

Algunas reflexiones acerca de la custodia en la escuela mālikí

Rachid El HOUR

BIBLID [0544-408X]. (2004) 53; 143-153

Resumen: El artículo estudia la custodia (*ḥaḍāna*) en derecho islámico, y muy especialmente en la escuela *mālikí*, aunque de vez en cuando se hace alguna que otra comparación con las demás escuelas que rigen la vida legal de las sociedades musulmanas. El trabajo destaca varios aspectos, entre los que se pueden mencionar el estatuto legal de las personas que desempeñan un determinado papel en la custodia en la escuela *mālikí*, las condiciones para ejercerla, las causas de su anulación, su duración y las circunstancias de la separación entre las madres y sus hijos.

Las opiniones legales respecto a la custodia están hechas para proteger a los niños y satisfacer sus necesidades, sobre todo si se tiene en cuenta que a veces se pasa por alto las normas impuestas por ley, con el fin de proteger a los custodiados.

Abstract: Studies the legal opinions about custody (*ḥaḍāna*) in Islamic law, especially in the Mālikī school as compared to other schools which organize the legal lives of the Muslim societies. The study underlines different aspects: the legal status of the persons who play a role in the issue of custody, especially the one responsible for the custody, the conditions under which it is exercised, the causes of its termination, its duration and the circumstances of the separation between mother and son.

The Mālikī legal opinions about custody are designed to protect the children and meet their needs, especially when there is evidence as to the bypassing of the imposed norms to the benefit of the children and the protection of their interests.

Palabras clave: Derecho islámico. Escuela mālikí. Custodia.

Key words: Islamic law. Mālikī school. Custody.

La *ḥaḍāna* (custodia), junto al *riḍā'* (lactancia) y la *naḥaqa* (manutención), constituyen uno de los temas más importantes a la hora de estudiar el matrimonio y las consecuencias de su disolución en el derecho islámico. La mayor parte de las obras de carácter jurídico destacan este tema, proporcionando las diversas opiniones existentes al respecto. El problema, si nos podemos permitir llamarlo así, ha sido objeto de estudio de las cuatro escuelas conocidas: *ḥanafī*, *ḥanbalī*, *šāfi'ī* y *mālikī*. Las opi-

niones de las cuatro escuelas son diferentes, aunque algunas veces coinciden en algunos puntos, sobre todo las escuelas *mālikí* y *ḥanafí*, como ocurre en el tema de la custodia. Por lo que nos preguntamos cómo se presenta la custodia en la escuela *mālikí* y cuáles son sus aspectos más importantes.

LA CUSTODIA

El derecho *mālikí* y el *šāfi‘i* distingue entre dos períodos de incapacidades del menor. El primero va desde el nacimiento a la pubertad, mientras que el segundo va de la etapa final de la pubertad a la plena emancipación. En la primera época el menor tiene derecho a la custodia y a la tutela (*wilāya*)¹ y en la segunda a la tutela. Para todas las escuelas jurídicas sunníes, excepto la *ḥanafí*, y en el pasado la *zāhirí*, la custodia es un derecho de la madre (*ḥaqq al-hāḍina*)²; además algunos opinan que es un derecho de Dios³.

La custodia es obligatoria e impuesta por el *Corán*, la *sunna* y el *i ymā*⁴. El derecho a la custodia comienza desde el nacimiento del custodiado (*maḥḍūn*), tomando en consideración que este derecho pertenece, durante el matrimonio, a ambos cónyuges, y sólo se convierte en un derecho de la madre cuando se disuelve el mismo⁵, es decir, que no es un derecho exclusivo de la madre desde el nacimiento del niño, tal como destacan algunos autores⁶. Según Jalīl b. Ishāq, la custodia pertenece a la madre viuda o repudiada, aunque sea esclava y el hijo sea manumitido⁷. La mayoría de las escuelas jurídicas excluyen a la esclava del ejercicio de la custodia, ya que ésta debe todo su tiempo a su amo, por lo que no puede ejercer ninguna vigilancia sobre el niño, ni tiene tiempo para dedicárselo. Sólo los *mālikíes* proporcionan el derecho a la custodia a la *umm al-walad* (la esclava concubina que da a luz un niño y el dueño reconoce legalmente la paternidad del mismo)⁸, ya que al fin y al cabo, según pensamos, será manumitida, con lo cual adquiere el derecho a la custodia. También la

