresos de las propiedades instituidas a favor de sus hijos, hecho que invalida la fundación⁷⁶.

Las niñas, sobre todo si eran hijas únicas y menores de edad, resultaban especialmente favorecidas por la fundación de los habices familiares (de hecho, los mālikíes reprobaban la exclusión de las hijas en provecho de sus hermanos como beneficiarias de estos habices)⁷⁷. Ejemplos de ello son los casos siguientes: a Ibn Rušd el Abuelo (450-520/1058-1126) le plantearon el caso de un hombre que instituyó en habiz una alhóndiga de Badajoz para su hija pequeña Naŷma⁷⁸; otro individuo instituye una finca (*faddān*) a favor de una hija pequeña suya⁷⁹; en una cuestión planteada a Ibn Abī Zamanīn (m. 399/1008), una mujer establece como *ħubs* la casa en la que vive a favor de su hija menor⁸⁰ (de hecho, en la Granada nazarí, era habitual que la casa perteneciera a la esposa)⁸¹; ‘Abd al-Raħmān II en el año 222/836-837 estableció en habiz la totalidad de sus propiedades ubicadas en una alquería a favor de sus dos hijas menores⁸². También existen casos de donaciones a hija menor, como el padre que dona una de sus dos casas (probablemente de Córdoba, s. IX-X) a su hija menor⁸³.

⁷⁶ CARBALLEIRA, *Legados píos*, 238-239.

⁷⁷ CARBALLEIRA, *Legados píos*, 214-216, 229, 262.

⁷⁸ IBN RUŠD, *Fatāwā*, III, 1634-1635, fetua n° 650; CARBALLEIRA, *Legados píos*, 214-215, 229-230.

⁷⁹ AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi‘yār*, VII, 226-227; CARBALLEIRA, *Legados píos*, 216.

⁸⁰ AL-ŠA‘BĪ, *al-Aħkām*, 135, n° 148; AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi‘yār*, VII, 218 (repetida en 431-432), traducción-extracto de Émile Amar, "La pierre de touche des Fétwas de Aħmad al-Wanscharīfī. Choix de consultations des faqīhs du Maghreb traduites ou analysées par...", *Archives Marocaines*, 13 (1909) 333; POWERS, D. S., "The Mālikī family endowment: legal norms and social practice", *International Journal of Middle Eastern Studies*, 25, 3 (1993) 379-406, 397; CARBALLEIRA, *Legados píos*, 216, 241.

⁸¹ M‘HIR EL KOUBAA, "Las últimas mujeres andalusíes: matrimonio y propiedad en la Granada nazarí de finales del siglo XV (1481)", en CABRERA ESPINOSA y LÓPEZ CORDERO (eds.), *V Congreso virtual sobre Historia de las Mujeres (15 al 31 de octubre de 2013). Comunicaciones*, Jaén: Asociación de Amigos del Archivo Histórico Diocesano de Jaén, 2013, 507-532, también disponible en: http://www.revistacodice.es/publi_virtuales/v_congreso_virtual_hist_mujeres.pdf [Último acceso el 26 de diciembre de 2014].

⁸² IBN SAHL, *Dīwān al-aħkām al-kubrā aw al-I‘lām bi-nawāzil al-aħkām wa-qīṭr min siyar al-ħukkām*, ed. Yahyā Murād, El Cairo: Dār al-Ĥadīṭ, 1428/2007, 702-703; AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi‘yār*, VII, 417, traducción-extracto de Hady Roger Idris publicada por LAGARDÈRE, Vincent, *Histoire et société en Occident musulman au Moyen Âge. Analyse du Mi‘yār d’al-Wanšarīfī*, Madrid: Casa de Velázquez, CSIC, 1995, 268-269, n° 201 (atribuyo la elaboración de esta traducción-extracto a Idris y no a Lagardère según *Al-Qanṭara*, 17/1 (1996) 246-254); MARÍN, Manuela, *Mujeres en al-Ándalus*, EOBA, XI, Madrid: CSIC, 2000, 362-363; CARBALLEIRA, *Legados píos*, 258.

⁸³ AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi‘yār*, VII, 104-105, en fetua de Abū Šāliħ Ayyūb b. Sulaymān; POWERS, "The Mālikī family endowment", 395; CARBALLEIRA, *Legados píos*, 234-235 (*passim*, para otros casos similares de habiz y donaciones).

Esta cierta predilección por favorecer a las mujeres de la familia del fundador, especialmente por parte materna, puede obedecer a que los familiares femeninos se consideraban más necesitados y desamparados por las leyes de herencia⁸⁴, entre otras causas. Igualmente, el estado también estableció habices a favor de los niños necesitados, como hizo el califa al-Ḥakam II en el año 364/975, cuando estableció como *hubs* las tiendas de los guarnicioneros del zoco de Córdoba a favor de los maestros que había designado para enseñar a los hijos de los menesterosos⁸⁵.

A pesar de esta preferencia en favor de las niñas, de carácter excepcional, la norma general en el derecho islámico es el trato igualitario con todos los hijos, de manera que es un derecho del niño recibir los mismos regalos y donaciones que sus demás hermanos.

El principio deriva de la segunda fuente del *fiqh*, la *zuna* (*sunna*): el Profeta se negó a testificar en una donación de un padre a uno solo de sus hijos. El hadiz muestra cómo Muḥammad antes de testificar pregunta al padre si ha dado lo mismo -en concreto, un sirviente esclavo: *gulām*, una donación de gran valor sin duda- a los otros hijos, y al contestar que no, le ordena que se devuelva el esclavo. En alguna de las variantes del hadiz, afirma categóricamente que no prestará testimonio de una injusticia (*yāw*): “فإني لا أشهد على جور” o que solo testimonia sobre lo justo. Tan relevante es la cuestión que Muslim dedica un capítulo específico sobre el tema titulado “Capítulo sobre la reprobación de dar preferencia a algunos hijos [sobre los otros] en las donaciones” (باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة), dentro del que aparece este hadiz con diversas variantes, una de las cuales es la siguiente:

قال: أتى بي أبي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إني نلت ابني هذا غلاما. فقال أكل بنيك نلت؟ قال: لا. قال فاردده⁸⁶.

En la obra de al-Bujārī también aparece un capítulo (nº 12, del libro 51, las donaciones, *al-Hiba*) titulado: “La donación al hijo (*walad*, niño). Si se da algo a uno de los hijos [y no a los otros], no es lícito hasta que los iguale y les dé a los otros algo similar; no se debe prestar testimonio de ello [la donación a uno solo] (إذًا) (هبة للولد، وإذا)”, donde incluye el hadiz en cuestión⁸⁷, similar a otro más explícito y tajante si cabe transmitido por

⁸⁴ Según CARBALLEIRA, *Legados píos*, 262.

⁸⁵ CARBALLEIRA, *Legados píos*, 171; CARBALLEIRA, "Pauvreté et fondations pieuses dans la Grenade naşride: aspects sociaux et juridiques", *Arabica*, 52/3 (2005) 391-416, 410-411.

⁸⁶ MUSLIM, *Ṣaḥīḥ*, III, 1241-1242, (libro 24, *Kitāb al-ḥibāt*), nº 1623 (nº 9-12).

⁸⁷ AL-BUJĀRĪ, *Ṣaḥīḥ*, 627-628, (libro 51, *al-Hiba*, cap. 12), nº 2586; *cf.* ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Arnāʿūt, V, 400-404, (libro 16, *al-Aymān wa-l-nuḍūr*, cap. 85), nº 3542, 3543 y 3545; ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Albānī, 635-636 (libro 16, cap. 85), nº 3542, 3543 y 3545. V. a. AL-UTHAYMEEN, “The Rights of Children in Islam”.

Abū Dāwūd: “Sed equitativos entre vuestros niños, sed equitativos entre vuestros hijos” (اعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ اَعْدِلُوا بَيْنَ اَبْنَانِكُمْ)⁸⁸.

Además, según los mālikíes, el padre tiene también el derecho a compartir la *ḥaḍāna* si no hay divorcio, lo que lleva aparejados el cuidado y atención al niño propios de la *alhedana*. Ejemplo ilustrativo en este sentido es una anécdota del último califa omeya de Córdoba, al-Mu’tadd (418-422/1027-1031), que protagonizó una escena de gran ternura y amor filial por un padre hacia su hija pequeña. Cuando este califa fue depuesto, se le encarceló y luego le condujeron a la mezquita por la noche; el califa, en lugar de encargar a alguno de sus sirvientes o mujeres la tarea, se ocupó él mismo de llevar en los brazos a su hija pequeña, a la que, según detalle que las fuentes no pasan por alto, protegía del frío nocturno con la manga de su vestido; además, lo primero que el depuesto califa pidió al llegar fue un pedazo de pan para su hija, que se quejaba de hambre, lo que refleja su máxima preocupación por la niña a pesar de las grandes dificultades y gravedad de la situación en la que se encontraba⁸⁹.

