

# Lactación, crianza y filiación en al-Andalus. Garantías, fianzas y *kafāla* entre andalusíes, mozárabes e hispanos<sup>1</sup>

## RESUMEN

*La adopción es una institución prohibida en el Derecho islámico y regulada en este ordenamiento jurídico de forma profusa. Las comunidades andalusíes del territorio peninsular convivieron con comunidades mozárabes e hispanas y aplicaron ese mismo principio, especialmente cuando de hijos de matrimonios mixtos se trataba. La legislación conservada desde el siglo VIII, aplicada sin solución de continuidad hasta el siglo XVII aporta datos sobre situaciones en las que por piedad y compasión hubo que arbitrar soluciones de consuno, para quienes eran débiles y estaban desvalidos. La acogida o kafāla, garantizada mediante instrumentos jurídicos, es una institución cuya importancia trasciende hasta nuestros días, como se ha querido demostrar en este trabajo.*

## PALABRAS CLAVE

*Lactación, crianza, educación, acogida, tutela, sucesión, kafāla*

## ABSTRACT

*Adoption is an institution prohibited in Islamic law and profusely regulated in the legal system. The Andalusian communities of the peninsular territory coexisted with*

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco de los proyectos de Investigación: Proyecto de investigación Proyecto I+D+i *El Estado secular y las políticas de coexistencia*. Referencia: DER2016-79293-P; y Proyecto Gerde-Henkel. *Christian Society under Muslim Rule: Canon Collections from Muslim Spain* Referencia: Colección Canónica Hispana (CCHE), (2019-).

*Mozarabic and Hispanic communities and applied the same principle, especially related to children of mixed marriages. The oldest preserved legislation and fetuas dated back from the 8th century, and were applied without interruption until the 17th century. Legislation and fetuas shed light on cases in which out of mercy and compassion, solutions had to be found, for the weak and helpless. The reception or kafāla, guaranteed by legal instruments, is an institution whose importance lasts still to this day, as this paper will attempt to justify.*

## KEYWORDS

*Nursing, upbringing, education, minor sheltering, guardianship, inheritance, kafāla.*

**Recibido:** 17 de marzo de 2020.

**Aceptado:** 7 de abril de 2020.

SUMARIO: Introducción. I. Lactación, crianza y educación en la terminología histórico-jurídica. II. Lactancia del menor. El deber de la madre y el sustento del padre. III. Sobre la administración de los bienes del menor y del huérfano por el tutor y la observancia de lo que *mejor le convenga*. IV. Medios jurídicos para garantizar los cuidados y la protección del menor, huérfano y abandonado. El recurso a la *«fianza, aval y caución*. V. *Kafāla* no es adopción en el derecho andalusí. *At-tabanni* es adopción en el Derecho islámico.

## INTRODUCCIÓN

El desamparo y abandono de menores supone privar de favor y cuidados básicos a un individuo en la fase de desarrollo vital. El derecho histórico español se ocupa de estas acciones, derechos y deberes hacia el menor, así como de las circunstancias o factores que las originan. Una temática de actualidad, tanto en el orden nacional como internacional, propiciada por la movilidad de personas con culturas distintas y procedencia diversa y con problemas de integración, lo que dificulta la convivencia. Esta movilidad de individuos, adultos y menores que se acogen a los mecanismos de integración regulados por el derecho, también de adopción, da lugar a un interesante casuismo. Es este el caso de las familias magrebíes que en la actualidad llegan al territorio peninsular constituyendo un núcleo familiar integrado por hijos biológicos y otros menores de acogida, en base a las disposiciones normativas y convenios con sus países de origen. El casuismo que se da en la actualidad tiene también referentes épocas anteriores y en los sistemas jurídicos vigentes a lo largo de la Historia del Derecho Español.

El legislador de los distintos sistemas jurídicos vigentes en el territorio peninsular manifestó interés por evitar situaciones de desamparo, y centró la atención en procurar los medios básicos que permitieran a menores e impúbe-

res, incapacitados legalmente para asumir responsabilidades sobre sus personas y patrimonio, los medios básicos para crecer seguros y recibir una educación acorde a sus necesidades, a su condición o estatus. La finalidad de estas medidas era garantizar la crianza y los cuidados físicos y mentales (materiales y espirituales) para favorecer un desarrollo del individuo en las mejores condiciones.

El tema que ahora nos ocupa se centra en el tratamiento que tuvo en el derecho la *acogida* de menores para su crianza y educación por causa de desamparo u orfandad, entre otras circunstancias<sup>2</sup>. En nuestro derecho histórico crianza, ahijamiento, prohijamiento, acogida, adopción, tutela y curatela fueron regulados en los distintos sistemas jurídicos que constituyen la base de lo que en el derecho occidental forma parte de las instituciones de derecho civil, especialmente las instituciones del matrimonio, filiación, sucesión, y otras afines; así como de los efectos que se derivan de esas relaciones interpersonales. Esta parcela jurídica en el sistema islámico-andalusí forma parte del conjunto de instituciones (*furū al-fiqh*) complementarias a las obligaciones religiosas, sin específica distinción entre instituciones de derecho civil y de derecho público, como tampoco integradas en el citado derecho de familia iusromanista.

El tema de la acogida y adopción no es novedoso en cuanto a los sujetos que provienen de territorios regidos por derecho de tradición islámica; un derecho tradicional en el que se admite que tutela, curatela y patria potestad quedan subsumidos en un único concepto polisémico, *wilāya*<sup>3</sup>; deberes y derechos que surgen a partir del momento en que cesa la *ḥaḍanā*. La *ḥaḍanā* comprende los cuidados que precisa el menor para crecer saludable y dignamente, desde su

---

<sup>2</sup> Desde el punto histórico y centrado en la perspectiva de género y trabajo remunerado: BOLUFER PERUGA, M., «La lactancia asalariada en Valencia a finales del siglo XVIII» en *Saitabi: Revista de la Facultat de Geografia i Història*, 43 (1993), pp. 225-268. El enfoque histórico social en GARRIDO ARCE, E., «Familia, parentesco y alianza en la huerta de Valencia, siglo XVIII: La estrategia familiar de la consanguinidad», en *Estudis: Revista de Historia Moderna*, 18 (1992), pp. 217-240; de la misma autora «Casa y compañía»: la familia en la Huerta de Valencia, siglo XVIII: Algunas reflexiones teóricas y metodológicas, en *Revista de Demografía Histórica*, 10-3 (1992), (Ejemplar dedicado a: Historia de la familia), pp. 63-82. La problemática de los niños expósitos tras la Guerra de Sucesión, en FERNÁNDEZ UGARTE, M., «Los marginados familiares. Los expósitos. El modelo de Salamanca», en *Linaje, familia y marginación en España (ss. XIII-XIX)*, Vicente Montojo Montojo, ed., Murcia, Universidad de Murcia, Seminario Familia y élite de poder en el Reino de Murcia, 1992; vol. 1, pp. 127-147.

<sup>3</sup> Los términos de origen árabe normalizados en la lengua española se transcriben conforme a la normativa de la RAE; los términos que no tienen equivalente en nuestra lengua se ha optado por transcribirlos según las normas de la revista *al-Qanṭara*; y los términos que aparecen en las fuentes andalusíes, tanto en árabe como aljamiadas, se han conservado en su formato original, incluyendo la grafía en lengua árabe, especialmente los que no se corresponden con las transcripciones efectuadas por arabistas o historiadores con el contenido o significado que tienen en el Derecho islámico o andalusí; en este caso se sigue a CORRIENTE, F., *A dictionary of andalusi-arab*, Brill-Leiden-Köln- New York, 1997. Las referencias al derecho andalusí seguirán esta grafía en minúscula al no ser, por el momento, una materia de conocimiento que se explique al margen del Derecho islámico, ordenamiento jurídico con entidad propia; no obstante, y debido a las particularidades implementadas por los juristas andalusíes y aceptadas por la doctrina *māliki* de los primeros siglos se opta por esta denominación para el conjunto de los territorios de al-Andalus en los supuestos que es posible. (N. d. A.)

nacimiento hasta la edad de la pubertad, en el caso de los niños y la edad del casamiento y consumación para las niñas<sup>4</sup>. Una institución que ha merecido notables modificaciones en la legislación de los países de tradición islámica con motivo del proceso codificador de finales del siglo XIX –momento en que se intentó la modernización del Derecho islámico sobre la base de los modelos codificadores occidentales– y hasta las primera década del siglo XXI<sup>5</sup>.

Acogida y adopción que en España ha suscitado el interés no solo de civilistas y canonistas o iusinternacionalistas<sup>6</sup> sino también de especialistas en Derecho Tributario<sup>7</sup>; y esto es así porque se trata de una materia definida y calificada sobre principios y fundamentos jurídicos distintos a los que caracterizan esas mismas instituciones en los sistemas jurídicos de tradición romanista. He aquí la disparidad entre las instituciones que rigen en el Magreb, citando por caso, y países europeos como España; de ahí que se aluda a afinidad pero no a equiparación. Efectivamente, este es el caso del conflicto legislativo suscitado en la implementación en España de la adopción a través de la *kafāla*, que se adjetiva con dos epítetos: internacional e islámica<sup>8</sup>. El interés por solventar cuantos problemas surjan en el terreno de la interpretación normativa tiene por finalidad evitar daños al menor, en cualquiera de las situaciones que se pueda encontrar: abandono u orfandad, no obstante las limitaciones legales; un interés que traspasa fronteras, y cítese por caso el II Encuentro italo-marroquí sobre *kafāla* que tuvo lugar en Roma en el año 2017<sup>9</sup>; punto de partida para esta contribución desde un punto de vista histórico-jurídico.

<sup>4</sup> D'EMILIA, A., *Scritti di Diritto islamico, Raccolti a cura di Francesco Castro*, Roma: Istituto per l'Oriente, 1976, p. 29.

<sup>5</sup> CASTRO, F., *Il modelo islamico*, a cura di Gian Maria Piccinelli, Torino: C. Ciappichelli Editore, 2007, p. 113.

<sup>6</sup> ORTEGA JIMÉNEZ, A., «La Kafala de Derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 819-826. Y en materia legislativa véase Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 175, de 23 de julio de 2015.

<sup>7</sup> LUQUE CORTELLA, A., «Aplicación en el IRPF del mínimo por descendientes a los supuestos de tutela o acogimiento de menores (posición de la DGT sobre la «kafala» islámica)» en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 891 (2014), p. 6.

<sup>8</sup> *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del menor*, artículo 20, n. 3. Nótese que en 64 sesión de la Asamblea de Naciones Unidas sobre formas alternativas en materia de cuidados de menores, concretada en el documento *Guidelines for the Alternative Care of Children* (2010) las referencias a la *kafāla* van seguidas siempre de la precisión «del Derecho islámico» (arts. 123, 152 y 161). También sobre esta misma etimología indica Allufi que es el Derecho Internacional el que atribuye el carácter islámico a la *kafāla*, al definir esta modalidad como «creación contemporánea» vid. ALLUFI BECK PECCOZ, R., «La kafāla. Nel celo del Diritto» en *Islamocristiana*, 44 (2018) pp. 215-226; este tema entra en relación con la cuestión jurídica de la aculturación o modernización del Derecho islámico y su subordinación al Derecho del Estado, vid. CASTRO, *Il modelo islamico*, ob. cit., pp. 114/5.

<sup>9</sup> VV. AA., *The Kafala and the Protection of Minors. Reflections after the Second Italian-Maroccan Colloquium on Comparative Law (IPOCAN)*, Edited by Gian Maria Piccinelli e Andrea Borroni, Roma: IPOCAN, Istituto per l'Oriente Carlo Alfonso Nallino-Roma, 2018. Ante la conveniencia de ofrecer este trabajo a la comunidad de historiadores del Derecho español como temá-

Los problemas que actualmente se han planteado en nuestro país –generalizados en otros del ámbito europeo– ante la divergencia normativa sobre los posibles efectos de la tutela sobre la filiación del menor aconsejan volver la mirada al Derecho islámico tradicional. Un derecho que subyace en los códigos o Estatutos personales<sup>10</sup> por cuanto es su último fundamento, no obstante, la «aculturación» o «modernización del derecho en todos los países de tradición islámica. Este será el último referente jurídico, también para este trabajo, si bien a partir de aquí la atención se presta a los vestigios normativos y a los documentos de aplicación (*ifta*) del derecho en territorio peninsular, previa selección o determinación de los más ilustrativos a pesar de la injustificada parcialidad que se viene arguyendo. Todo ello permite realizar una reflexión sobre el acogimiento, de tradición islámica y andalusí, implementado a través de convenios bilaterales con países tanto de Magreb como del Masriq, y con el soporte del Derecho Internacional, en el territorio peninsular, al margen de regirse o no por el «Derecho islámico».

Porque aunque acogida y adopción son tratadas legislativamente de forma conjunta, priorizaremos la primera por el desigual tratamiento que merece en el ordenamiento histórico-jurídico de los territorios peninsulares. La acogida como institución garante de cuidados y protección a menores, huérfanos y abandonados, interesa en un espacio de coexistencia multicultural y de pluralidad religiosa; el objetivo es analizar el derecho a la acogida y a la prestación de cuidados básicos para asegurar el desarrollo del menor a partir de una institución del derecho de tradición islámica: la caución (*al-ḥamāla*). En realidad la garantía de cumplimiento de una obligación –en este caso personal– y que tiene por beneficiados a sujetos que no se encuentran en la parentela de sangre (*nasab*) ni tienen afinidad (*muṣāhara*), y además no profesan la misma religión. Elemento, este último, clave para comprender la incidencia que tienen ciertos impedimentos, cuyo origen radica en preceptos legales basados en la *ṣarīʿa*.

La opción de análisis comparado, en clave histórico-jurídica, tiene por objeto las relaciones entre los progenitores y el fruto de su relación, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad. Los cuidados básicos consisten en proveer de todo lo necesario a los menores con las garantías personales y patrimoniales que les sean necesarias. Ese deber corresponde a quien ostenta la patria potestad, que ante la ausencia de la figura paterna o materna permite, en todos los ordenamientos jurídicos, la entrada de personas legitimadas para su ejercicio. La adopción del menor, en consecuencia, puede ser ejercida por familiares, por personas sin vínculos directos, e incluso por personas extrañas; aunque con limitaciones en los distintos sistemas jurídicos peninsulares. La reciente aportación del profesor Fernando Arvizu en el número anterior de este *Anuario* titula-

---

tica afín a la materia objeto de este *Anuario*, se publica ahora el texto inédito en la misma lengua en que fue redactado inicialmente, ampliado y actualizado.

<sup>10</sup> Este tema ya fue abordado en el artículo «La filiación materna y paterna en el Derecho islámico. Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales», *Feminismo/s* 8, diciembre 2006, pp. 87-113.

do «Fianzas en materia civil en la documentación altomedieval»<sup>11</sup> nos ha ofrecido una visión completa de la institución en el tráfico jurídico desarrollado en los territorios peninsulares; y ha servido de referencia para ahondar en el significado que la fianza tuvo en el seno de las comunidades andalusíes a la luz de su derecho y respecto a una materia del orden civil como es el ejercicio de la patria potestad sobre personas desamparadas o abandonadas, rechazadas o simplemente desvalidas.

## I. LACTACIÓN, CRIANZA Y EDUCACIÓN EN LA TERMINOLOGÍA HISTÓRICO-JURÍDICA

Las estrechas relaciones durante siglos entre las comunidades andalusíes, mozárabes e hispanas (de los reinos de Castilla y Aragón) plantearon diversa problemática a nivel de las relaciones intercomunitarias e intersubjetivas. Los matrimonios mixtos y las relaciones sexuales entre personas pertenecientes a distintas comunidades religiosas generaron situaciones controvertidas, motivadas por los impedimentos formales especificados en la normativa islámica, y en menor medida en la cristiana. La finalidad de esa regulación era evitar los efectos de las relaciones prohibidas, o no recomendadas según el derecho, pero que a la luz de la documentación medieval no parece tuviera un tratamiento homogéneo en los distintos fueros. Efectos que se producían desde el momento en que la relación surtía sus frutos y los padres debían asumir las responsabilidades propias de la filiación; éstas se concretaban en la garantía, por derecho natural, de los cuidados mínimos que harían viable el crecimiento y prosperidad de los recién nacidos e infantes. Junto a esa elemental garantía, fundamentada en razones de carácter piadoso y compasivo hacia el más débil<sup>12</sup>, surgen otras exigidas a los progenitores de cualquier comunidad y que tenían causa en la inobservancia de las prohibiciones señaladas. El recorrido vital de los individuos que habitaron la Península permite, en base a la coexistencia y convivencia en espacios limítrofes de comunidades religiosas distintas, analizar comparativamente el modo en que se aceptaba y daba acogida a los hijos nacidos de relaciones entre cristianos y musulmanes, y la expectativa de derechos a nivel personal y material<sup>13</sup>.

El primer aspecto de interés para la comprensión de la casuística que se plantea en el derecho histórico español, y por inclusión en el andalusí, es el etimológico o conceptual; los derechos y obligaciones que se generan entre

---

<sup>11</sup> ARVIZU Y GALARRAGA, F. de, «Fianzas en materia civil en la documentación altomedieval», en *Anuario de Historia del Derecho Español* (en adelante *A. H. D. E.*), 88-89 (2018-2019), pp. 15-44.

<sup>12</sup> Hoy se calificaría como «humanitario» (N. de la A.).

<sup>13</sup> Aunque la temática está presente en el derecho de las distintas comunidades religiosas establecidas en nuestro territorio, se opta por una comparativa limitada a la comunidad andalusí hispana en coherencia con la línea de investigación.

progenitor y vástagos se definen con conceptos que en muchas ocasiones coinciden pero en otras, como es el caso de la comunidad andalusí, se alejan de su significado originario y adquieren otro sentido según las disposiciones coránicas y las tradiciones (*ṣarṭ'a*) en las que se inspiran.

Varios son los términos que precisan ser explicados. Siguiendo el ritmo vital de las personas, tómesese como primer concepto definitorio de la necesaria protección del recién nacido la lactación, acción y efecto de amamantar a un menor y procurar su alimento. El término *rafah* (رفع) significa levantar, recoger o remontar entre otros<sup>14</sup> y denota el medio que permite o hace viable ese crecimiento físico del individuo; alimentación que genera otra serie de efectos respecto a los infantes que se nutren de la misma madre o de una nodriza. En efecto, el hermano de leche (أرضع)<sup>15</sup>, adquiere una relación de parentesco derivada de la succión de aquella misma sustancia, la leche (*raḍā'*).

Un segundo término indicativo de la continuidad en ese proceso de alimentación y cuidados básicos es «crianza». En árabe, y en el derecho andalusí, el término crianza proviene del verbo criar, *mas* (مص)<sup>16</sup>; aunque esta raíz significa etimológicamente chupar, aspirar o absorber<sup>17</sup>; en relación con el tema objeto de estudio hace referencia a la acción de alimentar a un menor, amamantar (أرضع)<sup>18</sup> por la madre o ama de cría. Pero la crianza se expresa también mediante la expresión *al'ubuat wal'umuma*, o sea el «conjunto de acciones encaminadas a la consecución de la prosperidad de un individuo». El *Vocabulista aravigo* utiliza el verbo *r-b-b* (*rabbī*), con significado de criar para referirse a la crianza de un niño, y especifica que la «crianza como ayo» es término de la raíz 'adab (أدب), y el concepto que define es *guaddeb*<sup>19</sup>. Y como corolario de esa «crianza» el mismo Pedro de Alcalá matiza al distinguir entre la crianza o cortesía, como resultado de la buena educación, también con el término *guaddeb/wadīb*, del término criador de nuevo, *halīq*, *haliqīn*; del criador, *murabī*, *murabīn*, *morabīn*; *rab* o *arbāb*, y del criador como sirviente, *didd*, de criado o criada que sirven, *hāddīn* y *hadīma* respectivamente; del criador de niños, *nenne*, *nennīt*, y la criadora, *rabbaya*, *rabbayet/rabbayīt*. Asimismo, interesa la terminología que distingue la crianza de un menor cualquiera de la de un criado o criada, *morabī*, *morabīa*; la crianza del ayo, *tarbīa*, *tarābī*, y de la crianza que se deriva, *hidān* o *hidanāt*<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> CORRIENTE, F., *Diccionario árabe-español*, Madrid: Instituto Hispano-Árabe de Cultura, Madrid, 1977, p. 297; CORRIENTE, F., A., *dictionary of andalusi-arab*, p. 213.

<sup>15</sup> *Ídem*, p. 297; *idem*, *op. cit.*, p. 210.

<sup>16</sup> CORRIENTE, F., *Nuevo diccionario español-árabe*, Instituto Hispano-Árabe de Cultura, 1988, p. 346.

<sup>17</sup> CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 769; y ALCALÁ, P. de, *Vocabulista aravigo en letra castellana*. Granada, 1505, [Disponible en: Biblioteca Cervantes Virtual] [Consultado el 31 de marzo de 2020], fol. 11<sup>r</sup>.

<sup>18</sup> CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, p. 297.

<sup>19</sup> ALCALÁ, *Vocabulista aravigo en letra castellana*, fol. 44<sup>r</sup>.

<sup>20</sup> *Ídem*, fol. 66<sup>r</sup>.

Un tercer término proviene de la raíz *k-f-l* e incluye distintas acepciones: criar, cuidar (كف), «encargarse de» y «ser tutor de»<sup>21</sup>. En este caso se trata de vocablos con contenido jurídico y características legales distintas, puesto que la crianza, el cuidado y *el hacerse cargo* o *ejercer de tutor* de una persona son acciones y situaciones que se dan en momentos concretos de la vida de un individuo; y en circunstancias que merecen análisis pormenorizado; también respecto a personas de distinto género y condición social. El término en cuestión *kafāla* y el *Diccionario árabe andalusí* lo define como la acción de nutrir, levantar y sanar; con la partícula con (*bī*) significa «cuidar» o «ser el guardián de». Y *kafil* es el «responsable», mientras que el *kafil* (con *i* larga) es el «tutor» que defiende y alimenta o asume plena responsabilidad mutua<sup>22</sup>. En ese diccionario la acepción (*k-f-l*) hace expresa mención a la garantía o aval que presta una persona en favor de otra; según Corriente consiste en el hecho de proporcionar o cuidar de alguien, y de su análisis de los documentos mozárabes de los siglos XI y XII deduce que se refiere al ejercicio de la tutela o custodia, tanto sobre un menor como sobre la mujer, denominada *kafī-ah*<sup>23</sup>.

El contenido de esa acción es la tutela, que en el Derecho islámico tiene significado singular, y como se termina de explicar entre los mozárabes comprendía tanto la tutela como la custodia del menor y de las mujeres. En base a la terminología del periodo que nos ocupa hay que remitirse de nuevo al *Vocabulista aravigo* que incluye el término «acoger» referido a la acción de recibir en una casa; se trata del verbo de la raíz *d-a-f* (دأف), y significa acoger en calidad de huésped o invitado, sin ninguna relación con la acción de acogida en el hogar por razón de desvalimiento o desamparo; sin embargo, reserva el término *walī* (ولي) para significar la acción de «adoptar»<sup>24</sup>. Aunque también, y a pesar de la prohibición coránica, recoge el concepto «ahijar hijo»<sup>25</sup> (*etbene, tebeneit*), distinguiendo este concepto de ahijar ganado. Pedro de Alcalá de manera más precisa distingue entre la tutela del menor (*guaci, guaciin*) y la tutela (*guaquella/wakīya*)<sup>26</sup>; *wakala* y *wasiya* permiten determinar el momento en el que esa acción se desarrolla y ejerce, estableciendo de manera indirecta el momento en que concluye, que coincide con la «mayoría de edad» del individuo sobre el que se ejerce. El derecho andalusí establece que para el caso del menor se ejercerá hasta la pubertad (*hulm*), o madurez intelectual y para la menor hasta la fecha del casamiento, y en concreto hasta la consumación del matrimonio. La etimología andalusí, y también el derecho, recurre al término curatela, pero va inexorablemente vinculado al ejercicio de la tutela. La curatela del menor (*guelī*,

<sup>21</sup> CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, op. cit., p. 669. S.v. «*kafāla*» en *EP*, op.cit., vol. IV, Leiden 1990, pp. 404-405; sobre el punto de vista del Derecho islámico SCHACHT, J., *An Introduction to Islamic law*, edit. Oxford University Press, Oxford, 1964, pp. 158-159

<sup>22</sup> CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, p. 779.

<sup>23</sup> Cfr. CORRIENTE, F., *A dictionary of andalusi-arab*, p. 464.

<sup>24</sup> ALCALÁ, *Vocabulista aravigo en letra castellana*, fol. 7<sup>o</sup> y 9<sup>o</sup>, respectivamente. Cfr. Maillo, 2005, p.184.

<sup>25</sup> El término ahijar y la matización entre «ahijar hijo» y «hijar ganado», en ALCALÁ, *Vocabulista aravigo*, op. cit., fol. 9.

<sup>26</sup> *Ídem*, fol. 255<sup>o</sup>.

*aulā*) se distingue de la del furioso (*nadīr*) que ejerce el *nādīr* o «curador de furioso»; la curaduría de aquel se denomina *guileye* (*wilāya*) y la ejerce el curador o *guacī*; y su curaduría se denomina *guacīa* (*waṣī*)<sup>27</sup>. En definitiva, un conjunto de términos procedentes de una misma raíz verbal (w-l-y) que precisan cada una de las acciones y situaciones en las que se encuentran tanto los menores como los incapaces sin posibilidad de gobernarse por sí mismos.

En base a los textos jurídicos del territorio andalusí, también la terminología incluida en las normas y preceptos da idea de la pluralidad para expresar acciones y efectos jurídicos derivados; un hecho que ocasiona complejidad para distinguir lo característico de una institución en dos ordenamientos jurídicos coexistentes aunque basados en principios distintos, por más que ambos tuvieran un último referente divino<sup>28</sup>. Tómese como punto de partida la terminología

<sup>27</sup> *Ídem*, fol. 69<sup>v</sup>. Sobre la muerte del legatario y la alguacia sus herederos, véase la obra de al-Barādi'ī en Montero Muñoz, R. El hundidor de çismas y erejías: edición, estudio lingüístico y glosario del manuscrito, RAH 11/9397, Tesis doctoral, 2009, University of Zurich, Faculty of Arts; (en adelante la referencia a esta obra será a partir de su autor y del título del manuscrito del año 1606 para facilitar la identificación del texto, y se indicará la numeración correspondiente al Libro, capítulo y apartado de forma correlativa); al-Barādi'ī, *El hundidor de çismas y eregias*, lib. VI. cap. 63. ap. 75, p. 321.

<sup>28</sup> La selección de obras que se van a analizar en este trabajo sigue dos criterios: el primero espacial y el segundo cronológico. Atendiendo al primer criterio priman las obras de carácter general sobre Derecho islámico, y por tanto el Corán y la sunna de al-Buḥārī, punto de partida para conocer los principios fundamentales respecto a la materia objeto de estudio y la práctica y tradición *mālikī* por medio de uno de sus máximos exponentes en al-Andalus. A partir de aquí se conjugan ambos criterios, el espacial y el cronológico, con el fin de dar continuidad al análisis de las obras conocidas primero en Córdoba y más tarde en ciudades castellanas, como Toledo o Segovia, y valencianas como el señorío de Sumarcarcer, citando por caso, hasta más allá de nuestras fronteras cuando tienen lugar las primeras oleadas de salida de moriscos, caso de Constantinopla. Para el territorio andalusí, desde el punto de vista de los tratados, compendios y epístolas jurídicas redactadas por los juriconsultos andalusíes y magrebíes, se ha optado por los textos consolidados después del *taqlīd* (siglo III h. /IX), cuando se puso fin al esfuerzo interpretativo de los juristas musulmanes por determinar un sistema perfecto de derecho. Se prescinde de las referencias a la escuela del sirio al-Awzā'ī, implementada en nuestro territorio en las primeras décadas hasta el califato omeya, y conocida a través de otros autores andalusíes; nos acogemos solo a los autores de la escuela *mālikī*, entre ellos la *Risāla* de al-Qayrawānī (m.386/996), junto con la obra de uno de sus discípulos, al-Barādi'ī (m.400/1009), autor de un resumen de la *Mudawwana* de Saḥnūn titulada *Tahqīb fi-ḥtiṣāf*, texto traducido del árabe a lengua romance y escrito con caracteres latinos en 1606 para los moriscos residentes en Constantinopla, titulada «*El hundidor de çismas y eregias*» copiado por Muḥammad ibn Ḥaḍīr; otro texto jurídico aljamiado es las *Leyes de Moros*, versión reducida de la obra del alfaquí al-Gallab (m.378/988) e introducida en al-Andalus –entre otros– y en primer lugar por al-Muharibi al Andalusí (m.541/1046), objeto de sucesivas copias hasta el siglo XVI; el *Llibre de la Cunna e Xara* de los mudéjares valencianos del señor de Sumarcarcer (anon. 1498), la *Suma de los principales mandamientos y devedamientos de la Ley y la Cunna* (1462); y citar también aquí *El compendio islámico* de Mohmmad de Vera, probablemente de 1610 según su editora Raquel Suárez García, cuyo texto no ha sido objeto de comparación en este trabajo por motivo del confinamiento debido al Covid-19. Únese a ello los compendios de casos y consultas jurídicas de Ibn al-Barr al-Namāri al-Andalusí (m.463/1071), *al-Kāfi fi iqh ahl al-madīna* (non vidi) como la obra de Ibn Sahl (m.1079), *al-Aḥkām al-Kubrā*; el del ceutí Muḥammad b. 'Iyād (m. 575/1179), *Maḍāhib al-ḥukkām*; la *Tuhfat* de Ibn 'Āṣim (m.829/1426), y el compendio del magrebí al-Waṣār'ī (m.914/1508), *al-Miyār al-Murib*, colección de fetuas resolviendo supuestos jurídicos planteados a juristas andalusíes y magrebíes; otro género también

jurídica utilizada por Ibn al-Aṭṭār<sup>29</sup> a partir de la *Mudawwana*; según este autor la *kafāla* regula la asunción de la deuda (*dayn*) y obligación contraída por un individuo en el supuesto de acogida o manutención de un menor. No se trata, según dispone el derecho andalusí, de una obligación sino de un deber hacia el menor que no recibe los cuidados maternos o paternos, bien por la renuncia expresa de la madre o bien por la imposibilidad del padre a hacerse cargo de ello. El instrumento legal que permite garantizar esos cuidados y protección básicos es la *kafāla* término que se vincula a la institución de transferencia de la deuda (*ḥawāla*), situando así al lector ante una materia con una importante carga «contractual», y a la que se dota de un carácter compasivo por razones diversas que se expondrán sucesivamente. En este sentido, la *kafāla* no es más que un equivalente de otro negocio por el que se adquiere un compromiso, *ḍamān*; en ese contrato el *kāfil* es el garante de la efectiva protección y cuidado que se da al menor, por tanto su custodia hasta que aquél adquiriera la plena capacidad de obrar. De hecho el término *kafāla* es polisémico y de ahí la necesidad de precisar la relación entre acogida y garantías o avales para su correcto desempeño, en la legislación islámica (*ṣari'a*), y andalusí.

