

MATRIMONIO, FAMILIA E INFANCIA EN EL DERECHO ISLÁMICO MEDIEVAL

Amalia Zomeño

La legislación matrimonial islámica es una parte importante de las *mu'amalat*, es decir, los contratos bilaterales que presiden las relaciones entre los hombres. Igualmente, este conjunto de leyes permite controlar los comportamientos de los musulmanes de acuerdo con las teorías morales y sociales islámicas. El derecho de familia regula el matrimonio, las distintas formas de la disolución del vínculo matrimonial y las relaciones entre los individuos dentro de la familia, es decir, las tutelas y curatelas, el cuidado de los menores y su manutención. Obviamente, para conocer el matrimonio islámico en su conjunto es necesario tener también en cuenta las diferentes normas sociales que imperaban en cada una de las sociedades en las que se profesaba –y profesa– la religión islámica.

La familia en el islam tenía a la institución matrimonial como principal eje vertebrador, con fuertes lazos agnaticios y una cierta tendencia a la endogamia. En el islam, como en otras sociedades, las familias urbanas y las rurales podían tener características muy diferentes, teniendo en cuenta los instrumentos de producción que tenían en sus manos para su subsistencia. Igualmente, las posibilidades que las mujeres tenían para acceder al ámbito público y a la propiedad dependían muy directamente de los medios económicos de la familia, de su necesidad de mano de obra y de las estrategias matrimoniales que el grupo familiar debía desplegar a la hora de subsistir y mantener el linaje.

En el islam, el matrimonio es un estado recomendable a los ojos de la religión (no es un sacramento como en el Cristianismo) y el celibato no se considera una virtud. A través del matrimonio se controla y encauza la sexualidad de los individuos y es el único estado en el que se permiten las relaciones sexuales. En realidad, el matrimonio es un contrato de prestaciones recíprocas que implica una transferencia de derechos.

Según el derecho islámico, el matrimonio tiene tres pilares fundamentales: la dote indirecta o arras entregadas por el marido al padre de la novia, la asistencia a la esposa por parte de un tutor matrimonial y la publicidad del acto a través de al menos dos testigos honorables. Asimismo, el derecho impone una serie de recomendaciones relacionadas con las formalidades del matrimonio, como son la presencia física y el consentimiento de ambos cónyuges en una misma sesión pública y la escritura de un contrato matrimonial en el que se especifiquen todos los detalles, condiciones y obligaciones del vínculo. Acompañan a las leyes algunas normas sociales que deben cumplirse, como son la petición de mano y la organización de un banquete, ambas tendentes a la consecución de la publicidad debida de la unión (el matrimonio contraído en secreto está prohibido también en el islam).

Si bien la escritura de un contrato matrimonial no fue nunca una obligación legal, prácticamente en todas las sociedades islámicas se ponen por escrito las negociaciones realizadas entre ambas familias para el matrimonio de los hijos, y los

testigos requeridos para su legalidad se convierten así en notarios que dan fe de la boda y escriben el contrato. En concreto, como funcionarios de la administración de justicia, los notarios/testigos daban fe de los consentimientos de los cónyuges y del tutor de la novia, así como del hecho de que se había formulado una oferta por parte del marido y de que la novia o su familia había aceptado.

Como en todas las sociedades humanas, en el islam el matrimonio significaba un momento de intercambios económicos en el que ambas familias realizaban un importante contribución económica. Sin duda, estas transferencias matrimoniales empezaban de forma modesta una vez realizada la petición de mano, siendo muy frecuente que los novios entregaran a sus prometidas todo tipo de dulces y pequeños regalos antes de haberse casado. Sin embargo, era en el momento del contrato y de la boda propiamente dicha cuando se entregaban las obligaciones legales. El propio Corán indica que los maridos deben dar a sus esposas al menos un cuarto de dinar, cantidad que obviamente se sobrepasaba regularmente. De hecho, los maridos debían entregar a la novia, dándoselo al padre para que fuera él quien se lo pagara a ella, una cantidad importante ya pactada y este pago se realizaba normalmente en dos partes: una al contado en el momento de la consumación del matrimonio y otra que se aplazaba algunos años. Sabemos, por otro lado, que en algunas sociedades islámicas, estos pagos eran muy elevados e, incluso, algunas veces significaban la mitad de las propiedades que el marido tenía en el momento de la unión.