Esta conducta entronca con una antigua tradición islámica del s. II/VIII que consideraba que un hombre que en medio de la noche se levanta y al ver a sus hijos que duermen destapados los cubre con su propia ropa es más virtuoso que un combatiente en el *yīhād*. Resulta muy significativo que estas palabras procedan precisamente de Ibn al-Mubārak (m. 181/797), tradicionalista pero también activo participante en el *yīhād* (por cuya causa murió y sobre el que escribió un libro), y que las dirigiera a sus compañeros durante una algaḍūa⁹⁰.

3.1.4. INCAPACIDAD LEGAL DEL NIÑO Y PROTECCIÓN DEL TUTOR

Lógicamente y por razones evidentes, durante este periodo no se le otorga al niño ninguna capacidad de contratar, como se indica ya en un hadiz del Profeta que dice que no hay que tener en cuenta los compromisos contraídos por tres personas: el enajenado mental que ha perdido la razón hasta que sane, el dormido hasta que despierte y el niño hasta que alcance la pubertad (*yaḥṭalamu*, literalmente “tenga poluciones nocturnas” que indican su madurez sexual)⁹¹. Para suplir esa incapacidad

⁸⁸ ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Arnā’ūt, V, 403, ibídem, n° 3544 (con variante que repite “vuestros hijos” en lugar de “vuestros niños”); ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Albānī, 636 (libro 16, cap. 85), n° 3544.

⁸⁹ MARÍN, *Mujeres*, 151.

⁹⁰ AL-GAZZĀLĪ, *Iḥyā’ ‘ulūm al-dīn*, intr. Badawī Ṭabāna, [El Cairo]: [Dār Iḥyā’ al-Kutub al-‘Arabiyya, 1957], II, 33, trad. *Le livre des bons usages en matière de mariage (extrait de l’Iḥ’ya’ ‘Oulūm ed-Dīn ou : Vivification des sciences de la foi)*, traduction française annotée par L. Bercher et G.-H. Bousquet, Bibliothèque de la Faculté de Droit d’Alger, Tome XVII, Paris: Maisonneuve, 1989 (reimp. de 1958), 37; GILADI, “Ṣaḡhīr”, 851, que cita también el caso de Saladino, campeón y modelo de combatiente por el Islam, presentado también como padre que amaba a sus diecisiete hijos.

⁹¹ He aquí el hadiz:

رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم
V. ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Arnā’ūt, VI, 453-454, (libro 33, *al-Ḥudūd*, cap. 16), n° 4401; ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Albānī, 790 (libro 32, cap. 16), n° 4401; trad. ZOMENO, Amalia, "En los

de obrar y proteger su patrimonio, el derecho islámico contempla la figura del *walī* o tutor.

Sin embargo, no se trata de la patria potestad exactamente, sino más bien de una tutela para la defensa y protección del menor y sus bienes.

No obstante, algunos estudiosos parecen entender la institución de la *wilāya* como la *patria potestas* romana, en sentido de soberanía del jefe de familia, de manera que sería más bien un derecho del tutor sobre el niño que implica poder y control sobre el menor y sus bienes, en lugar de un derecho del niño⁹². Es cierto que cuando el *walī* es el padre, puede vender las propiedades de su hijo sin alegar motivo alguno⁹³, pero esto es debido a que se supone en el padre interés sincero por proteger los intereses de su hijo, por lo que no se estima necesario establecer limitaciones o salvaguardas que sí se fijan para el caso de que el tutor no sea el padre⁹⁴. Además, el cordobés Ibn Rušd y el granadino Ibn Ŷuzayy indican explícitamente que, en ningún caso, las propiedades del menor pueden disminuir⁹⁵. De hecho, en algunos casos, se presta más atención al provecho del niño (*manfa'at al-walad*) que a los intereses de los padres⁹⁶. Mientras que en la Arabia preislámica el poder del padre sobre los hijos era absoluto, incluso de vida y muerte, con el islam la condición del niño mejoró y “le caractère de la puissance paternelle s’est profondément modifié; la puissance paternelle, qui était *rubūbīya* ou puissance de maître, est devenue une *wilāya* ou puissance de protection”, a pesar de que en muchas ocasiones la tradición patriarcal ha pesado más que los principios islámicos⁹⁷.

La función de tutor la desempeña, en primer lugar, el padre. Si el padre muriera, el tutor será aquella persona que esté designado en el testamento y que puede ser

límites de la juventud. Niñez, pubertad y madurez en el derecho islámico medieval”, *Mélanges de la Casa de Velázquez*, 34/1 (2004) 85-98, 89.

⁹² V. LINANT DE BELLFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, vol. III: *Filiation, incapacités, libéralités entre vifs*, París, La Haya: 1973, 177-178, *apud* PUENTE, Cristina de la, “¿Protección o control? Capacidad de obrar de menores y esclavos según la doctrina mālikī”, *Mélanges de la Casa de Velázquez*, 34, 2 (2004) 237-249, 246.

⁹³ JALĪL, *Mujtaṣar*, 205/III, 62.

⁹⁴ LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 142-144; FAHD y HAMMOUDI, “L’enfant dans le droit islamique”, 326-331.

⁹⁵ ZOMENO, “En los límites”, 87, donde tras especificar los tipos de tutor, precisa que “[e]n todos los casos, se considera que la función primordial del tutor es la de velar por los intereses del tutelado, tanto en lo personal como en lo económico”. Para SCHACHT, *Introduction*, 142, “[l]e droit du père ou du grand-père d’agir pour le comte de son enfant ou petit enfant n’est pas illimité”. Véase un detallado estudio de los tipos de tutor y la extensión de su potestad en FAHD y HAMMOUDI, “L’enfant dans le droit islamique”, 326-331.

⁹⁶ GILADI, “*Ṣaḡhīr*”, 852. En relación con esta cuestión, cabe poner el doble carácter de la *ḥaḍāna* como derecho de la madre pero, sobre todo, derecho del menor que se establece y define en su interés: v. *supra*, apartado, 0.

⁹⁷ MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 420; FAHD y HAMMOUDI, “L’enfant dans le droit islamique”, 289, donde titula el apartado A: «L’incapacité juridique comme protection du mineur d’âge» y señala que «L’ enfant vivant sous la puissance paternelle a des droits sur son géniteur tant que dure l’ enfance» (290).

cualquiera, incluida la madre, como el caso de Abū 'Umar, un hombre andalusí fallecido hacia 705/1305-1306 en Algeciras que designó a su esposa Maryam como tutora de sus dos hijos menores, un niño y una niña, 'Ā'iša⁹⁸. En caso de que no se hubiera designado tutor testamentario, corresponde la función al cadí, aunque, dados los numerosos desempeños y actividades judiciales y extrajudiciales que el cadí debe desarrollar, suele delegar la tutoría en una persona de confianza (*muqaddam*) para cada caso de orfandad paterna.