Las *Leyes de Moros*, fuente del derecho vigente entre las comunidades andalusíes de los siglos XIII y XIV, regulaban los cuidados al menor y se referían al termino criar mediante «jalecar» (خلق)<sup>30</sup>, cuyo significado era «crear, forjar,

---

incorporado a este estudio es el de los protocolos y fórmulas escriturarias, es la obra del cordobés Ibn al-Aṭṭār (m.330/942), *Formulario notarial andalusí*, la única de este género citada puesto que la del toledano Ibn Mugīl al-Ṭūlayṭulī (m.459/1067) se encontraba también en los anaqueles universitarios de difícil acceso en este periodo de redacción, pero consideramos no va en detrimento de las aclaraciones que aportan las del autor cordobés. Los paralelismos se establecen a partir de la comparativa con los textos vigentes en el ámbito cristiano desde el siglo VIII, bien en los espacios inicialmente compartidos, como es el caso de Córdoba, y la población mozárabe, como en los territorios de reconquista donde prima la coexistencia en barrios o aljamas separados; en primer lugar el *Liber Iudiciorum* que coexiste con los primeros textos andalusíes y que se continua hasta entrado el siglo XI como así demuestra la elaboración de la *Colección Canónica Hispana* (Ms. 1623) en la que se inserta como derecho de los mozárabes y, progresivamente a partir del siglo XIV, se introducen las *Partidas* (1348), para el ámbito castellano, y los *Furs* para el territorio valenciano -1238 a 1645-; y así progresivamente hasta el siglo XVIII y primeras décadas del XIX con el primer proyecto de codificación civil. Sobre la transmisión de la obra *al-Tafri'* ABBOUD HAGGAR, S., «Las Leyes de Moros son el libro de al-Tafri'» en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 4(1997), pp. 163-201. Y la obra de Ibn al-Barr, *al-Kāfī fī iqh ahl al-madīna*, a partir de MÜLLER, C., «Non-muslims as part of islamic law: Juridical casuistry in fifth/eleventh-century law manual» en Maribel Fierro, John Tolan. *The legal status of ḍimmī-s in the Islamic West*, Mar 2011, Madrid, Espagne. Brepols, 2013, Religion and Law in Medieval Christian and Muslim Societies (RELMIN 1), Halshs-01079944, pp. 21-63. *Partidas*, edición de Gregorio López, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1844.

<sup>29</sup> Ibn al-AṬṬĀR, *Formulario notarial y judicial andalusí*, Ibn al-'Aṭṭār (m. 399/1009). Estudio y traducción P. Chalmeta y M. Marugán, Madrid: Fundación Matritense del Notariado, 2000; vid. modelo núm. 52, pp. 296-302.

<sup>30</sup> *Memorial histórico español: colección de documentos, opúsculos y antigüedades que publica la Real Academia de la Historia*, Madrid: [s.n.], 1853: Imprenta de J. Martín Alegría, *Leyes de Moros*, vid. Glosario, p. 443 *Suma de los principales mandamientos y devedamientos de la Ley islámica* [En adelante: *Leyes de Moros y Suma de los principales mandamientos y devedamientos*].

componer» del verbo y el verbo *ḥalaca* (crear)<sup>31</sup>; esta palabra vocalizada en u hacía referencia a la persona que era «digno, merecedor»; mientras que vocalizada con i larga (*ī*) aludía al «creador, criador»<sup>32</sup>; «halca» era el término referido a una criatura o cosa creada; y en participio pasado del verbo «halecado», hacía referencia a aquel que era «criado» por el *halecador* o *halecante*<sup>33</sup>.

En esta misma línea al-Barāḍī'ī confirma el derecho que tenía una persona, que tomaba «bajo *su amparo*» a un menor, a resarcirse de lo pagado a partir de «la hazienda del muchacho», sin expresa mención al parentesco pero sí a la relación mas o menos próxima entre ellos: «lo pago sin *liçençia* de su açercano»<sup>34</sup>. A partir de aquí se plantean dos supuestos. El primero que se pueda dar amparo a una persona de la que se desconoce su ascendencia por vía masculina y parientes agnados. El segundo supuesto, que se puedan establecer acuerdos (*liçençia*) con parientes próximos para ejercer la tutela o amparo legal, mediando una garantía o fianza (*pago*); en este caso, la persona que ofrece amparo o cobijo podría exigir devolución del patrimonio o cantidad comprometida en la crianza una vez alcanzado el fin; mediando reclamación sobre los bienes o hacienda del beneficiado, bien del patrimonio heredado bien de lo ganado o adquirido con su propio trabajo u oficio, cuando por edad (cumplidos los diez años, según otra disposición) lo hubiera desempeñado:

«Asimismo, quien tomará en su amparo a un muchacho y cumplió la deuda que tubido sobr'él y lo pagó sin *liçençia* de su açercano, puede bolber en la hazienda del muchacho»<sup>35</sup>.

Esta modalidad de acogida fue objeto de debate y opinión fundamentada en la obra del autor ceutí Muḥammad b. 'Iyāḍ (n. 473/1083-m. 575/1179 ¿544/1149?). En este marco de obligaciones y responsabilidades aparece, nuevamente, el término *kafāla* sinónimo del vínculo (*al-ḥamala*) en materia de caución. Ibn 'Iyāḍ plantea el debate sobre la exigencia de caución o aval con el fin de garantizar la presencia de las partes en cualquier proceso, mediando un interés personal o patrimonial. Pero según este autor caución (*kafāla*) era la garantía que el demandado debía prestar para que el demandante presentara testigos en su contra, según transmitió Muḥammad B. Ruṣḍ de Ibn al-Qāsim<sup>36</sup>.

Y es este el nexo de unión entre *kafāla* y la forma legal de acogida o protección de un menor que se define con ese mismo término, por razones jurídi-

<sup>31</sup> Al-Barāḍī'ī, *El hundidor de çismas y eregias*, op.cit., IV.4.10; según Mālik es posible afiliar a un hijo siempre y cuando no se tengan propios, vid. IV.7.9, p. 89.

<sup>32</sup> CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, pp. 335/6 respectivamente.

<sup>33</sup> *Leyes de Moros*, vid. Glosario, p.442.

<sup>34</sup> Al-Barāḍī'ī, *El hundidor de çismas y eregias*, op.cit., VI.51.16: «Asimismo, quien tomará en su amparo a un muchacho y cumplió la deuda que tubido sobr'él y lo pagó sin *liçençia* de su açercano, puede bolber en la hazienda del muchacho», ídem. IV.4.1; ídem, VI.49.70 y VI.54.79.

<sup>35</sup> Y sobre competencia del tutor en materia de matrimonio y conveniencia, ídem, IV.4.1, p. 86.

<sup>36</sup> MUḤAMMAD IBN 'Iyāḍ, *Maḍāhib al-ḥukkām fī nawāzil al-aḥkām* (*La actuación de los jueces en los procesos judiciales*). Traducción y estudio Delfina Serrano, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Agencia Española de Cooperación Internacional, 1998, p. 400.

cas. Aquí radica la clave que permite comprender la correspondencia establecida entre la *kafāla* –forma legal de acogida o adopción simple (*at-tabannī l-basīṭ*)–, y los requisitos o garantías que una persona debe cumplir con el fin de acreditar su capacidad y responsabilidad en el ejercicio de la acción de acoger. Relación jurídica que tenía unos efectos tanto sobre las personas que la ejercían como sobre quienes de ella se beneficiaban, tanto a nivel personal como patrimonial. Un ejemplo lo ofrece al-Barādi'ī al hacer referencia a la *kafāla* como obligación contraída por una persona hacia otra; según este autor el fin de la institución no era otro que el de «obligar», bien a asumir una serie de responsabilidades ante el incumplimiento del pago de una deuda o bien a la prestación de una garantía sobre el cumplimiento de aquella primera obligación (*takkafala*). Y aquí, como en la obra de Ibn 'Iyāḍ, *kafāla* tiene especial significado en materia judicial puesto que se refería a la fianza que garantizaba la presentación ante el juez del demandado (tutor) cuando éste en el ejercicio de sus funciones era denunciado por malversación o incumplimiento de sus obligaciones. En este caso *kafāla* no significaba adopción ni acogida, solo caución<sup>37</sup>.

De hecho, no parece que la adopción preocupase a los juristas andalusíes pero sí la acogida. La acogida fue institución instrumental que generó controversia entre los juristas, al tener que procurar el sustento básico a un menor cuando la madre rechazaba la lactación del recién nacido o cuando en su ausencia había que garantizar los cuidados más elementales. Alimento y crianza no eran cuestión simple a resolver para un menor puesto que de ese deber derivaban una serie de efectos de carácter personal y patrimonial para los musulmanes; en consecuencia, efectos en materia de impedimentos legales a nivel matrimonial y en materia hereditaria (no sucesoria puesto que ésta viene determinada por la legislación coránica). Las *Leyes de Moros* atienden a ese primer supuesto: el caso de que la madre optara por no alimentar a su propio vástago, decisión que el derecho le amparaba y que le permitía buscar a una persona que lo hiciera en su lugar, no sin antes «garantizar» que el beneficiario, el bebe, recibiría lo que le correspondiera<sup>38</sup>. Este concepto de beneficio y ejercicio de una acción era resultado de la celebración de un negocio jurídico singular, denominado «acto benévolo» (*aqd irfāq*), el contrato por el que se cedía ese derecho a una tercera persona, siempre rodeado de garantías<sup>39</sup>. El jurisconsulto Muḥammad b. 'Āṣim al-Garnāṭī autor de la *Tuḥfat al-ḥukkām*<sup>40</sup> dedica un capítulo a esta

<sup>37</sup> AL-BARĀDĪ'Ī, *El hundidor de çismas y eregias*, VI. 51.6, p. 243.

<sup>38</sup> Chalmeta y Marugán en ese mismo documento hacen una ampliación respecto al aval, y la intervención de kaḥīl, como sujeto o aval en materia de *kafāla*; pero en modo alguno en relación con la institución que nos interesa de la acogida de menores. La *kafāla* aparece en las fórmulas notariales en la redacción de escrituras de préstamo (*qarḍ*) que es el mutuo (*salaf*), Ibn al-'Aṭṭār, *Formulario notarial y judicial andalusí*, mod. 49, p. 280/5.

<sup>39</sup> Sobre estos contratos de beneficencia *vid.* ALLUFI BECK PECCOZ, R., «La Kafāla. Nel celo del diritto», *op. cit.*, p. 217.

<sup>40</sup> IBN 'ĀSIM, Muḥammad ibn Muḥammad (1359-1426) autor de *Tuḥfat al-ḥukkām fī nukat al-'uqūd wa-al-aḥkām*, edición de O. Houdas y F. Martel, *Traité de droit musulman. La «Toḥfat» d'Ebn Asem, texte arabe, avec traduction française, commentaire juridique et notes philologiques*, par..., Argel, 1882-1893; sobre la caución (*aḍ-ḍamān*) *vid.* pp. 127-137.

figura contractual definida con el termino *kafāla* para significar la garantía sobre el cumplimiento de una deuda válida y obligatoria según el contrato por el que se estipula la obligación entre las partes. Interesa en este punto que el deudor pudiera encontrarse ausente, muerto e incluso en estado de insolvencia y, en esos casos, el aval perdía la fianza y debía hacer frente a la deuda contraída por el principal. Esto es posible en el Derecho islámico porque el aval puede pagar la deuda de una persona sin contar con su consentimiento. Se trata, en definitiva, de una de las modalidades contractuales que en ese mismo ordenamiento jurídico se consideran actos de disposición a título gratuito (*gayr al-buyū*), que se perfeccionan con la efectiva toma de posesión del bien por parte del contratante destinatario del mismo; y, en todo caso, que precisan la aceptación, expresa o tácita. En realidad nos encontramos ante un modelo de contrato que participa del mismo carácter de liberalidad y gratuidad que el mandato (*wikāla*), sobre el que se volverá más adelante al tratar de la tutela, también bajo la genérica denominación de *kafāla*.

Por tanto, y según se infiere de los términos conservados en diccionarios y textos jurídicos andalusíes se aprecia una pluralidad etimológica no siempre correspondiente con la que se constata en textos coetáneos de tradición romanista. Efectivamente, la pluralidad conceptual respecto a los cuidados básicos durante la primera infancia, a la protección al menor y a la competencia legal para el ejercicio de la patria potestad es una de las características del ejercicio de la patria potestad y de la tutela de los menores. La pluralidad conceptual para referirse a una misma institución exige un análisis de los elementos que la caracterizan o connotan; este es el método que permite la necesaria precisión etimológica para comprender las acciones y efectos que le son propias; solo en ese momento se pueden establecer comparaciones con otras instituciones análogas en territorios vecinos, y bajo presupuestos legales similares o distintos. De ahí que la siguiente cuestión que se aborda es la determinación del contenido de las obligaciones y deberes en materia de lactación, crianza y filiación. A continuación, y siguiendo el orden del Derecho islámico (*fiqh*), las instituciones (*furū al-fiqh*) que garantizan la protección de los menores en situación de desamparo, por causa de orfandad, de abandono o simplemente de incapacidad de los progenitores para su crianza. Y en cuarto lugar, un análisis del instrumento legal que permitió al derecho andalusí el desempeño de funciones inicialmente reservadas a los miembros de la línea o «nerbio» de parentesco legal. Todo ello facilitará una mejor comprensión de las paradojas que actualmente, se dan en el Derecho para justificar la implementación de la *kafāla* en nuestro país, a lo que se dedica el último apartado.

## II. LACTANCIA DEL MENOR. EL DEBER DE LA MADRE Y EL SUSTENTO DEL PADRE

La documentación de las primeras décadas de soberanía cristiana sobre la islámica en la Península ofrece una visión de convivencia o coexistencia en

espacios para musulmanes y cristianos. La atención prestada a las formas en que se debía continuar la relación interpersonal denota el interés del legislador por cuidar o proteger el derecho de personas cuyo trato se debía bien a relaciones familiares bien a relaciones comerciales entre ellos. La relación entre hombres y mujeres de distinta confesión, por más que desde el punto de vista estrictamente religioso no fuera recomendable, sí era frecuente, y se desarrollaba en los márgenes legales permitidos; y también las relaciones de patrón o señor con esclava o sierva. El derecho foral no incidió directamente sobre esas prohibiciones más que pasado un tiempo, como así constata una consulta elevada por el concejo de Murcia en 1315 al tutor de Alfonso XI, el infante don Pedro. El hecho objeto de regulación normativa era el trato de un moro de Blanca con una mujer cristiana pública, Mari Fernández, ante la ausencia de normativa foral sobre ese supuesto delito. El infante determinó que tanto para el moro como para el alcahute que había facilitado ese encuentro se debía aplicar la pena de muerte, y por justicia de fuego. Esa pena fue también la que se determinó para los casos de adulterio de moro o judío con cristiana constante el tiempo, ya que en el Fuero no había disposición contra este tipo de relaciones; con la entrada en vigor de las *Partidas*, que «no fueron tenidas por Leyes» hasta 1348<sup>41</sup>, la pena de muerte se reservó para el moro reincidente con mujer cristiana y para adúltera, si así lo decidía el marido, entre otras opciones; para los moros que mantuvieran relaciones con mujeres públicas por primera vez las penas variaban entre la lapidación o azotes<sup>42</sup>. Interesan dos cuestiones; la primera es la escasa atención del derecho foral primigenio sobre este tema, y que progresivamente fue objeto de regulación con especial dureza si se trataba de mujer pública; y en segundo lugar, la permisividad de trato entre personas de igual o semejante rango. De ahí que los hijos nacidos de las relaciones entre musulmanes, entre musulmanes y «mujeres del Libro», y también entre no musulmanes y musulmanas merecieran la protección jurídica que garantizase la crianza según las costumbres y las tradiciones de las personas que ostentaban su custodia y patria potestad.

Los mecanismos que garantizaban los cuidados básicos del nacido no presentan diferencias respecto al ejercicio de la protección sobre hijos nacidos de relaciones lícitas o hijos fruto de relaciones no recomendables según el derecho, e incluso prohibidas. Con carácter general los distintos ordenamientos jurídicos consideraban a los menores seres desvalidos y débiles, necesitados de amparo y cuidados básicos por los progenitores o por personas e instituciones responsables en caso de los niños pobres, bordes o expósitos. Las garantías de protección a los menores, en cualquier ordenamiento y comunidad eran tanto personales como materiales.

---

<sup>41</sup> *El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares en el año de mil trescientos y cuarenta y ocho. Publicarlo con notas y un discurso sobre el estado y condición de los judíos en España*, los doctores Ignacio Jordan de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez, Madrid: Joaquín Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., 1774.

<sup>42</sup> TORRES FONTES, J., *Estampas medievales*, Murcia, Academia Alfonso X el Sabio, 1988, pp. 129-132.

## II.1 EL CUIDADO BÁSICO DEL RECIÉN NACIDO, LA LACTANCIA MATERNA

La acción básica para el desarrollo físico de un recién nacido era la lactación, competencia de la madre biológica, aunque no estrictamente. El derecho andalusí –y también el derecho hispano– reguló distintos supuestos relacionados con derechos inherentes a la mujer como madre, desde que se iniciaba su embarazo (*haml*)<sup>43</sup>; al padre en el ejercicio de la patria potestad –compartida con la madre en el mundo andalusí–<sup>44</sup>; y también a las autoridades y miembros de las distintas comunidades responsables de aquellos menores privados de los cuidados de sus progenitores. Siendo el alimento el cuidado o deber primero para el niño, los distintos ordenamientos jurídicos peninsulares, en base a sus principios rectores, determinaron todos los elementos que rodeaban de garantías su ejercicio, desde el deber de la madre a la lactancia, a la implicación paterna en el sustento de la madre y sus hijos (*nafaqa*), así como la asunción de responsabilidades cuando alguno de esos elementos impedían, por causas voluntarias o no, el ejercicio de la acción principal, la nutrición. Circunstancias como el fallecimiento de uno o de los dos progenitores, el divorcio, la pobreza o la no asunción de responsabilidades exigieron una respuesta del derecho, con el fin de evitar la falta de tutela de los menores, y en definitiva su desarrollo vital.

Como derecho de alimentos la escuela *mālikí* determinó que la lactación era un derecho que correspondía al padre y a la madre constante el matrimonio, y a la madre durante el tiempo legal fijado por la doctrina, cuando fuera divorciada o repudiada; la lactación era parte del derecho a la custodia (*ḥaḍāna*) del recién nacido, junto con el vestido y otros cuidados básicos, y por un término no superior a dos años<sup>45</sup>. Esta definición presenta matices como resultado de los supuestos y casos que se presentaron ante los juristas andalusíes, viéndose obligados a discernir soluciones acordes con la legislación coránica y la sunna. Así como las excepciones a las normas sunníes y el peso de la jurisprudencia.

En el derecho andalusí la crianza (*alhedama/ḥaḍāna*) correspondía a la madre sobre el hijo, y consistía en la manutención (*mantenencia*) tanto del hijo como de la hija, «que es derecho»; siendo destacable la referencia al deber pero no a la obligación. El mismo precepto discurre que ese derecho de la madre no lo era por «premio», es decir por mérito<sup>46</sup>; con ello se explica que la mujer pudiera decidir acerca de la nutrición o lactancia del menor a voluntad. Y esta

<sup>43</sup> MAÍLLO, *Diccionario de derecho islámico*, op. cit., p. 115.

<sup>44</sup> Jiménez Bordajandi y Espinar Moreno en el estudio de la documentación del Archivo de Protocolos notariales de Guadix así lo constatan respecto al ejercicio de la tutoría sobre menores y desvalidos por mujeres, hombres y familiares de los huérfanos; vid. JIMÉNEZ BORDAJANDI, F. R., y ESPINAR MORENO, M., «Datos para el estudio de la sociedad accitana: las tutorías de menores de 1508 a 1518», en *Estudios sobre Patrimonio, Cultura y Ciencia Medievales*, V-VI (2003-2004), pp. 99-120; p. 101.

<sup>45</sup> *Leyes de Moros*, tit. XXIV: «Que defendido sobre el padre las mujeres del fijo», op. cit., p. 28, tit. LXIV, *De una chocada et la muger haram*, pp. 49-50.

<sup>46</sup> *Ídem*, tit. XCVI «Cómo la madre ha de criar al fijo e fata quando», p. 72.

decisión tenía consecuencias importantes en relación a los posibles impedimentos como consecuencia de la hermandad de leche. No debiendo olvidar la máxima de que si «tetrará mujer casada un muchacho y ella tetante sus hijos [...], será el muchacho hijo de su marido», con los efectos que de ello también derivaban<sup>47</sup>. La libre opción de la mujer se explicita en textos aljamiados con la frase: «y si quisiera lo puede ejercer (tenerlo ha) y si no lo puede devolver (tornar)»<sup>48</sup>. La devolución de ese derecho se hacía al padre, que compartía con ella la patria potestad durante el periodo de debilidad del menor, en los primeros años de la infancia y especialmente en el período de lactancia. La doctrina aquí se pronunciaba sobre dos supuestos. El primero que la mujer teniendo reconocido el derecho a la crianza del hijo no lo quisiera ejercer «temiéndose al marido», y que después quisiera recuperarlo (tornar/volver a tomar). Este cambio de actitud era lo que se justificaba por un «achaque» o por «ira (*dicus*)» o «saña», privando al infante de derecho de cría; el derecho era contundente, pues no admitía posterior reclamación o arrepentimiento en la decisión inicialmente tomada. El segundo, consecuencia del primero, era que el padre tuviera que asumir la crianza o primeros alimentos del niño o la niña recién nacidos, determinando, a su vez, quien tenía mejor derecho entre los miembros de la familia paterna o materna para asumir los cuidados de sus hijos.

El mantenimiento y cuidados en favor de los hijos, fueran o no creyentes, ocupó la atención de al-Qayrawānī al señalar la obligación que competía a los progenitores cuando aquellos tuvieran alguna discapacidad que limitara la posibilidades de desarrollarse por sus propios medios, y citaba expresamente a los ciegos y a los enfermos<sup>49</sup>. Nuevamente se hace explícita mención a la posibilidad de que no fueran musulmanes, tema importante para el caso del infante huérfano antes de llegar a la madurez o a la edad de matrimonio. Al-Qayrawānī en materia de manutención y cuidados al menor explicó que al hombre le correspondía el mantenimiento de su mujer, y de sus padres si eran pobres, al margen de que fueran musulmanes o no, siempre y cuando vivieran en libertad; este supuesto evidencia la posibilidad de que no creyentes tuvieran hijos musulmanes. Y he aquí un primer efecto, puesto que llegada la madurez los hijos que habían recibido la custodia y protección de padres no creyentes estaban obligados, por el derecho, a procurar a sus padres un trato recíproco, sin que la condición religiosa fuera excusa para no hacerlo. Es más, según el mismo autor, si el beneficiario de esta crianza pretendía eludir la obligación de cuidados a sus cuidadores poniendo en tela de juicio su condición de pobreza, los padres debían probarlo sin necesidad de prestar juramento; someterlos a esta prueba era considerado por el derecho un menosprecio hacia sus favores y entrega y un demérito para el demandante<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> AL-BARĀDĪ, *El hundidor de çismas y eregias*, op. cit., VI.22.4.

<sup>48</sup> *Ídem* VI.44, pp. 212/3.

<sup>49</sup> AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla, The Risala: A Treatise on Maliki Fiqh 'Abdullah ibn Abi Zayd al-Qayrawani (310/922-386/996)*. Translated by Alhaj Bello Mohammad Daura, MA(London) [en adelante AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*], Cap. 33.10c y 10e, p. 333

<sup>50</sup> *Ídem*. No hay equivalente en el derecho hispano salvo la demanda de los padres por el hijo en caso de «ganancias llamadas de peculio castrense», *Partidas*, 4, 17, 11.

## II.2 EL RECHAZO DE LA MADRE DEL DEBER DE LACTACIÓN

Este deber de alimentos y cuidado de los hijos en sus primeros años de vida, y en concreto a recibir la leche materna, plantea la controvertida situación derivada del rechazo de la madre a la lactancia de sus hijos. Frente a las disposiciones de los títulos expuestos en las obras de los mudéjares del siglo XIV y siguientes, en las que se describen las condiciones para que la madre se hiciera cargo de la crianza y alimento de los hijos, se tomaron otras decisiones. Así se ejemplifica en la obra de al-Wanšarīsī, que en materia de *ḥaḍāna* cuestiona el derecho de la madre que decide no amamantar a su hijo; según Ibn Harūn merecía la pena de sangre (*diyya*) a cuenta del precio que debían pagar los agnados (*‘āqila*) de la mujer, y esta opinión tomaba como supuesto análogo el del aguador que no daba de beber a los viajeros sedientos<sup>51</sup>. Desde el punto de vista legal, expresado a través de distintas fetuas pronunciadas tanto por andalusíes como por magrebíes y vigentes entrado el siglo XIV, Al-Wanšarīsī se refiere a la custodia de los niños aludiendo a la *ḥiḍāna* (*sic*) como el conjunto de cuidados para el niño. Y estos cuidados según el derecho de tradición islámica, y el derecho andalusí, comprendían el derecho a los alimentos, consistente primero en la lactancia y a continuación en alimentos sólidos, en el derecho al vestido y otras necesidades propias de la fase de crianza, así como a la educación (*tarbiya*); para el desarrollo de las capacidades intelectuales y del espíritu conforme a la sunna. También comprendía la enseñanza de buenos modales de acuerdo con las obligaciones coránicas, así como el conocimiento de un oficio y de ello es ejemplo la tradición sunni sobre la educación que Mahoma procuraba en favor de ‘Umar bin Abi Salama, que vivía «bajo su cuidado»<sup>52</sup>; posteriormente, fue recogido en el texto de las *Leyes de Moros*<sup>53</sup>. Acciones complementarias a la lactación que obligaban o competían al padre y progenitor.

No parece que hubiera unanimidad de criterios respecto al carácter obligatorio u optativo de la lactancia. Según Ḥalīl ibn Ishāq al-Ġundī, autor de una de las obras más importantes de la escuela *mālikí* del siglo XIV, el *Muḥṭaṣar*, la lactación era obligatoria salvo que la mujer fuera de rango elevado o bien hubiera sido repudiada definitivamente; en ese caso, y si el bebé no admitía la leche de otra mujer, o si el padre era pobre, se le podía «obligar» a hacerlo, mediando un precio o dotación económica. También cabía la posibilidad de acudir a una nodriza, si la madre no tenía leche, o bien se daba alguna de las circunstancias antes señaladas, para lo que tenía derecho a reclamar la cantidad necesaria con la que pagar a la nodriza de su elección, generalmente entre mujeres de su mismo rango<sup>54</sup>. Esta

<sup>51</sup> AL-WANŠARISĪ, *Al-Mī’yār al-mugrib wa-l-yāmi’ al-mugrib ‘an fatāwī’ ahl Ifrīqiya wa-l-Andalus wa-l-Magrib*. Ed. M. Ḥayyī y otros. Rabat, 1983, 13 vols.; t. IV, p. 348/9. Un supuesto en el que entran en juego los derechos de los ascendientes por línea masculina y que suscitan otros conflictos legales, abordados más adelante.

<sup>52</sup> AL-BUJĀRĪ, *Muḥṭaṣar Ṣaḥīḥ al-Imām al-Bukhārī*, Beirut, 1978, cap. 7, 65, 288. [Disponible en <http://www.sahih-bukhari.com>][Consultado el 28/03/2020.]

<sup>53</sup> *Leyes de Moros*, Tit. XCVII, p. 73: «Como ha de aver el gobierno la muger del muerto, ó non».

<sup>54</sup> ḤALĪL IBN ISHĀQ, *Muḥṭaṣar*, ed. El Cairo, n.d., p. 126, parg. 14.

situación generaba una serie de efectos a distintos niveles: personales y patrimoniales; y comprometía las relaciones entre los progenitores y la de estos con sus hijos respecto a impedimentos legales entre ellos y al derecho sucesorio.