1. Véase D. Santillana. *Istituzioni de diritto musulmano malichita*. Roma, 1926, t. I, pp. 229-30.

2. Véase Y. Linant de Bellefonds. *Traité de droit musulman comparé*. París, 1973, p. 152.

3. Ibn Muḥriz citado por Ibn Salmūn en Ibn Farhūn. *Tabṣirat al-ḥukkām fī uṣūl al-aqdiyya wa-manāḥiḥ al-aḥkām*. Bulaq, s.d., p. 135; al-Wanṣarīsī. *al-Mi‘yār al-mu‘rib wa-l-yāmi‘ al-mugrib ‘an fatāwī ahl Ifrīqiya wa-l-Andalus wa-l-Magrib*. Ed. M. Ḥaṣṣī y otros. Rabat, 1983, 13 vols, vol. IV, p. 27.

4. Ibn Bāq. *Kitāb zahrat al-rawḍ fī taljīs taqdīr al-fard* (*Libro de la flor del jardín acerca del resumen de la evaluación de la obligación*). Ed. Rachid El Hour. Madrid: CSIC-Fuentes Árabe-Hispanas, 2003, n° 29, pp. 90 y ss.

5. Véase Linant de Bellefonds. *Op. cit.*, p. 154.

6. L. Milliot y F. P. Blanc. *Introduction à l'étude du droit musulman*. París, 1987, p. 423.

7. Véase Saḥnūn. *al-Mudawwana*. El Cairo, 1905, t. V, p. 38.

8. Véase el *status* de *umm al-walad* en C. de la Puente. "Esclavitud y matrimonio en la *Mudawwana al-kubrā* de Saḥnūn". *al-Qanṭara*, XVI (1995), pp. 309-332, espec. p. 324.

esclava cuyo hijo es manumitido adquiere el título de la custodia⁹. Sin embargo, tanto al padre como a otros tutores les corresponde vigilar al niño, educarlo y mandarlo a la escuela¹⁰.

Son muchas las reglas que hay que tener en cuenta a la hora de ejercer la custodia. En primer lugar, en todas las escuelas, la madre es la primera beneficiaria del derecho a la custodia. Sobre este punto el acuerdo entre las escuelas es unánime. Pero cuando muere la madre, se le quita el derecho a la custodia, sufre un decaimiento o renuncia a su derecho, hallamos una nueva situación, frente a la cual tenemos dos posiciones: la primera, que es la que nos interesa, y que incluye a mālīkīes y ḥanafīes, opina que la custodia es una prerrogativa femenina, una función a la cual son llamados los parientes femeninos de la madre con prioridad¹¹. La escuela mālīkī afirma que se prefiere a las mujeres a los hombres, dándose cuenta de que la madre tiene la prioridad de ejercer este derecho¹². Los mālīkīes son más rigurosos que los ḥanafīes en lo referente a la prioridad de los parientes de las mujeres. Si en el derecho ḥanafī en caso de que falten las ascendientes y descendientes de la madre, la custodia pasa a las ascendientes y descendientes del padre, en el derecho mālīkī en la misma conjetura son llamadas las tías maternas del niño. En primer lugar la tía carnal, luego la tía uterina y luego la tía consanguínea, a continuación las tías de la madre. No obstante, hemos de tener en cuenta el hecho de que los mālīkīes, Mālik¹³ en este caso, proporcionan el derecho a la custodia a la abuela paterna, a la tía paterna y a la hermana antes que a los tutores, si en éstas se reúne la condición de la *kifāya*, que no puede ser, en nuestra opinión, más que la condición económica y moral de las mismas. Por otro lado, los mālīkīes se alejan de la escuela ḥanafī cuando proporcionan el derecho de la custodia al tutor testamentario (*waṣī*) antes que a los parientes paternos varones (*ʿaṣīb*), teniendo en cuenta lo que hemos señalado antes, pero si éste no es pariente para el niño en grado prohibido para el matrimonio, no puede ejercer la custodia¹⁴.