Las funciones del tutor se limitan a representar al menor en las actividades que este no puede realizar, en particular, la administración del caudal del niño. Sin embargo, para proteger ese caudal, el derecho limita las atribuciones del tutor, incluso en el caso de que sea el propio padre o abuelo:

- no puede enajenar los bienes del niño a título gratuito, es decir, el tutor no puede hacer donaciones; tampoco puede acordar transacciones desventajosas, como una *'ariya* (comodato, préstamo gratuito y temporal de una cosa no fungible para su uso); en materia penal, puede renunciar al derecho de talión (*qiṣāṣ*), pero no puede perdonar un crimen sin obtener la correspondiente compensación pecuniaria para su pupilo; también puede renunciar al derecho de retracto de indivisión (*šuf'a*), pero no debe aceptar un acuerdo amistoso sin que el contrario presente prueba de sus alegaciones⁹⁹;

- para enajenar a título oneroso (ventas, permutas), el tutor necesita la autorización judicial y acreditar gran necesidad o conveniencia¹⁰⁰. No obstante, esta autorización no es necesaria si se trata del padre, al que se le supone un verdadero y sincero interés por el bien del menor; no obstante, incluso en caso de que sea la madre la que vende, el menor puede denunciar la venta cuando llegue a la mayoría de edad en caso de que hubiese sido una operación desventajosa. En relación con esto, es significativo el caso de la mujer algecireña del siglo XIV, la citada 'Ā'iša, que consiguió anular la venta de su cuota en un molino acordada por su madre y tutora, aunque para ello debió solicitar y obtener del cadí la declaración de capacidad de obrar

⁹⁸ AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi'yār al-mu'rib*, IX, 261-265, caso que ha sido estudiado y traducido parcial o completamente en varias ocasiones, aunque dichas versiones han de manejarse con prudencia: traducción-extracto de Idris en LAGARDÈRE, *Histoire et société*, 424, n° 225; GARCÍA SANJUÁN, Alejandro, "Una fetua del siglo XIV sobre un pleito sucedido en Algeciras", *Almoraima: revista de estudios campogibraltareños*, 20 (1998) 9-16; POWERS, David S., "Parents and their minor children: familial politics in the middle Maghrib in the eighth/fourteenth century", *Continuity and Change*, 16/2 (2001) 177-200, donde se debe corregir la localización del caso que Powers sitúa en el Magrib central (actual Argelia) pero que realmente se trata de al-Andalus, concretamente Algeciras. V. a. MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 443-444.

⁹⁹ JALĪL, *Muḡtaṣar*, 205-206/III, 62; SCHACHT, *Introduction*, 142; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 448; FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 321-322.

¹⁰⁰ MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 448-449.

(*taršīd*)¹⁰¹. En cambio, no hay obstáculo en comprar para el tutelado, algo frecuente como indica la inclusión de un modelo de acta en los formularios notariales, como el del nazarí Ibn Salmūn (s. XIV) en su “apartado sobre lo que respecta a la compra del padre y del tutor para los menores”¹⁰²;

- los padres no tienen derecho de usufructo sobre los bienes de sus hijos y quien ostenta la *ḥaḍāna* ni siquiera puede vender, aunque la práctica judicial (*‘amal*) es ratificar estas ventas cuando son de poca importancia¹⁰³.

Además, el tutor no puede cobrar por su función y el *cadí* puede destituirlo si administra mal los bienes del niño. Para esta destitución judicial son necesarias, cuando se trata de un tutor testamentario o del padre, causas precisas y pruebas del asunto.

Cuando el niño alcanza la mayoría de edad, el tutor deberá rendirle cuentas de su administración. Si el tutor falleciera antes de la mayoría de edad de su pupilo, la obligación de rendir cuentas no desaparece y pasa a los herederos del tutor. Si, por el contrario, es el niño el que muere, entonces el tutor rendirá cuentas a sus herederos¹⁰⁴.

En los actos de carácter estrictamente personal el tutor no interviene.

Además de la figura del tutor, el niño puede gozar de la capacidad de disponer de un bien mediante el *idn* (“permiso” o “autorización”), figura jurídica por la que se extiende esa capacidad de disponer a quien no la tiene (en contraposición al *ḥayr*, “restricción”, “interdicción”, “incapacitación”, que limita esa capacidad de disponer a quien la tiene o no la ha alcanzado todavía). El padre del niño o el tutor puede conceder el *idn* al niño salvo para transacciones que sean absolutamente perjudiciales o desventajosas para él, como, por ejemplo, el divorcio (por la pérdida de la dote pagada a la mujer), la manumisión de un esclavo (por la pérdida del valor del mismo), el reconocimiento de una deuda o una donación¹⁰⁵.

3.1.5. RESPONSABILIDAD PENAL DEL NIÑO

Una cuestión de gran relevancia social es la responsabilidad penal que un ordenamiento jurídico asigna al menor, por la dimensión ética y carga filosófica que conlleva, como muestran las polémicas que se generan en torno a la pena de muerte de menores o deficientes mentales que se aplican en algunos países del mundo Occidental, como en Estados Unidos, donde no ha sido hasta 2005 cuando el Tribunal Supremo se pronunció en contra de la pena de muerte para menores de edad (18

¹⁰¹ V. *supra*, nota 98 ; v. a. MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 450.

¹⁰² IBN SALMŪN, *al-‘Iqd al-munazzam*, I, 207-208.

¹⁰³ JALĪL, *Mujtaṣar*, 205/III, 62; SCHACHT, *Introduction*, 142 ; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 421.

¹⁰⁴ LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 142-144; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 454-456.

¹⁰⁵ SCHACHT, *Introduction*, 108; PUENTE, “¿Protección o control?”, 239 (sobre la exigencia del tutor o *walī* para el divorcio de los menores).

años), aunque no para otros casos similares, pues todavía hoy en ese país se sigue condenando y ejecutando a personas con enfermedad mental¹⁰⁶.

Ya la propia *sunna* exime a los niños de las sanciones penales¹⁰⁷. En consecuencia, también en el derecho islámico *mālikí* aplicado en al-Andalus, al niño no se le puede atribuir responsabilidad penal alguna por sus actos porque es sujeto de incapacidad (*ḥayr*), como le sucede a los enajenados mentales (*maʿyūn*) y a los idiotas (*maʿtūh*). No está sujeto al derecho penal y se considera que no tiene intención criminal (*ʿamd*), por lo que no puede ser castigado como un individuo sano y adulto.

Esto implica que un niño musulmán puede ser declarado culpable de homicidio voluntario sin que se le pueda aplicar la pena de muerte correspondiente, al contrario de lo que sucede hoy día en algunos países occidentales donde un deficiente mental puede ser ejecutado.

No obstante, el niño deberá responder con su patrimonio por los daños que pudiera ocasionar¹⁰⁸.

3.2. DESDE LOS SIETE AÑOS HASTA LA PUBERTAD: LA TUTELA (*WILĀYA*)

Mientras que las otras escuelas jurídicas (*ḥanafī*, *šāfiʿī* y *ḥanafī*) fijan el fin de la *ḥadāna* a una edad muy temprana, los siete años, la escuela seguida en al-Andalus, la *mālikí*, fija este momento en la pubertad para los niños varones y hasta la consumación del matrimonio para las niñas¹⁰⁹.

En cualquier caso, a partir de los siete años se inicia el segundo periodo de la educación, periodo que se desarrolla bajo la figura de la *wilāya*, la protección de la

¹⁰⁶ Solo desde la reinstauración de la pena de muerte en 1976 en Estados Unidos se han ejecutado allí 22 personas por crímenes que cometieron cuando eran menores de edad (16 ó 17 años). Véase el respecto, para el caso de Estados Unidos y otros países en general, <http://www.deathpenaltyinfo.org/juveniles-and-death-penalty> [Último acceso el 20 de diciembre de 2014]; <http://www.amnesty.org/es/death-penalty/executions-juvenile-offenders> [Último acceso el 20 de diciembre de 2014]. Resulta bastante llamativo que Estados Unidos haya sido el último país que haya abolido la pena de muerte a menores, ya que países supuestamente más atrasados o menos “democráticos” donde se aplicaba la pena la abolieron antes de 2005: Yemen en 1994, Pakistán en 2000, República Democrática del Congo en 2000, Irán en 2003 y China en 2003. Al parecer, el caso de Estados con la pena de muerte a menores no es único entre los países occidentales (tampoco, evidentemente, en países islámicos), pero resulta muy representativo este caso porque suele considerarse a Estados Unidos como paradigma de la democracia occidental, mientras que en los medios de comunicación occidentales se difunde amplia e insistentemente cualquier violación de derechos humanos o limitación de libertades en el mundo islámico, creando así una imagen sesgada, tendenciosa y absolutamente parcial sobre el islam.

¹⁰⁷ IBN MĀYĀ, *al-Sunan*, ed. al-Arnāʿūt, III, 577-579, n° 2541-2543 (capítulo sobre quien no está sometido a pena legal); IBN MĀYĀ, *Sunan*, ed. al-Albānī, 433, n° 2541-2543; FIERRO, Maribel, “*ʿIdraʿū ʿinda l-shubuhāt: when lawful violence meets doubt*”, *Hawwa*, 5, 2-3 (2007) 208-238, 211, 216.

¹⁰⁸ LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 135; SCHACHT, *Introduction*, 107; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 222; FAHD y HAMMOUDI, “*L’enfant dans le droit islamique*”, 338-342; GILADI, “*Ṣaghīr*”, 854; ZOMENO, “*En los límites*”, 87.