Lo cierto es que el tema de la renuncia de la madre a la crianza de los hijos fue una constante en el derecho andalusí y es tema recurrente en los distintos supuestos que se refieren tanto al deber de alimentos como a la acogida de menores y desvalidos; también la *Suma de los principales mandamientos y devedamientos de la Ley y la Çuna*<sup>55</sup> en este punto determinaba que si la mujer decidía no criar a los hijos el padre tenía derecho a buscar quien lo hiciera por ella, pero si los niños rechazaban a la nodriza entonces correspondía al padre que dos hombres buenos determinasen qué se le había de entregar mensualmente a la madre para que se hiciera cargo de su lactación<sup>56</sup>. Un supuesto que también se incluye en las *Leyes de Moros*<sup>57</sup>, donde se planteaba el deber irrenunciable de la madre por el peligro de muerte que suponía para el niño; de manera que no podía negarse a amamantarlo, argumentando razones piadosas. Además cuando la madre no podía, o no quería, ejercer el deber de lactación y cuidados básicos del recién nacido, y la abuela materna tampoco podía asumir esa responsabilidad, la responsabilidad, según el Derecho islámico, se podía trasladar a la hermana de la madre, la tía del menor. Reservaba el derecho mejor opción para esta segunda mujer en la línea de afinidad de la madre: la relevante figura de la tía materna, que constante el tiempo la encontramos en los textos aljamiados bajo el término «halaa»<sup>58</sup>; hermana de la madre (*hala, halit*) a quien correspondía el derecho la crianza de un menor ante la ausencia de otras personas más próximas por filiación; o ante otras circunstancias como el fallecimiento del padre o de la abuela materna,

«Y a la madre es perteneciente de criar su hijo, quando muera su marido y quando será espartida hasta que alleguen a lo que abemos nombrado. Y si murrá la madre o casará, pues será el mantener la más açercana deuda de su madre, quando será libra la mujer de muchachos y a la agüela por la madre es más, perteneciente con mantenimiento, aunque lexa[...]»<sup>59</sup>.

Aunque viviendo el padre era a él a quien correspondía velar por su hijo menor y ejercer cualquier acción contra el derecho de la abuela o la tía, sin que la doctrina se manifestara unánime al respecto, especialmente cuando éstas fueran cristianas o de origen no-musulmán, y a pesar de su conversión a posteriori; lo que explica la necesaria intervención judicial en su validación.

En última instancia, la comunidad musulmana debía asumir la crianza ante la negativa de la madre a amamantarlo y ante los impedimentos legales de los herederos del padre para asumir tan obligación. De este modo se confirma el

<sup>55</sup> *Suma de los principales mandamientos y devedamientos de la Ley y la Çuna*, cap. XXXIX, p. 347: «De las tenencias de los menores y de los padres neçesitados».

<sup>56</sup> AL-BARĀDĪ'I, *El hundidor de çismas y eregias*, op. cit., VI.44, pp. 212/3.

<sup>57</sup> *Leyes de Moros*, tit. XCVI «Como la madre ha de criar al fijo et fasta quando», p. 72.

<sup>58</sup> ALCALÁ, *Vocabulista arauigo en letra castellana*, fol. 252<sup>r</sup>.

<sup>59</sup> AL-BARĀDĪ'I, *El hundidor de çismas y eregias*, op. cit., VI.20.5 y 7, p. 147.

principio coránico del deber de acogida por razones compasivas, o por caridad, hacia un musulmán indefenso, sin que afectase al derecho de filiación; se trata de una primera justificación de esos cuidados (*kafāla*) con fines humanitarios y de manutención básica, como así expresaba Ibn Qāsim al-Ġazzī<sup>60</sup>; y que debía quedar garantizado (*ḍammān*) por los medios usuales entre los musulmanes andalusíes, y a través de las instituciones jurídicas pertinentes.

Y en este punto por las repercusiones que tiene el encargo a terceras personas la nutrición del menor conviene reparar en un hecho singular cual era la crianza cuando se encargaba a terceras personas, bien por deseo expreso de la madre o por necesidad se consideraba un negocio contractual con la nodriza o «ama». El término en las *Leyes de Moros* que designa a esta persona es también equivalente de «tía», siendo el tratamiento que recibía la nodriza por el infante que con ella se había criado<sup>61</sup>. El contrato de nodriza tenía que ser a tiempo «sabido», lo que obliga a hacer una previsión *a priori* del tiempo que duraría la alimentación y las obligaciones o responsabilidades por finalización de la acción, por causa de fallecimiento del niño o la niña (*moço o moça*), que solo obligaba al pago por el tiempo que se hubiera prestado el servicio. Es interesante en este asunto, al menos desde el punto de vista del negocio jurídico por el que se regula, el carácter impersonal que tiene pues hace expresa mención a «cosas» y no a personas; un dato que entra en contradicción con el fin mismo del negocio, que no era otro que la piedad y compasión hacia el menor según la legislación coránica; como así lo transmitió también la legislación vigente en territorio castellano de aquel tiempo, una actitud de «piedad y deudo natural» con «razonable entendimiento» de los padres hacia los hijos<sup>62</sup>.

### II.3 LA OBLIGACIÓN DEL SUSTENTO POR EL PROGENITOR

El presupuesto legal para exigir la responsabilidad en el cumplimiento de la protección de los vástagos era el vínculo paterno-filial, a través del reconocimiento de la paternidad. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en el Derecho islámico no hacía falta expresa manifestación, constante matrimonio; como tampoco respecto a los hijos extra-matrimoniales con mujeres no creyentes. Esto era así en base a la máxima que reconocía al hijo perteneciente al tálamo (*al-walad li'l-firāš*); en consecuencia, el hijo recibía el nombre del padre (al margen de la posterior ceremonia de imposición, *tasmīyya*<sup>63</sup>) y su

<sup>60</sup> Cfr. ALLUFFI BECK PECCOZ, «La Kafāla», *op. cit.*, pp. 218/9; la autora incide en un dato que es constante en la normativa sobre esa institución: la sinonimia y el carácter «fluido y oscilante» en la terminología utilizada en las instituciones del Derecho (*furū' al-fiqh*) sobre la adopción.

<sup>61</sup> *Leyes de Moros*, *op. cit.*, tit. CXLIII, p. 129: «De las cosas que se cogen para criar». Aunque ese término polisémico se atribuía a la sierva, criada y concubina en el círculo del menor; *idem*, tit. CLXVII, p. 129: «El que matare a la mujer embarazada».

<sup>62</sup> *Partidas*, 4. 19, 1.

<sup>63</sup> PAREJA, F. M., *Islamología*, 2 t. Madrid: Editorial Razón y Fe, S. A., 1952-1954; t. II, p. 547/8. Y la circuncisión en caso de los varones según la sunna, *vid. op. cit.*, p. 549.

protección<sup>64</sup>. Aquí, como en otros muchos asuntos, la doctrina andalusí manifestaba discrepancias. Es el caso de al-Barādi'ī para quien era obligado «reconocer al hijo por parte del padre fruto de una relación con una descreyente» con el fin de «llegar al hijo» y evitar el abandono por parte del progenitor<sup>65</sup>. He aquí un nuevo supuesto relativo a las uniones entre musulmanes y no musulmanes que tanto ocupó a los juristas.

La responsabilidad paterna de mantener y alimentar al menor era parte del «gobierno» del padre sobre los hijos, «siendo pobres», durante su minoría; y cesaba en cuanto llegase el niño a pubertad y la hija en el momento del casamiento y consumación del matrimonio<sup>66</sup>. Pero esa obligación podía verse amenazada por circunstancias sobrevenidas como el divorcio de los padres o el fallecimiento de alguno de los progenitores. También la doctrina reguló estos supuestos, sin desatender los casos que afectaban a vástagos de relaciones mixtas.

Las obligaciones pecuniarias destinadas al mantenimiento del menor por causa de muerte del padre era un supuesto en el que se combinaban diversos elementos: la filiación del hijo, la condición de libres o esclavos de los progenitores, la fe de la madre y del hijo nacido y la permanencia o no del contrato matrimonial entre los cónyuges, primando el carácter contractual según el Derecho islámico<sup>67</sup>. Estas obligaciones —desde un punto de vista material y económico— se debían prever del caudal relicto como deuda (*dayn*)<sup>68</sup> contraída hacia el menor; solo a partir de ahí, y ante la ejecución de la partición, se procedía al reparto del remanente entre los herederos.

Cuando la madre se veía privada de la figura paterna, bien por fallecimiento o por divorcio, era a ella a quien competía, en principio, el derecho de custodia y patria potestad. Estos cuidados se conferían a la madre mediante expresa entrega del padre del menor varón hasta el fin del periodo de lactancia y de la menor fémina para su custodia (*hizr*), pasado el tiempo legal de lactancia<sup>69</sup>. Según una tradición transmitida por Abū Dāwūd, Mahoma reconoció el derecho de una mujer a conservar a su hijo en periodo de lactancia ante la pretensión del padre de recuperarlo, bajo la condición de no volver a casarse durante ese periodo<sup>70</sup>. Y en al-Andalus la doctrina dispuso que si la mujer contraía segundas nupcias, ésta podía ejercer la crianza del menor mientras viviera con el segundo marido; no así cuando hubiera fallecido el padre y el segundo esposo, lo que hacía inviable que pudiera «tornar» (volver) a su crianza. La razón de esta prohibición se encontraba en el impedimento

<sup>64</sup> D'Emilia así lo afirma respecto a *mālikies* y *šāfi'ies*, para quienes es admisible la prueba en contrario respecto a quien pretende este reconocimiento legal; y no así para ḥanafíes para quienes el hijo nacido constante el matrimonio se atribuye al marido *iuris et de iure*. D'EMILIA, A., *Scritti di diritto islamico. Raccolti a cura de Francesco Castro*, Roma: Istituto per l'Oriente, 1976, p. 29.

<sup>65</sup> AL-BARĀDĪ'Ī, *El hundidor de çismas y eregias*, *op. cit.*, VI.9.11, p. 130.

<sup>66</sup> *Leyes de Moros*, tit. XCVIII, p. 74.

<sup>67</sup> D'EMILIA, *Scritti di Diritto musulmano*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>68</sup> Entre los andalusíes el término deuda en la literatura jurídica aljamiada «pobreçion», *vid.* AL-BARĀDĪ'Ī, *El hundidor de çismas y eregias*, *op. cit.*, VI.53.101, p. 264.

<sup>69</sup> AL-WANŠARĪSĪ, *Al-Mi'yā*, r. t. IV, p. 348.

<sup>70</sup> AL-BUJĀRĪ, *Mukhtaṣar Ṣaḥīḥ*, Apt. 33.9a.

legal para que un hombre extraño al menor (por ejemplo un tío materno o el abuelo materno) se pudiera hacer cargo de los cuidados del vástago de otro individuo cuya paternidad era conocida, y a cuyo linaje o «nervio», debía regresar. Argumento también expuesto por Ibn Zarb, ante el caso de la mujer que hubiera dado a luz de una relación lícita, lo que no era óbice para que se viera privada del derecho a cuidar el niño por decisión del padre; si la mujer era repudiada por el padre biológico y contraía segundas nupcias tenía derecho a reclamar la custodia; no así si fallecía el segundo esposo, pues el derecho de custodia correspondía, según este autor y por disposición legal, a los padres del primer marido, del padre biológico<sup>71</sup>. Distintos casos que convergen en la protección de la legítima paternidad y filiación de los menores, que ningún otro hombre puede suplantar, y que se lleva hasta sus últimas consecuencias en materia de adopción.

Al-Bujārī recogió una tradición sobre el ejercicio de la custodia y tutela de los niños huérfanos, determinando que correspondía a la madre y a sus parientes próximos, siguiendo las reglas de sucesión matrilineal<sup>72</sup>. Según el autor cairuaní ‘Aīša reconoció haber sido acogida por su tío, y haber quedado bajo su tutela durante la infancia cuando el Profeta le preguntó acerca de la visita recibida en su estancia de un hombre; ella justificó que «precisamente el hecho de que fuera amamantada por una mujer, y no por un hombre» fue lo que la hizo dudar respecto a permitirle la entrada, optando finalmente por dejarle acceder a su morada. Y es esta misma tradición la que se arguye para justificar las prohibiciones derivadas de las relaciones de sangre a partir de la lactancia; y esta situación la que justifica la *revelación* sobre la obligación del velo de las mujeres ante personas prohibidas por razón de sexo<sup>73</sup>.

Esta tradición revela la importancia de la lactación y la crianza en sentido amplio como acción ejercida en favor de una persona pero también por sus efectos, que se proyectaban en dos importantes ámbitos: el primero en materia de impedimentos para las relaciones sexuales<sup>74</sup>, hasta el punto que comportaba la disolución del contrato matrimonial sin necesidad de repudio<sup>75</sup>; prohibición

<sup>71</sup> *Ibidem*. Un supuesto en el que entran en juego los derechos de los ascendientes por línea masculina y que suscitan otra suerte de conflictos legales, que no son objeto de este trabajo por razones ya explicadas (N. d. A.).

<sup>72</sup> Sobre el ejercicio de la tutela y custodia por parte de la rama femenina de los huérfanos hasta la edad de pubertad o del casamiento en el caso de las féminas, AL-BUJĀRĪ, *Mukhtaṣar Ṣaḥīḥ*, 7, 62, 2. IBN AL-‘ATTĀR, *Formulario notarial y judicial andalusí*, entre otros *vid. mod.* 220, p. 842.

<sup>73</sup> AL-BUJĀRĪ, *Mukhtaṣar Ṣaḥīḥ*, *vid.* 7, 62, 166 [consultado 26 de marzo de 2020]. En esta tradición no hay argumento contra la institución sino contra las relaciones entre personas de distinto sexo en base a las prohibiciones derivadas de la consanguinidad (*raḥim*).

<sup>74</sup> AL-BUJĀRĪ, *Mukhtaṣar Ṣaḥīḥ*, 1, 3, 88; 3, 48, 213 y 4, 51, 25 y 6, 60, 98. El divorcio era la solución inmediata ante el matrimonio de hermanos de leche por desconocimiento. Sobre las prohibiciones e impedimentos entre parientes agnáticos AL-QAYRĀWANĪ, *Riṣāla*, *op. cit.*, 32.2j., p. 304. Las prohibiciones entre parientes de leche políticos y el derecho de visitas a –y de– las nodrizas en IBN ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukkām*, cap. XLII, pp. 444/5.

<sup>75</sup> AL-WANŠARĪSĪ, *Al-Mi’yār*; t. IV, p. 79.

fundamentada en la sunna y que solo afectaba a los hermanos de leche pero no a sus descendientes, según Ibn Abū Zayd<sup>76</sup>.

Y el segundo, en el ámbito de la afinidad por causa de la lactancia<sup>77</sup>. En este punto la doctrina veló por el derecho del menor a permanecer bajo los cuidados de la rama familiar materna, ante el fallecimiento de la progenitora, y pese a las pretensiones de padre supérstite. Era a la abuela materna a quien correspondía el derecho de la crianza de sus nietos, tanto por decisión de la madre como por fallecimiento de la madre de crianza. No obstante, y con el fin de mantenerse en la línea de afinidad, había un requisito previo para su reclamación y legítimo ejercicio, pues si el marido de la abuela materna era también el padre de la madre de crianza, el derecho podía ser compartido por ambos, y a los dos les correspondía por igual, asegurando de este modo que en caso de fallecimiento del menor, éstos recibieran los bienes legados por su hija al nieto fallecido. También aquí se establecieron límites, como que el marido de la abuela materna no fuera el abuelo de «crianza», perdiendo toda expectativa al derecho de curatela (*taqdīm*)<sup>78</sup> del infante. En definitiva, la lactancia (*riḍā*) no solo procuraba el cuidado más elemental del niño sino que también generaba una serie de efectos legales respecto al menor amamantado por una mujer, en relación a todos sus hermanos y hermanas de leche. Personas que, como dice al-Barāḍī'ī, debían ser del «mismo estado» (*istawā'*) o equivalentes<sup>79</sup>.

## II.4 DEBER DE LACTANCIA Y OBLIGACIÓN DE CUIDADOS A LOS HIJOS FRUTO DE RELACIONES MIXTAS, ESPECIALMENTE CON NO CREYENTES

El casuismo en materia de lactancia se dio también en los espacios de coexistencia de comunidades religiosas distintas, a pesar de las separaciones, de los distanciamientos acordados y de las prohibiciones más o menos estrictas. Como se vio al inicio de este apartado esa convivencia dio lugar a relaciones sexuales entre gentes de distinto rango social pero también de igual clase; en este último caso los supuestos relativos al derecho de alimentos y crianza centraron la atención de los juristas por los efectos que de ese ejercicio se derivaba. La obligación de alimentos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad, vuelve a poner el acento en la prevención hacia los hijos nacidos de mujeres no creyentes y de padres cristianos o judíos de condición servil. El asunto no era baladí pues, además, aquí entraban en juego los principios rectores de las leyes hereditarias. El deber de procurar cuidados y alimentos al menor por los proge-

<sup>76</sup> *Apud.* AL-WANŠARISĪ, *Al-Mi'yār*, t. IV, p. 358.

<sup>77</sup> Una mujer preguntó a Mālik sobre la promesa de matrimonio de una hija, bajo su custodia, con el hijo pobre del hermano del marido, y el jurista contestó que no era de su agrado tal mandato; AL-BARĀḌĪ'Ī, *El hundidor de cismas y eregias*, *op. cit.*, cap. IV.2.5, p. 83

<sup>78</sup> Término específico que Ibn Sahl utiliza para referirse a la administración por el tutor; CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 613. Y respecto a la condición de herederos y causahabientes, AL-QAYRĀWANĪ, *Riṣāla*, *op. cit.*, cap. 39, pp. 371-376.

<sup>79</sup> *Íbidem*, cap. VI.76.101, p. 379; y VI.77.16, p. 385.

nitores, al margen de la condición o no de creyentes, no tenía limitaciones por razón de supervivencia del progenitor respecto a lo que legítimamente le correspondía; cosa distinta era sobre el caudal relicto en caso de óbito; fallecido el padre el infante huérfano seguía teniendo el mismo derecho a su manutención, fuera o no musulmán. En este caso, y por legado, le correspondería la parte reservada a sus cuidados, alimentación vestido y educación; pero esa posibilidad ocasionaba controversia legal, pues según el Derecho islámico el no musulmán no podía «heredar» de un musulmán y los juristas cuestionaron hasta qué punto la *nafaqa* o *derecho de alimentos* afectaba a lo que el fallecido dejaba en herencia. Según la doctrina *mālikí* esos menores tenían la condición de «no creyentes», por tanto no musulmanes, circunstancia que agravaba el asunto<sup>80</sup>. El derecho arbitró medidas alternativas como la vía de la libre disposición para garantizar con unos recursos procedentes del caudal hereditario esa manutención; solución no aceptada de forma unánime por la doctrina<sup>81</sup>. Empero, el deber sobre el menor desvalido y desamparado, consistente en criar y procurar alimentos y manutención, prevalecía sobre su confesión religiosa, separando de forma nítida la condición de herederos coránicos o legítimos, según la legislación musulmana, de la de vástago con derecho a crianza y manutención, de acuerdo con los preceptos (*farida*) de obligada observancia.

El derecho entre esas comunidades andalusíes no solo incidía en la obligación de alimentos y cuidados sino también en las precauciones que se derivaban de la lactación, permitiendo el matrimonio concertado por el patrón de sus siervos judíos o cristianos entre ellos, pero con la expresa prohibición de que el musulmán yaciera con la sierva judía, aunque parece fuera viable lo hiciera con la cristiana, ante la falta de mención expresa.

El derecho andalusí reguló el deber de alimento y cuidados correspondiente a la madre, y a los hijos nacidos de relaciones extramatrimoniales, aún no habiendo contrato entre ellos y siempre que fueran residentes en la misma población, y así lo transmitió al-Barāḍī<sup>82</sup>. El punto de partida era el derecho de los hijos habidos de la relación entre musulmanes o bien entre musulmán y «cativa», considerados en el derecho de los mudéjares valencianos «com altres los quals hage de muller sua, segon Çuna», a recibir bienes de sus progenitores; y objeto de regulación constante en el derecho andalusí hasta la Expulsión de 1609<sup>83</sup>. Al-Barāḍī<sup>82</sup> recogió los pormenores y cuestiones vinculadas a la crianza del niño –moço e moça– y disponía que debía costearse a partir de lo que le

<sup>80</sup> La extensión de este trabajo impide abordar de manera específica las cuestiones relativas a los impedimentos hereditarios entre las comunidades objeto de estudio; por otro lado objeto de un estudio monográfico que cuenta con la participación de distintos colectivos de la Academia. (N. de la A)

<sup>81</sup> Sobre partición de herencias y cuotas véase SÁNCHEZ PÉREZ, J., *Partición de herencias entre los musulmanes de rito malequí*, Madrid: 1914.

<sup>82</sup> AL-BARĀḌĪ, *El hundidor de çismas y eregias*, *op.cit.*, cap. VI.20.4 p. 147.

<sup>83</sup> *Llibre de la Çuna e Xara, Un tratado catalán medieval de Derecho islámico: el Llibre de la Çuna e Xara dels Moros*, introducción, edición, índices y glosarios por Carmen Barceló, Córdoba, 1989 [en adelante *Llibre de la Çuna e Xara*]; Cap. CXXIII «Que lo pare, si no.s voldrà, no és tengut de proveir sos fills», p. 30. La intención de la autora era cotejar la edición de esta misma obra de los doctores Vicent Pons i Alos y Vicent García Edo, pero el confinamiento decretado el 14

correspondiera al infante por herencia como legítimo heredero; en caso de que no tuviera patrimonio el progenitor para que la madre se hiciera cargo de la crianza ante la ausencia del padre era la comunidad musulmana (*muslimes*) quienes lo asumirían a partir de fondos píos destinados a este menester; no obstante la mencionada posibilidad de que la madre y los herederos del padre renunciaran al derecho de cría del infante, sin que nadie pudiera obligarles a ello. Pero incluso en este caso, que pudiera considerarse despiadado, el derecho andalusí ponía una excepción, cual era que el niño rechazara la leche de cualquier otra persona, en cuyo caso sería la madre biológica la que tendría que criarlo<sup>84</sup>.

## II.5 LACTACIÓN Y CRIANZA EN LAS COMUNIDADES HISPANAS

El derecho de la madre a la custodia y al deber de alimentos no era exclusivo de la normativa andalusí, ese mismo derecho se plasma casi en idénticos términos en el ordenamiento jurídico de las comunidades hispanas. En un primer momento, y por razón de la coexistencia parece que lo más preocupante fue el destino de los hijos de parejas mixtas ante separación de los progenitores, cuando un musulmán decidía divorciarse de la mujer mozárabe. El derecho de las comunidades mozárabes parte en este tema de la recomendación de evitar el divorcio, según disponía ley antigua en el *Liber Iudiciorum*<sup>85</sup>; dándose el caso, los hijos mantenían el derecho a los bienes del padre, como la mujer abandonada también lo tenían del marido. Poco más se añadió a este supuesto.

Progresivamente las disposiciones conciliares y de índole civil fueron introduciendo cambios notables en el derecho, primeramente a través de los fueros otorgados en espacio de conquista; y más tarde con disposiciones de carácter territorial, y con ello la profusión normativa que presenta un mapa casuístico singular. En cualquier caso, textos que corroboran la convivencia y relaciones en espacios próximos, y así esta disposición foral de la villa de Sepúlveda: «toda cristiana que criare un hijo de moro o de judío, o que viviere con ellos, será tenida por mala, y azotada y expulsada de la Villa»<sup>86</sup>.

Con la promulgación por Alfonso XI de las *Partidas*, fue objeto de regulación la crianza, «uno de los mayores bien fechos, que un ome puede fazer a otro»<sup>87</sup>; por definición, se trataba de una obligación «son tenudos» para el padre y la madre, y por tres razones: movimiento natural, de amor, y porque los dere-

---

de marzo de 2020 con motivo de la Covid-19 hizo inviable la consulta del ejemplar depositado en la Biblioteca de la UA (N. de la A.).

<sup>84</sup> AL-BARĀDĪ, *El hundidor de çismas y eregias, op.cit.*, VI.67, p. 334 ss.

<sup>85</sup> *El Libro de los Juicios* (Liber Iudiciorum), Estudio Preliminar Rafael Ramis Barceló, Traducción y notas Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial Estatal, 2015; *vid.* 3, 62, pp. 299/301.[En adelante *Liber Iudiciorum.*] Y *Partidas*, 7, 25,5 y 26,2.

<sup>86</sup> LINAGE CONDE, *El Fuero de Sepúlveda en castellano de hoy*, Sepúlveda, 2004, FE, 215, p. 62: «De la cristiana que criare un hijo de moro o de judío».

<sup>87</sup> *Partidas*, 4, 19,1. Destacar que salvo en el título dedicado a los «moros» no hay mención o regulación sobre hijos de relaciones mixtas, solo disposiciones penales.

chos temporales y espirituales así lo acordaban. Siendo el deber de los padres a la crianza y manutención irrenunciable:

«Y la manera en que deben criar los padres a sus hijos y darles lo que les fuere menester, aunque no quieran, es esta: que les deben dar que coman y que beban, y que vistan y que calcen y lugar donde moren y todas las otras cosas que les fueren menester, sin las cuales los hombres no pueden vivir, y esto debe cada uno hacer según la riqueza y el poder que hubiere, considerando siempre la persona de aquel que lo debe recibir, y en qué manera lo deben esto hacer»<sup>88</sup>.

En este asunto el derecho distinguió entre la crianza debida por razones de naturaleza, por bondad y mesura hacia los hijos de hombres extraños con los que no había parentesco y por piedad hacia los abandonados, que correspondía a los ayos, a los que ejercían la guarda y a los maestros<sup>89</sup>. Aunque escasa es la normativa sobre la manutención de la mujer embarazada si hay puntual referencia a dos cuestiones: que todo lo que se hiciera por ella en ese estado fuera de provecho, y que en el caso de ser sierva «dixeron los sabios antiguos que fizieron leyes que desde el día del plazo en adelante, son libres», tanto ellas como sus hijos<sup>90</sup>. El derecho a la manutención durante el periodo de embarazo y posterior al parto quedaba protegido, siendo a la madre a quien competía procurar los cuidados básicos, tanto a los hijos legítimos como por los naturales. La madre estaba obligada a criarlos hasta los tres años y el padre a partir de esa edad<sup>91</sup>; y en caso de separación de las partes se planteaban los mismos supuestos que en el derecho andalusí: el causante de la ruptura era quien debía asumir la crianza, no obstante la guarda de la madre hasta la edad citada. También aquí las segundas nupcias de la esposa, siendo pobre, comportaba la pérdida del derecho a recibir la manutención para los hijos y el ejercicio de la guarda, que pasaba al padre; todo ello respecto a hijos de relaciones legítimas y mujeres de bendición, pues los hijos adulterinos, no legítimos y habidos de relaciones extramatrimoniales eximían de esa responsabilidad a la línea paterna, y en ese caso «los parientes que suben por línea derecha de la madre, también ella como ellos, tenudos son de lo criar, si ovieren riqueza con que lo puedan fazer»<sup>92</sup>. Si bien la patria potestad quedaba desvinculada de la obligación de crianza de la madre en los primeros años<sup>93</sup>, y se reservaba al padre:

«E com quier que el padre aya en poder sus hijos legitimos, o sus nietos, o visnietos (...); non se deue entender por esso, que los pude auer en poder de la madre ni ningun de los otros parientes de parte de a madre»<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> *Íbidem*.

<sup>89</sup> *Partidas*, 4, 20, 1 y 2.

<sup>90</sup> *Ídem*, 4, 23,3.

<sup>91</sup> *Ídem*, 4, 19,2.

<sup>92</sup> *Ídem*, 4, 19,3 y 5.

<sup>93</sup> Y sobre el poder el ejercicio de la patria potestad conforme a las «*leyes antiguas, e derechas, que fizieron los filósofos, por mandado e con otorgamiento de los Emperadores*», *Partidas*, 4, 17,1.

<sup>94</sup> *Ídem*, 4, 17, 3.

Ante el fallecimiento del padre la crianza del infante competía a la madre o a los parientes por línea materna o paterna según circunstancias de pobreza y permanencia de la madre en situación de viudedad, pero todas pasaban por no detraer cantidad alguna del patrimonio privativo del padre; incluso si la mujer enviudaba durante su embarazo. En este punto, las *Partidas* disponían que a la viuda pobre correspondía una cuota para los alimentos, fijada en la cuarta parte de lo que hubiera dejado el marido en concepto de herencia, y sin solución de continuidad hasta la Codificación<sup>95</sup>.

Significativo resulta que no haya expresa mención a la condición religiosa de los progenitores; dato que sí parece tenía importancia para el caso de las nodrizas. De hecho la regulación sobre las cualidades o requisitos para poder ser nodriza de un niño fue precisa en este asunto<sup>96</sup>. El rey sabio, Alfonso X, en las Cortes de Valladolid dispuso la prohibición de crianza por nodrizas cristianas a niños musulmanes o judíos que precisaban de sus servicios, como se venía realizando hasta entonces<sup>97</sup>; lo interesante de este asunto es que la prohibición se refería a «prestar servicios subalternos» entre judíos y moros; y la crianza de sus hijos, junto a la asistencia a sus entierros y bodas tenían ese carácter.