Los pagos realizados por los maridos, como se ha dicho, eran una obligación legal y sin estas entregas el matrimonio no podía considerarse como válido. Pero no era esta la única dirección que tomaban las transferencias matrimoniales. Está comprobado que, de hecho, los padres veían muy necesario dotar a sus hijas de manera que su matrimonio fuera ventajoso para ellas y pudieran subir en la escala social. Por eso, a menudo, los padres prometían a sus hijas o a sus futuros yernos unas cantidades importantes que podían asemejarse o incluso elevarse por encima de lo que los maridos les habían entregado. De esta forma, podríamos decir que ambas familias, dependiendo de las circunstancias sociales y económicas, contribuían a los matrimonios de los hijos, significando, en ocasiones, una entrega adelantada de las herencias.

Igual que los pagos prometidos o entregados, en el contrato matrimonial también solían escribirse una serie de condiciones que normalmente ponían las esposas a sus maridos. Esas condiciones modificaban y completaban los propósitos de ambas partes en el matrimonio y su incumplimiento por parte del marido significaba que la esposa pudiera solicitar la disolución matrimonial. Al menos en el Occidente islámico, siempre solían ponerse las mismas condiciones, entre ellas quizá la más llamativa la que permitía a la esposa disolver el matrimonio en caso de que su marido se casara con una segunda esposa sin pedirle antes permiso. No perjudicarla ni maltratarla solía ser otra condición, si bien este era ya de por sí un derecho que el islam daba a las esposas.

La presencia necesaria de un tutor matrimonial que asistiera a la esposa dependía de las escuelas jurídicas, si bien su asistencia y consentimiento era siempre

imprescindible. El tutor preferido por la ley era el padre cuando casaba a su hija, si bien, a falta del padre, el derecho establecía una jerarquía de miembros masculinos de su familia para ejercer esta función. Era frecuente que los padres nombraran tutores para sus hijas en sus testamentos, en el caso de que fallecieran sin haberlas casado antes. Tanto el padre como ese tutor testamentario tenían la facultad de casar a las hijas o ahijadas sin su consentimiento, cosa que debía ocurrir frecuentemente. Por otro lado, los juristas musulmanes en todas las épocas recomendaban pedir el consentimiento a ambos cónyuges.

Se ha mencionado en ocasiones que el matrimonio preferido en el islam es el que se realiza entre primos, es decir, cuando se casa una mujer con el hijo de su tío paterno. Si bien esta práctica puede documentarse en numerosas ocasiones, no podría decirse que es universal o intrínseco al islam, sobre todo entre familias en contextos urbanos.

El islam establece una serie de impedimentos y tabúes sociales al matrimonio de diferente índole. Como en otras religiones se prohíbe el matrimonio entre hermanos, incluso los llamados «hermanos de leche» es decir, aquellos que fueron amamantados por la misma nodriza, aunque no se prohíbe el matrimonio entre primos. Otra de las prohibiciones al matrimonio tiene que ver con la religión, puesto que las mujeres musulmanas no pueden casarse con hombres de otra religión, si bien los musulmanes pueden casarse con mujeres de las religiones del libro, es decir, cristianas o judías. Esta cuestión ha dado lugar a anulaciones matrimoniales cuando un marido musulmán apostata, por ejemplo, puesto que su matrimonio con una mujer musulmana debe anularse.

Es bien conocido el hecho de que el derecho islámico permite a los hombres casarse hasta con cuatro mujeres a la vez, si bien siempre ha sido una situación relativamente poco frecuente y excepcional. El Corán es quizá el texto que más impedimentos establece a esta práctica, pues obliga a los musulmanes que tengan más de una esposa a tratarlas a todas por igual, lo que según el propio texto es muy difícil para cualquier hombre.

La consumación es un hecho crucial en el contrato de matrimonio puesto que las relaciones sexuales entre ambos cónyuges se entienden como un acto que perfecciona el vínculo y da por completo el contrato. De hecho, en la práctica y en caso de disolución del matrimonio, la consumación abría los derechos y deberes económicos de los cónyuges. Por ejemplo, esta consumación abría el derecho de la esposa a una manutención a cargo del marido, probaba la paternidad de los hijos habidos por la esposa, así como las tutelas establecidas para ellos. Por otro lado, según el derecho islámico, el matrimonio no produce nunca una comunidad de bienes o un régimen de gananciales, siendo cada uno de los cónyuges propietario y administrador único, también las mujeres, de sus bienes.