¹⁰⁹ V., entre otros, FAHD y HAMMOUDI, “*L’enfant dans le droit islamique*”, 300-301, 304-305.

persona (física y síquica) en forma de tutela legal del menor que se inicia desde el nacimiento (por tanto, también se ha aplicado en la etapa anterior de la *ḥadāna* para proteger los intereses y patrimonio del menor: v. *supra*, apartado 0).

El niño, que entonces es denominado *ṣabiyy*, *ṣagīr*, se presume que goza de discernimiento (*tamyīz*), ya es *rāšid*, *mumayyiz* = juicioso, "*ṣabiyy ya'qil*" = niño que comprende y responde razonablemente, inteligente, y por ello comienza a recibir educación en la escuela. Se realiza la circuncisión, cuyo momento más adecuado calculan las obras astrológicas¹¹⁰ y que es festejada con un cortejo que recorre las calles del barrio¹¹¹, como todavía hoy se sigue haciendo en Marruecos.

Además, asume ciertas obligaciones religiosas, como realizar la oración; el mismo Profeta ordenó enseñar la oración a los siete años y castigar (*fa-dribū-hu*, "pegadle") al niño si a los diez no la cumple, edad a la que también se les debe separar de lecho¹¹². Ibn Qayyim matiza que este castigo de pegar al niño por no hacer la oración consiste en "disciplina y ejercicio" (*وهذا ضرب تأديب وتدريب*)¹¹³. También se acepta su conversión al islam¹¹⁴. Sin embargo, no está obligado a realizar la oración del viernes en la mezquita, según algunos autores, aunque en este tema existe divergencia entre los juristas, sobre lo que Ibn Rušd explica:

La causa de la su divergencia es su discrepancia acerca de la autenticidad de la tradición (*aṭr*) que [nos] ha llegado acerca de eso, que son sus palabras, sobre él [Muḥammad] sea la oración y la paz: 'La oración colectiva del viernes es un deber obligatorio para todo musulmán [que viva] en comunidad excepto para cuatro [personas]: el esclavo [no liberado], la mujer, el menor y el enfermo', y en otra [transmisión del hadiz]: 'excepto para cinco [personas]', y en ella [se añade] 'y el viajero'; el hadiz no es considerado auténtico por la mayoría de los ulemas¹¹⁵.

¹¹⁰ IBN QUNFUD, [*Šarḥ al-Urṣūza fī aḥkām al-nuṣūm*], 173/220-221, n° XXVI.

¹¹¹ BIANQUIS, "La familia en el Islam árabe", 617.

¹¹² ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Arnā'ūt, I, 366-367 (libro 2, *al-Šalā'*, cap. 26), n° 494 y 495; ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Albānī, 91 (libro 2, cap. 26), n° 494 y 495; AL-TIRMIDĪ, *Ŷāmi'*, 88 (libro 2, cap. 181), n° 407.

¹¹³ IBN QAYYIM, *Tuḥfat al-mawdūd*, 415.

¹¹⁴ SCHACHT, *Introduction*, 107; FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 318, que desarrolla la responsabilidad religioso-penal en caso de apostasía (342-344); GILADI, "*Šaḥīr*", 853 (educación), 854 (conversión); ZOMEÑO, "En los límites", 87-88.

¹¹⁵ IBN RUŠD AL-ḤAFĪD, *Bidāyat al-muṣṭahid wa-nihāyat al-muqtašid*, 6ª ed. Beirut: Dār al-Ma'rifa, 1402/1982, I, 157, "Apartado sobre la obligatoriedad de la oración colectiva y de quiénes están obligados a cumplirla" (الفصل الأول في وجوب الجمعة ومن تجب عليه); *cfr.* ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Arnā'ūt, II, 295-296 (libro 2, *al-Šalā'*, cap. 214), n° 1067; ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Albānī, 185 (libro 2, cap. 215), n° 1067, donde no incluye la variante sobre el viajero y Abū Dāwūd advierte de que el transmisor origen del hadiz "Tāriq b. Šihāb vió al Profeta (sws) y no le escuchó nada [al respecto]", aunque "más de uno" lo considera auténtico: AL-'ABBĀDĪ, 'Abd Allāh, *Šarḥ Bidāyat al-muṣṭahid* [...], [El Cairo]: Dār al-Salām, 1416/1995, 364, nota 2; PUENTE, "¿Protección o control?" 239.

Sí debe pagar la limosna de ruptura del ayuno tras el mes de ramadán (*zakāt al-fīṭr*) (si no tiene dinero será el padre o tutor quien deberá pagarla por él)¹¹⁶.

La importancia de esta etapa queda demostrada en las indicaciones que recoge en su obra el cordobés de época califal antes citado, ‘Arīb b. Sa‘īd. Dichas indicaciones están destinadas a la cuarta de las cuatro etapas en las que, desde el punto de vista médico, ‘Arīb divide la infancia. Esta cuarta etapa se extiende desde la aparición de la dentición definitiva hasta el momento en el que le sale el vello al adolescente. Dice así:

En este periodo se les educa, se les hace aprender la ley de la religión, se les ordena hacer la oración, prometiéndoles la recompensa futura [...] Y se entregará el niño a un maestro hábil y bondadoso que lo eduque en el temor con firmeza y suavidad, así su educación será buena, crecerá su cuerpo y madurará en la alegría [...] Y cuando llegue a los doce años aprenderá la Aritmética y la Geometría, las cosas más corrientes de Filosofía y Medicina¹¹⁷.

La trascendencia de la educación arranca en la propia *sunna* con hadices tan expresivos como que “No ha dado un padre un regalo mejor a su hijo que una buena educación (مَا نَحَلَ وَالِدٌ وَلَدًا مِنْ نَحْلِ أَفْضَلٍ مِنْ أَدَبٍ حَسَنِ) o “Es mejor para un hombre educar a su hijo que dar un *ṣā’* [(medida de grano)] de limosna (لَأَنَّ يُؤَدَّبَ الرَّجُلُ وَوَلَدَهُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ (يَتَصَدَّقَ بِصَاعٍ)¹¹⁸.

El teólogo y pensador Ibn Qayyim al-Āwziyya, además de encarecer la “obligación de educar y enseñar a los niños”, advierte que la mayor parte de los que acaban mal o perdidos se debe a la negligencia de los padres y a la irresponsabilidad de los mismos por desatender la educación de sus hijos desde pequeños¹¹⁹. En cuanto a los estudios a realizar, recomienda que se observe las cualidades y aptitudes del niño para orientarlo hacia su vocación natural y no apartarlo de ella porque así conseguirá mejores resultados y realización en la actividad o profesión de su vida adulta¹²⁰.

En la vida cotidiana, esta importancia social del inicio de la enseñanza en esta etapa se refleja en la preocupación por elegir el momento más adecuado, lo que lleva a consultar a los astrólogos para determinarlo tanto para el aprendizaje de las ciencias religiosas como especulativas teóricas (derecho, lengua) o prácticas (medicina, cálculo, secretariado)¹²¹.

Desde una perspectiva de género, se constata la enseñanza a los dos sexos: las niñas también reciben la enseñanza que, en ocasiones, imparte una mujer, como el

¹¹⁶ Según indica Ibn Rušd “وأنها تجب في ولده الصغار عليه إذا لم يكن لهم مال”; v. IBN RUŠD, *Bidāyat al-muġtahid*, I, 279, libro sobre la limosna de ruptura del ayuno (كتاب زكاة الفطر), apartado 2 sobre los sujetos a la misma (الفصل الثاني في من تجب عليه وعن من تجب؟); PUENTE, “¿Protección o control?”, 240.

¹¹⁷ ‘ARĪB B. SA‘ĪD, *Kitāb jalq al-ġanīn*, 59/64 (trad. esp. 112).

¹¹⁸ AL-TIRMIDĪ, *Īāmi’*, 327-328 (libro 24, cap. 33), n° 1951 y 1952, clasificados ambos hadices como *da‘īf* (de cadena débil).

¹¹⁹ IBN QAYYIM, *Tuġfat al-mawdūd*, 328-337, espec. 337, 352.

¹²⁰ IBN QAYYIM, *Tuġfat al-mawdūd*, 353-354.

¹²¹ IBN QUNFUD, [*Šarḥ al-Urġūza*, 180-181/228-229, n° XXXIV.

caso planteado en una alquería granadina de época nazari (hacia el s. XIV) donde una campesina enseñaba el Corán a niñas y mujeres¹²².