Generalmente, los mālīkīes insisten en que se prefieren para ejercer la custodia a las mujeres de la línea materna¹⁵, que tienen prioridad sobre las mujeres de la línea

9. Y. Linant de Bellefonds. *Op. cit.*, p. 163.

10. Véase la *Mudawwana*, t. V, p. 38; Jalīl b. Ishāq. *Abrégé de la loi musulmane*. Trad. Bousquet. t. II. *Statut personnel*, 1958, p. 139, texto árabe, p. 130.

11. Y. Linant de Bellefonds. *Op. cit.*, p. 159.

12. Véase Ibn ʿĀṣim. *La Toḥfa d'Ebn Acema: Traité de droit musulman*. Texte arabe avec traduction française par O. Houdas y F. Martel. Argel, 1882, p. 332.

13. Véase la *Mudawwana*, t. V, p. 40.

14. Y. Linant de Bellefonds. *Op. cit.*, p. 160; J. Schacht. *An introduction to islamic law*. Oxford, 1964, p. 167.

15. Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī. *La risāla ou Epître sur les éléments du dogme et la loi de l'islam selon*

paterna. En el caso de que sea un niño, dichas mujeres deben ser parientes en grado prohibido para el matrimonio. Por ejemplo, la prima materna y la hermana de leche no pueden ejercer la custodia.

La clasificación de las mujeres que tienen derecho a la custodia después de la madre es el siguiente: en primer lugar la abuela materna. Mālik¹⁶ excluye de la custodia a la abuela materna que vive en un lugar diferente al del padre de la niña o del niño; incluso, para Mālik, la abuela adquiere el estatuto de la mujer fallecida, por lo que la custodia pasa a la tía materna si vive en el mismo lugar que el del padre, y a las demás personas, siempre y cuando reúnan las condiciones para ejercer la custodia. Por ejemplo, la tía materna, la abuela paterna. Según la *Mudawwana*¹⁷ la prioridad después de esta última es para el padre y la hermana, y no la tía paterna, la prima paterna y el preferido de la línea paterna tal como subraya Ibn ʿUzayy¹⁸. Estos parientes varones, según la *Mudawwana*¹⁹, son el abuelo paterno, el tío paterno, el hermano y el hijo del hermano. No hay custodia que se atribuya al abuelo materno, según Ibn Rušd, pero al-Lajmī ha optado por la opinión contraria y lo mismo hizo Jalīl como podemos comprobar²⁰. El dueño del manumitido y su *ʿaṣīb*, el manumitido²¹.

Se prefiere al pariente carnal antes que al uterino, y a éste antes que al consanguíneo respecto a todos los parientes; a igualdad de título, por ejemplo cuando se trata de dos hermanas carnales, se prefiere aquella que mantenga mejor el niño y con más afecto. Y en caso de carencia de las mujeres, la custodia pasa a los parientes varones por línea paterna, y en caso de que estos tampoco existan, la custodia pasa a los parientes varones de la línea materna²². Entre los parientes del mismo grado, el parentesco carnal predomina sobre el del parentesco uterino, y éste sobre el consanguíneo. En cuanto a los parientes del mismo grado y del mismo vínculo, el juez debe atribuir la custodia a la persona que le parece más digna para mantener el niño. Y en caso de

le rite mālikite. Ed. y trad. León Bercher. Argel, 1968, p. 196; Ibn Salmūn. *Op. cit.*, p. 135. Véase también D. Satillana. *Op. cit.*, p. 230.

16. La *Mudawwana*, t. V, p. 39.

17. T. V, p. 41.

18. *al-Qawānīn al-fiqhiyya*. Libia-Túnez, 1982, p. 229.

19. T. V, p. 41.

20. Según Jalīl b. Ishāq en el caso de que el niño carezca de madre, el orden es el siguiente: la madre de la madre, si ella tiene un domicilio separado del de la madre a quien se le quitó el derecho a la custodia, por el matrimonio o por otra cosa, la tía materna, la tía materna de la madre, la abuela paterna y la de esta última y la abuela paterna del padre, el padre, la hermana, la tía paterna del padre, y la tía materna de este último. El tutor testamentario, el hermano del niño, el abuelo paterno, el hijo del hermano, el tío paterno y el hijo de este último.