El derecho foral valenciano se ocupó de estos mismos asuntos, especialmente cuando se trataba de procurar cuidados a niños de origen desconocido o bien de hijos de musulmanes o judíos; de forma recíproca el derecho foral valenciano regulaba estas relaciones paterno-filiales, pero he aquí que el componente religioso tenía importancia pues podría condicionar la formación espiritual de los menores. En los *Furs*, por ejemplo, se contenía una expresa prohibición impidiendo que judíos o sarracenos tuvieran siervas o siervos cristianos y nodrizas cristianas preservando de este modo la *pureza* de estas gentes, y para ello había que evitar contacto con el infiel; porque como así dispuso Jaime I esta suerte de relaciones generaba vínculos o efectos, según la etimología del término, con lo padres naturales contrarios al derecho foral<sup>98</sup>. El dato es interesante porque aunque los juristas cristianos de aquel tiempo no parece se hubieran planteado teóricamente el modo de adhesión o pertenencia a la fe islámica –y así se deduce al creer que la ceremonia de dación del nombre (*tasmiyya*) era el rito que constataba esa pertenencia– sí que consideraban que la lactancia de una mujer cristiana a un niño musulmán, suponía estado de impureza para ella<sup>99</sup>, cuánto más sería para el menor musulmán.

Aun a pesar de las analogías hay divergencias entre ordenamientos jurídicos vigentes en un mismo periodo sobre un tema de interés general, especialmente en materia de efectos jurídicos. En el mundo andalusí a la mujer correspondía una cantidad para el cuidado de sus hijos menores durante el periodo de *hadāna* lo que prohibía contundentemente el derecho foral valenciano. Esta

<sup>95</sup> *Ídem*, 6, 13.7. Los artículos 151-153 del Código civil dispusieron la no transmisibilidad del derecho de alimentos a terceros; como la prioridad de los pactos y cláusulas testamentarias.

<sup>96</sup> *Ídem*, 2,7.3.

<sup>97</sup> MARCOS BURRIEL, A., *Constituciones y concilios de la Iglesia de Toledo*, MSS/13041, pp. 85-87. [Disponible en Biblioteca Nacional de España][Consultado 4/04/2020.]

<sup>98</sup> *Furs*, 1,8,1 y 2.

<sup>99</sup> *Ídem*, 1,2.1.

disposición transmite la toma de conciencia por parte del legislador, y a petición de sus jurisconsultos y expertos en derecho, de una práctica –más o menos generalizada–, entre las gentes que vivían en aquel territorio y posterior Reino, al considerar que con ello se ponía un precio a un deber de ley natural y moral de la madre hacia los hijos. Interesa en este punto la atención del legislador para erradicar cualquier nota de interés económico en ese deber; lo que permite cuestionar hasta qué punto esa práctica común entre los andalusíes valencianos influyó en el derecho de los cristianos:

«Si alcuna fembra farà despeses en nodrir sos fils, e aqueles despeses volrà cobrar, no les pusque cobrar, per ço car semblant és que aquelles despeses haja feites per pietat que mare deu haver a sos fills»<sup>100</sup>.

Y aquí, como en el derecho andalusí, la expresa prohibición de solicitar compensación, ni a los hijos ni a los ahijados:

«Si per amor de pare o de mare alcú nodrí o nodrirà sos fillastres, o logers alguns per aquells a ensenyar donarà a maestres, nul·la demanda no pot fer d'allò que haurà despés, si donchs no o protestarà a la justícia d'aquel logar, que vulle aquelles despeses recobrar»<sup>101</sup>.

De todas estas referencias se infiere que la lactancia fue protegida como derecho del menor en atención a su debilidad y a la obligación piadosa y compasiva de los progenitores. El rechazo al alimento y cuidados del menor, según las disposiciones legales, era considerado un acto de falta de piedad en quien debía ejercer aquel «oficio». En modo alguno una obligación con derecho a retribución, como si podía exigirse entre los andalusíes; como tampoco sujeta a las veleidades de la madre para el supuesto de rechazo, no obstante la posibilidad de recurrir a terceras personas ante la imposibilidad de crianza por la madre, aunque con una serie de cautelas.

Esa modalidad de lactación entre personas ajenas a los círculos «sociales» de los benefactores fue práctica frecuente, y así lo atestiguan las fuentes conservadas. Fuentes que, de forma implícita, denotan una convivencia y proximidad entre personas de cultura y religión distinta, más allá de lo aconsejable o recomendable, según la ley de cada comunidad. La crianza de menores cristianos en la sociedad musulmana y viceversa tuvo un carácter no solo compasivo sino también de consuelo espiritual y material para quienes, por vínculos de afinidad o por proximidad, asumían responsabilidades con desigual resultado en materia de obligaciones, se tratase de menores cristianos o musulmanes. De estas disposiciones se concluye el interés del legislador por remarcar que la lactancia era un acto piadoso y no una obligación que comportara compensación económica alguna, al menos entre los cónyuges y el hijo habido de esta relación. En efecto, los cónyuges tenían obligación de criar, educar según su fortuna, y alimentar a sus hijos y demás descendientes cuando éstos no tuvieran padres u otros ascen-

<sup>100</sup> *Ídem*, 2.10.3.

<sup>101</sup> *Ídem*, 2.10.6.

dientes en grado que pudieran hacerse cargo de ellos, o no tuvieran los medios para llevarlos a cabo<sup>102</sup>. Un dato que marca una diferencia importante respecto al derecho andalusí de las comunidades con las que convivían, y que además se concretaba en la duración del periodo en el que se debían esos cuidados de crianza, en principio, hasta la edad de 20 años<sup>103</sup>.

El deber de alimentos, la pertenencia a una confesión religiosa y la obligación de protección fueron tres elementos decisivos para garantizar los cuidados elementales o básicos de los menores, inexcusables para los hijos de relaciones legítimas y condicionados respecto a los nacidos de relaciones prohibidas o extramatrimoniales, todo ello en cumplimiento de las disposiciones legales de la legislación coránica y de la tradición *māliki*. En cualquier caso, un cúmulo de acciones que entre los andalusíes vinculaba a un menor con las personas que durante su minoría ejercieran su protección, en virtud de lazos de consanguinidad (*rahim*); estrictamente determinados por el Derecho en beneficio de los miembros de la comunidad islámica<sup>104</sup>. De modo que ahijar amamantar, criar y educar eran fases del proceso que favorecía el desarrollo físico, intelectual y espiritual del menor, sin menoscabo del derecho de filiación; el supuesto que entre las comunidades hispanas, y respecto a hijos fruto de aquellas mismas relaciones o desvalidos y abandonados, preveía el ejercicio de la tutela efectiva del menor mediante instituciones como el «prohijamiento» «ahijamiento» o adopción, correlativo de la «arrogatio» de origen romano<sup>105</sup>. Una modalidad que, sin embargo, convivió con otras ancestrales bajo la modalidad genérica de la «crianza»

Aunque muchos son los ejemplos que nos ha dejado la documentación testamentaria en los distintos reinos –fuente inagotable para el análisis de los vestigios o influencias de otras culturas y prácticas jurídicas– son de interés algunos datos contenidos en el *Libro Mudéjar de la Abadía de santa Ana del Cister en Málaga*<sup>106</sup>, donde muchas monjas reciben el apelativo de «hija de la tierra» explicitando su condición de huérfanas o de crianza bajo la tutela de personas distintas a sus progenitores; por lo general de origen social bajo por ser hijas de alguna persona de condición servil, tan frecuente en aquel momento y en todo el territorio peninsular<sup>107</sup>. Cítese por caso, entre los años 1640 y 1649 dos monjas, sor Francisca de Antonia y sor María de Jesús se dijo habían sido criadas por el arcediano de Vélez Málaga, D. Pedro de Ribas, arcediano de Vélez Mála-

<sup>102</sup> *Partidas*, 4, 19, 2 y 4.

<sup>103</sup> *Furs*, 8.6.3.

<sup>104</sup> AL-BARĀDĪ, *El hundidor de çismas y eregias*, op. cit., IV.6.4, p. 88.

<sup>105</sup> *Partidas*, 4,16,1. Acción prohibida a hombres siervos o libertos; *idem*, 4,16,5.

<sup>106</sup> MARCHANT RIVERA, A., «El Libro Mudéjar de la Abadía de Santa Ana del Cister, en *La escritura de la memoria: libros para la administración*: IX Jornadas de la Sociedad Española de Ciencias y Técnicas Historiográficas (Vitoria-Gasteiz, 23 y 24 de junio de 2011)/coord. por José Antonio Munita Loinaz y José Ángel Lema Pueyo, 2012, pp. 199-208. La fecha inicial del libro es 1604, momento convulso respecto a la permanencia de los moriscos en territorio peninsular, cuya presencia se constata, a pesar de la Real Cédula y Bandos de expulsión, hasta finales siglo XVIII.

<sup>107</sup> Véase «filius terrae» en SAN VICENTE PINO, A., «Recuerdos y remiendos de una tesis doctoral sobre el oficio concejil de Zaragoza llamado “padre de huérfanos”», en *Aragón en la Edad Media* 20(2008), pp. 723-736; p. 724.

ga; o sor Mariana de San José, que salió del convento en 1662, *hija de la tierra criada* por doña Mariana de Mesquita, en cuyo testamento le dejó una cantidad dineraria para su persona y otra importante con la que se compró una casa a Pedro Martín para que pudiera alimentar a la niña de ocho años con las rentas hasta que fuera profesa, destinando el resto de esas rentas a la redención de cautivos; dos elementos que manifiestan la conmiseración de quien se apelaba Mesquita<sup>108</sup>.

### III. SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DEL MENOR Y DEL HUÉRFANO POR EL TUTOR Y LA OBSERVANCIA DE LO QUE MEJOR LE CONVenga

Tema corolario del deber de alimentos al menor y de la obligación del padre y de la madre a ejercer responsablemente la patria potestad en el derecho andalusí fue el legítimo derecho a asumir las responsabilidades de la paternidad, cualquiera que fuera la situación del menor: integrado en el hogar familiar, huérfano, expósito o abandonado y desasistido por voluntad de sus progenitores. El Corán protege al menor fruto de matrimonio legítimo y prevé la acogida de desvalidos y desamparados por parte de los miembros de la comunidad (Corán, 4,10). Protección y cuidados son garantizados como acciones esenciales para el desarrollo del menor según los principios coránicos. Especial atención merece el huérfano, para el que el libro sagrado regula el modo en que se deben administrar sus bienes sin que se consuman «injustamente», pues de hacerlo los responsables «llenaran sus vientres del fuego y se verán privados del Paraíso» (Cor. 6,153); como también preveía participara de la herencia en su condición de miembro de la parentela (*asaba*), con el fin de poder disponer durante su minoría de lo necesario para su sustento (Cor. 4,8); esta misma aleya preveía igual trato para los pobres. Es aquí donde radica el interés en la tutela y curatela al tratar el tema de los cuidados que merece el menor hasta su emancipación, y la responsabilidad de las personas que asumen estas funciones.

La tutela-curatela o *wilāya* la ejercía el padre y la madre del menor durante su minoría de edad o bien el abuelo, por ser heredero legítimo. Es relevante que entre los andalusíes la madre tuviera reconocida plena competencia para ejercer como tutora (*wasīya*) y curadora del menor, nombrada por el padre en acto de última voluntad, a diferencia del derecho vigente entre las comunidades hispanas de tradición romanista. En realidad, para los musulmanes se trata de una de las categorías de la tutela o *wilāya*, por lo general referida a la protección que merecen los impúberes por su incapacidad de raciocinio, e incapacidad legal para la administración en general (*al-safah*). Al-Bujārī ofrece datos de tradición sunní interesantes para justificar la asunción de esas responsabilidades por parte

---

<sup>108</sup> Es este uno de los muchos datos que justifican la necesidad de un mapa sobre prácticas y decisiones testamentarias en el espacio antaño regido por derecho andalusí bajo soberanía emiral o taifal, observantes o no de la religión islámica y donde los matrimonios mixtos fueron un hecho. MARCHANT RIVERA, *El Libro Mudéjar*, p. 208.

de tutores-curadores. La referencia es al tutor de ‘Aiša, un *tío* suyo que la «acogió» y le dio su protección; no obstante, la esposa del Profeta incide en la diferenciación de funciones entre el tutor y la mujer que la crió<sup>109</sup>. El dato es de sumo interés para comprender el ejercicio de la tutela por la madre sobre el menor en caso de fallecimiento del marido y del padre; es a ella a quien correspondía, según la tradición, procurar los cuidados elementales y la administración de los bienes del menor si éstos procedían de su misma mano; pero es también a ella a quien se le reconocía el derecho a nombrar tutor, si el progenitor no lo había hecho en vida y así lo deseaba la mujer.

Partiendo del derecho de la madre y del padre a ejercer al unísono la patria potestad en las comunidades regidas por el derecho andalusí se plantearon ante los alfaquíes otros supuestos. La ausencia del padre, por fallecimiento o abandono, dió lugar a situaciones que preocuparon a los juristas, especialmente celosos de que el destino de los bienes del fallecido —o desaparecido— permaneciera entre musulmanes; por eso, la presencia de hijos o personas de acogida de distinta confesión se rodeaba de cautelas en el momento del óbito; el tutor-curador era la persona que debía velar porque esos bienes fueran directamente a la legítima parentela (*‘āqila*) del difunto. Un destino al que, por definición legal, no eran llamados miembros de la familia que profesaran religión distinta al islam. Por otro lado, la tutela testamentaria (*wiṣāya*), determinada por el padre, cuando recaía sobre la madre se asumía para dar curso a la correcta administración (*ḥayr*) de los bienes recibidos en herencia. La mujer andalusí tenía un amplio margen de disposición en este asunto. Pero la obligación de que los bienes legados por un musulmán fueran solo destinados a legítimos herederos musulmanes generó controversia respecto a las *kitabiyas* que, practicando otra religión a la del progenitor, engendraban hijos e hijas, con distinta suerte ante la herencia paterna. Un ejemplo lo facilita una fetua de Ibn Zarb<sup>110</sup>, de la que da noticia al-Waṣarīsī, sobre la disolución de un matrimonio que además de resolverse mediante repudio de la esposa no creyente ésta se podía ver privada de la custodia y tutela del hijo por voluntad paterna, mediando reclamación ante la autoridad judicial<sup>111</sup>. Pero parece no fue siempre así.

Cierto es también que las madres no musulmanas se vieron privadas del derecho a la administración de los bienes que correspondían a los hijos habidos del progenitor musulmán. Bajo el título «cómo ha de criar la madre al hijo y hasta cuando» o sobre el modo en que los padres deben «tener» a los menores se regulaba el modo en que debía retenerse a un menor con el fin de garantizar el cumplimiento de un derecho que le correspondía, y por tanto obligaba a los progenitores<sup>112</sup>; y se explica en la obra de al-Barāḍī<sup>113</sup> respecto a la obligación

<sup>109</sup> AL-BUJĀRI, *Mukhtaṣar Ṣaḥīḥ*, 5, 58, 245.

<sup>110</sup> Cf. AL-WAṢARĪSĪ, *al-Miyār*, t. IV, p. 39.

<sup>111</sup> No en vano las cautelas formales, como es el caso de la necesaria escritura de conversión al islam de cristiana casada o viceversa; *vid.* IBN AL-‘ATTĀR, *Formulario notarial y judicial andalusí*, mod. 166, pp. 643/4.

<sup>112</sup> *Leyes de moros*, tit. XCVI, p. 72/3: Como la madre ha de criar al fijo et fata quando». Y *Suma de los principales mandamientos y devedamientos*, cap. XXXIX, p. 347/8: «De las tenencias de los menores y de los padres neçesitados».

del padre en la tenencia del hijo<sup>113</sup>. En esa misma línea de protección y obligación de cuidados a los menores fruto de relaciones mixtas, concluyó que si la madre no podía cuidar (*ḥaraza*), guardar y proteger (según el texto aljamiado «guardilla»), por ser *biçiosa*, o por haber contraído segundas nupcias, era el padre quien tomaría cuidado de ella,

«[...] y si no será la madre bastante por guardalla en su lugar o era biçiosa en su persona o abía casado, tómalala el padre d'ella. Asimismo, los algalies y el tutor pueden tomar el hijo de la hija sobre seguridad de otras partes»<sup>114</sup>.

Ese precepto fue observado y respetado por las comunidades de mudéjares en el territorio peninsular, como evidencian las *Leyes de Moros* y la *Suma de los principales mandamientos y devedamientos de la Ley y Çuna*<sup>115</sup>.

La imposibilidad de que el padre o la madre pudieran ejercer sus obligaciones daba paso a otras personas del entorno familiar, todas ellas designadas por la legislación islámica, y consideradas legítimas herederas de los progenitores. De ahí que la exigencia de las obligaciones materiales para el sustento del menor estuviera supeditada a las disposiciones coránicas y sunnies en materia sucesoria; como también lo estaba el que terceras personas ajenas a las líneas hereditarias del menor tuvieran acceso al ejercicio de esas acciones. Por tanto la relación entre el derecho de legítima sucesión andalusí y el desempeño de funciones y competencias en materia de tutela, curatela y patria potestad era estrecha y determinante. Una modalidad que diverge con el trato que recibe en el derecho de las comunidades no musulmanas, en las que a falta de progenitor o progenitores, tutores y curadores asumían la obligación de procurar al menor cuanto necesitara para su crianza bajo presupuestos jurídicos distintos.

El hecho de que la tutela-curatela pudiera ser ejercida por una tercera persona nombrada por el padre en calidad de tutor (*wasī*), como acto de última voluntad, dio lugar a que muchos autores la hayan considerado una tutela testamentaria, conforme a la clasificación romanista; si bien a diferencia del derecho de tradición romana, en el derecho andalusí ese acto de última voluntad no tenía el valor de «testamento» ya que el Derecho islámico no contempla el llamamiento a la sucesión, puesto que suceden al finado solo personas vinculadas en grado de afinidad o de parentesco, y también como tutores-curadores. Y así se hizo entre los musulmanes andalusíes, lo que para algunos civilistas españoles dio lugar a identificar esta «inmediatez» en la sucesión como procedente del sistema germánico, en concreto con la modalidad de «saisine», consistente en la «entrega de la cosa» por el difunto al sucesor<sup>116</sup>. No obstante, la doctrina

<sup>113</sup> AL-BARĀDĪ, *El hundidor de çismas y eregias*, op. cit., VI, 76.112, p. 380.

<sup>114</sup> *Ídem*, VI.20.4, p. 147.

<sup>115</sup> *Leyes de moros*, op. cit., pp. 4-7.

<sup>116</sup> D'EMILIA, *Scritti di diritto islamico*, op. cit., p. 70. Sobre la máxima alemana «der Tote erbt den Lebendigen, Planitz (Apud. PUIG, *Fundamentos de Derecho*, op. cit., not. 14, p. 163). Sobre esta cuestión y los criterios seguidos en nuestro derecho civil español *vid.* artículo 440 Cc «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a añadirse la herencia»; y el artículo 657 Cc. «Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su

reconoció la licitud en la designación de tutores-curadores por parte de la autoridad judicial, el cadí, ante supuestos de desamparo o desvalimiento; en estos casos era la comunidad la que se hacía cargo, modalidad calificada por los juristas occidentales como tutela dativa y que entre los andalusíes, se rodeaba de una serie de garantías y cautelas para que los tutelados, miembros de la comunidad –*umma*– y fieles creyentes en el islam, no perdieran su filiación de origen –aun siendo desconocida siempre existente– y fueran los únicos destinatarios de los bienes destinados a su cuidados y cuya titularidad recaía en la comunidad de creyentes musulmanes.

Pero el problema no era solo quien podía ejercer la protección del menor cuando quedaba huérfano o desamparado, sino en virtud de qué derecho o acción legal se podía ejercer. Entre los musulmanes, como explica D'Emilia, el texto coránico, a través de las reglas sucesorias, confirmaba el derecho al ejercicio de tutela y curatela solo a personas ajenas a las legítimamente designadas en el Corán por razones justificadas y mediante cláusulas específicas.

### III.1 MÉRITOS Y CUALIDADES EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN TERRITORIO ANDALUSÍ

El desempeño de la tutela-curatela era una acción unívoca ejercida en beneficio de un individuo y de los bienes que hubiera adquirido por ley de sus benefactores. La acción se rodeaba de una serie de garantías personales, a través de la acreditación de méritos, capacidades o de la expresa manifestación de la voluntad movida por la compasión. El tutor-curador debía gestionar adecuadamente (*wilāya al-mal*), los bienes del menor musulmán ante su falta de capacidad de raciocinio (*raṣd*), y hasta el momento en que la alcanzara. Y era el tutor-curador quien debía examinar la madurez de los varones a su cargo, por lo general antes de contraer matrimonio, momento en que debían recibir sus bienes (Cor. 4, 6); no así para las féminas, pues era la consumación del matrimonio el hecho que acreditaba la madurez, y de ahí la competencia de los tutores-curadores en la «justa» administración de sus bienes con fines dotales (Cor. 4,3), también de la madre que así actuaba.

La doctrina *māliki* reguló pormenorizadamente el ejercicio de la tutela, porque el futuro del menor podía quedar en manos de personas que, teniendo lazos afectivos y de sangre con el tutelado, carecían del sentimiento paterno-filial; no así cuando era la madre la tutora. Pero también los menores, especialmente las féminas podían ser objeto de pretensión por desaprensivos que mirasen más por su progreso económico que por el bienestar de la menor. De ahí límites como los que se desprenden de una tradición atribuida a al-Bujārī relativa a una huérfana bajo los «cuidados» de un hombre que, llegada la edad, contrajo con ella matrimonio no por amor sino para compartir el derecho sobre una palmera datilera que era de su propiedad; un supuesto que se contempla no como contrato

---

muerte». Mientras que la aceptación y repudio se regulan en la segunda parte del artículo 440 y en los artículos 988 ss de la Sección 4.<sup>a</sup>

de matrimonio (*nikāh*) sino como contrato (*'aqd*) por razón de asociación en un negocio común. Harto complejo de comprender desde un punto de vista sentimental; no así desde el punto de vista jurídico y económico, ya que este caso refleja el carácter que el contrato matrimonial tenía en el marco de las relaciones interpersonales en ese periodo histórico<sup>117</sup>. Una tradición que justifica el desarrollo de una profusa casuística para rodear de garantías el ejercicio de las acciones inherentes a la tutela-curaela de los menores en sus distintas facetas.

En la *Risāla* de al-Qayrawānī los andalusíes encontraron los requisitos esenciales para ejercer la tutela y custodia de una mujer: ser hombre, libre, sano, adulto, no estar en estado de pureza legal (*iḥram*) y no ser un *no creyente*, especialmente «cuando se han de desempeñar estas funciones sobre una mujer musulmana»<sup>118</sup>. Y aquí un dato decisivo que constata la condición de musulmán para poder ejercer legítimamente esa acción: el no encontrarse en estado de pureza legal, el estado propio de los musulmanes que deben seguir los preceptos religiosos (*'ibādāt*); de forma tácita se concluye que el tutor debe ser un musulmán, tanto si se ejerce sobre un varón como sobre una fémina, puesto que aunque la exigencia de ser musulmán se explicita para el caso de las féminas, el requisito exigido de no encontrarse en estado de pureza (*iḥrām*) solo es atribuible a los musulmanes con motivo de la Peregrinación (*Haǧǧ*) o la peregrinación menor, *'umrah*.

Entre los casos compendiados por el alfaquí Ibn Sahl<sup>119</sup> destaca la explícita mención de los requisitos para el ejercicio de la tutela respecto a personas no creyentes, que encuentra acogida en el apartado sobre los tributarios a la comunidad islámica (*ḍimmīes*); lo que da idea de los conflictos que se suscitaban por la coexistencia en espacios contiguos y la efectiva relación interpersonal. Los requisitos para ejercer esta tutela guardan relación directa con los que se precisan en el Derecho islámico para el ejercicio de cualquier acción de manera responsable: pubertad, sano de mente, irrepreensible en los actos tanto desde el punto de vista ético como religioso (*'adāla*) y poder ejercer adecuadamente las funciones que se derivan de un encargo, que es el de ser *kafīl*. Es aquí donde cabe señalar las dificultades encontradas para que *extranjeros* pudieran realizar estas funciones, no obstante, la permisividad por razón de piedad y filiación.

Nótese que entre los *mālikīes* los requisitos básicos o fundamentales exigidos denotan una mayor flexibilidad, especialmente respecto a la religión. En efecto, mientras que para la escuela *hanbalī*, y *šāfi'ī* se requería, expresamente, profesar el islam, ser musulmán; para las escuelas *mālikī* y *ḥanafī* ese mismo requisito se planteaba de modo diverso, o simplemente no se exigía; divergencia con lo expresado por al-Qayrawānī, quizá resultado del modelo social andalusí, proclive a una promiscuidad fruto de la convivencia. En este espacio se optaba por exigir al tutor «probidad» (*'adāla*) y «confianza en su religión»; sin

<sup>117</sup> AL-BUJĀRĪ, *Mukhtaṣar Ṣaḥīḥ*, 6, 60, 97.

<sup>118</sup> AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, *vid.* 32.2d., p. 303.

<sup>119</sup> Sobre la vida y obra de este autor DAGA PORTILLO, R., Organización jurídica y social en la España musulmana. Traducción y estudio de Al-Ahkam Al-Kubra de Ibn Sahl (s. XI), tesis doctoral Granada: Universidad de Granada, 18-06-1990, director Emilio Molina López.

expresa mención al islam, sino a la «religión» que profesara el tutor o tutora, bien fuera por derecho la madre, la abuela materna por parte de la madre, la tía materna, la tía materna de la madre del niño, la tía paterna de la madre del niño, la abuela por parte de padre, el padre, la hermana del padre, la tía paterna y así sucesivamente. Y a la luz de los supuestos planteados sobre el ejercicio de la tutela por la persona que mayor derecho tenía por línea materna, éste podía recaer en una mujer no musulmana, una *ḍimmīya*; así lo explica el citado autor jienense en el capítulo dedicado a las cuestiones sobre los *ḍimmīes*. Los *ḥanaḥīes* tampoco hacían expresa mención a la profesión del islam, pero sí al uso de razón, a la libertad, solvencia y capacidad para el cargo, a no padecer enfermedad (contagiosa) y no ser pariente de los prohibidos para el matrimonio, como lo eran también los hermanos de leche. Destacar de este elenco la solvencia y capacidad para el cargo, requisitos que Muḥammad b. ‘Iyād, el cadí ceutí fallecido una centuria más tarde que el jienense de nacimiento Ibn Sahl, en su capítulo sobre sucesiones también destacó como loables para ser designado tutor, a saber: justo de confianza, bien considerado y persona de fiar, primando ser hombre de religión, de fe<sup>120</sup>. De manera que la fiabilidad y rectitud eran fundamentales en la persona que debía representar al menor y gestionar (*nazar*) el patrimonio del incapaz (*saḥīh*); un patrimonio que tenía un origen y un destino entre los miembros de la propia familia. Por un lado, y según el derecho *mālikī*, el tutor era un *wakīl*, es decir la persona que recibía el encargo de representar al incapaz durante su minoría, hasta que fuera declarado capaz de razonar (*tarṣīd*). Por otro lado, y respecto al patrimonio, la estrecha «vigilancia» de la actividad del *walī*, bajo la jurisdicción del cadí, y la exigencia, en su caso, de rendición de cuentas, como se exigían en otros sistemas jurídicos. Y ello es así porque la *wilāya* no solo tenía por finalidad administrar sino también enseñar al pupilo cómo administrar sus bienes (Cor. 4,5); no sin antes demostrar, previa rendición de cuentas, la capacidad para gestionar su propio patrimonio; una manera de «avalara» el carácter «desprendido» de la acción que ahora acometía. Súmese, pues, al anterior elenco de requisitos exigidos al tutor la «solvencia», que para los *mālikīes* debía ser solvencia monetaria, amén de la personal (puesto que el tutor hombre debía tener una mujer para que cuidara del niño), y en esto parece ser que consistía según Ibn Sahl<sup>121</sup>. Una vez constatada la capacidad para disponer responsablemente del patrimonio cesaba la tutela.

Los juristas andalusíes añadieron a los requisitos esenciales otros con efectos personales y patrimoniales de sumo interés, dando continuidad en los variados textos del territorio andalusí<sup>122</sup>. En el caso del ejercicio de la custodia (*ḥizr*) en al-Andalus la mujer divorciada podía desempeñarlo sobre sus hijos varones hasta la pubertad y sobre las hembras hasta la consumación del matrimonio<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> IBN ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukkām*, cap. XVI, pp. 330, 333 y 339.

<sup>121</sup> IBN SAHL, *Diwān al-ahkām al-kubrā*, pp. 465-468.

<sup>122</sup> Sobre la obligación de devolver lo malversado y su cálculo en base al precio por la comisión de delitos de sangre AL-BARĀDĪ‘Ī, VI, 76. p. 371 ss.

<sup>123</sup> AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, op. cit., cap. 33.9. Sobre el mismo asunto AL-BARĀDĪ‘Ī, *El hundidor de çismas y eregias*, op. cit., IV.2.17; VI, 19, 29; y VI, 20, 25.

Una nota más sobre la pubertad, pues era el hecho fisiológico que para los varones suponía la mayoría, y que según los andalusíes se determinaba en base a la madurez fisiológica y al sano juicio; de ello da noticia al-Barāḍī, ante la consulta sobre el plazo máximo de la obligación de alimentos en la fase de minoría y crianza, «hasta que allegue al edad y conozca su persona [...], pásale»<sup>124</sup>. Aunque ya se ha visto que ese criterio en relación a las niñas se podía continuar de por vida, cumplidos los cuarenta años (*'anisa, mu'annasa*),

«[...] allegándolo á de mirar, si abía sido la madre más guarda que ninguno, será más perteneçente de tenerla por siempre hasta que case, aunque allegue a cuareynta años»<sup>125</sup>.