Por lo que respecta a su capacidad de obrar, hay que distinguir entre los actos de carácter personal y los de carácter patrimonial o económico¹²³:

a) Actos de carácter personal. Puede testar, emitir una declaración de paternidad si se ha casado, aceptar donaciones, establecer una manumisión contractual si es esclavo. También puede desempeñar la función de procurador.

b) Actos de carácter económico sobre su patrimonio. Se distinguen los actos gratuitos de los onerosos. Para proteger la integridad de su patrimonio, no se le autoriza al niño ni a su representante legal disponer a título gratuito de sus bienes, es decir, operaciones gratuitas como donaciones, la manumisión de un esclavo, establecer un *hubus* o *waqf* o aceptar una garantía en negocios de terceros. Ni el niño y ni siquiera su tutor pueden efectuar estas operaciones pues no resultan beneficiosas para el menor.

Lo que sí puede efectuar son enajenaciones a título oneroso, como compraventas, o un matrimonio, aunque si las realiza el niño sin la asistencia de su representante legal la operación es válida pero rescindible, independientemente de que haya sido favorable o no para el patrimonio del niño. En el caso de matrimonio, siempre necesitará el consentimiento del tutor. La rescisión puede reclamarla tanto el tutor durante la minoría de edad o el propio niño cuando alcance la pubertad y la plena capacidad jurídica¹²⁴.

En cuanto al matrimonio de las niñas, en derecho islámico se puede efectuar antes de la pubertad, en cuyo caso la consumación se realiza una vez alcanzada la madurez sexual. No obstante, para salvaguardar el derecho de la niña a su infancia y evitarle traumas, las fetuas andalusíes y magribíes recogen diversos casos en los que se observa la existencia de un periodo sin consumación o la inclusión en el contrato matrimonial de una cláusula especificando que el marido promete retrasar la consumación, por ejemplo, un año después de la celebración del matrimonio como sucede en una fetua emitida en Fez en el siglo XV¹²⁵. La posibilidad de fallecimiento

¹²² AL-ŠĀṬIBĪ, *Fatāwā*, ed. y estudio Muḥammad Abū l-Ayḫān, Túnez: 1985², 122, n° 3, traducción y estudio HASSAN ABSELAM, Abdeslam, "La enseñanza de las campesinas en la Granada nazari: una fetua de al-Šāṭibī", en CABRERA y LÓPEZ CORDERO (eds.), *II Congreso virtual sobre Historia de las Mujeres (15 al 31 de octubre de 2010). Comunicaciones*, Jaén: Asociación de Amigos del Archivo Histórico Diocesano de Jaén, 2013, 1-13, también disponible en: http://www.revistacodice.es/publi_virtuales/ii_congreso_mujeres/comunicaciones/salam.pdf [Último acceso el 20 de diciembre de 2014].

¹²³ LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 135; SCHACHT, *Introduction*, 107; FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 317-318, 321-324, 332; GILADI, "Šaghīr", 854 b; ZOMEÑO, "En los límites", 88.

¹²⁴ JALĪL, *Mujtaṣar*, 205/III, 61; SCHACHT, *Introduction*, 107; ZOMEÑO, "En los límites", 88.

¹²⁵ AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi'yār al-mu'rib*, III, 6-10 (fetua de Ibn Marzūq) y 35 (fetua de Ibn Rušd sobre marido que fallece antes de consumar el matrimonio); IDRIS, Hady Rogers, "Le mariage en occi-

del esposo antes de la consumación (que, lógicamente, se debe, en la mayor parte de los casos, a la existencia de un periodo de tiempo tras el matrimonio sin llevarla a cabo) también se refleja en los formularios notariales andalusíes¹²⁶.

El representante legal o tutor matrimonial (*wālī*), que es el pariente masculino más próximo, puede entregar en matrimonio a una niña (o a una muchacha adolescente o a un niño, pero este ha de ser menor) incluso en contra de su voluntad, pero cuando la niña llegue a la mayoría de edad tiene derecho a rescindir el matrimonio, derecho que también se le concede al niño varón¹²⁷.

Sin embargo, en al-Andalus los juristas no aceptaban el matrimonio de niñas y consideraban que no era válido dicho matrimonio a no ser que hubiese un "estado de necesidad"¹²⁸.

Esta situación de necesidad se refiere al caso de una niña huérfana y se explicitaba en el propio contrato matrimonial por el tutor. Así lo muestra un modelo de documento del formulario notarial de Ibn Muġīṭ (m. 1067) en el que el tutor (un hermano o un primo) casa a una virgen impúber de diez años para salvaguardarla de los peligros que pudieran perjudicarla¹²⁹.

4. EL FINAL DE LA NIÑEZ: LA ADOLESCENCIA

La infancia termina cuando el niño alcanza la pubertad (*bālig*), momento en el que el individuo adquiere los caracteres sexuales de adulto.

De esta manera, el concepto de mayoría de edad se denomina en derecho islámico *bulūg* (pubertad o madurez). Se presume alcanzada la pubertad a los quince años lunares, aunque hay discrepancias: los mālikíes, como es el caso de Jalīl b. Ishaq¹³⁰, señalan dieciocho, mientras que las otras tres grandes escuelas jurídicas ortodoxas señalan quince¹³¹, aunque también hay otras opiniones.

dent musulman. Analyse de fatwās médiévales extraites du "Mi'yār" d'al-Wanšarīši", *Revue de l'Occident Musulman et de la Méditerranée*, 17, fasc. 1 (1974) 71-105, 71, n° 91 y p. 86, n° 169; ZOMEÑO, "The Islamic marriage contract", 146.

¹²⁶ IBN MUGĪṬ, *al-Muqni' fi 'ilm al-šurūt (formulario notarial)*, ed. F. Javier Aguirre Sádaba, Madrid: CSIC, ICMA, 1994, 58-59, trad. española Salvador Vila, "Abenmoguit. Formulario notarial. Capítulo del matrimonio", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1 (1931) 5-200 (como libro, Madrid: Archivos, 1931), 100; MARÍN, *Mujeres*, 149.

¹²⁷ No obstante, algunos autores consideran que la niña no podrá ejercer este derecho si fue su padre o su abuelo quien la entregó en matrimonio: SCHACHT, *Introduction*, 137, 140; además, mientras es menor la esposa, queda suspendido su derecho de *nafaqa* que el marido le debe proporcionar (ibídem, 141); FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 318; ZOMEÑO, *Dote y matrimonio en al-Andalus y el Norte de África. Estudio sobre la jurisprudencia islámica medieval*, Madrid: CSIC, 2000; GILADI, "Šaghīr", 854.

¹²⁸ IBN MUGĪṬ, *al-Muqni'*, 58/100; MARÍN, *Mujeres*, 149.

¹²⁹ IBN MUGĪṬ, *al-Muqni'*, 56/97; MARÍN, *Mujeres*, 149.

¹³⁰ JALĪL, *Mujtaṣar*, 204/III, 61.

¹³¹ IBN QAYYIM, *Tuhfat al-mawdūd*, 417.

En cambio, en el ámbito de la medicina, encontramos la edad de diecisiete, como indica el polifacético médico y jurista granadino Ibn Ḥabīb (m. 238/853), autor del primer tratado de medicina escrito en al-Andalus¹³², si bien otros médicos, como ʿArīb b. Saʿīd, señalan dieciocho (la etapa de la juventud hasta 35 y madurez hasta 60; la de vejez hasta el final de la vida, que solo raramente llega a los 120 años)¹³³. Por su parte, Ibn Qayyim integra las diversas perspectivas (biológica, médica y jurídica) y realiza el análisis más completo y con el mayor detalle “Sobre las etapas del ser humano desde el momento de su existencia como esperma hasta su establecimiento en el paraíso o el infierno (في أطوار ابن آدم من وقت كونه نطفة إلى استقرار في الجنة أو النار)”¹³⁴.

Por otro lado, la pubertad se considera probada antes de esa edad por la presencia de poluciones nocturnas, la menstruación, el embarazo o la vellosidad de las partes naturales¹³⁵.

La mayoría de edad en cuanto a la disposición de bienes se adquiere por la edad, según algunas escuelas jurídicas, o por una declaración o reconocimiento de capacidad (*taršīd*); si el tutor se niega a emitir la declaración de capacidad, el menor u otro familiar puede solicitar al juez dicha declaración, como el caso que se citará a continuación¹³⁶.