En algunos casos que se han estudiado en que los padres casan a sus hijas cuando aún son menores, solía, por otro lado, ponerse una cláusula en el contrato que retrasara la consumación, entendiéndose como una manera de proteger a las jóvenes. Los juristas siempre se mostraron contrarios a esta práctica.

Como se ha dicho, el matrimonio musulmán podía disolverse legalmente, incluso después de la consumación, si bien los casos y sus consecuencias son muy diversos. El matrimonio, de hecho, podía ser nulo de forma absoluta, por ejemplo, cuando se hubiese contratado sin tener en cuenta los impedimentos o prohibiciones, aunque en algunos casos se consideraba nulo por vicio en el contrato, cosa que podía solventarse y mantener a los cónyuges unidos. En algunas sociedades islámicas se daba por nulo absolutamente el matrimonio contraído por un tiempo limitado, por ejemplo, si bien entre los *shí'íes* esta práctica se aceptaba.

Pero incluso hoy en día la cuestión de la disolución por repudio es un problema de desigualdad entre hombres y mujeres, ya que según el derecho islámico los maridos pueden repudiar a sus esposas y disolver el vínculo con ellas sin prácticamente ninguna traba legal, mientras que las esposas no tienen, ni han tenido nunca este derecho. Las únicas limitaciones que se establecieron a los maridos fueron una serie de procedimientos para la formalización del repudio. En primer lugar, el marido debía estar en posesión de sus facultades mentales así como repudiar a su esposa de forma triple, es decir, al menos tres veces dejando pasar un mes entre cada formulación del repudio. Una vez formulado el tercer repudio se entendía como completo y el matrimonio disuelto, por lo que la esposa entraba en el periodo de retiro legal. En cada uno de esos repudios, el marido podía arrepentirse y volver a tomar a su esposa, pero ella debía siempre entrar en el retiro. En la práctica, aunque no se recomendaba legalmente, los maridos repudiaban a sus esposas de una sola vez, pero pronunciando hacerlo de forma triple. Después de este repudio triple el marido ya no podía volver a tomar a su esposa.

Existe otra forma de disolver el vínculo matrimonial, esta vez después de un acuerdo entre los cónyuges según el cual era la mujer quien renunciaba a todos o a parte de los derechos económicos adquiridos en su matrimonio, por lo que si bien es una posibilidad que le da el derecho, a la vez no suele ser una ventaja directa.

Existen igualmente otros dos tipos de disolución matrimonial cuyos procedimientos están explicados en el propio texto coránico, pero que parecen ser poco frecuentes. El primer tipo ocurre cuando el marido jura ante el juez que no ha mantenido relaciones sexuales con su esposa durante al menos cuatro meses y que su intención es el repudio. El segundo de ellos, mucho menos frecuente, tenía que ver con el juramento del marido negando la paternidad del hijo que su esposa esperaba, lo que obviamente significaba una acusación directa de adulterio. Según el procedimiento coránico, esta acusación debía hacerse de forma pública y si la esposa no juraba ser inocente, podía ser ajusticiada.

Las esposas tienen derecho a pedir la disolución del matrimonio cuando sus maridos han desaparecido o, quizá, simplemente las ha abandonado. En estos casos, se requiere un procedimiento jurídico específico y el establecimiento de un plazo de cuatro años a contar desde el momento en que la mujer acude al juez para explicar su situación de abandono. Es en la corte judicial en la que se buscan noticias del marido y en caso de no tenerlas se dicta la disolución.

Uno de los efectos inmediatos de la disolución del vínculo matrimonial es el derecho de las esposas a recibir la dote indirecta completa, de hecho, toda la parte de las arras que no se hubieran entregado hasta el momento y que habían quedado aplazadas. Después de la disolución del matrimonio, las esposas entraban en un periodo de retiro legal, es decir, un periodo sin relaciones sexuales tendente a descartar que la esposa hubiera quedado embarazada después del repudio. Durante ese periodo, la esposa debía permanecer en el domicilio conyugal y no podía recibir ofertas de matrimonio ni casarse de nuevo. Igualmente, en caso de muerte del marido, la esposa debía pasar un periodo de cuatro meses y diez días, entendido también como un duelo, necesario para conocer si estaba encinta. Obviamente estos periodos se establecían para evitar cualquier duda respecto a la paternidad de los hijos que ella tuviera porque, de hecho, las mujeres cuyos matrimonios no hubieran sido consumados no tenían que observar este periodo.