A partir de ese momento, quedarían bajo la protección-tutela-curatela de las madres pudiendo ser «ahorradas» o emancipadas mediante acta expedida por quien ejerciera como tutor o tutora. Por tanto, a ella correspondía la toma de decisiones respecto a la conveniencia de uno u otro candidato como esposo, en base al estatus y la condición social de la familia; y como en el caso de los tutores siendo «evidente» su «rectitud, buena situación tanto personal como económica» era considerada apta para el ejercicio de esas funciones de tutela-curatela<sup>126</sup>.

Ibn Sahl en base a las fatwas sobre el tutor a cargo de un menor señalaba que convenía estuviera casado, para que fuera su esposa quien procurara los cuidados elementales al infante; y aquí puntualmente indíquese que esa misma recomendación fue ordenada en el derecho foral valenciano<sup>127</sup>. Sin embargo, en este ordenamiento jurídico la justificación residía en que solo así era posible la afiliación de menores; un efecto que en modo alguno se produciría entre los musulmanes ni tampoco entre musulmanes y cristianos. Está claro, mientras en el ordenamiento jurídico de las comunidades hispanas el ejercicio de la tutela y curatela sobre desamparados y desvalidos comportaba la afiliación o prohijamiento, en el derecho andalusí esto era totalmente inviable porque impedía el derecho como sucesor legítimo del progenitor, de cuya filiación era imposible renegar; y así era en base a la disposición coránica que determina que ningún hombre puede negar el nombre y la filiación a un menor<sup>128</sup>, salvo en el caso de adulterio en el que debe mediar el juramento imprecatorio y confirmado por cuatro testigos (*li' ān*) ante el juez (Cor. 24,6-9); siguiendo también la tradición atribuida a Mahoma que ante la negación de paternidad por el padre de un niño

<sup>124</sup> La responsabilidad de la madre en la guarda y cuidados a la menor hasta que se case o llegue a la edad de cuarenta años: AL-BARĀḌĪ, *El hundidor de çismas y eregias*, op. cit., VI.20.4 p. 147 y VI, 66,36. p. 331 en cuanto al «señoreamiento» sobre el siervo como sobre las bestias y muebles es «con reçeibir».

<sup>125</sup> AL-BARĀḌĪ, *El hundidor de çismas y eregias*, VI.51.108 y 111, p. 252; y VI.20.4, p. 147.

<sup>126</sup> Nunca mediante testimonios de referencias (*sama*); IBN 'IYĀD, *Maḏāhib al-hukkām*, cap. X.-2-b bis, pp. 284/5.

<sup>127</sup> *Furs* 8,6,5: «Aquells qui muller no hauran, emperò, segons dret haver ne poran, poden affillar altres».

<sup>128</sup> MARTÍNEZ ALMIRA, «La filiación materna y paterna en el derecho islámico», pp. 93/4.

«sentenció» el divorcio y que el niño quedase bajo los cuidados solo de la mujer<sup>129</sup>.

Ibn Sahl aborda profusamente las cuestiones sobre la tutela (*ḥadāna*) de las menores huérfanas, ejercida por abuela cristiana; en el supuesto de menores con abuelas materna y paterna cristianas, nada obstaba a que éstas procurasen los cuidados elementales y primarios sobre las niñas, musulmanas y cuyo padre también lo era; en esa línea se pronunció Ibn Ziyād, reconociendo su capacidad para actuar en calidad de tutora (*wasīya*), y así también la doctrina *mālikí*. En este caso el concepto utilizado no era «*wālīya*» sino el que denota que la condición de tutora se adquiriría en base a un acto de última voluntad por parte del padre, y por tanto la abuela adquiriría el rango de «tutora testamentaria». He aquí la diferencia entre ambos términos, que aparecen de forma profusa en la legislación andalusí. También en este caso se evidencia la preferencia entre la abuela materna cristiana sobre la paterna, aunque esta fuera musulmana<sup>130</sup>. Pero aun confirmándolo Ibn Ziyād, la doctrina no era unánime en este punto. Los *ahkām* de Ibn Hārīt reconocían para el ejercicio de la tutela al padre prioridad sobre la abuela cristiana, y a la abuela musulmana sobre la cristiana; una opinión también manifestada por Ibn al-Qāsim, no obstante la opinión de Saḥnun siempre en favor de la abuela.

Al igual que en materia de alimentos y crianza para el ejercicio de la tutela-curatela, las preferencias del padre sobre las abuelas o viceversa también tenían algunas limitaciones; específicamente para el supuesto de matrimonios mixtos. Retomando el caso del fallecimiento del padre y el matrimonio de la viuda en segundas nupcias ésta podía verse privada de ese derecho; no así cuando la madre tenía una hermana musulmana; pero Ibn Hārīt primaba el derecho de la abuela paterna musulmana frente al de la hermana de la madre musulmana; siendo esta la opción más conveniente se comprobó que en al-Andalus no se seguía este criterio y se prefería concederla a la hermana de la madre. Este caso no solo dilucidaba a quien correspondía el derecho en el ejercicio de la tutela y cuidados del menor cuando se trataba de familias cuyos miembros profesaban fe distinta sino que, de forma indirecta, incidía en la preservación de los derechos sucesorios por cuanto al margen de quien criase al niño lo que se pretendía evitar era que la crianza compitieran a un hombre ajeno a la parentela del padre natural, que en calidad de segundo marido de la viuda, e incluso divorciada, pudiera ejercer acción reivindicatoria en materia sucesoria ante el caso de fallecimiento del menor, siendo este el punto de partida del supuesto planteado<sup>131</sup>. En este margen de excepcionalidad también los andalusíes se mostraron proclives a que la hermana del padre de un menor, aún siendo cristiana, pudiera ejercer por imposibilidad de la madre, la tutela sobre el menor; la razón estaba en su condición de heredera obligatoria por disposición coránica (Cor. 4,175), para el supuesto de que esta hermana fuera hija de esclava madre o mujer libre cristiana (*ḍimnī*); la posibilidad de que permaneciera en esa religión venía dada por

<sup>129</sup> AL-BUJĀRĪ, *Mukhtaṣar Ṣaḥīḥ*, 8,80,740.

<sup>130</sup> IBN SAHL, *Diwān al-ahkām al-kubrā*, pp. 465-468.

<sup>131</sup> *Idem*, p. 467.

el hecho de ser mujer puesto que para el caso de los varones fruto de esas relaciones lícitas seguían la religión del padre.

### III.2 CONTENIDO Y EFECTOS DE LA EFECTIVA PROTECCIÓN DEL MENOR

Si importante era garantizar la protección del menor en su fase de dependencia a través de la observancia de requisitos específicos en las personas que pretendían o podían ejercer, por derecho, esa acción (la madre, los tutores y los tutores determinados por la comunidad en el caso de niños abandonados o sin parientes, tanto musulmanes como no creyentes), más lo era garantizar la conservación de su patrimonio, al margen de las necesidades vitales, que deberían sustentarse con la parte correspondiente detráida del patrimonio heredado. Y para ello es relevante determinar la responsabilidad de quienes asumían su gestión, y las limitaciones legales por razón de confesionalidad religiosa. La tutela para andalusíes e hispanos era institución que velaba por la protección del impúber; primaba aquí el deber hacia la persona desvalida y débil. En materia patrimonial el tutor o tutora se comprometían a cuidar el patrimonio recibido; dar cuenta de su prosperidad según las disposiciones coránicas, sin recibir nada a cambio. Nadie mejor que un miembro de la misma familia para garantizar la crianza y protección del menor evitando que el caudal relicto fuera a parar a personas ajenas a la rama o nervio principal de los herederos obligatorios o coránicos o, en su defecto, de los herederos por línea masculina (*'asaba*). De ahí que cualquier asignación voluntaria por parte del causahabiente debiera ser mediante expresa mención, aunque era posible utilizar expresiones en la asignación de cuotas de las rentas de una sociedad tales como: «para una cierta muchacha virgen»; la asignación en este supuesto se supeditaba al momento en que fuera consumado el matrimonio<sup>132</sup>. El hecho de precisar el nombre de la beneficiaria sin más referencia a la relación que les unía confirmaba, ante los expertos, la relación de acogida o crianza a su costa, y confirmaba la inexistencia de relación paterno-filial.

Con estas medidas la legislación islámica evitaba la entrada de personas extrañas al progenitor musulmán en el ejercicio de la función de tutor-curador, puesto que le estaban prohibidas a personas con quienes fuera lícito el matrimonio, evitando así las pretensiones sobre el patrimonio heredado por el menor o la menor; en consecuencia, las funciones de tutor-curador o tutora-curadora solo podían desempeñarlas quienes por analogía estuvieran en el mismo rol que los progenitores, a quienes competía el ejercicio de la patria potestad. Y como ya se dijo, el ordenamiento jurídico andalusí, impedía el ejercicio de la patria potestad sobre un individuo que no fuera hijo «del tálamo»; no solo en base a la prohibición coránica (Cor. 33,4-5) de la adopción plena (*at-tabannī t-tammī*)<sup>133</sup> sino por la justificación doctrinal basada en la sunna sobre el impedimento a

<sup>132</sup> *Ibn 'Iyāḍ, Maḍāhib al-ḥukkām*, cap XVI.-7, pp. 339-340.

<sup>133</sup> NAQVI, A. R., «Adoption in Muslim Law» en *Islamic Studies*, *op.cit.*, pp. 283-302.

heredar de personas que no tuvieran relación agnaticia ni cognaticia con el musulmán. De ahí las prevenciones para que un musulmán acogiera en su hogar y diera cobijo a individuos ajenos a su linaje; solo viable cuando tenía carácter «temporal o circunstancial», y mediaba la expresa voluntad paterna del menor «entregado» en acogida, su consentimiento (expreso o tácito), y la intervención judicial.

Ibn ‘Iyād planteó un supuesto interesante sobre el ejercicio de la tutela y curatela por parte de mujeres vinculadas por parentesco a un varón. En realidad el jurista ceutí resolvió dos casos interrelacionados. Se trata del legado que hizo un hombre en favor de «cuatro hijas de su hermana», aunque la hermana solo tenía tres hijas, es decir de las cuatro solo tres eran biológicas. Y ante este caso se planteó la cuestión de si la cuarta, siendo hija de otra hermana pero «que vivía abajo el cuidado (*ḥaḍāna*) de su abuela», tendría el mismo derecho que las hijas biológicas a heredar de este hombre, el tío de las niñas. El derecho a heredar vendría por la asimilación de la cuarta niña a las otras tres hijas en su misma condición; un supuesto legal que en el Derecho islámico, y en el andalusí, se denominaba «*tanzil*», y suponía instituir como heredera a una persona en los mismos derechos y obligaciones que a la persona que se asimilaba o sustituía<sup>134</sup>. Esta respuesta doctrinal reconocía la posibilidad de que así fuera en base al tratamiento que recibía de la persona que sobre ella ejercía la tutela, al denominarla «hija mía»; la crianza y manutención recibidos por la cuarta niña –en los mismos presupuestos que las otras tres–, fueron los elementos o factores que confirmaron el derecho al legado, y en la misma proporción que las otras tres. Más tarde este mismo principio hereditario se fundamentó en el derecho andalusí, como expuso al-Barāḍī<sup>135</sup> al garantizar el derecho de las personas criadas por familiares agnaticios, es decir por personas del mismo «*nerbio*». Pero este supuesto no estaba exento de cautelas, pues era la solución jurídica viable en ausencia de expresa manifestación en contra por parte del testador; y por ello la doctrina volvió sobre el asunto anterior planteando la negativa a que la cuarta niña heredase en la misma proporción que las otras tres –aun estando bajo la protección de la madre tutora– por el hecho de que en el momento de la redacción de la escritura hereditaria, los testigos no pidieran al testador identificara por su nombre a la cuarta; y en consecuencia se resolvió con la devolución del cuarto de la herencia al monto total o caudal relicto<sup>135</sup>. Al margen de la sucesión hereditaria y legítima, cabía también incluir cláusulas en favor de menores o personas que, como en el anterior supuesto, estaban «al amparo» o «bajo la protección», o «al cuidado» de personas no pertenecientes a la parentela del varón, pero sí en la línea de afinidad materna.

Este caso sirve para justificar la íntima conexión entre el ejercicio de la patria potestad, tutela y el legítimo derecho a la sucesión (y aquí repetir que en

<sup>134</sup> En la actualidad reconocido por el derecho de familia de países de tradición islámica; artículos 315 ss. del *Code de la famille*, Publications de l’Association de Difusión de l’information juridique et judiciaire, collection de textes législatifs, núm. 9, 2.<sup>a</sup> ed., Rabat, 2005.

<sup>135</sup> IBN ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukkām*, cap. XVI, pp. 336/7: «Capítulo de las disposiciones testamentarias».

el Derecho islámico es inmediato) cuando de hermanos legítimos se trate. Tres factores que ayudan a comprender los impedimentos jurídicos a la adopción como medio para garantizar el progreso personal y la preservación de los bienes de un menor, huérfano, abandonado o simplemente desvalido. La patria potestad extendía sus límites, según las *Leyes de Moros* y en base al ejercicio por el padre, al poder de disposición sobre el menor. En al-Andalus el padre tenía derecho a llevarse al hijo –pasada la edad de lactancia y tierna infancia– consigo si abandonara a la esposa, e irse a otra tierra a morar<sup>136</sup>; pero no le estaba permitido separar al niño de la madre si pretendía que el hijo menor (*murāqid*) le acompañase a otras tierras con la finalidad de comerciar y mercadear; solo en este supuesto la mujer tenía derecho a que el hijo permaneciera con ella<sup>137</sup>. Porque lo habitual era que los menores permanecieran con sus madres durante la fase inicial de sus vidas; y en el supuesto de que los padres vivieran en la misma villa o lugar el derecho de «guarda» (*hizr*) correspondía a la madre, por encima de cualquier otra persona, y así también lo había transmitido al-Barādi'ī<sup>138</sup>. Como ya se trató anteriormente, nutrición y guarda eran estrechamente interdependientes.

Asimismo, la esclavitud fue fuente de conflicto interpretativo (*ta'wīl*) de la normativa sobre descendencia entre cristianos y musulmanes en al-Andalus<sup>139</sup>. Esta temática es una de las claves para comprender dos hechos regulados por el Derecho islámico: en primer, lugar la manumisión de esclavas –cuyos hijos seguían la condición de la madre (*mukatab*)<sup>140</sup>–, en disposición testamentaria; y en segundo lugar, la manumisión de esclavas madre (*um-walad*)<sup>141</sup> que lo eran por relación sexual con el patrón, adquiriendo sus hijos la condición de libres, y mereciendo las madres, por disposición testamentaria, el tercio de sus bienes.

Pudiera darse el caso de que el patrón, conocido el embarazo de su esclava procediera a la manumisión antes del fallecimiento, y en este caso, al margen de

<sup>136</sup> Un hecho que incluso en la actualidad genera innumerables problemas en el caso de matrimonios mixtos entre magrebíes y españolas; muchas son las sentencias que inciden en el ámbito de las relaciones diplomáticas por tratarse este asunto de violación de lo dispuesto en el *Convenio de La Haya*, ratificado Marruecos el 22 de agosto de 2002, y pese al Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, en Rabat 6 de marzo de 2007, *BOE*. núm. 70, de 22 de marzo de 2013, y CAAMIÑA DOMINGUEZ, C. M., «El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos» en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, núm. 1, pp. 47-62.

<sup>137</sup> *Leyes de Moros*, tit. XCVIII, p. 74.

<sup>138</sup> La responsabilidad de los menores que están bajo custodia y guarda, AL-BARĀDĪ'Ī, *El hundiador de çismas y eregias*, op. cit., VI.67, p. 334 ss.

<sup>139</sup> No obstante, autores como Ibn Sahl exponen muchas opiniones de otros juristas no seguidores de Mālik, ofreciendo un contrapunto las reflexiones fundamentadas que merece no despreciar (N. de la A.).

<sup>140</sup> AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, op. cit., cap. 35, apt. 35.04.

<sup>141</sup> La temática ha sido estudiada *in extenso* por PUENTE GONZÁLEZ, C. de la, «Entre la esclavitud y la libertad: consecuencias legales de la manumisión en el derecho maliki», en *al-Qanṭara: Revista de estudios árabes*, 21-2(2000), pp. 339-360; *idem*, «Esclavitud y matrimonio en "al-Mudawwana al-kubra" de Sahnun», *al-Qanṭara: Revista de estudios árabes*, 16-2(1995), pp. 309-334.

la cuota del legado que le pudiera corresponder, se planteaba el complejo tema del ejercicio de la tutela sobre el menor fruto de esa relación: la esclava madre podía ejercer la tutela hasta los dos años para el caso del varón y hasta el matrimonio para el caso de las niñas. No obstante, esa decisión no parece que fuera simple opción, puesto que la sunna señalaba el «deber» del patrón a liberar «tantot com la cativa o serventa» en el caso que quedasen embarazadas del patrón o señor, incluso antes del alumbramiento, garantizando los cuidados del hijo que hubiera de esa relación de dos formas: impidiendo la venta de la mujer y asegurando el que tuviera los medios suficientes para procurar la cría del niño o niña tanto con los bienes que el mismo ofrecería como permitiendo que la mujer permaneciera a su servicio; y así lo regula la legislación andalusí entre los mudéjares valencianos: «Que la cativa prenyada de son senyor deu ser forra e franca»<sup>142</sup>. En realidad ese era el supuesto de los hijos de mujeres cristianas que podían recibir un legado del patrón por el hecho de ser madres de sus vástagos.

Pasado el tiempo se advierte una práctica análoga en los territorios antaño ocupados por andalusíes y bajo soberanía cristiana. Un ejemplo entre muchos lo tenemos en la provincia de Huelva, en concreto en Tarifa, donde se constata el alto número de patronos, curas y viudas, y que una vez bautizados entraban a formar parte del servicio doméstico, vía para conseguir la libertad bien mediante manda testamentaria o por simple voluntad, especialmente los hijos nacidos en el seno de aquellos hogares, para quienes la libertad no era un imposible<sup>143</sup>. Lo recibido del patrón en vida consistía en el conjunto de bienes destinados a su crianza y detraídos del caudal relicto de un musulmán para el cuidado de niños sometidos a los cuidados de mujeres libres (manumitidas) y observantes de una religión distinta al islam. Esta es una situación que no parece fuera rechazada según los requisitos fijados por *mālikīes* y *hanāfīes*, destacados en la obra de Ibn Sahl.

En realidad todos estos casos abordan el modelo de «acogida» en el ámbito familiar de menores que, por razones de orfandad, de manumisión o de rechazo indirecto por parte del padre que decidido el divorcio o el repudio de la madre, precisaban la designación de una persona afín, pariente o próxima al menor necesitado de cuidados; y que para las féminas se prolongaba *sine die* hasta la consumación o de por vida mientras fueran solteras.

### III.3 REQUISITOS, CONTENIDOS Y EFECTOS DE LA TUTELA Y LA CURATELA EN LOS TEXTOS HISPANOS

Todas las prevenciones adoptadas por el derecho andalusí tienen su corolario en el derecho vigente entre las comunidades hispanas de aquel tiempo. En el ordenamiento jurídico de las primeras comunidades mozárabes también se

<sup>142</sup> *Llibre de la Çuna e Xara*, cap. CXXIV, p. 31.

<sup>143</sup> MARTÍN MONCADA, P. M.<sup>a</sup>, «La esclavitud en Tarifa y cristianos cautivos en Mequinez en la Edad Moderna» en *Aljaranda* 90 (diciembre 2016), 9, pp. 9-30; *vid.* p. 18.

prestó atención a los requisitos e impedimentos para el ejercicio de las acciones propias de la tutela y la curatela; entre los requisitos siendo importante el de la condición religiosa no se puede desvincular de otro hecho significativo: el derecho de la madre y de sus ascendientes por vías femenina y colateral para el ejercicio de las competencias que la maternidad le confería respecto a los cuidados esenciales durante la infancia. El ejercicio de la tutela en las comunidades mozárabes de los primeros tiempos bajo soberanía musulmana estaba regulado en el *Liber* siguiendo los dictados del rey visigodo Chindasvinto. La tutela de la madre solo era posible si muerto el padre con hijos menores ésta lo aceptaba, y a condición de no volver a caerse en ese periodo; como en el derecho andalusí las segundas nupcias de la madre limitaban el ejercicio de la potestad sobre los menores; en el caso hispano y en virtud del ejercicio de la *patria potestas* del progenitor, al entrar una nueva *manu potestas* en el núcleo familiar. El ejercicio de la tutela por la madre tenía como límite temporal la edad de los 15 años, a diferencia del derecho andalusí que primaba la valoración de la capacidad de raciocinio y la madurez fisiológica a límites meramente temporales. Pero si uno de los hijos alcanzaba la «edad plena» que eran los 20 años –por tanto entre los 15 y los 20 había un periodo de madurez progresiva pero limitación de la capacidad de administrar– este hijo asumía la tutela sobre sus hermanos menores, perdiéndola en su favor la madre<sup>144</sup>. En otra disposición real se determinó que si el infante quedaba huérfano de ambos progenitores, el ejercicio de la tutela correspondería a quien legalmente se hubiera designado previamente, o en su defecto a quien la autoridad competente determinara, y el tutor quedaba obligado al ejercicio responsable de su función, por el mandato recibido.

Es aquí donde podemos concluir ciertas analogías sobre la materia en el derecho vigente entre las comunidades musulmanas andalusíes y cristianas, inspiradas en muchas ocasiones por principios religiosos tendentes a acciones benefactoras, tanto en el orden material como en el espiritual. En cuanto a los paralelismos en el ejercicio de esas funciones de protección y cuidados de la persona y de su patrimonio (bajo la acción de la curatela), el derecho hispano establecía que para el ejercicio de la curatela era necesario determinar los supuestos que permitían a un tercero ejercer la patria potestad mediante el pro-hijamiento, ponderando también la «utilidad» que reportaba para el menor trasladar la patria potestad a un tercero, previo expreso consentimiento. Supuestos en los que era precisa la autorización real, máxima autoridad en la comunidad; no obstante, en el caso de la adopción el consentimiento lo prestaba el padre del adoptado, bien de manera expresa o tácita, siendo precisa la autorización de juez<sup>145</sup>, análogo régimen al andalusí cuando se trataba de asignar la patria potestad y tutela de menores abandonados y de padres desconocidos mediando la intervención del *cadi*, aunque la institución no supusiera pro-hijamiento o afiliación.

Pero conforme se consolidó el derecho justinianeo y el *ius commune* en el derecho hispano se produjo un distanciamiento notable en materia de tutela y

<sup>144</sup> *Liber Iudiciorum*, I, 4.3.2 y 3.

<sup>145</sup> *Partidas*, 4, 16, 4.

curatela, exigiendo requisitos y cualidades específicas y regidas por principios de rectitud moral y responsabilidad en la gestión. Interesan dos aspectos, el primero la intervención de los obispos en materia de tutela y curatela, como garantes de la formación en la fe cristiana del menor y autoridad competente de la comunidad cristiana; y es aquí donde se puede deducir un paralelismo con la misma competencia que los cadíes ostentaban como fieles guardianes de los intereses de la comunidad andalusí, en los supuestos de niños abandonados, de padres desconocidos pero no «sin padre». Y en segundo lugar, respecto a la tutela por parte de la madre, la diferencia más notable fue la privación de la patria potestad a la madre<sup>146</sup>, cuando los niños quedaban huérfanos o desvalidos por abandono paterno o por falta de capacidad para su ejercicio; pues al no reconocer la patria potestad a la mujer las *Partidas*<sup>147</sup> no concedían el derecho al ejercicio de la tutela a la madre, que correspondía al padre;

«Patria potestas en latin tanto quier decir en romance como el poder que tienen los padres sobre los hijos; y este poder es un derecho tal que tienen señaladamente los que viben y se juzgan según las leyes antiguas derechas que hicieron los filósofos y los sabios por mandato y otorgamiento de los emperadores [...]»<sup>148</sup>.

Con la salvedad del posible ejercicio de la tutela por parte de la abuela<sup>149</sup>.

Sin embargo ese mismo ordenamiento jurídico dio cobertura legal a la posibilidad de ahijar o prohijar, desde el momento en que una persona –varón– recibía a un menor como hijo, teniendo por efecto el ejercicio de la patria potestad; siempre que el individuo no fuera su propio vástago<sup>150</sup>. No obstante, una limitación en su ejercicio que presenta singularidades o excepciones en el ámbito foral, calificadas por Otero Varela *confusas*; se trata del ejercicio de la patria potestad del progenitor supérstite sobre el menor y en materia de *bienes compartidos*, que se consideraba como una extensión de la patria potestad original y sometimiento a tutela; es el caso de la disposición contenida en el capítulo X del *Fuero de Cuenca, De successione filiorum atque parentum*, sobre patria potestad conjunta indicada por Ureña Semenjaud<sup>151</sup>. La disposición se dio en un área de implementación del derecho andalusí hasta la entrada de Alfon-

<sup>146</sup> OTERO VARELA, A., «La patria potestad en el derecho histórico español» en *AHDE*, 36(1956), pp. 209-242.

<sup>147</sup> *Partidas* 6, 16, 9 y 14. A partir de la citada ley ya no le eran de aplicación los requisitos para el ejercicio de la tutela; el requisito para su ejercicio era que la madre no contrajera nuevas nupcias en el caso del fallecimiento del padre del menor o de los menores bajo su tutela.

<sup>148</sup> *Ídem*, 4, 17,1. La mujer conseguiría siglos más tarde esa potestad, reconocida en el artículo 64 de la Ley provisional de Matrimonio Civil, *Gaceta de Madrid* (172). 21 de junio de 1870.

<sup>149</sup> *Partidas*, 6, 16, 13.

<sup>150</sup> *Ídem*, 4, 16,1: «Cómo deben los padres criar a sus hijos y otrosí de cómo los hijos deben pensar en los padres cuando les fuere menester». Y la prohibición de la mujer, *idem*, 4, 16, 2.

<sup>151</sup> UREÑA SMENJAUD, R., *Una tradición jurídica española. La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre, Discurso leído en la recepción pública de Rafael de Ureña y Semenjaud el día 31 de marzo de 1912*, Madrid, 1912, p. 12. F. Cuenca, X, 1 y 9. Edición de UREÑA Y SMENJAUD, R. de, *Fuero de Cuenca (formas primordial y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf)*, Madrid, 1935.

so VIII (1177), y el propio Fuero contiene lo que se denominan «prestamos» y que consideramos más conveniente denominar vestigios fruto de la coexistencia de sistemas jurídicos diversos en áreas próximas, y de la convivencia de personas con intereses comunes sobre materia jurídica. Vestigios del derecho andalusí en el derecho castellano, valenciano o aragonés y viceversa a tenor de las denuncias contra los primeros juristas andalusíes en contacto con comunidades mozárabes. En efecto, el supuesto de continuar la madre o el padre supérstite la patria potestad y la tutela-curatela del menor no era extraño al derecho andalusí, pues el fallecimiento de uno de los progenitores no suponía la pérdida de ese derecho, que continuaban hasta la mayoría de edad. Por lo tanto el citado Fuero coincidía en ese mismo criterio, vestigio de un pasado y presente común con gentes que se regían por tradiciones o prácticas más tarde ratificadas como privilegio foral<sup>152</sup>.

Además, la patria potestad se sometía a una serie de condiciones y limitaciones en su ejercicio y continuidad, y se extinguía entre más de doce supuestos «maneras de dignidades» al margen de la muerte natural y el sometimiento a juicio de destierro, entre otras, cuando el hijo o tutelado demostrara la madurez suficiente; aquí como en el derecho andalusí la prueba de racionio se verificaba ante el tutor y se confirmaba ante el juez siendo «menester que el padre mande facer carta como saca el fijo de su poder, porque se pueda probar la emancipación et no venga duda»<sup>153</sup>. Es importante subrayar que esa misma legislación determinaba, en materia de tutela, que una persona cualquiera pudiera nombrar tutor «para un extraño», instituyéndolo como heredero, sujeto a la aprobación judicial<sup>154</sup>. Supuesto que en modo alguno tiene su correlativo en el derecho andalusí puesto que, precisamente, la salvaguarda de la herencia era lo que prohibía este tipo de incorporación pro-filiación al patrimonio del varón, pudiendo interferir con los herederos legítimos (*ahl al-fard*).

La distinción entre el ejercicio de la tutela y la curatela del derecho hispano, en cuanto al designio de personas distintas para su ejercicio durante la minoría de edad presenta excepciones o casos singulares. Cítese entre los diversos protocolos notariales estudiados por Jiménez y Espinar datos que han sido calificados por los autores de este trabajo como «curiosas en el seno de las familias» respecto a la asunción de la tutela y curatela por «las abuelas y familiares más cercanos» para que los menores no quedaran indefensos; debiendo «las justicias de la ciudad» velar por el cumplimiento de la ley<sup>155</sup>. Una ley que hasta la toma de Granada era la legislación del derecho andalusí implementado en aquel reino; y que mereció, en materia de derecho civil, el respeto de los Reyes Católicos en lo concerniente a la esfera privativa de los musulmanes bajo soberanía cristiana; y el derecho hereditario y la filiación eran instituciones con ese carácter.

<sup>152</sup> Y así se corrobora de la lectura del capítulo 39. «De disceptatibus xristianorum et iudeorum. *Fuero de Cuenca*», *op. cit.*,

<sup>153</sup> *Partidas*, 4, 18, 1-17.

<sup>154</sup> *Ídem*, 6, 16, 8.