Así, para algunas escuelas jurídicas, como la mālikí, la pubertad solo otorga mayoría de edad en lo que respecta a la persona, no en lo que respecta a los bienes, es decir, como si hubiese dos tipos de mayoría de edad¹³⁷. Por ello, a la pubertad se

¹³² Desde una perspectiva médica, Ibn Ḥabīb establece cuatro periodos en la vida del hombre, los tres primeros de diecisiete años (el primero de ellos es la infancia): “Las edades del hombre son cuatro: la infancia, que dura diecisiete años, la juventud, otros diecisiete, la madurez, también diecisiete y la vejez, que llega hasta el fin de la vida. El humor de la infancia es la sangre, que es caliente y húmeda, y la parte del año que le es más perjudicial es la primavera, porque encierra el dominio de sus humores, ya que la primavera es caliente y húmeda y si se excita algo diferente de la sangre, lo preserva de ello”, mientras que desde los diecisiete hasta los treinta y cuatro se extiende la juventud, tras la que aparece la madurez, que dura hasta los cincuenta y uno. V. IBN ḤABĪB, *Muḥtaṣar fī l-ṭibb (Compendio de medicina)*, ed. y trad. Camilo Álvarez de Morales y Fernando Girón Irueste, Madrid: CSIC, 1992, 74-75/102; ZOMEÑO, “En los límites”, 85; ÁLVAREZ DE MORALES, “El niño en al-Andalus”, 55-56.

¹³³ ʿARĪB B. SAʿĪD, *Kitāb jalq al-yanān*, 87/85 (trad. esp. 154); ÁLVAREZ DE MORALES, “El niño en al-Andalus”, 56.

¹³⁴ IBN QAYYIM, *Tuḥfat al-mawdūd*, 355-437.

¹³⁵ Los sueños eróticos o poluciones nocturnas (*iḥtilām*) y el nacimiento del vello púbico o genital son los dos elementos que consideran los juristas para establecer la pubertad, aunque biológicamente también aparezcan otros cambios como la prominencia de la nuez o el tono de voz, según IBN QAYYIM, *Tuḥfat al-mawdūd*, 417.

¹³⁶ LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 136; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 422, 441-443; FAHD y HAMMOUDI, “L’enfant dans le droit islamique”, 322-324.

¹³⁷ MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 442; LAPANNE-JOINVILLE, J., “L’acquisition de la majorité par l’enfant sous tutelle paternelle en droit musulman”, *La Revue Marocaine de Droit*, 9, fasc. 3 (1957) 97-100, (en relación con el dahír de 14 de marzo de 1938, que estableció para los mayores de 25 una mayoría semi-automática pero no modificó nada para los menores de edad bajo tutela paterna,

debe sumar el discernimiento o capacidad intelectual de conducirse y administrar su patrimonio (*rušd*) para poner fin a la incapacitación del menor respecto a su padre (del que queda emancipado automáticamente por edad si es un varón) o al tutor testamentario. Si se trata de un tutor testamentario, se debe acreditar formalmente mediante esa declaración específica llamada *taršīd*, pues si no se realiza no podrá disponer de sus bienes.

Este fue el caso real de ‘A’iša, una mujer algecireña que en 725/1325 llevaba casada veinte años pero su madre y tutora testamentaria no la había declarado *rašīda* y ahora se negaba a hacerlo porque quería vender la propiedad de su hija ‘A’iša (una parte de un molino) a su otro hijo, Abū ‘Alī, hermano de ‘A’iša. Ante ello, ‘A’iša solicitó y obtuvo del cadí local el *taršīd*¹³⁸. De hecho, existe base coránica para entregar los bienes a los menores cuando alcanzan la madurez: “Cuando los creáis ya maduros, pasadles su hacienda” (Q 4:62, trad. Cortés, 149; aunque se refiere a los huérfanos, téngase en cuenta que solo se considera huérfano al menor de edad: v. *infra* § 0 y nota 144).

Por tanto, en el caso de la emancipación de la mujer, se requiere, además de la pubertad, el matrimonio consumado (si el tutor es el padre) o la concesión expresa y formal mencionada (si el tutor es tutor testamentario). No obstante, si se trata de una mujer mayor que ya no se podrá casar o una mujer que no es virgen (*tayyib*) por ser viuda o divorciada, también se la considera emancipada¹³⁹.

5. CASOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN DEL NIÑO

5.1. EL HUÉRFANO

La importancia que el *fiqh* concede a los niños también queda de manifiesto en la atención que dispensa a la defensa de los huérfanos, lo que no es de extrañar teniendo en cuenta que la primera fuente del derecho para todas las escuelas jurídicas islámicas, el Corán, incluye varias referencias a ellos de forma directa o en relación al propio Muḥammad, al que Dios encontró huérfano y le dio refugio (Q 93:6).

Así, el Corán no solo prohíbe maltratar a los huérfanos (Q 93:9), sino que equipara a quien rechaza al huérfano con quien no cree en el Día del Juicio (Q 107:1-2)¹⁴⁰, uno de los dogmas de fe islámica. Además, ordena alimentarlos y vestirlos (Q 4:5, 8), educarlos (Q 2:215, 220; Q 4:5, 6), darles sus riquezas (Q 4:2, 6, 10), tratar-

a los que siguió aplicándose las norma del derecho mālikī); ÁLVAREZ DE MORALES, “El niño en al-Andalus”, 65.

¹³⁸ AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi’yār al-mu’rib*, IX, 261-265 y *supra*, nota 98.

¹³⁹ LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 136; “Bāligh”, en *EP*, I, 1024, s. v. (la redacción); SCHACHT, *Introduction*, 107; LINANT DE BELLFONDS, “Ḥaḍāna”, 18; FAHD y HAMMOUDI, “L’enfant dans le droit islamique”, 304, 322-323; GILISSEN y BENSMAINE, “Le statut de l’enfant”, 354-355.

¹⁴⁰ Es decir, con el que niega la fe: “¿Qué te parece el que desmiente el Juicio? Es el mismo que rechaza violentamente al huérfano” (trad. Cortés, 745).

los con equidad al mismo tiempo que prohíbe reiterativamente tocar los bienes de los huérfanos (Q 4:2, 6, 10, 127; Q 6:152; Q 17:34), lo que califica de gran pecado (Q 4:2) con terrible castigo (Q 4:10) y advierte contra los que para evitar dar sus riquezas a las huérfanas no las casan o se casan con ellas (Q 4:127).

Además de alimentarlos y vestirlos, el Corán también se ocupa de proporcionarles recursos económicos e incluye a los huérfanos entre los beneficiarios de la parte del botín (*ganīma*) que corresponde al Estado (Q 8:41; Q 59:7) y que es el quinto del total. También prescribe que cuando estén presentes los huérfanos en la partición de una herencia, se les dé algo (Q 4:8).

En línea con el Corán, la *sunna* refleja un interés y atención a los huérfanos del mayor rango. En uno de los hadices auténticos, el Profeta asegura que “Quien alimente a un huérfano suyo o de otro, él y yo estaremos en el Paraíso como estos dos [de juntos]” (كافل اليتيم له أو لغيره، أنا وهو كهاتين في الجنة) señalando los dedos índice y corazón o cordial¹⁴¹. En el mismo sentido, otro hadiz asegura que “La mejor casa entre los musulmanes es una casa en la que hay un huérfano al que se trata bien y la peor casa entre los musulmanes es una casa en la que hay un huérfano al que se trata mal (خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يُحَسَّنُ إليه. وشر بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يُسَاءُ إليه)”¹⁴². Esta preocupación del Profeta por los huérfanos queda patente de forma más explícita aún en otro hadiz en el que adjura o ruega encarecidamente la defensa de los derechos de los dos grupos de personas más débiles o menesterosos, que son el huérfano y la mujer (اللهم إني أخرجُ حق الضعيفين اليتيم والمرأة)¹⁴³.

Es preciso advertir que se entiende por huérfano sólo al menor de edad, al niño carente de ambos progenitores (o, al menos, del padre). Una vez que alcanza la pubertad, deja de tener esa consideración y el estatuto que conlleva pues existe un hadiz en el que el Profeta establece que no se considera huérfano a nadie después de la pubertad: “لا يُتِّمُّ بعد احتلام”¹⁴⁴.

En el derecho, los inmuebles del huérfano no pueden ser vendidos más que en caso de necesidad o utilidad. Más aún: para prevenir cualquier abuso, los tratados de derecho *mālikī* no dejan a la libre consideración del tutor cuáles son esos casos

¹⁴¹ MUSLIM, *Ṣaḥīḥ*, 2287 (libro 55, *Kitāb al-zuhd wa-l-raqā'iq*, cap. 2, n° 42), n° 2983. Cfr. AL-BUJĀRĪ, *Ṣaḥīḥ*, 1352, (libro 68, cap. 25) n° 5304 y (libro 78, cap. 24), 1507, n° 6005 y otra versión en IBN MĀ'ĪYA, *al-Sunan*, ed. al-Arnā'ūt, IV, 642, n° 3680; IBN MĀ'ĪYA, *Sunan*, ed. al-Albānī, 610, n° 3680.