Si la disolución del matrimonio se produce por la muerte de uno de los cónyuges, el otro heredará del fallecido. Según el derecho, la esposa recibirá el cuarto de la herencia de su esposo cuando la pareja no haya tenido hijos, pero un octavo si los tuvieron. Por otro lado, el marido hereda la mitad de lo que su esposa deje, sobre todo cuando no hay hijos, mientras que recibe el cuarto cuando sí los tuvieron.

El establecimiento legal de una mayoría de edad para casarse y, por tanto, el dictamen sobre la capacidad de los individuos provocaba consecuencias importantes dentro de las familias, ya que es parte de los sistemas legales, en general, la protección de los menores, los huérfanos y los ancianos. Durante los primeros años de su vida, el menor se encontraba siempre bajo la curatela y protección de su madre y, en ausencia de ella, bajo la de sus parientes por línea materna. Las madres, a su vez, tenían la obligación de ocuparse de su alojamiento, su vestido y su régimen de nutrición, mientras que los padres debían ser quienes pagaran todos esos gastos.

Obviamente, los rasgos físicos de la madurez fueron siempre factores que utilizan los sistemas legales para conocer la capacidad de los individuos, pero también se estableció una edad fija alrededor de los 18 años en los hombres y unos 15 para las mujeres. En cualquier caso, la dependencia de los individuos respecto a sus familias y la disgregación de los hijos del grupo familiar cambiaba radicalmente tras la mayoría de edad. El derecho diferenciaba entre la capacidad de adquirir derechos y obligaciones y la capacidad de gestionarlos personalmente, es decir, de administrar y llevar a cabo de forma válida las obligaciones y derechos.

El derecho islámico diferenciaba entre los niños menores de siete años y los mayores de esa edad en términos de capacidad. El que no había cumplido siete años era considerado incapaz de conducirse como persona independiente y de disponer de sus propiedades, por lo que no podía tomar parte en un contrato ni incurrir en responsabilidades penales, ya que se considera que no tenía intención criminal. A partir de esta edad y hasta la pubertad, el individuo era considerado dotado de discernimiento, que el derecho entendía como la capacidad del niño para comprender lo que se le decía y responder de forma coherente y sensata, distinguir

lo bueno de lo malo y desarrollar el sentido de la vergüenza. Por todo ello, tenían obligaciones de tipo religioso, como la oración, de forma que se aceptaría su conversión al islam, por ejemplo.

En principio, la plena capacidad legal se adquiriría al llegar a la pubertad, según todas las escuelas jurídicas, si bien no todas ellas establecían las mismas condiciones para entender esa capacidad. Sin embargo, el derecho islámico establecía una serie de criterios legales para indicar la madurez legal de las personas jurídicas, puesto que la edad no se consideraba siempre una condición suficiente para que los juristas entregaran la plena capacidad a los individuos para administrar sus propiedades. En casos de duda respecto a la capacidad de los individuos ya mayores de edad, el juez establecerá un tutor que actúe sobre ellos.

La capacidad legal de las mujeres se establece de forma diferente a la de los hombres, puesto que únicamente se alcanza cuando se han casado y su matrimonio se ha consumado. En este momento, se considera que las mujeres quedan emancipadas respecto a sus padres o tutores. A partir de los 10 años, las mujeres podían ser casadas o prometidas, al menos por sus padres, de manera que su paso a la madurez, tanto física como mental, se entiende como el paso de la virginidad al matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

SERRANO, Delfina (2017). «Judicial Procedure and Legal Practice on *Li'an* (imprecatory oath) in Andalus: Evidence from Model *Shurut* Collections, 11th-12th Centuries», en *Intisar A. Rabb y Abigail Krasner Balbale (eds.), Justice and Leadership in early Islamic Courts*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 149-170.

ZOMEÑO, Amalia (2008). «The Islamic Marriage Contract in al-Andalus (10th-16th Centuries)». En A. Quraishi y F. Vogel (eds.), *The Islamic Marriage Contract. Case Studies in Islamic Family Law*. Cambridge: Harvard University Press. p. 136-155.

— (2004). «En los límites de la juventud. Niñez, pubertad y madurez en el derecho islámico medieval», *Mélanges de la Casa de Velázquez. Nouvelle série*, 34, pp. 85-98.

— (2000). *Dote y matrimonio en al-Andalus y el norte de África. Estudio de la jurisprudencia islámica medieval*. Madrid: CSIC.