<sup>155</sup> JIMÉNEZ y ESPINAR, «Datos para el estudio de la sociedad accitana», *op. cit.*, p. 101; las condiciones de la tutoría y curatela, *vid.* p. 102.

De ahí que cuando María de Medina, analfabeta, viuda de Martín de Valenzuela, vecino de Guadix, y madre de tres hijos<sup>156</sup> solicitara al justicia de aquel concejo que pusiera «su autoridad y decreto judicial» el derecho que le correspondía como esposa y madre a ejercer la tutela y curatela sobre sus hijos para el mejor destino de sus bienes y, además, manifestara que «estaba dispuesta a prestar juramento exigido en tales casos, entregar fianzas y realizar cuantas acciones exigiera la justicia», lo único que estaba solicitando era aquello que desde tiempo inmemorial se venía realizando en el territorio andalusí.

Otro aspecto que también ofrece paralelismos es el relativo a la duración del ejercicio de la patria potestad, tutela-curatela entre los andalusíes y su correlativo en territorio hispano, la tutela. La forma del computo del tiempo o duración era dispar; en efecto, las *Leyes de Moros* y la *Suma de los principales mandamientos y develamientos de la Ley y la Çuna* aplicadas en las comunidades andalusíes castellanas al tratar el tema de la crianza introducían reglas sobre el ejercicio del «gobierno» por parte del padre, que se prolongaba durante la minoría de edad y siendo pobres, (*sic*); cesando de forma inmediata, en el momento en que los hijos llegaran a la mayoría y las hijas se desposaran; y que asumían de igual modo la persona o personas que en su ausencia ejercieran la tutela-curatela<sup>157</sup>. Empero, la legislación castellana introducía mayor precisión al concretar las edades, y determinaba que era obligado estar bajo tutela cuando el varón fuera menor de 14 años y la hembra de 12 años, siendo huérfanos<sup>158</sup>. Y aquí, como en el derecho andalusí, la tutela se correspondía con los cuidados propios de esas edades<sup>159</sup>; una vez superadas esas edades, y hasta los 25 en ambos casos, solo era precisa si tenían que litigar y no habían solicitado tutela<sup>160</sup>. Son estas disposiciones relevantes en materia de «prestamos» pues siguiendo la secuencia temporal en los textos mudéjares aplicados en territorio castellano se introducen conceptos relativos al cese de la tutela-curatela ajenos al significado que tenían en el derecho *mālikī*; en efecto, los términos adulto (*bāliḡ*) o la edad del casamiento (*bāliḡu nikāhala*)<sup>161</sup> suponían la condición (*šart*)<sup>162</sup> «de la madurez de juicio; en modo alguno el equivalente era «la mayoría de edad», porque es sabido que la doctrina *mālikī* determinaba la madurez de juicio en base a hitos vitales, a hechos fisiológicos y a pruebas de raciocinio y madurez intelectual, como la capacidad para administrar sus propios bienes, y para consumir el matrimonio en el caso de las niñas. A pesar de los calcos ter-

<sup>156</sup> *Ibidem*. Los autores llaman la atención sobre la mención de un cuarto hijo (Lope) que solo es citado en una ocasión y que lleva a cuestionar si es un lapsus del escribano o si es el segundo nombre del segundo hijo varón por otro lado el hecho de que no supiera escribir denota el origen o status de la citada mujer, un dato que no puede quedar sin expresa mención en una sociedad en la que los matrimonios mixtos y entre personas de distinto origen cultural marca su devenir.

<sup>157</sup> *Leyes de Moros*, tit. XCVIII, p. 74.

<sup>158</sup> *Partidas*, 6, 16, 1.

<sup>159</sup> Hasta que se convierte en «doncella», AL-BARĀDĪ'Ī, *El hundidor de çismas y eregias*, VI.63.33, p. 317. El término que expresa la obligación de una persona a pagar esa deuda en árabe es *dammana* (*idem*, VI.22.20).

<sup>160</sup> *Partidas*, 6, 16, 13.

<sup>161</sup> AL-BARĀDĪ'Ī, *El hundidor de çismas y eregias*, VI.49.63, p. 237.

<sup>162</sup> *Ídem*, VI.49.64, p. 238.

minológicos no se introdujo ponderación numérica por ser ajena a las disposiciones andaluses.

En el Reino de Valencia, al igual que en el Reino de Castilla, las comunidades de mudéjares andaluses fijaron los mecanismos por los reconocer como hijos propios a quienes no tenían ese carácter por ley natural, pero con una serie de limitaciones; las mismas que prohibían el ejercicio de la adopción a quienes tuvieran descendencia legítima. Otro tanto se puede decir de los requisitos y condiciones para el ejercicio de la tutela y curatela que, como en el caso de las cualidades determinadas por Ibn Sahl, tuvieron su equivalente en el ordenamiento jurídico valenciano. Se puede hablar de ciertos paralelismos entre los requisitos exigidos en el derecho foral valenciano, al menos en lo referente a la tutela denominada dativa y que en el derecho andalusí era la que autorizaba el *cadí*, en nombre de la comunidad. En ese ordenamiento jurídico la tutela quedaba al amparo y decisión del Baile<sup>163</sup>, cuyas competencias se extendían también sobre la población mudéjar en todos aquellos asuntos que pudieran ser objeto de controversia o conflicto legislativo<sup>164</sup>; cítese por caso la expresa referencia en los documentos y escrituras a que las personas que ejercieran como tutores y curadores fueran «llanas y abonadas»<sup>165</sup>, o la prohibición de los *Furs* a que personas de edad ejercieran la tutela, que afectaba también al Baile<sup>166</sup>.

El derecho foral valenciano, como el castellano, también distingue entre tutela y curatela aunque, como justifica Arcadi García, la diferencia residió más en las personas sujetas a una y otra institución que en el contenido de las acciones que sus titulares debían ejercer<sup>167</sup>. Pero además, este ordenamiento jurídico establecía una serie de limitaciones al ejercicio de la adopción, como sustitución a la familia natural; en consecuencia las personas que tuvieran descendientes de unión legítima, por tanto hijos, nietos o biznietos, no podían adoptar e introducir a otras consideradas «extrañas» en el núcleo familiar; el modo más seguro de protección del derecho de sucesión correspondiente a los hijos legítimos. Efectivamente, la clave estaba en la protección de los bienes susceptibles de ser heredados legítimamente, y en evitar su reducción ante la inclusión en el núcleo familiar de «un extraño». Aquí de nuevo encontramos análogo planteamiento al que se implementó en al-Andalus: la prevención era hacia los herederos legítimos: «quel que te fils, o descendents legitims, no pot adoptar; y dexar

<sup>163</sup> *Furs*, 1.3.24-26.

<sup>164</sup> Funciones y competencias reconocidas por el rey en el ámbito de las cortes forales, *vid.* MARTÍNEZ ALMIRA, M.<sup>a</sup> M., «Los moriscos ante la Real Audiencia valenciana» en *Corts i Parlaments de la Corona d'Aragó. Unes institucions emblemàtiques en una monarquia composta*, Remedios Ferrero Micó i Lluís Guàrdia Marín (eds.), Valencia: Universitat de Valencia, 2008, pp. 201-222; *vid.* pp. 216/8.

<sup>165</sup> MARCHANT AVILÉS, A., «El prohijamiento, la tutela, y la carta de aprendizaje: instrumentos para una historia de la situación del menor en Málaga durante la primera mitad del s. XVI, en *Población y grupos sociales en el Antiguo Régimen*/coord. Por Juan José Bravo y Luis Sanz Sampelayo, 2 (2009), pp. 943-956.

<sup>166</sup> *Furs*, 5.6.28: *La cort e-l batle e aquels que hauran complit LXX ans són escusats que no sien destrets de ésser tudors o curadors.*

<sup>167</sup> GARCÍA I SANZ, A., *Institucions de dret civil valencià*, Castellón: Publicacions de la Universitat Jaume I, 1996, pp. 142-150.

al adoptas sos bens en testament y succeixenli ab intestat»<sup>168</sup>. Y de hecho, en el ordenamiento foral valenciano solo era posible la adopción para quienes carecían de descendencia como consuelo y prestación de ayuda en sus vidas<sup>169</sup>.

También en el espacio del Reino de Valencia se aprecian elementos o notas discordantes respecto a la íntima unión entre tutela y curatela del derecho andalusí, ejercidas al unísono por el padre y la madre en vida, o por las personas designadas entre los miembros del linaje o círculo paterno (*'asaba*), o bien en quien decidiera el *cadi* como autoridad en la materia; entrando a ejercer tal función de forma inmediata. En el espacio de convivencia multicultural y vigencia del sistema andalusí entre los mudéjares y el foral para los valencianos, cítese la disposición del *Llibre de la Çuna e Xara* que establece «Encara por la muller sua [del sarrahí fallecido] constituhir dona e poderosa del dits fills seus e béns de aquells, segons Çuna»; y solo la intervención judicial o del señor era posible cuando fallecidos los progenitores no hubiera designación o posibilidad de que ejercieran esas funciones los parientes señalados en la legislación coránica:

«[...] E si lo pare o la mare als dits fills seus en sos testametns o derrerres voluntats curados no assignara, lálcadí o.l senior, a insància o requesta dels amichs, pden asignar curadors a aquells, ab cautela, emperò de servar la Çuna»<sup>170</sup>.

También se promulgaron disposiciones permitiendo o prohibiendo el ejercicio de la patria potestad y la tutela por parte de la madre en poco más de una centuria. Jaime I en los *Furs*, sobre el ejercicio de la patria potestad dispuso que ésta cesaba por la emancipación del hijo o de la hija, por fallecimiento del padre o bien por matrimonio de los hijos; no obstante, ese mismo ordenamiento jurídico reconocía la facultad de la madre para el ejercicio de la patria potestad, al menos así se desprende de la regulación de la adopción:

«Y quant mora lo pare, o la mare, resten los fills en la potestat del que sobreuiu: y si aquell se tornara a casar, no estiguen los fills en son poder si ells, o sos pares no ho volran»<sup>171</sup>.

El mismo rey dispuso, seguidamente, expresa prohibición de que las madres pudieran ejercer como tutoras tanto en vía legítima como por tutela dativa<sup>172</sup>; dando con ello idea de que hasta el momento de esa disposición era posible para las mujeres de aquel territorio, tanto musulmanas-mudéjares como cristianas. Y sin embargo, la limitación no parece afectara a otras competencias, ya que el ordenamiento jurídico preveía que las mujeres –sin precisar la relación o grado

<sup>168</sup> *Furs*, 6, 6.1.

<sup>169</sup> *Ídem*, 8,6, 4,6 y 7.

<sup>170</sup> *Llibre de la Çuna e Xara*, cap. CXLIV «Que cascú en so testament dexarà a son fill menor lo curador que.s volodrà», *op. cit.*, p. 37.

<sup>171</sup> *Furs*, 5,2, 10.

<sup>172</sup> Ni siquiera mediando solicitud al príncipe; *ídem*, 5.6.6.

de parentesco con el tutelado– pudieran administrar los bienes de sus hijos impúberes, no obstante la necesidad de rendir cuentas:

«Si alcunes fembres hauran aministrades les coses d'alcun pubil axí com a tutors, sien tengudes de retre comte de aquela aministració»<sup>173</sup>.

A la madre se le reconoció el derecho a nombrar tutor en su testamento, pero solo para sus hijos legítimos herederos; Martín I sentó las bases respecto al ejercicio de la madre de la tutela, sin expresa mención a la patria potestad, dictando que «per testament» podrían ejercer la tutela la madre y la abuela, pero ninguna otra mujer; y para ambas el matrimonio en segundas nupcias supondría el fin de la tutela<sup>174</sup>. Un supuesto idéntico en sus condiciones y limitaciones que en el derecho andalusí. Si bien el hecho de que solo se pudiera nombrar tutor testamentario por parte de la madre para hijos legítimos suponía dejar fuera de esa tutela a los niños o menores que, estando bajo cobijo suyo o a su amparo, no tuvieran relación de afinidad con ella. Más adelante, en las Cortes de 1363 un *fur* reguló la protección que merecía la designación en testamento de curadores y tutores por parte del padre o de la madre del infante; documento legal que impedía, como entre los mudéjares valencianos, la intervención de autoridad judicial:

«[...] sia proveít e declarat que si lo pare o la mare daran en lur testament al fill o a la filla curador, aytal cura haja valor e fermetat axí que no-y sia necesaria alcuna confirmació de jutge o d'altra persona»<sup>175</sup>.

Supuesto que lleva a concluir que los menores acogidos por ser hijos «bordes» o bien de uniones del marido con otras mujeres, no quedaban bajo la tutela de la persona designada para los hijos legítimos. Esta situación de desamparo legal se solventaba mediante el expreso reconocimiento como hijos legítimos; pero la solución generaba un nuevo conflicto legal, en concreto con el *fur* que impedía a una mujer reconocer a un hijo como legítimo teniendo descendencia propia<sup>176</sup>. En efecto, el derecho foral reconocía a la mujer la posibilidad de «afiliar»; es decir, que pudiera a coger bajo su «potestad», frente a la imposibilidad del derecho castellano a ejercer la patria potestad por parte de las mujeres. Los *Furs* permitían la afiliación y el ejercicio de la patria potestad<sup>177</sup>, siempre y cuando la mujer cumpliera una serie de requisitos: en primer lugar, edad de 20 años cumplidos y en segundo lugar, no tener descendencia propia,

«[...] si alcú volrrà altre affillar, e serà en tan gran edat que d'aquí enant engenrrar no poria, pusque encara affillar aquell qui-s volrrà; car pus rahonable cosa és que aquell pusque altre affillar que si altres estrayns succehien en los seus béns»<sup>178</sup>.

<sup>173</sup> *Furs*, 5.6.63.

<sup>174</sup> *Ídem*, 5, 6,7.

<sup>175</sup> Cortes de 1363, *Furs*, 7 y 8.

<sup>176</sup> *Furs*, 5.6.2.

<sup>177</sup> *Ídem*, 8.6.6.

<sup>178</sup> *Ídem*, 8.6.4.

Nuevamente, el derecho protegido era a la herencia; si bien se daba aquí similitud con el derecho andalusí al objeto de resolver el posible conflicto por el ejercicio de la tutela sobre una persona acogida o amparada por motivos de piedad o compasión<sup>179</sup>.

Este requisito, común también al requerido entre los *mālikīes* para ejercer la tutela y patria potestad, se inserta en las condiciones para poder ahijar o pro-hijar a un menor en el derecho foral valenciano; condición fundamental para que el menor pudiera recibir los cuidados que le correspondieran. Por otro lado, mientras que en el derecho andalusí era posible que el tutor de la menor contrajera matrimonio con ella, como así expresaba Abū Dāwūd, la estrecha relación filial que se establecía en virtud de la tutela en el derecho de tradición ius romanista no lo permitía en modo alguno, y así puede concluirse de este mismo *fur*:

«Aquells qui muller no hauran, emperò, segons dret haver ne poran, poden afillar altres»<sup>180</sup>.

Se trata, en definitiva, de un doble mecanismo de protección en el que la condición de madre como garante de la protección y cuidados elementales se conjugaba como tutora con las acciones propias del ejercicio de la patria potestad. Una potestad temporal, pero que se podía extender en el caso de las féminas *sine die*, y que en el derecho de las comunidades hispanas tiene desigual alcance y significado, ya se trate de comunidades castellanas o valencianas. A estas últimas corresponde el mérito de reconocer un ejercicio potestativo más allá del periodo «comunmente» regulado en atención a otros criterios no especificados, pero que la normativa tácitamente lleva a pensar era una práctica o costumbre finalmente elevada a derecho foral. Una práctica que entre los andalusíes pobladores de aquellas tierras se generalizó para el caso de las féminas alcanzada la edad de los cuarenta años, cuando la doctrina estimaba era ya difícil encontrar marido.

Otro asunto interesante que mereció tratamiento análogo en el derecho foral valenciano al del derecho andalusí fue el de la intervención judicial ante la pretensión del padre de recuperar, una vez finalizada, la patria potestad; porque este derecho, reconocido y acreditado mediante los recursos y criterios establecidos por la ley, no podía ser retirado ya alcanzada la mayoría de edad. La negación de la capacidad de raciocinio solo se podía declarar mediando intervención judicial, y por supuesto de enfermedad o prodigalidad.

«Los fills ledesmes qui seran emancipats o en altra manera absolts de poder del pare contra lur voluntat, no sien tornats en poder del pare. Enadeix lo senyor rey, si doncs lo fill no era desagradable e desconexen e enjuriós al pare»<sup>181</sup>.

<sup>179</sup> *Ídem*, 8.6.7.

<sup>180</sup> *Ídem*, 8.6.5.

<sup>181</sup> *Furs*, 8.6.2.

En realidad, se trata de ejemplos del casuismo propio del periodo de Reconquista, que evidencia las relaciones entre gentes de comunidades distintas, y las relaciones entre señores y siervos de distinta confesión; y que en reciprocidad se había dado desde tiempo inmemorial en los espacios de convivencia entre andalusíes e hispanos.

#### IV. MEDIOS JURÍDICOS PARA GARANTIZAR LOS CUIDADOS Y LA PROTECCIÓN DEL MENOR, HUÉRFANO Y ABANDONADO. EL RECURSO A LA FIANZA, AVAL Y CAUCIÓN

La acreditación de unas cualidades y virtudes en las personas que, bien por designación o por derecho, debían procurar el cuidado a los más desvalidos y necesitados de cuidados durante la infancia no era requisito suficiente para asignar la patria potestad. Así lo demuestra la remisión a recursos legales, a instituciones del Derecho, cuyo fin no era solo dar cobertura legal al desempeño de estas funciones sino garantizar el correcto ejercicio de las obligaciones inherentes a la tutela-curatela, a la patria potestad. De nuevo el asunto del rechazo de la madre a la lactación del infante ofrece elementos de interés sobre el asunto de las garantías en el ejercicio de la patria potestad, y de la prestación de cuidados elementales al menor. Las *Leyes de Moros* así lo regularon para el caso de que la madre decidiera no alimentar a su propio vástago, permitiéndole buscar a una persona que lo hiciera por ella, previa garantía sobre lo que debía recibir el infante, acorde a sus necesidades y condición<sup>182</sup>.

El compromiso adquirido sobre los menores para procurarles lo necesario hasta alcanzar la madurez debía ser garantizado por quienes asumieran esta responsabilidad. Una garantía que se exigía tanto a las personas de condición libre sobre sus vástagos y tutelados como entre patronos y esclavos o sirvientes, por ser responsables de los hijos nacidos de sus siervos o esclavos. Ibn al-Barr planteaba este asunto respecto a la licitud de relaciones consentidas por el patrón musulmán entre su esclavo cristiano y mujeres de condición servil, cristianas o judías<sup>183</sup>; y respecto al contenido de la potestad del patrón musulmán. En modo alguno se generaba por esa vía vinculación de consanguinidad natural o espontánea. Dándose el caso de que el patrón aceptara la protección o amparo de un menor, cuyo origen desconociera, precisaría un compromiso formal y contractual con la persona que debiera procurarle los cuidados elementales para su crianza: compromiso o garantía con derecho a resarcimiento cuando el menor pudiera valerse por sí mismo; era también este el derecho que amparaba al huérfano (*yawm*) o del «hallado» (*laqīf*).

Ya se dijo anteriormente que Muḥammad b. ‘Iyād identificó la *kafāla* como vínculo, *al-ḥamala*, o garantía con especial valor en el ámbito procesal; y efectivamente, la exigencia de responsabilidades por el incumplimiento de obliga-

<sup>182</sup> Materia que es objeto de fundamentación por Ibn Rušd y tratado en las *Leyes de Moros*, en los capítulos sobre deudas y «fiaduras», tit. CCXXV, p. 184.

<sup>183</sup> Cfr. MÜLLER, «Non-muslims as part of islamic law», *op. cit.*, p. 50.

ciones debidas, también en materia de manutención y cuidados al menor; aunque en este caso se entiende respecto a la persona que adquirió voluntariamente ese compromiso. La garantía o caución presentada ante el juez tenía por finalidad que el cadí pudiera iniciar las diligencias oportunas una vez prestado testimonio y vistas las pruebas; de modo que la presencia era fundamental; y es así como lo transmitió Ibn Rušd a partir de la opinión de Ibn al-Qāsim<sup>184</sup>. El derecho andalusí recurrió «tácitamente» a la institución de la *kafāla*. Es este el tema que interesa para comprender la correspondencia establecida entre la *kafāla* como forma legal de acogida o adopción simple y los requisitos o garantías que una persona debía cumplir con el fin de acreditar su capacidad y responsabilidad en el ejercicio de la acción de acoger, así como los efectos que de ésta institución se derivan, acordes con la legislación que la regula; es decir con la legislación islámica y en este caso andalusí. Al-Barādi'ī ofrece datos al respecto, pues al tratar sobre las obligaciones contractuales especifica los efectos por incumplimiento del pago de la deuda o de la prestación de una garantía sobre el cumplimiento de aquella (*takkafala*); situación relevante en materia judicial puesto que la persona que se obligaba mediante aval, inexcusablemente, tendría que presentarse ante el juez en caso de incumplimiento<sup>185</sup>.

#### IV.1 LA GARANTÍA SOBRE LA PRESTACIÓN DE LOS CUIDADOS ELEMENTALES ERA OBLIGADA TANTO EN EL CASO DE LOS HIJOS HUÉRFANOS COMO DE LOS NIÑOS ABANDONADOS (*LAQĪT*)

Un hecho común entre los andalusíes, o entre las comunidades de cristianos y musulmanes. Así por ejemplo, al-Barādi'ī habla de los «niños fallados» expósitos a quienes había que amamantar, y por lo que se debía el pago del servicio a la mujer que así lo hiciera, y que recaía sobre «la casa del algo» (*sic*) señálese que en este contexto el «fallado» significaba encontrarlo en el suelo y recogido<sup>186</sup>. El niño encontrado, fruto de una relación ilícita y por tanto abandonado, merece la protección de la comunidad, y la asignación de tutor o persona que asuma el deber de prestar los cuidados necesarios y fundamentales para su desarrollo. La protección de los huérfanos aparece en el derecho de tradición islámica como un *tertium genus* según define Scolart<sup>187</sup>. La existencia de huérfanos entre los musulmanes según el Corán (Cor. 2, 218) merecía actitud y trato benevolente, debiendo mirar por sus intereses y hacerles partícipes de los bienes porque son hermanos de fe. Una protección que es debida porque también al creyente Dios lo halló huérfano y lo amparó, perdido y le guió, pobre y lo

<sup>184</sup> IBN 'IYĀD, *Maḍāhib al-hukkām*, cap. XXVII, p. 400.

<sup>185</sup> AL-BARĀDĪ'Ī, *El hundidor de çismas y eregias*, VI. 51.6, p. 243.

<sup>186</sup> *Ídem*, VI.44.7, p. 212; en otro lugar dice que es el «rey» quien debe buscar las personas que mejor lo cuiden y mantengan, *vid.* VI.46.15, 18, 20, p. 215.

<sup>187</sup> SCOLART, D., «Legal Protection of Orphans in Islamic law: Kafāla as a tertium genus between natural family and adoption», en *The Kafāla and the Protection of Minors. Reflections after the Second Italian-Maroccan Colloquium on Comparative Law (IPOCAN)*, pp. 39-45.

enriqueció; de ahí la recíproca atención que merece el huérfano (Cor. 93, 9). La obligación del musulmán hacia el huérfano (*yaṭīm*) se precisa respecto a quien, además, tiene la condición de pariente (*mafrabat*), justificando así la necesidad de acoger en el seno familiar a quienes, por razón de parentesco, forman parte del linaje o casta del varón (Cor. 90, 15). Según el Corán parientes, huérfanos, pobres y vecinos, compañero, viajero y esclavos eran personas a quienes hacer el bien (Cor. 4, 36); y mercedores de los bienes que les correspondieran (Cor. 2,176) haciendo virtuosos a quienes velaran por ello. Sin embargo para al-Barāḍī'ī la orfandad solo podía ser de padre, y en ese caso el niño no quedaba desvalido puesto que el Derecho islámico asignaba su guarda y custodia durante la minoría de edad a la madre, y a las personas que legítimamente tenían derecho a ello, por ser cognados o parientes de útero

«Y quien tenga el drecho de tener al muchacho, sea padre o deudas de la madre o deudas del padre, no siendo bastante ni en su lugar guardado ni tenga seguridad en su persona, no tiene drecho de tenerla; y será a quien tiene lo que abemos nombrado, aunque lexos de su linaje»<sup>188</sup>.

Todos estos principios fueron decisivos para garantizar la protección y velar por los abandonados y expósitos. Como se vio en los compendios jurídicos y en los compendios de fetuas, el abandono del niño recién nacido y del menor era situación anómala y de difícil justificación entre los andalusíes. También lo era en el caso de los mozárabes, incluso si la madre sierva exponía a sus hijos engañando a sus amos sobre la maternidad. Interesa en este punto que el niño criado por una persona distinta a la madre podía recibir la tercera parte de su precio; el patrón tenía que jurar y demostrar que no sabía nada de este embarazo y de la suerte que hubiera corrido el niño; pero si se comprobaba que había sido abandonado a sabiendas del amo éste perdía todos sus derechos, que pasaban en materia de potestad a la persona que se hubiera hecho cargo de él y lo hubiera alimentado<sup>189</sup>. Subráyense dos datos relevantes: la primera el derecho al tercio del valor de niño que correspondía a la inversión realizada para su alimentación y crianza; ese valor se determinaba al final del periodo de crianza, en el momento en que el sujeto fuera expuesto para su compra al mejor postor. Y el segundo dato relevante es estrictamente económico, relativo a la valoración del coste de la crianza. Entre los mozárabes la crianza se dividía en dos fases; una primera durante los diez primeros años de vida, correspondiendo por cada año un «sueldo recompensa»; y una segunda fase, superados los diez años, en la que ya no se tenía derecho a recompensa alguna porque el menor pasada esa edad de crianza podía trabajar y con el salario de esa actividad no solo vivir por sí mismo sino también contribuir en las cargas del hogar donde se había criado; una compensación al esfuerzo realizado por sus benefactores: «Y si el que reclama (al infante) no quisiere pagar esta cantidad, quedará como siervo bajo

<sup>188</sup> AL-BARĀDĪ'Ī, *El hundidor de çismas y eregias*, op. cit., VI.66.50, p. 332; sobre deuda hacia el menor, *idem*, VI, 20,5, p. 147.

<sup>189</sup> *Liber Iudiciorum*, 4.4.2. p. 353.

la potestad el nutriente»<sup>190</sup>. Por lo tanto la reclamación del niño llevaba pareja el pago de una cantidad –el aval o fianza de los musulmanes– para «asegurar» su buena voluntad y el progreso del menor. Esta modalidad de adopción recibe el nombre de «adopción de recompensa» y fue utilizada entre musulmanes y españoles hasta bien entrado el siglo xvii<sup>191</sup>; permitiendo establecer un nexo de unión entre la institución de la acogida regulada en el ordenamiento jurídico andalusí y la institución que bajo idénticos presupuestos jurídicos recibe la denominación de «yaza»<sup>192</sup>.

Lo relevante era la asunción de responsabilidades en todos los casos, debiendo garantizar unos cuidados por los que la persona que asumía esa obligación debía responder; incluso podía adquirir un compromiso presentándose como fiador (*kafīl*) de un tercero, en calidad de garante ante su deudor (*kafīl anhu li-garīmi hu*)<sup>193</sup>. Y así lo entendía la doctrina al señalar en materia de préstamo (*qard*) o mutuo (*salaf*) que quien manifestara respecto a lo que debía un tercero «soy tu garante» (*kafāla*), sería considerado aval (*hamāla*). Aunque hay pocos datos sobre ese aval monetario, pero sí referencias al reembolso de lo invertido en el desempeño de esas funciones; de hecho el tutor de una mujer incapacitada o huérfana, que debía mantenerla hasta la edad de su mayoría, casamiento y consumación, podía reclamar la pensión alimenticia que le proporcionó, y si esta alegaba que en ese tiempo lavaba, tejía y concinaba, sería ella quien tendría derecho a la compensación (*al-maqāṣṣa*)<sup>194</sup>. En este punto a la obligación piadosa de la manutención o pensión alimenticia (*añafaqa*) se suma otra cual era responder por la deuda que se hubiera contraído para su suministro<sup>195</sup>, debiendo en este punto subrayar la licitud del aval con dinero aunque se desconociera la cantidad que el deudor debía, pues este negocio era lícito y vinculante según la doctrina<sup>196</sup>. La asunción de obligaciones y deberes en materia de tutela quedaba garantizada por su probidad, que en el ejercicio de sus funciones se concretaba mediante la redacción de un inventario y la prestación de una fianza sobre el patrimonio administrado (*waṣa*). Obligaciones que en modo alguno debían comprometer lo que era propiedad del menor que estuviera bajo tutela, bien del padre la madre o cualquier otra persona, ni hacer nada más con ello que mediando compensación (*bi-‘awd*)<sup>197</sup>.

<sup>190</sup> *Ibidem*.

<sup>191</sup> MARTÍN, «La esclavitud en Tarifa», *op. cit.*, p. 19.

<sup>192</sup> Pues tiene continuidad en los códigos de familia de países de tradición islámica; *vid.* artículo 149 *Code de famille*, *op. cit.*,

<sup>193</sup> CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 669.

<sup>194</sup> IBN ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukkām*, cap. XXIV, 3 bis, p. 397.

<sup>195</sup> *Ídem*, cap. XXIV, 2b.