¹⁴² IBN MĀ'ĪYA, *al-Sunan*, ed. al-Arnā'ūt, IV, 641, n° 3679; IBN MĀ'ĪYA, *Sunan*, ed. al-Albānī, 610, n° 3679.

¹⁴³ IBN MĀ'ĪYA, *al-Sunan*, ed. al-Arnā'ūt, IV, 641, n° 3678; IBN MĀ'ĪYA, *Sunan*, ed. al-Albānī, 610, n° 3678; AL-NISĀ'Ī, *al-Sunan al-kubrā*, ed. Markaz al-Buḥūt wa-Taḥqīyat al-Ma'lūmāt (El Cairo). Doha: Wizārat al-Awqāf, 1433/2012, IX, 292 (libro 68, cap. 51, *Ḥaqq al-mar'a 'alā zawyi-hā*), n° 9301 y 9302.

¹⁴⁴ ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Arnā'ūt, IV, 496-497 (libro 12, *al-Waṣāya*, cap. 9, sobre cuándo finaliza la orfandad), n° 2873; ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, ed. al-Albānī, 510 (libro 12, cap. 9), n° 2873. Cfr. Chaumont, E., “Yatīm. In the Qur'an and classical Islamic law”, en *ET*², ed. CD-ROM, XI, 298-299, s. v.

de necesidad y utilidad sino que los especifican y detallan. Estos casos, según Jalīl b. Ishāq, son, principalmente, los siguientes:

- cuando los inmuebles están gravados por cargas,
- están constituidos por bienes indivisos y uno de los copropietarios quiere vender su parte sin que el niño disponga de medios para rescatarla,
- la disminución de las rentas,
- la casa del niño está en la zona de los cristianos y judíos *ḍimmīes* o rodeada por malos vecinos,
- que la población abandone el lugar y el niño se quede solo,
- la casa amenaza ruina y el niño no tiene medios para repararla o si los tiene es más ventajoso venderla¹⁴⁵.

Resultado de la relevancia otorgada a la defensa de los bienes de los huérfanos fue la creación de un funcionario específico, delegado judicial, para tal fin, el *amīn al-ḥukm*. Se trata de un técnico dependiente del juez, encargado de custodiar y gestionar los bienes de los huérfanos (también de los bienes de menores de edad, incapacitados o ausentes justificados) pero sin poder de administración. Su existencia está constatada, al menos, en los siglos III-IV/IX-X¹⁴⁶.

En situaciones difíciles y de conflicto general, los huérfanos reciben un trato especial. Un caso de aplicación de esta norma general en al-Andalus que puede traerse a colación tuvo lugar durante el asedio de Toledo en 319/932 por ‘Abd al-Raḥmān III; ante la situación de gran hambre y carestía que estaban sufriendo especialmente los más débiles, los sitiadores dejaron salir a los necesitados, huérfanos y viudas¹⁴⁷.

5.2. EL NIÑO EXPÓSITO¹⁴⁸

Aunque el sistema social y familiar así como el sistema jurídico establecido en al-Andalus hacían muy poco frecuente la existencia de niños abandonados por sus pa-

¹⁴⁵ JALĪL, *Mujtaṣar*, 206/III, 63.

¹⁴⁶ TYAN, Emile, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Leiden: Brill, 1960, 259.

¹⁴⁷ CARBALLEIRA, "Pobres y caridad en al-Andalus", en PUENTE, Cristina de la (ed.), *Identidades marginales*, Madrid: CSIC, 2003, 53-91, 67.

¹⁴⁸ Para este apartado, véase JALĪL, *Mujtaṣar*, 257/III, 156, § 270; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, 143; SCHACHT, *Introduction*, 142; DELCAMBRE, Anne-Marie, "Laḳīṭ", en *EF*², V, 639; MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 418-419; FAHD y HAMMOUDI, "L'enfant dans le droit islamique", 336-338; VIDAL-CASTRO. "El estatuto del niño expósito (*laḳīṭ/manbūḍ*) en *fiqh* mālikí como un fundamento del sistema de protección de los niños abandonados en Marruecos", en MULERO GARCÍA, Juan Simón y OURKIA, Abderrazak (coords.), *La protección de la infancia en las relaciones hispano-marroquíes*. *Ḥimāyat al-aṭfāl fī l-'alāqāt bayna Isbāniyā wa-l-Magrib. La protection des enfants dans le cadre des relations entre l'Espagne et le Maroc*, en prensa.

dres, los tratados de derecho islámico general, no necesariamente andalusíes, contemplan esta posibilidad pues debían de producirse algunos casos de abandono¹⁴⁹.

En primer lugar, al niño expósito (*laqīṭ*, “encontrado”; también *manbūd*, “rechazado, repudiado”) se le conceden los máximos derechos puesto que se le considera libre, si no hay prueba en contrario, y musulmán, a no ser que fuera encontrado en un barrio o lugar de no musulmanes.

El niño debe ser recogido y alimentado, obligación colectiva (*farḍ kifāya*) de la comunidad islámica cuya importancia queda de manifiesto por la clasificación del acto como *wāyib*. Pero el desempeño de esta obligación queda asignado (si nadie reclama al niño, lógicamente) a la persona que lo encontró, para la que el cuidado del menor se convierte en obligación individual (*farḍ ‘ayn*). Si dos personas quisieran recoger al niño, el juez dará preferencia a la primera que lo encontró; si las dos lo encontraron al mismo tiempo, se da preferencia a la más apta y en caso de igualdad, se decide por sorteo. Si un no musulmán recoge un expósito considerado musulmán, se le debe retirar y poner en manos de un musulmán.

La persona que halla a este niño y se responsabiliza del mismo, deberá hacer constar formalmente el caso para que el niño no pueda ser considerado después esclavo.

El tesoro público puede disponer fondos para el mantenimiento de estos niños y, si cuenta con ellos, puede asignar una cantidad a la persona que se encarga de mantener a los niños expósitos. Si no existen fondos públicos y en caso de que el niño hubiera sido encontrado sin dinero junto a él, la persona que lo mantiene podrá reclamar al padre los gastos realizados si apareciera y se constatará que lo abandonó voluntariamente y no por causa de necesidad.

Pero, además de todas estas disposiciones favorables al niño expósito, el *fiqh* contempla otra medida que proporciona la máxima protección y la plena reintegración de ese niño, que siempre se encontraría en una situación difícil socialmente debido al desconocimiento de su paternidad, en una sociedad fuertemente patriarcal. Esta medida consiste en que cualquier individuo puede reconocer como descendiente suyo (*ta’abbī*; si es la madre quien lo reconoce se denomina *ta’ammum*) a este niño mediante declaración ante el juez (*iqrār bi-l-nasab*), lo que lleva aparejados los mismos derechos para este niño que cualquier hijo habido en el matrimonio, donde impera la regla de “*al-walad li-l-firās/al-walad li-ṣāhib al-firās*” (“el niño es del/propietario del lecho matrimonial”, extraída literalmente de un hadiz¹⁵⁰. No obstante, Jalīl exige para atribuir la filiación una prueba o que haya parecido facial (*bi-waḥh*)¹⁵¹.

¹⁴⁹ GILADI, “*Ṣaghīr*”, 851, 855.

¹⁵⁰ AL-TIRMIDĪ, *Sunan*, 275, n° 1157.

¹⁵¹ JALĪL, *Mujtaṣar*, 257/III, 156; lógicamente, tampoco pueden existir obstáculos lógicos y naturales, como una diferencia de edad insuficiente entre padre e hijo. Véase MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 410-413; SCHACHT, *Introduction*, 141; SCHACHT, “*Niḳāh*. In classical Islamic law”, en *EP*, ed. CD-ROM, VIII, 26-28, s. v., 28; LINANT DE BELLFONDS, “*Ikṛār*”, III, 1105-1108,

5.3 UN CASO EXTRAORDINARIO DE PROTECCIÓN SOCIAL: EL *RĀQID* O "NIÑO DORMIDO"

Todas las escuelas jurídicas incorporaron la tradición árabe preislámica del *rāqid*, niño que durante el embarazo detiene su crecimiento y después despierta y continúa hasta nacer¹⁵². La duración de esta dormición es muy dispar según los juristas. Los *mālikíes* son los que más extienden su duración y consideran que un embarazo puede prolongarse hasta cinco o seis años¹⁵³.