BIOGRAFÍA DE LA AUTORA

Amalia Zomeño es científico titular en el Instituto de Lenguas y Culturas del Mediterráneo y Oriente Próximo (CCHS-CSIC, Madrid). Es doctora de Filología árabe por la Universidad de Barcelona y ha sido miembro visitante en la Universidad de Princeton (1998-2000). El tema principal de su investigación es el Derecho islámico, siendo autora del libro titulado *Dote y matrimonio en al-Andalus y el norte de África* (Madrid, 2000). Actualmente estudia la sociedad y la aplicación del derecho en el Reino Nazarí de Granada a través de los documentos árabes notariales.

RESUMEN

Esta contribución gira en torno a los niños en las legislaciones islámicas, desde época medieval hasta la codificación de los estatutos personales en los países arabo-islámicos. Como en otros sistemas legales, los menores según la *shari'a* tienen un estatuto jurídico específico que, por un lado, los cuida y protege, y por otro, establece límites y fronteras para su capacidad de actuar. A través de la presentación de casos concretos, se explican diferentes situaciones en las que se establece y regula esa protección de los menores a través de tutorías, custodias y manutenciones dentro de las familias, así como las instituciones que protegen a los huérfanos según el derecho. Igualmente, el estudio de algunos casos nos muestra algunas situaciones que hablan de los límites de esa infancia según la ley, a través de la búsqueda, en la jurisprudencia, del establecimiento de la mayoría de edad. Finalmente, se presenta a la infancia dentro de las familias, mostrando casos en los que vemos las relaciones entre los padres y sus hijos, los embarazos, las nodrizas, los establecimientos de periodos de lactancia, así como el matrimonio de menores y los matrimonios concertados, así como la opinión de los juristas respecto a estas prácticas.

PALABRAS CLAVE

Estructuras familiares, familia, matrimonio, divorcio, infancia, derecho islámico.

ABSTRACT

This contribution revolves around children in Islamic legal systems from medieval times until the establishment of legal codes governing personal statuses in Arab and Islamic countries. As in other legal systems, according to the *shari'a* minors hold a specific legal status which, on the one hand, ensures their care and protects them, while on the other hand setting limits and boundaries on their capacity to act. By presenting specific cases, different situations are explained in which the protection of minors is established and regulated through guardianship, custody and child care payments within families, as well as the institutions meant to protect orphans in accordance with the Law. Similarly, some case studies show us a series of situations which demonstrate the limits of childhood according to the law, by searching the jurisprudence for cases in which the age of majority was determined. Last of all, childhood within families is discussed through illustrative cases in which we see the relationships between parents and their children, pregnancies, wet nurses and breastfeeding periods, as well as the marriage of minors and arranged marriages, along with the opinion of legal scholars regarding such practices.

KEYWORDS

Kinship structures, family, marriage, divorce, childhood, Islamic law.

الملخص

تتمحور هذه المساهمة حول الأطفال في التشريعات الإسلامية، من العصر الوسيط إلى مرحلة تدوين قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية الإسلامية. و كما هو الحال في الأنظمة القانونية الأخرى، يتمتع القاصرون بمقتضى الشريعة بوضع قانوني خاص؛ فمن جهة، فهي تضمن لهم العناية والحماية، و من جهة أخرى، تضع حدوداً و حواجز أمام قدرتهم على التصرف. و من خلال عرض حالات معينة، سيتم شرح الحالات المختلفة التي يتم فيها إرساء وتنظيم حماية القاصرين عبر الوصاية، والحضانة، والإعالة داخل الأسرة، وكذلك المؤسسات التي تحمي الأيتام وفقاً للقانون. و في نفس الآن، فإن دراسة بعض الحالات تبرز لنا بعض الوضعيات التي تتحدث عن حدود تلك الطفولة وفق القانون، من خلال البحث في الفقه عن تحديد سن الرشد. وأخيراً، يتم التطرق للطفولة داخل الأسرة، لنعرض حالات تبرز العلاقات بين الوالدين وأبنائهم، وحالات الحمل، و المرضعات، و تحديد فترات الرضاعة، وكذلك زواج القاصرات، و الزواج المدبر، ثم رأي الفقهاء في كل هذه الممارسات.

الكلمات المفتاحية

هياكل أسرية، أسرة، زواج، طلاق، طفولة، شريعة إسلامية.