<sup>196</sup> IBN AL-‘AṬṬAR, *Formulario notarial y judicial andalusí*, *op. cit.*, mod. 49, pp. 281/4. El comentarista señala que esta modalidad no obliga más que si se conoce la magnitud de la deuda, dando noticia de la disparidad de criterio y usos entre lo seguido en al-Andalus y en Oriente, lo que justifica, una vez más la especialidad en algunas materias del derecho andalusí.

<sup>197</sup> IBN ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukkām*, cap. XIII, pp. 389-390.

## IV.2 KAFĀLA

Esta garantía o aval es lo que se denomina *kafāla*, pero que no se refiere al sentido actual del término –que dijimos ha adquirido valor polisémico–, en cuanto a adopción de un menor con todos los efectos derivados de su ejercicio; en modo alguno significa adopción plena, como se dijo ya prohibida expresamente en el Corán. Pero tampoco deja la ley islámica al menor, al huérfano o desvalido a su suerte, sino que garantizaba su protección mediante acciones solidarias. Y todo ello sin que se pueda reemplazar o sustituir la filiación natural, el derecho del hijo a sus padres biológicos, a sus progenitores; derecho que no impide el ejercicio de una modalidad denominada adopción simple (*at-tabannī l-basīṭ*). Esta modalidad garantizaba cobijo al menor, sin menoscabo de su *pertenencia al tálamo* (*al-walad li'l-firāš*)<sup>198</sup> del que proviniera, conservaba su nombre y no adquiría el apellido del adoptante; y lo más importante: no adquiría derecho alguno por legítima filiación, pues no la ostentaba.

Corolario de esta prestación de garantía era la asunción de la responsabilidad (*ḍamān*)<sup>199</sup>. En el ordenamiento jurídico andalusí podría ser objeto de reclamación por vía civil si era causa de incumplimiento de contrato; por negligencia; por evicción; por la pérdida de la garantía sobre la posesión de un bien pignorado; por la pérdida de un bien adquirido mediante usurpación, o por la pérdida de un objeto vendido antes de la toma de posesión. Y el interés obedece a que esa responsabilidad era exigida en muchos de los negocios contractuales e instituciones jurídicas; de ahí que etimológicamente fuera (y es) sinónimo de *kafāla*. La asunción de esta responsabilidad y la exigencia de cumplir la obligación adquirida a través de la garantía o aval prestado por quien ejercía la tutela se presumía de quien tenía bajo su mano o potestad (*bī yadī hi*) a un menor, varón o fémica, con el fin de conseguir su prosperidad y crecimiento (*zahirun*)<sup>200</sup>; aunque pocos vestigios hay sobre reclamaciones en este asunto.

No así respecto a la modalidad contractual entre un individuo abandonado y desvalido acogido por miembros de su comunidad con el fin de lograr su prosperidad; también entre gentes de distintas comunidades. Al-Barāḍī<sup>201</sup> planteó la posibilidad de dar amparo a una persona de la que se desconociera su ascendencia por vía masculina y parientes agnados; este supuesto tenía su corolario entre las comunidades no musulmanas, como expone San Vicente al tratar el tema de los niños huérfanos a los que el «corredor de firmar moços», una vez jurado su cargo ante el concejo municipal, intervenía como mediador cualificado, con la firma de un contrato de servicio ante notario; con ello la persona asilada, a la que le había dado cobijo, era merecedora de un servicio de contrato doméstico o artesanal, y así un oficio de futuro<sup>201</sup>. Una segunda posibilidad que

<sup>198</sup> D'EMILIA, *Scritti di Diritto musulmano*, p. 29.

<sup>199</sup> S.v. «ḍamān», en *The Encyclopaedia of Islam*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>200</sup> No en vano Ibn Sahl alude al ejercicio de esa acción como efecto de estar bajo la potestad de la persona a la que legalmente corresponde. CORRIENTE, *A dictionary of andalusi arabic*, *op. cit.*, p. 237; CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, p. 336.

<sup>201</sup> Entre los documentos transcritos ha destacado el autor uno en el que son nombrados Juanen de Moros filio de Petri de Moros (entendemos del pueblo con igual topónimo); o el docu-

sería la de que conociendo a sus parientes más próximos se estableciera con ellos un acuerdo (*liçençia*) por el que asumir ese amparo legal que exigía una garantía o fianza (*pago*) y que llegado el momento el protector o cobijador exigiera la devolución de lo garantizado a partir de la hacienda del protegido, se supone a partir de lo ganado o adquirido de su propio trabajo u oficio, cuando por edad (a partir de los diez años, según alguna otra disposición) pudiera des-empañarlo:

«Asimismo, quien tomará en su amparo a un muchacho y cumplió la deuda que tubido sobr'él y lo pagó sin liçençia de su açercano, puede bolber en la hazienda del muchacho»<sup>202</sup>.

Es significativo que entre los autores andalusíes no se utilice el término *kafāla* para referirse al acogimiento en el ámbito familiar de un menor o un huérfano, como tampoco lo hace el texto coránico. Y tiene su lógica, pues el acogimiento, amparo y tutela de los débiles y desvalidos solo se podía realizar, entre musulmanes, por motivos de compasión y misericordia; aunque no solo entre ellos, sino también hacia otras personas en situación análoga que precisara esta clase de cuidados; aunque para ellos se impusieron limitaciones o caute-las, aquí sí de carácter patrimonial. En realidad estamos ante una modalidad de fianza y garantía de carácter negocial o contractual y que generaba obligaciones y derechos a las partes<sup>203</sup>; a las que se podía exigir responsabilidades personales (*kafālā bi-n-nās*). Esta institución jurídica conocida, y ya citada, entre los *hanāfīes* como *damān* o responsabilidad civil *strictu sensu*<sup>204</sup>. La fianza (*kafīl*) era vinculante, y el deudor (*makfūl*) debía responder de lo realizado cuando se le pidiera comparecer en juicio, como así evidencia el derecho andalusí constante el tiempo en materia de fianzas y obligaciones ante terceros<sup>205</sup>. Esta moda-lidad de garantía personal se contraponen a la *kafāla bi'l māl* o garantía patrimonial.

A la luz de la documentación cotejada, se puede afirmar que esta misma acción se venía realizando desde tiempo inmemorial en el solar peninsular entre andalusíes y entre hispanos. La acogida y cuidados por parte de los andalusíes a los menores se rodeaban de una serie de garantías que, como se viene expli-

---

mento fechado en 1476 en el que se menta a una mocita de once o doce años, llamada María que había sido sacada de una «mora clamada Mariem», de la morería, y a la que se había bautizado e incorporado a la cristiandad; personajes en una sociedad multicultural y multiconfesional en la que esta suerte de «contratos» traslucen relaciones de acogida y adopción por razones económicas y sociales, de interés para este estudio. SAN VICENTE PINO, «Recuerdos y remiendos de una tesis doctoral», *op. cit.*, pp. 729-730.

<sup>202</sup> AL-BARĀDĪ'I, *El hundidor de çismas y eregias*, *op. cit.*, VI.51.16, p. 244. Y sobre compe-tencia del tutor en materia de matrimonio y conveniencia, *idem*, IV.4.1, p. 86.

<sup>203</sup> S.v. «kāfala», en *The Encyclopaedia of Islam*, *op. cit.*, pp. 404/5.

<sup>204</sup> MAÍLLO, *Diccionario de derecho islámico*, *op. cit.*, pp. 183/4 y 62. Nótese que mediante esta institución se ha querido identificar el compromiso adquirido por personas que, estando en condiciones y reuniendo los requisitos actualmente dispuesto por la legislación, deciden asumir la responsabilidad de dar cobijo y acogida, o cuidar a otros en condición de discapacidad, minoría o abandono.

<sup>205</sup> AL-BARĀDĪ'I, *El hundidor de çismas y eregias*, *op. cit.*, VI.31.91, p. 181 y VI.51.16, p. 244.

cando hasta aquí, guardaban relación directa con el mejor derecho correspondiente a los familiares más próximos por afinidad y parentela del desvalido o desamparado, no obstante la expresa prohibición de filiación o dación del nombre. Así se evitaba que entre el menor y el tutor se pudieran sustituir los lazos de sangre por los suyos propios, en el caso de los varones<sup>206</sup>. Aunque el derecho andalusí no se refiere expresamente a la *kafāla* en la dos modalidades reconocidas teóricamente, sí se puede establecer un analogía respecto a la *wilāya al-mal* y la *kafāla bi'l māl*. El tutor que ejercía la patria potestad sobre el menor, ya se ha dicho, no lo hacía solo sobre su persona sino que también era competente sobre sus bienes debiendo responder de la recta administración de los mismos; en materia de aval o garantía el Derecho islámico no permitía incertidumbre sobre las deudas garantizadas; y esto pudiera ser inconveniente para aceptar el aval o fianza sobre la guarda y curatela de los menores, al tener que hacer una estimación sobre algo en principio intangible (el deber de asistencia por compasión y piedad, según el Corán) y además imprevisible (lactación, crianza y educación durante los dos primeros años de vida y hasta la pubertad o el casamiento).

Pero este mismo ordenamiento jurídico, según tradición atribuida a Mahoma, la sunna, arbitró soluciones para evitar la alea: se calculaba el coste que pudiera tener en base a criterios sociales y de estatus, en los que linaje y casta eran prioritarios. Un inconveniente que pudiera surgir en esa baremación se refería al supuesto de acogida avalada o *liçençia* cuando uno de los obligados fuera no creyente; el compromiso adquirido por el deudor no solo era ante su acreedor sino también ante la comunidad musulmana –que en última instancia era la que procuraba por el bienestar de los desvalidos y desamparados–. Porque la obligación de la comunidad era defender los intereses de sus tutelados, obligación solidaria; y de hecho todos podían exigir el cumplimiento de la deuda en beneficio de cualquier miembro de la comunidad; la inexistencia del beneficio de excusión suponía que el acreedor (*makfūl*) tenía derecho a reclamar directamente ante la comunidad (*umma*) sin necesidad de ir contra el deudor (*kāfil*)<sup>207</sup>; pero lo que el derecho de estas comunidades musulmanas no admitía era que se reclamara lo invertido en la crianza de los menores desamparados o desvalidos, por ser «deber natural»<sup>208</sup>.

Con estas precauciones y cautelas el Derecho islámico, el derecho andalusí, despejaba cualquier duda sobre vías o modos para conseguir, a través de recursos legales e interpretaciones extensas, dar entrada en el complejo marco de la sucesión y herencia entre musulmanes a gentes consideradas no creyentes,

<sup>206</sup> Esta situación difiere del supuesto regulado en la legislación española de filiación por naturaleza no matrimonial (arts. 120 y 121 CC); CALVÉ CORBALÁN, C., *Tratado de derecho de familia*, op. cit., cap. IV, «Filiación», p. 241.

<sup>207</sup> Un supuesto que tiene recorrido en el Derecho Internacional contemporáneo en materia de adopción internacional; de ahí la dificultad en que la *umma* responda por la insolvencia de un *kāfil* no musulmán; por el contrario actuará contra él por razones obvias. vid. MARTÍNEZ ALMIRA, «La filiación materna y paterna» op. cit., pp. 110/1.

<sup>208</sup> Y sobre el derecho del protector que acoge en su hogar a un desamparado a detraer de su patrimonio lo invertido en la crianza, AL-BARĀDĪ'Ī, VI.66.60, p. 333.

infieles e impíos. Interesa aquí el asunto porque entre los andalusíes la mujer no solo debía hacer frente a los cuidados del menor cuando el padre no disponía de los medios suficientes, sino que también debía proveer lo necesario al marido que empobrecía, comprometiendo su propio patrimonio; y tratándose de unión entre musulmán y cristiana el problema sobre la prohibición de herencia o compromiso de los bienes dotales entre personas de distinta confesión religiosa se trasladaba ahora a las comunidades hispanas en las que se dieran estos matrimonios o relaciones; y de ahí las cautelas. Una prevención que como transmiten los jurisconsultos andalusíes tuvo también sus dificultades desde prácticamente la llegada de los primeros árabes al territorio peninsular —cítese el ejemplo de las fórmulas escriturarias de Ibn al-‘Aṭṭār<sup>209</sup> hasta la fase final de estancia previa a la *definitiva* salida de los musulmanes de nuestro territorio. En esa última fase la convivencia en espacios contiguos no evitó relaciones entre gentes de ambas comunidades, antaño fruto de los vínculos entre libres y siervos-esclavos y más tarde entre libres y domésticos o simplemente libres «cristianos y moriscos». El bien a proteger era el derecho a la sucesión del «protegido», «acogido» o «criado», y para ello había que evitar se pudiera convertir en heredero de algún musulmán. En materia de garantías formales el derecho andalusí determinaba que la perfección de la tutela tenía lugar en el momento en que tutor entregaba al huérfano aquello que reconoció tener en su poder y administró en su nombre; este reconocimiento exigía elevar escritura pública de la entrega (*dafa’a*), previa relación de la cuenta de gastos; solo entonces se consideraba que el tutor cesaba en los derechos ejercidos hasta ese momento sobre el emancipado, y todo ello ante la presencia de testigos, dando fe sobre esta entrega y el cese definitivo de sus obligaciones<sup>210</sup>. Pero aquí la doctrina distinguió entre lo que la tradición disponía para el desempeño de las funciones propias de la tutela-curatela en personas con vínculos de parentesco o filiación con el tutelado, y el ejercicio de esas mismas funciones cuando alguno de los sujetos de la relación no tuviera condición de miembro de la comunidad musulmana, fuera no creyente. En el primer caso, la relación de parentesco o afinidad añadía una mayor garantía en el fiel desempeño de las funciones, puesto que la custodia y correcta administración era sobre bienes ligados a la rama o nervio de la que también pudiera formar parte; y en última instancia de los bienes correspondientes a los musulmanes; en el segundo caso, la exigencia de rendición de cuentas ante la autoridad era inexcusable.

En definitiva, estamos ante un supuesto de acogida y manutención por personas próximas y afines o parientes que se rodeó de garantías especiales cuando se trataba de menores fruto de relaciones mixtas o abandonadas con un claro fin «proteccionista» de los «intereses de la comunidad» islámica. En el plano económico, la garantía que prestada por el deudor comprometía sus bienes tanto de presente como de futuro en favor de una persona que, según el Derecho islámico, tenía limitaciones en materia testamentaria respecto a los bienes que pudie-

<sup>209</sup> Sobre las cautelas y garantías en la liquidación *vid.* IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario notarial y judicial andalusí*, *op. cit.*, mods. 134, 135, 137, pp. 560/1; 562/3 y 567/8 respectivamente.

<sup>210</sup> IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario notarial y judicial andalusí*, mod. 139, pp. 569-570.

ran ser de origen un no-musulmán; en modo alguno se podrían generar derechos económicos en beneficio del *kafīl*, puesto que trasgrediría la expresa prohibición de que los bienes de un musulmán pasen por sucesión a un cristiano, por más que éste actúe *de facto* como un padre «adoptivo» o de acogida. Y en caso de incumplimiento de la deuda la comunidad de creyentes a través de los bienes del «bayt al-māl», tendría que hacer frente a la deuda no saldada por quien incumple su obligación, no solo contra el acreedor sino en última instancia ante la comunidad de creyentes.

#### IV.3 GARANTÍAS Y FIANZAS EN EL EJERCICIO DE LA TUTELA Y CURATELA EN LOS REINOS Y TERRITORIOS HISPANOS

Similar tratamiento mereció el cuidado y protección del niño expósito en el *Liber Iudiciorum*; un derecho aplicado entre los mozárabes y las primeras generaciones de hispanos con importantes vestigios del derecho hispanovisigodo en esta materia, que se continuó durante el proceso de la Reconquista (a través de la concesión de cartas de población y fueros). Dos fueron las principales preocupaciones del legislador: en primer lugar, el castigo que merecía quien abandona a un hijo, pudiendo ser reducido a la servidumbre, por ser considerado según Ley Antigua un «acto de impiedad», merecedor del exilio y de una pena pecuniaria impuesta a los padres equivalente al precio de un siervo<sup>211</sup>; y en segundo lugar, el destino del expósito y su protección, meritoria para quienes lo recibían y acogían en el seno de sus hogares, convirtiéndose en padres tanto si había sido abandonado como si lo recibían de manos de sus padres para *criarlo*<sup>212</sup>. Y si loable era recogerlo, piadoso y compasivo criarlo; también aquí hubo similitud con el derecho andalusí, no en vano ambos inspirados en principios de origen divino. Es por ello que solo en sede judicial se podía resolver el supuesto de que el tutelado, llegada a la mayoría de edad, negara hacerse cargo de sus mayores y procurarles los cuidados que merecieran, tuviera que responder ante el juez; los jueces, de oficio, podían presentar contra él una acusación por ingratitud y condenarlo, ya que e consideraba una deshonra exigir a los padres putativos prestar juramento sobre su condición y oficio en este caso<sup>213</sup>. Estos preceptos interesan no solo respecto a la protección jurídica de quienes asumían responsablemente sus obligaciones hacia los desamparados, sino ante el caso de reclamación del precio pagado para la crianza y prosperidad del menor en situación de debilidad, que el derecho andalusí preveía se podía recuperar a partir del momento en que el menor desempeñara un oficio. En este caso la inversión adquiere el carácter de bienes para el cuidado de los mayores en concepto de trato recíproco, cuando éstos no podían sustentarse por sus propios medios.

En el derecho de tradición romanista la exigencia de una fianza para el ejercicio de la tutela era para los tutores legítimos y los dativos, es decir, a quienes

<sup>211</sup> *Liber Iudiciorum*, 4, 41-3.

<sup>212</sup> *Ídem*, 4, 4.3.

<sup>213</sup> *Íbidem*.

habían sido nombrados judicialmente y mediando escritura pública, documento probatorio que además garantizaba la restitución de las cosas del impúber, la custodia y guarda de esas propiedades<sup>214</sup>. Y el aval recaía sobre los bienes del tutor, comprometidos mediante hipoteca tácita legal, a la que estaban obligados tanto los tutores legítimos, dativos y testamentarios<sup>215</sup>.

Nuevamente en los documentos de aplicación del derecho existen vestigios de prácticas o usos que tienen su correspondiente en el derecho andalusí. Y en este punto dos son los temas que llaman nuestra atención. El primer tema se corresponde con un caso localizado en el derecho castellano, y en concreto del territorio conquistado por los Reyes Católicos, relacionado con el ejercicio de la tutela y curatela por las abuelas de menores cuyos progenitores habían pasado a mejor vida. En Guadix a la muerte de Martín de Ortega fallecido en la batalla de Mazalquivir (Túnez)<sup>216</sup> y de su esposa Leonor de Medina y Roa sus hijos menores habían quedado al amparo de la abuela paterna, Ana Ruíz de Molina y Vera, y a su fallecimiento se nombró tutor y curador a su tipo paterno, Antonio de Ortega, albaceas de los niños por deseo de su madre Ana, y que fue designado por las autoridades judiciales ante la inexistencia «de otro pariente más cercano»; todo ello conforme al *derecho de la época*<sup>217</sup>. Y así parece se siguió haciendo en las décadas posteriores en ese mismo ámbito espacial, pues entre los protocolos notariales accitanos el documento relativo a María de Medina en el que exigía al justicia el reconocimiento de la tutela y curatela sobre sus hijos por razón de viudedad, nombró como fiador a Bernardino de Navarrete, quien adquirió el compromiso con la justicia de que la viuda cumpliría con sus obligaciones, y en caso de no ser posible el mismo entregaría de sus bienes lo que fuera preciso para el cuidado de los menores. Derecho que se otorgó ante dos testigos. Una práctica que se mantiene constante el tiempo entre determinados grupos y familias, detectándose incluso al otro lado del Océano. Es el caso de unos documentos estudiados por Dougnac en materia de adopción y crianza en Indias, y en concreto en la Audiencia de Chile, destaquen dos que tienen gran relación con lo aquí tratado: el primero se refiere a una abuela de una niña que reclama la tutela sobre su nieta, acogida o criada por un matrimonio sin vinculación aparente a la abuela, y que justificaban su mejor derecho en la «entrega» que hizo el padre *sine die*; no obstante, la abuela reclamaba ese derecho, a pesar de los dos años de crianza, alimentos y vestido a costa de los adoptantes. La Audiencia finalmente resolvió a su favor ante la garantía prestada por éstos a partir de la dote; asunto que a pesar de los paralelismos con el derecho andalusí no lo guarda respecto a la «entrega» para siempre por el padre que podría entenderse como entrega en adopción; pero sí respecto a la reclamación de la abuela materna, como pariente preferente en el ejercicio de la tutela.

<sup>214</sup> *Furs*, 5, 6, 9.

<sup>215</sup> *Ídem*, 4, 5 y 6.

<sup>216</sup> Hijo de Martín Alfonso de Ortega y Ortega, Regidor Perpetuo de Úbeda, Comendador de la Orden de Santiago, y personaje destacado en la toma de Granada. BARRANCO DELGADO, J. G., «Los Ortega ubetenses: una familia olvidada» en *Ibiu*, año XVI, núm. 96, junio de 1998, pp. 2-3.

<sup>217</sup> JIMÉNEZ Y ESPINAR, «Datos para el estudio de la sociedad accitana», *op. cit.*, p. 112. *vid.* Sobre el derecho de aquel tiempo, *ídem*, p. 101 y *passim*.

El segundo supuesto tiene que ver con la reclamación por parte de una madre, Jerónima de Villanueva, de la tutela sobre su hija ante las pretensiones de las dos tías maternas (Isabel de Villanueva y Luisa de Molina), por el abandono del marido al ser «pobre, miserable e incapaz para nada». Por tanto aquí, nuevamente, prima el mejor derecho para menor, desde una perspectiva estrictamente económica; Dougnac señala que entre los indios el criterio era la consanguinidad, mientras que para los españoles primaba la cuestión económico, como ya se vio sucedía también entre los andalusíes pero en este caso por razones conservadoras y proteccionistas del as hereditario.

El segundo tema que llama la atención en materia de aval se encuentra es un ejemplo de acogida por parte de un cristiano de una menor hija de un musulmán, mediando aval o fianza; tres son las personas citadas en el documento notarial estudiado por Martín Moncada: María Morales que fue la mujer que en Tarifa acogió a una niña, María Ana, hija de un moro, que hizo empeño por 40 pesos; el sargento Juan Gaspar que se encargó de traerla hasta la Península y la traspasó a la citada María de Morales; y el hijo de ésta última, el presbítero Francisco que recibió a M.<sup>a</sup> Ana por vía testamentaria cuando murió su madre, y le concedió la libertad<sup>218</sup>. Al margen de las personas y la confesión religiosa, así como la dación del nombre de la tutora, tiene especial significado el «empeño por los 40 pesos que hizo el padre», una cantidad que tenía el carácter de «fianza» en virtud de la modalidad al uso entre los musulmanes tarifeños, antaño también entre los andalusíes.

En este punto conviene incluir el testimonio encontrado en los formularios o escrituras de prohijamiento de la Inclusa de Madrid estudiados por Medina Plana; hay una expresa mención a la condición de la mujer como fiadora. La autora incide en que la mujer estaba eximida de obligarse por fiadora de su marido, al margen del provecho que de ello pudiera derivarse en su favor, y se refiere a la cita de los notarios de la Ley 61 de Toro<sup>219</sup>. La obligación patrimonial estaría en la línea de la fórmula incluida en alguna de las escrituras estudiadas por Medina: una expresa declaración de parte sobre la libertad en la decisión de comprometerse en el prohijamiento y otorgar con ese mismo carácter escritura sin haber sido: *seducida ni atemorizada por su marido, ni otra persona en su nombre, sino que lo verifica de su libre voluntad*<sup>220</sup>. Tema que en comparación con el texto anterior, y según las palabras de Dougnac «resulta chocante», que sea la mujer la que dona y el donatario un religioso; de igual modo que en la crianza de niños de filiación natural se entregasen a persona solventes,

<sup>218</sup> MARTÍN MONCADA, «La esclavitud en Tarifa», *op. cit.*, p. 19.

<sup>219</sup> Cfr. AZCÁRATE, G. de, «Juicio crítico de la ley 61 de Toro, exponiendo sus motivos, su objeto y su conveniencia», Madrid 1869. 2.<sup>a</sup> ed., en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, I, 1918, pp. 12-22. Cfr. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L., *Seis semblanzas de historiadores españoles*, Sevilla, 1978, pp. 115-120.

<sup>220</sup> Un análisis interesante sobre la adopción y prohijamiento de expósitos en el derecho histórico español, siendo objeto de estudio escrituras de la Inclusa de Madrid del siglo XVIII, es el firmado por MEDINA PLANA, R., «Escrituras de adopción por prohijamiento de expósitos de la Inclusa de Madrid (1700-1852) en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 21 (2014), 21 189-211; *vid. p.* 210.

no obstante las limitaciones en materia sucesoria y hereditaria respecto a los hijos legítimos<sup>221</sup>.

En el ámbito valenciano hay dos cuestiones de relevancia por sus efectos legales, especialmente cuando se comparan con lo expuesto en el derecho andalusí. La primera de ellas era la posibilidad de que una persona aceptara cobijar a un menor por tiempo determinado y con el consentimiento paterno, por tanto en vida de los progenitores. Esto nos lleva a prestar atención, de nuevo, a la legislación mudéjar y morisca bajo soberanía cristiana. El *Llibre de la Çuna e Xara* regula este supuesto en el capítulo CLXXIII «Si algú capllevarà algú». El capítulo está inserto entre otros sobre el derecho de los hijos a heredar y de los padres a procurar los bienes necesarios para su crianza y progreso. El precepto regula una posibilidad que ya se ha tratado entre los andalusíes: un sujeto se comprometía, mediando fianza, a acoger en su morada y por un tiempo determinado, a otra persona; aunque no se solía especificar el fin, habitualmente era para darle crianza y educación en unas condiciones mejores a las que tendría si permaneciera con sus progenitores o cuidadores. La obligación derivada de este contrato era procurar lo acordado entre las partes en beneficio de un tercero; el efecto que derivaba de esta acción contractual era la asunción de la responsabilidad sobre el menor, hasta la fecha de vencimiento del «contrato», así como la obligación de restituir o indemnizar por incumplimiento, ante el cadí o el señor:

«Si algú capllevarà algú d'algú, sots pena guardadora sots cert temps, si tornar no.l porà, jatsia haurà promés tornar aquell dins cert temps, [e] aquell de[l] qual serà capllevat, passat lo dit terme, la dita quantitat deman ésser donada, no-resmenys per l'alcadí o senyor deu altre dia ésser assignat dins cert dia, dins lo qual torn aquell capllevat en podr de aquell del qual lo capllevarà. En altra manera és tengut pagar la moneda dessús dita, según Çuna, passat lo dit termini»<sup>222</sup>.

La segunda cuestión se refiere a la situación de orfandad y la eficacia de las actuaciones del tutor. Recuérdense aquí lo dicho respecto a las garantías formales exigidas en el derecho andalusí para que se pudiera dar por «perfecta» la tutela; la existencia de un documento público, escritura de entrega, que acreditaba el correcto desempeño de la obligación asumida. Este mismo supuesto era exigido en el derecho foral valenciano al término de la tutela, que debía acompañar la rendición de cuentas de la administración, ante contadores designados por el Justicia, siendo nula la remisión o absolución de esa relación por parte del menor. En efecto, esta acción pudiera ir en su contra, puesto que le dejaba indefenso ante la malversación de su patrimonio por mala gestión<sup>223</sup>. El sometimiento de esta problemática a decisión real en sede de Cortes indica que era algo habitual entre la población valenciana; de ahí que se pusiera coto a esta

<sup>221</sup> DOUGNAC, A., *Esquema del derecho de familia indiano*, Santiago de Chile: Ediciones del Instituto de Historia del derecho. Juan de Solórzano Pereyra, 2003, p. 475.

<sup>222</sup> Aunque el término *capllevar* según el glosario de la editora se refería a la fianza entregada para que un reo no estuviera preso, en realidad el término aludía a la fianza. *Llibre de las Çuna e Xara*, cap. CLXIII. «Si algú capllevarà algú», *op. cit.*, p. 44.

<sup>223</sup> *Ídem*, 2, 13, 18. «Sobre lo temps de la reddició de comptes de tuteles e cures»

mala praxis en las Cortes celebradas en 1542, y por ello determinaron que el menor una vez cumpliera 20 años y fuera emancipado, dispondría de un plazo máximo de tres años para solicitar la rendición de cuentas, pues hasta aquel momento lo habitual era no solicitar esta rendición, y de hacerlo pasados muchos años:

«[...] per quant de cascun dia se veu en la vostra ciutat de València que algunes persones o hereus de aquelles, dels quals per alguns tudors o curadors seran administrats los béns, no demanen compte e rahó als dits tudors e curadors sinó passats molts anys e après que són morts [...] e que no-s té notícia ni-s pot tenir particularment de la administració de dits béns, per la qual causa e rahó se han seguit diversos e grans pleyts e són estades destruides moltes persones e pagades grosses e grans quantitats, les quals no-s devien pagar ni foren estades pagades si dits comptes fossen estats demanats per los menors fets majors [...]»<sup>224</sup>.

Fue a partir de esa convocatoria cuando en territorio valenciano, y al menos formalmente, las exigencias de fianzas y garantías debían pasar por la declaración o relación de bienes, el *inventari*; comprensivo de todas las cosas o bienes del niño sobre el que se ejercía la patria potestad, en documento público y redactado en presencia de los parientes del niño y de las personas que conozcan cual es su patrimonio<sup>225</sup>.