Esta creencia está muy arraigada en el Norte de África y en los dialectos magrebíes se denomina *rāged* o *bū margūd*. Los médicos andalusíes no la contemplan si nos atenemos al testimonio de ‘Arīb b. Sa‘īd, que solo indica casos que relata la tradición.

Desde el punto de vista socio-jurídico, esta figura tiene una finalidad humanitaria y justificación social en beneficio de la mujer y del niño, puesto que permite aceptar que una mujer divorciada o viuda pueda quedarse embarazada de su anterior marido aunque hayan pasado más de nueve meses.

Con ello se consigue proteger a la madre del deshonor y la condena pública, además de evitarle la terrible sanción penal por embarazo ilícito que implica delito de fornicación (lapidación hasta la muerte)¹⁵⁴.

Además, para la mujer estéril -o que no se quedara embarazada por la esterilidad de su marido, pues la sociedad siempre atribuiría la falta de hijos a la mujer-, la figura del *rāqid* o “niño dormido” supone una honrosa vía de escape a la vergüenza,

1108; FAHD y HAMMOUDI, “L’enfant dans le droit islamique”, 290-291; GILADI, “*Ṣaghīr*”, 852. En el ordenamiento jurídico español actual, es similar el modo para determinar la filiación no matrimonial, que, en primer lugar, se efectúa mediante declaración oficial del padre (Código Civil, art. 120, 1: “reconocimiento que hace el padre ante el encargado del Registro, en testamento o en otro documento público”). No obstante, es preciso advertir, con D. Serrano y otros autores, de que se trata de un procedimiento excepcional: v. LANDAU-TASSERON, Ella, “Adoption, acknowledgement of paternity and false genealogical claims in Arabian and Islamic societies”, *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 66 (2003) 169-192, 176-180; SERRANO RUANO, Delfina, “Paternity and filiation according to the jurists of al-Andalus: legal doctrines on transgression of the Islamic Social Order”, *Imago temporis. Medium Aevum*, 7 (2013) 59-75, 72.

¹⁵² VERBERKMOES, Odile y KRUK, Remke, “*Rāqid*”, en *EF*², VIII, 421, s. v.

¹⁵³ IBN QAYYIM, *Tuhfat al-mawdūd*, 378-388, donde expone las diversas opiniones y sus argumentos sobre la duración del embarazo; AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi’yār al-mu’rib*, IV, 477-478; FAHD y HAMMOUDI, “L’enfant dans le droit islamique”, 291; GILADI, “*Ṣaghīr*”, 852.

¹⁵⁴ Sanción que no establece el Corán (que solo prescribe 100 latigazos tanto para el hombre como para la mujer: Q 24:2) sino la *sunna*; v., por ejemplo, SERRANO RUANO, Delfina, “La lapidación como castigo de las relaciones sexuales no legales (*zinā*) en el seno de la escuela *mālikí*: Doctrina, práctica legal y actitudes individuales frente al delito (ss. XI y XII)”, *Al-Qanṭara*, 26 (2005) 449-473, 450; ABBOUD-HAGGAR, Soha, “Los textos religiosos islámicos: el Corán y el hadiz”, en María Jesús FUENTE y Remedios MORÁN (eds.), *Raíces profundas. La violencia contra las mujeres (Anti-güedad y Edad Media)*. Madrid: Polifemo, 2011, 45-66, 55.

la descalificación social por su infertilidad, la depresión y pérdida de estatus social o, incluso, el repudio. La mujer estéril o no embarazada podía argumentar que tenía un *rāqid*, en particular durante los primeros años de matrimonio cuando la expectativa y la presión de toda la familia y la sociedad es mayor en la cuestión de tener hijos y descendencia.

Igualmente, es muy positiva la figura del *rāqid* por lo que atañe al niño nacido con posterioridad a los nueve meses de la disolución del matrimonio (debida a la muerte del marido o el divorcio) o de la ausencia del marido: se evita que el niño sea ilegítimo y puede así eludir la marginación social y exclusión que supondría la carencia de padre conocido y legal. Además, este reconocimiento de paternidad tiene también para el hijo otros importantes efectos de carácter económico, como son la parte de herencia que le corresponda de su padre o, en su caso, la *nafaqa* o manutención.

En relación con esta figura jurídico-social, cabe indicar que un hombre puede reconocer como suyo un niño nacido mucho después del periodo establecido para un embarazo normal¹⁵⁵, sin que ello sea considerado como adopción (*tabannī*), que el derecho islámico no acepta siguiendo las aleyas coránicas (Q 33:4-5 y 37-38) que la abolieron.

La abolición de la adopción no impide que una familia pueda acoger a un niño expósito, como se ha indicado antes, si bien este acogimiento no tiene efectos jurídicos: el niño no cambiará su apellido ni se le considera familiar con vínculos de sangre (por tanto no será *mahram*¹⁵⁶, “prohibido”, persona con un grado de parentesco que impide el matrimonio con alguien). De hecho, a pesar de su carencia de efectos jurídicos, esta especie de adopción ha sido siempre muy practicada en todas las sociedades islámicas¹⁵⁷.

6. CONCLUSIONES

El derecho *mālikī*, en consonancia con las otras escuelas jurídicas ortodoxas, desarrolla un importante intervencionismo en el ámbito del derecho de los niños y les dedica una considerable atención. Esto se debe a la importancia que concede a la protección de la infancia y la voluntad de velar por los intereses del menor.

Con este objetivo, define y precisa detalladamente tanto sus derechos y el momento de su adquisición (incluso en periodo prenatal) como la función de cada uno de los progenitores y del tutor. Además, para responder a las diferentes necesidades del niño según su edad, el derecho distingue estas funciones y obligaciones para cada una de las etapas de la vida del menor. Entre esas obligaciones destaca como

¹⁵⁵ SCHACHT, *Introduction*, 140.

¹⁵⁶ Aunque este término también aparece como *muḥrim* y *muḥram*, opto por la forma *mahram* siguiendo los argumentos indicados en VIDAL-CASTRO, “Emires, príncipes, princesas y arráeces: la casa real nazarí de Jaén (Los miembros ḡayyānīs de la familia de los Banū l-Aḥmar y el papel político de las élites locales en la sociedad andalusí)”. *RIEEM*, 41 (2013) 21-60, 39, nota 47.

¹⁵⁷ MILLIOT y BLANC, *Introduction*, 416-417.

una de las principales la enseñanza, con un planteamiento integral (físico y psicológico) de formación en valores y educación moral y cívica a las que consideran de importancia trascendental.

Con el mismo objetivo de proteger a la persona, los intereses y patrimonio del niño, el *fiqh* mālikí aplicado en al-Andalus limita y controla la capacidad de actuar del mismo menor y su tutor, para que nunca pueda verse perjudicado personal o económicamente ni siquiera por las propias actuaciones del menor cuando adquiere ciertas capacidades de actuación.

Por otro lado, los tratados de *fiqh* dedican gran atención a la situación del huérfano (principalmente por falta de padre), ya que es la situación de desamparo que más necesita ser protegida y atendida. También se contemplan medidas especiales para otras situaciones excepcionales: el niño abandonado y el niño nacido después de nueve meses de la separación de los esposos, siempre con la voluntad y objetivo de proteger e integrar socialmente al menor y cubrir sus necesidades.

Lógicamente, la aplicación práctica y el disfrute de los derechos expuestos en esta panorámica de lo más destacado sobre la cuestión no siempre ni en todos los lugares del extenso mundo islámico han sido ni son los mismos. Existen variables que inciden en su aplicación, como el grupo social o económico, el medio rural o urbano, la influencia de usos y costumbres (*'urf* y *'āda*) locales la diferencia entre entornos rurales y urbanos, las posibles variaciones locales o la evolución de las normas que ya se mencionó en la introducción, entre otros factores. Por ello, no es posible generalizar en el tiempo y el espacio la vigencia o aplicación de una norma concreta sin un conjunto de estudios sobre esa norma para los diferentes espacios y épocas.

Pero el concepto y filosofía jurídica de fondo, el espíritu de la ley sí parece ser general y universal (entre otros motivos, porque muchas de las normas emanan de las dos fuentes del derecho principales: Corán y *Sunna*): interés superior del menor y protección preferente de la infancia por las instituciones y la sociedad en su conjunto.