Los *Furs* atendieron de forma particular la prestación de aval y garantía en materia de adopción (*affillament*); institución que como se viene explicando no tenía cabida en el derecho andalusí por la privación de la filiación correspondiente a un individuo. Se expuso anteriormente como el derecho foral valenciano reguló de forma pormenorizada la adopción, y reconoció el ejercicio de este derecho a quienes manifestaran voluntad de hacerlo y no tuvieran hijos ni descendientes; la expresión de consentimiento debían realizarla ante la justicia, o bien en escritura (carta publica) no precisando en este caso hacerlo ante la justicia, y también en testamento cuando fuera su deseo legar los bienes de titularidad del adoptante en beneficio del adoptado. Aquí se plantea la posibilidad de que un individuo asumiera el compromiso de adoptar, cuidar o prohijar a un menor de forma privada, discretamente, hasta el punto de que solo constara el carácter de ese compromiso en el testamento, cuya redacción podría demorarse hasta el momento de la última enfermedad. En el caso de fallecimiento del tutor *ab intestato* o sin testimonio prestado ante las autoridades de sus acciones, ni escritura o carta pública, el adoptado quedaría en una situación seriamente comprometida. Este supuesto no es tan extraño o ajeno a la sociedad de los siglos XIV al XVI como muestran muchos de los pleitos por cuestiones hereditarias, y la inclusión en el reparto del caudal relicto de individuos que no tienen vinculación filial con los herederos, pero sí vinculación afectiva con los causahabientes. He aquí la importancia del «testimonio» fehaciente o «certificado» de la condición del menor acogido o cobijado en el seno de una familia como

<sup>224</sup> *Furs*, 2, 13, 17.

<sup>225</sup> *Ídem*, 5, 6, 8 y 12.

documento que hacía prueba en sede judicial. Es el caso que se planteaba en el derecho andalusí, y que se solventó con la exigencia de testimonio y certificado por petición del interesado a la muerte del tutor. Para el caso del derecho valenciano foral la sucesión y la transmisión hereditaria era indubitable, previo pago de las deudas y de los pleitos (*sic*)<sup>226</sup>; lo que indica que la asignación en muchas ocasiones se realizaba mediando demanda por los interesados, como también sucedía entre los andalusíes, según los formularios redactados por Ibn al-‘Aṭṭār<sup>227</sup>.

En este punto concluir que las medidas garantistas, introducidas a través de mecanismos jurídicos como la fianza o el aval, bajo la forma de *kafāla* en el derecho andalusí, fue un recurso útil, pero excepcional para una modalidad de acogida que entre los hispanos se conocía como tutela dativa, y que también tenía ese mismo carácter. En consecuencia la *kafāla* no fue institución jurídica para el ejercicio de la adopción entre los andalusíes; prohibida como lo estaba para toda la comunidad islámica; pero sí fue un instrumento de garantía para el ejercicio de la patria potestad o de la acogida, mediando intervención judicial. Y he aquí la principal diferencia con la institución de la tutela y curatela en el ámbito hispano, y por supuesto con la adopción como acto jurídico que creaba vínculos de parentesco, que en el ordenamiento andalusí solo se adquirirían por filiación natural.

## V. *KAFĀLA* NO ES ADOPCIÓN EN EL DERECHO ANDALUSÍ. *AT-TABANNI* ES ADOPCIÓN EN EL DERECHO ISLÁMICO<sup>228</sup>

El análisis hasta aquí realizado de los elementos que condicionan y determinan el ejercicio de la acogida y protección del menor desamparado o desvalido permiten poner en tela de juicio las dos premisas del epígrafe; un tema, por otro lado, de actualidad<sup>229</sup>. El punto de partida para este epígrafe es la ya citada aleya coránica (Cor.33, 4) que prohíbe la adopción (*at-tabanni*); y corolario de este punto que la *kāfāla* no es la adopción en el Derecho islámico.

En España la *kafāla*, como institución jurídica conforme acepta un sector de la doctrina actualmente tiene escaso recorrido, no así como medio de garantía y fianza. La dificultad formal y teórica para que esta institución pueda ser asimilada o identificada con la adopción en nuestro derecho contemporáneo se ha evidenciado entre los juristas en nuestro país, ante la presencia de menores abandonados y solos, así como ante la necesidad de garantizar el reagrupamiento familiar por personas interesadas en el bienestar de niños cuyos padres no

<sup>226</sup> *Ídem*, 8, 6,1.

<sup>227</sup> *Vid. supra*. Not. 209.

<sup>228</sup> Esta sección se incluye en este trabajo ante la petición formulada a la autora de participar en el citado Encuentro italo-marroquí ofreciendo una visión actual de la institución en la legislación española y en el derecho histórico español. (N. d. A.)

<sup>229</sup> Para una visión de conjunto UNITED NATIONS, *Child Adoption: Trends and Policies*, Economic and Social Affairs, New York: United Nations, 2009.

pueden renunciar a su filiación. También ahora la acogida en muchos países de tradición islámica se considera un deber de solidaridad, que preserva la identidad del individuo contenida en su filiación y garantizada a través de la ficción jurídica de su pertenencia al tálamo o al lecho en el que fue engendrado. La *kafāla* es en la actualidad una adopción simple (*at-tabannī l-basīṭ*), que evita el desamparo, pero no atenta contra el legítimo derecho a reconocer la paternidad biológica, siempre innegable; el «adoptado» siempre podrá conservar su nombre y con ello evitar alterar el orden sucesorio y hereditario, en su caso. Pero es también una institución que complementa la incapacidad legal (*al-safah*) y permite ejercer la protección sobre el incapacitado; o de persona adulta incapacitada (*mahyūr ‘alayhi*) y del incapaz para administrarse (*bi-rušdi-hi*). Todo un desafío jurídico para el legislador, que debe velar por el cumplimiento de los compromisos adquiridos a partir de las disposiciones legales de los países de origen de las personas de acogida –procedentes de países de tradición musulmana con referencias tácitas a la tradición o costumbre islámica–, de los principios Constitucionales y de las disposiciones del Derecho Internacional, en especial de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>230</sup>, y el *Convenio de la Haya*, de 19 de octubre de 1996 (no ratificada por muchos de los países anteriormente citados) en materia de cooperación en materia de responsabilidad parental y protección de menores, ratificado por España el 28 de mayo de 2010<sup>231</sup>.

Una mirada de soslayo a la legislación de los países de tradición islámica constata la prohibición de la adopción en muchos de éstos para adoptantes que no profesen el islam: Irán, Iraq, Oman, Qatar Arabia Saudí, Emiratos Árabes, Medio Este<sup>232</sup>. En otros países, como Sudán o Somalia del África Oriental, las referencias a la ley islámica o a las leyes tradicionales implican limitaciones al respecto<sup>233</sup>. Somalia consagró la adopción plena (*at-tabannī t-tammī*) en la ley núm. 27 del 4 de marzo de 1958 y en el Código de Familia Somalí del año 1975, en los artículos 110-114.

Otro tanto sucede en los países del sur de Asia, como Pakistán o las Maldivas; o del sudeste asiático, Brunei, Indonesia y Malasia. Entre los países del oeste africano el hecho de haber suscrito la *Convención de la Haya* sobre adopción y el hecho de ser países seculares condicionan la efectiva adopción tal y

<sup>230</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712). [Consultado 5 de abril de 2020.]

<sup>231</sup> Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996 (RCL 2010, 3068), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Instrumento de Ratificación del Convenio..., *BOE* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

<sup>232</sup> Cítese por caso la legislación omaní: Decisión Ministerial núm. 49/2007, y Child Protection Law, *Royal Decree*, núm. 22/2014, *Official Gazette*, núm. 1058. [Consultado 25 de abril de 2020.]

<sup>233</sup> Cítese por caso la legislación somalí: The Child Act 2008, *The Southern Sudan Gazette*, núm. 1, vol. 1, 10 de febrero de 2009. [Consultado 25 de abril de 2020.]

conforme regula esa convención; cítense Nigeria, Ghana<sup>234</sup> o Senegal; este último, se encuentra en la actualidad suspendido después de su adhesión en 2011. Países del centro y este de África como Uganda<sup>235</sup> que sin ser parte de la *Convención de la Haya*, prevén se lleve a término mediando consentimiento del padre del menor (art. 47) según la «ley tradicional», y la adopción internacional, solo como la última de las opciones (art. 47.6), y aconsejando la «tutela tradicional»(art. 43.C), cuyos elementos y requisitos se han expuesto anteriormente; o Tanzania donde las referencias a prácticas o tradiciones basadas en el sistema matrilineal islámico en materia de custodia y tutela de los niños condicionan la intervención de personas extrañas al menor, y solo la madre puede mantener a sus hijos bajo custodia, y en caso de fallecimiento un tío materno<sup>236</sup>.

Esa misma disparidad de criterios y las referencias implícitas a la legislación tradicional de estos países se aprecia en las disposiciones que regulan la adopción en países del Norte de África. En Libia la religión oficial del Estado es el islam según declaración constitucional (art. 2)<sup>237</sup> y en su Código de familia permite la acogida de niños de filiación desconocida previa aprobación de la autoridad competente (art. 60). Ésta a su vez velará por el correcto desarrollo de la acogida, reservándose el derecho retirarlo al titular cuando no cuide al niño y perjudique su educación, lógicamente en el islam. En modo alguno crea vínculos de filiación con el titular, ni surtirá efectos de él.

El Código de Familia argelino prohíbe la adopción plena (art. 46), pero permite la acogida familiar (arts. 116-125)<sup>238</sup>. El acogimiento legal es el compromiso de hacerse cargo voluntariamente de la educación y de la protección de un niño menor de edad, de igual forma que lo hace un padre con un hijo. Se formaliza mediante acta legal (*'iqd*), en presencia de juez o notario, con el consentimiento del niño cuando este tenga padre y madre. Un supuesto que lleva a la reflexión sobre la capacidad del menor para pronunciarse por sí mismo; y que, en caso de no tener padre o madre, plantea la posibilidad de que quien ejerza la tutela sobre él –el Estado– esté presente en el acto. La persona que acoge y se hace cargo del menor (*kāfil*), debe ser musulmán, en su sano juicio, íntegro, en condición de mantener al niño acogido (*mafkül*) y capaz de prote-

<sup>234</sup> Art. 69 Children's Act, 1998, alude expresamente a derecho consuetudinario o tradicional en materia de adopción. [Disponible: <http://www.unesco.org/education/edurights+>.]

<sup>235</sup> Children Act, Cap. 59, *Uganda: The Republic of Uganda*, 20/05/2016. [Disponible en: <https://ulii.org/system/files/legislation/act/2015/2016/>][Consultado 25 de abril de 2020.]

<sup>236</sup> AN'NAIM, A., *Islamic family law in a changing world. A global resource book*, London-New York: Zed Books Ltd, 2002, pp. 49-50.

<sup>237</sup> *Constitution Proclamation*, 11 December 1969, [Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5a24.html>]. [Consultado 25 de abril de 2020.]

<sup>238</sup> Sobre tutela el artículo 87 del Nuevo Código de Familia limita su ejercicio solo al padre y en su ausencia, impedimento o fallecimiento de éste será la madre quien adquiera ese derecho; en materia de custodia compete a la madre sobre el varón hasta los diez años y sobre las féminas hasta que contraigan matrimonio (art. 65); *vid.* Orden 02-05 del 18 de muharram de 1426/27 de febrero de 2005. *Journal Officiel de la République Algérienne*, num. 15 (18 Mu.harram 1426/27 febrero 2005), pp. 17-20. Código argelino de la familia, aprobado por la Ley n.º 84-11, de 9 de junio de 1984; reformado mediante Decreto de 27 de febrero de 2005. En relación con el mantenimiento del nombre de los progenitores, *vid.* artículo 120.

gerlo. Una institución que permite acoger a menores de filiación desconocida, niños abandonados, que se encuentren bajo la tutela del Estado.

El Código de Familia tunecino reconoce la capacidad para acoger a un menor a cualquier persona mayor de edad, que goce de plena capacidad civil, y también a organismos de asistencia a menores (arts. 77-80). En España tiene aplicación gracias al *Convenio hispano-tunecino* de 24 de septiembre de 2001 (art. 17) sobre «reconocimiento» de las resoluciones extranjeras por las que se constituye la adopción.

En el caso de Marruecos hay referentes legales que hunden sus raíces en la legislación islámica; era el supuesto regulado por el artículo 12 de la *Mudawanna* sobre una disposición de los años 1957-1958 respecto al derecho a la acogida por parte de personas que hayan estado casados más de tres años, entre otras; determinaba esta misma legislación civil que el «tutor matrimonial» podía ser el hijo, el padre o su albacea (*waṣī*), el hermano, el sobrino, el abuelo paterno y los demás parientes siguiendo el orden de parentesco (...), las mismas reglas que el derecho andalusí observó a la hora de determinar quienes podían ejercer como tutores-curadores ante distintos supuestos. Pero es aquí donde se inserta la *kafāla* al señalar expresamente «luego el que la alimenta (*kāfil*)»; artículo derogado recientemente en el Código de 2004, no obstante la regulación de la *kafala* «de los niños abandonados» objeto de ley específica<sup>239</sup>. En el citado Código se establece que «la adopción (*tabannī*) se considera nula y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima». Además, la *adopción de recompensa* o de *asimilación o sustitución* al rango del hijo no establecerá la filiación y se regirá por las disposiciones testamentarias o *wasiyya* (art. 149). Y es precisamente ese valor de recompensa que queremos subrayar al coincida con el contenido de la institución *kafāla* por la que se alude al acogimiento familiar.

De modo resumido, y a la luz de las disposiciones generales sobre la institución, para muchos juristas, también españoles, queda nítidamente claro que la acogida es *como una modalidad de tutela (wilāya)* y custodia (*ḥaḍāna*); en la que el *kāfil*, el adoptante, tiene análogas obligaciones a las del tutor, que asume la custodia. El menor pasa a depender legalmente de las personas que lo han acogido y goza de los mismos derechos que el hijo legítimo, salvo la herencia forzosa en caso de sucesión; solo puede ser legatario en el límite del tercio de libre disposición del testador. El acogido (*mafkūl*) conserva siempre su filiación, en caso de ser ésta conocida; pero si fuera expósito, no podría nunca recibir otra filiación.

El *acogido* deja de serlo al alcanzar la mayoría de edad. También si la familia lo reclama, y el niño tuviera suficiente discernimiento; el juez atenderá o no la reclamación, considerando el bien del menor. Aunque no se especifica el modo en que el juez verifica esa capacidad de discernimiento, volvemos en este asunto sobre la dos supuestos ya abordados en este trabajo: la capacidad demostrada para administrarse correctamente (*ruṣd*), adquiriendo en ese momento la

<sup>239</sup> La Ley marroquí 15-01 sobre la *kafala* de los menores abandonados, promulgada mediante el *Dahir* 1-02-172 de 13 de junio de 2002. Y *Code de la famille*, op. cit.,

condición de *rašid*; a diferencia del pródigo (*safih*) que precisará de forma continuada la tutela-curatela sobre su persona y bienes.

En la actualidad en España la *kafāla* es la que constituyen autoridades extranjeras, con arreglo al «Derecho islámico»; pero este presupuesto se puede considerar impropio, porque en realidad pocos son los países que se rigen por «Derecho islámico» sustentando sus disposiciones en el Corán y la sunna, no obstante ser respetuosos con la tradición islámica especialmente cuando la religión del Estado sea el islam. La *kafāla* como mecanismo de adopción tiene desigual tratamiento en los Códigos de Estatuto Personal, Código de Familia o Civiles como ha quedado expuesto. Situación que contrasta con nuestro ordenamiento jurídico y jurisprudencia cada vez más atinada en sus consideraciones sobre la adopción de individuos procedentes de esos países, a la hora de resolver conflictos legislativos<sup>240</sup>. Disposiciones y resoluciones que toman como punto de partida «la imposibilidad de equiparación entre la *kafala* musulmana y la adopción del Derecho Español y de los demás países de nuestro ámbito cultural»<sup>241</sup>. En base a este presupuesto destacan las particularidades en la tramitación de esta modalidad que debe ser de «acogimiento» de menores acorde con la legislación de países de tradición islámica, pero no de «adopción plena». En la actualidad, queda justificado ante los tribunales españoles que tramitada la *kafala* por el Juez de Familia Encargado de los Asuntos de Menores ante el Tribunal de Primera Instancia en territorio marroquí, sea éste quien asuma la responsabilidad en «confiar» la *kafāla* de menores habidos de relaciones extramatrimoniales, abandonados, acogidos y tutelados por instituciones benéficas a personas o entidades públicas; porque es este el único Juez competente para constituir la *adopción*, teniendo en cuenta siempre la idoneidad del adoptante o adoptantes, en favor de los intereses del menor<sup>242</sup>.

En esta misma línea el Tribunal Superior de Justicia de Barcelona ante una solicitud de reagrupamiento familiar, previa concesión de tutela denominada *kafāla* por juzgado de primera instancia marroquí sobre un menor de esa nacionalidad, fundamentó primero, que la «*kafala* no puede asimilarse a la tutela en nuestro ordenamiento», no obstante las facultades de tutela material que supone para el tutelado; y segundo, que

«[...] la *kafala* es una institución de protección de menores equiparable en España al acogimiento familiar, (.) ni crea vínculos nuevos de filiación, ni

<sup>240</sup> Vid. Capítulo II (Efectos de las decisiones extranjeras en materia de protección de menores), Título III de la *Ley de Adopción Internacional*, bajo el epígrafe «Otras medidas de protección de menores»; Capítulo IV, Título VI «De las relaciones paterno filiales», y en el enunciado sobre adopción y otras formas de protección de menores, los artículos 172 a 180 CC. La Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Sentencia núm. 484/2016 de AP Málaga, Sección 6.ª, 30 de junio de 2016; fallo de la Audiencia Provincial de Málaga sobre adopción en relación con el juicio de oposición a medidas de protección de menores.

<sup>241</sup> Vid. Fundamentos de Derecho, Cuarto, 4.º Sentencia núm. 484/2016 de AP Málaga, Sección 6.ª, 30 de junio de 2016.

<sup>242</sup> *Ídem*, Fundamento de Derecho Quinto, 5.º Sentencia núm. 484/2016 de AP Málaga, Sección 6.ª, 30 de junio de 2016. de acuerdo con el artículo 176.1 CC.

rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres; [...] que la kafāla es entendida como una suerte de delegación de funciones, manteniendo los padres la autoridad y la representación legal del menor, porque los padres biológicos mantienen la patria potestad, lo que es incompatible con una tutela “paralela por parte de terceros”<sup>243</sup>.

Y a este presupuesto jurídico se ha de añadir la aclaración efectuada en Auto de la Provincial de Barcelona ante recurso de apelación que concluye:

«[...] la kafala [...] se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación»<sup>244</sup>.

La jurisprudencia española viene dilucidando sobre tan compleja institución, que recordamos no es la «adopción en el Derecho islámico»; y añadiendo datos de sumo interés que, como ya se expuso, tienen corolario en el tratamiento que esta institución mereció en el derecho histórico andalusí; en realidad soluciones a los distintos supuestos jurídicos con efectos en materia sucesoria y testamentaria<sup>245</sup>. El tema más controvertido es el mecanismo legal por el que los padres de un menor, sin renunciar a la patria potestad y a la filiación, deciden conferir la «custodia» de un hijo a terceras personas, vinculadas por afinidad o parentesco. En este caso, esas personas asumen la responsabilidad sobre el menor previo consentimiento paterno, sin que en modo alguno se proceda a una «adopción» conforme regula la normativa española; el *kafil* merece la confianza de los progenitores por estar al menor vinculado familiarmente, y por reunir los requisitos necesarios que garantizarán su bienestar en país extranjero, y bajo la «tutela educativa» –entiéndase también religiosa– de quien garantiza (*kafala*) el cumplimiento de esas obligaciones al acogido (*mafkul*). De ahí también el interés del Ministerio de Justicia de países como Marruecos para que la Fiscalía española vele por el interés de los menores cuya «tutela efectiva» corresponde a personas o instituciones residentes en Marruecos; puesto que los menores se encuentran tan solo en «régimen de acogida», con posibilidad de recibir cuidados, protección y educación más idóneas que en su país de origen<sup>246</sup>. De acuerdo con la legislación española, estos supuestos no se pueden equiparar con la tutela, en tanto que la misma supone declaración de orfandad o desamparo del menor y asunción de la patria potestad por quien la autoridad pública determine como tutor. He aquí la clave para comprender el significado que la *kafāla* sigue teniendo en nuestros días, entre personas de tradición cultural islámica, para quienes es, simplemente, «una suerte de delegación de funciones», un «traslado de las competencias u obligaciones» que corresponden al progenitor y que por razones diversas, ante el trasiego y movilidad de extranjeros, se justifica en beneficio de la formación o prosperidad de un menor en otros

<sup>243</sup> Resolución-Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006.

<sup>244</sup> Recurso de apelación 172/2019 –B, AAP B 3237/2019– ECLI: ES: APB:2019:3237A Auto núm. 235/2019.

<sup>245</sup> Cuyo análisis queda al margen de este artículo con vistas a futura publicación (N. de la A.).

<sup>246</sup> ORTEGA JIMÉNEZ, «La kafala de Derecho islámico», *op. cit.*, p. 821.

países, pero con personas del entorno familiar, ateniéndose a la modalidad de reagrupamiento, familiar<sup>247</sup>.

La doctrina aporta otras definiciones válidas al entender que la *kāfala* es una institución singular<sup>248</sup> y que por las mismas características y razones que se han visto en nuestro derecho histórico no tienen paralelismos con *los mecanismos de protección de menores de la legislación española*. Y en base a la expresa prohibición de filiación, y por el contenido de las obligaciones que genera se puede asimilar al acogimiento familiar; en cuanto al periodo concreto de la fase inicial del menor, aquélla en la que depende de la alimentación materna o de una nodriza y posterior crianza, la *ḥadana*. Para favorecer el acogimiento en las mejores condiciones y conforme a la legislación vigente ha primado la española el bienestar y progreso del menor en ambientes propicios a su condición y también cultura de origen, como satisfacer en deseo de las personas que quieren acoger en un ambiente familiar con las garantías básicas para la prosperidad del menor y la seguridad jurídica que merecen ambas partes

A la luz de todos estos criterios y conocido el tratamiento tradicional o ius-histórico con base en la legislación coránica, se puede comprender la importancia concedida a tesis como la de la *equivalencia funcional* o la *conversión de kāfala en adopción española* de acuerdo con el artículo 34 Ley de Adopción Internacional, para la resolución de los conflictos suscitados sobre esta materia. En relación a la primera, la *kāfala* se equipara al «acogimiento familiar» como si fuera «tutela» (ordinaria)<sup>249</sup>; pero en modo alguno a la adopción<sup>250</sup>; una posibilidad que ya se vio sería inadmisibles en el Derecho islámico tradicional puesto que supondría cambio de filiación. El conflicto legal se genera al afirmar el legislador que una vez reconocida la equivalencia a tutela o acogimiento familiar –no puede ser ambos– surtirán los efectos de estas instituciones «legales» españolas<sup>251</sup>. La equiparación tiene su origen en la utilización de la preposición «como»; y que, a su vez, se identifica con el acogimiento familiar español para evitar la aplicación del artículo 9.4 CC. No obstante la remisión en materia de adopción internacional que hace este artículo al *Convenio de la Haya* para evitar que se le asigne a estos menores la filiación por razón de la ley del país de residencia habitual. He aquí el principal problema: la falta de distinción clara de estas dos instituciones desde el punto de vista de la legislación de los países de

<sup>247</sup> Artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE* núm. 10, de 12 de enero de 2000 y artículo 53 del Real Decreto 557/11, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 2011; *vid.* Sentencia núm. 86/2016 de TSJ Cataluña (Barcelona), Sala de lo Contencioso, 18 de febrero de 2016.

<sup>248</sup> ORTEGA JIMÉNEZ, *passim*; LÓPEZ AZCONA, A., Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 30-2158, enero 2016, *vid.* not. 218, p. 78.

<sup>249</sup> Instrucción DGI/SGRJ/06/2007.

<sup>250</sup> Resolución-Circular de la DGRN de 15 julio 2006 y Resoluciones DGRN de 21 marzo 2006 y 23 marzo 2011.

<sup>251</sup> ORTEGA JIMÉNEZ, «La Kafala de Derecho islámico», *op. cit.*, pp. 822/3.

origen, ya que ni siquiera en ellos hay uniformidad de criterio respecto a la aceptación de la adopción y a su denominación; y sobre esta confusión la jurisprudencia ofrece distintos ejemplos<sup>252</sup>. En este caso la información para resolver los conflictos la suministra la Dirección General de Registro del Notariado, a través de su Reglamento y de Resoluciones Circulares<sup>253</sup>, así como a través de Sentencias del tribunal Superior de Justicia de Madrid y otros.

Y en relación a la segunda tesis, sobre la *conversión en adopción española de la kafāla*, equiparada al acogimiento familiar o a la tutela española, es precisamente mediante esa «equiparación» cuando se suele producir la constitución posterior de una adopción plena, según lo dispuesto por el artículo 176.2 II, regla 3.º del Código Civil español, que precisa declaración por parte de la entidad pública sobre la idoneidad del ejercicio de la patria potestad. Interesante señalar que la LAI exige la propuesta previa en relación con la «adopción consular», un concepto que no figura en la rúbrica del precepto, pero sí en el texto.

El ejercicio de la acogida familiar de personas procedentes de países del mundo de tradición islámica o incluso de quienes residentes en nuestro país toman como referente último la legislación de los que les vio nacer por razone culturales y religiosas, tiene efectos también en materia fiscal, y ha merecido la atención de Luque Cortella<sup>254</sup>. Para Luque las características de esta institución están muy bien definidas; y justifica la falta de equiparación entre esta modalidad y las conocidas en el derecho de los países occidentales, en el origen religioso que impregna, no solo a esta institución, sino a otras muchas que forman parte del tronco inicial de los *furū al-fiqh*. Luque utiliza tres términos que creemos fundamentales para comprender las dificultades en la equiparación plena de la *kafāla* en países laicos y donde la pertenencia al islam no se puede esgrimir como derecho personal especial respecto a la ley nacional del lugar de residencia. El primero la protección del menor, de quien supuestamente puede no conocerse la filiación natural al estar bajo la tutela del Estado que a través de los órganos jurisdiccionales legítima la acogida. El segundo el compromiso del titular de la *kafāla*; como señala Ortega<sup>255</sup>, concepto el primero que supone una manifestación y consentimiento por los medios legales que se establezcan y que como vimos en su momento suponen «prestar una garantía o aval de la puesta de bienes y recursos al servicio del menor para su progreso personal e intelectual en las mejores condiciones». Y el tercero la preservación de los lazos de sangre; es así en la tutela judicial, que es la que se ejerce sobre niños de filiación desconocida, es decir abandonados, y también sobre huérfanos-; pero también en la denominada notarial, que se realiza a título privado, empero precisa

<sup>252</sup> STSJ Comunidad de Madrid 58/2008, 31 de enero de 2008, sobre Seguridad Social, orfandad y pensión de menores. [Disponible TSJ v Lex][Consultado 7 de junio de 2017.]

<sup>253</sup> Resolución-Circular de 31 de octubre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia de adopciones internacionales. BOE núm. 308, de 26 de diciembre de 2005.

<sup>254</sup> LUQUE CORTELLA, A., Aplicación en el IRPF del mínimo por descendientes, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 891/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2014

<sup>255</sup> ORTEGA JIMÉNEZ, «La Kafala en el Derecho islámico», *op. cit.*, p. 821.

la aprobación estatal, remitiéndose pues a la normativa de cada Estado en esta materia. Destacar, nuevamente, la importancia de la filiación y el desconocimiento del progenitor que, al igual que sucedía en el derecho andalusí, solo se daba en supuestos de negación de la paternidad o niños expósitos, ya que respecto a los huérfanos solo el rechazo de la madre a ejercer los deberes que le competían, obligaba a la intervención judicial ante la ausencia de tutor designado por el padre.

Para concluir, supuestos legales que nos llevan a plantear un modelo jurídico sobre el que la Historia del Derecho Español tiene soporte documental de gran valía e relevancia. Las generaciones futuras interesadas por esta materia tienen ante sí un importante reto para exponer y analizar en clave de contemporaneidad lo que el derecho histórico puede ofrecer como experiencia vital. Nada obsta a que para la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio todos seamos capaces de realizar una mirada retrospectiva a la Historia del Derecho con el fin de hacer propuestas en distintos ámbitos sobre la base de un pensamiento jurídico fundamentado y fruto de la propia experiencia histórico-jurídica.

Termina este trabajo en un momento crítico por la pandemia provocada por el covid-19: más de 13.700 personas fallecidas en España y 81.000 en el mundo. Durante una fase de «confinamiento» determinada por Real Decreto de 14 de marzo de 2020, para evitar la propagación y conseguir, entre todos, erradicar la enfermedad. Aunque el acceso a algunas fuentes ha sido inviable esta *reclusión* forzada ha servido para adquirir conciencia de lo que supone estar privado de recursos; y en estos momentos solidarizarnos con el personal sanitario, sin los medios de protección y asistencia necesarios para hacer frente a una pandemia tan leal. Dedico este trabajo a todo el personal sanitario y auxiliar que con abnegación y sacrificio se enfrenta cada día al rostro de la enfermedad y ve la cara a la muerte; para ellos, experimentados profesionales, mi respeto y admiración. Aunque la Historia ha dedicado trabajos muy interesantes a la Sanidad española, sería plausible que la Historia del Derecho contribuyera con algún trabajo de investigación, que honre el buen hacer a lo largo de siglos y permita avanzar en el conocimiento para situaciones futuras.

M.<sup>a</sup> MAGDALENA MARTÍNEZ ALMIRA  
Universidad de Alicante