21. Ibn Bāq ofrece una lista interesante de los que tienen derecho para ejercer la custodia. Véase las págs. 91 y ss.

22. Véase L. Milliot y F.P. Blanc. *Op. cit.*, p. 424.

carencia de parientes en situación para mantenerle, la custodia se atribuye al magistrado, que arregla la cuestión de la custodia del niño según los intereses de este último²³.

LAS CONDICIONES PARA EJERCER LA CUSTODIA

Son varias las cualidades que se deben tener para ejercer el derecho de la custodia. Según Jalīl b. Ishāq²⁴, estas cualidades se resumen en lo siguiente: la razón, la aptitud y la capacidad exigida: por ejemplo no ser de edad avanzada, la seguridad moral del lugar, cuando se trate de una niña por la cual se tema, la honorabilidad del encargado de la custodia (*ḥādīn*) y la ausencia de enfermedades. No se exige la fe musulmana de la encargada de la custodia (*ḥādīna*), y se adjunta si se teme por el niño²⁵. La madre cristiana²⁶ y la judía son como las madres musulmanas, e incluso la zoroástrica (*ma'yūsiyya*), cuyo marido se haya convertido al islam²⁷. Ibn Bāq²⁸ también, confirma el hecho de que la zoroástrica puede ejercer este derecho.

Según cuenta Saḥnūn²⁹ se preguntó a Mālik por qué a la cristiana se la compara con la musulmana en cuanto al tema de la custodia, dado que esta última puede darle de comer al niño cerdo y beber vino. La respuesta de Mālik fue que la cristiana ya estaba casada con el marido musulmán y podía haberlo hecho durante el matrimonio. Empero, si quiere hacerlo durante la custodia se le debe impedir sin quitarle el niño. Por otro lado, si la cristiana se casa, su hermana no puede ejercer el derecho de la custodia, ya que el padre tiene el derecho más que la tía materna cristiana³⁰. Tanto los mālīkíes como los ḥanafíes aceptan el hecho de que la *ḍimmī* puede ejercer la custodia³¹ partiendo de la idea de que el musulmán tiene derecho a casarse con una

23. *Ibidem*, pp. 424-5.

24. Texto, pp. 135-6, trad., pp. 139-140.

25. Según L. Milliot y F. P. Blanc a pesar de que el ser musulmán no se impone como condición fundamental para ejercer el derecho de la custodia, en la práctica, se observa que el niño puede ser confiado sólo a un musulmán. Véase la p. 425.

26. Ibn Wahb opina que la cristiana no tiene derecho a la custodia.

27. La *Mudawwana*, t. V, p. 41; Ibn Bāq. *Op. cit.*, p. 92.

28. *Op. cit.*, p. 92.

29. La *Mudawwana*, t. V, 41.

30. Tenemos constancia de un caso del siglo V/XI, en el cual la *Mudawwana* concede el derecho de la custodia a la abuela cristiana. El caso trata un matrimonio mixto, el padre musulmán y la madre cristiana. Ésta muere y deja dos hijas cristianas. Según la *Mudawwana*, la custodia pasa a la abuela cristiana, pese a que el padre está vivo. Véase M. 'A. Jallāf. *Waṭā'iq fī ḥukūm qaḍā' ahl al-ḍimma fī l-Andalus mustajra-ya min majtū' al-aḥkām al-kubrā li-l-qāḍī Abī l-Asbag 'Isā b. Sahl*. El Cairo, 1980, caso 16, p. 86.

31. El *Código Marroquí de Estatuto Personal* lo recoge en su art. 108: "Si la mujer que tiene la custodia es de religión diferente a la del padre del custodiado y no es su madre, tendrá el derecho de custodia sólo hasta que el custodiado cumpla cinco años. Si es la madre, su custodia será válida a condición de que no ejerza la custodia para educar al custodiado en una religión diferente a la del padre". Véase 'A. 'A. Taw-

cristiana o judía. En ninguna escuelas, la renegada puede ejercer este derecho bajo ningún concepto. De todas formas, la mujer no musulmana puede ejercer la custodia siempre y cuando no se aproveche de ella para educar al niño según otra religión distinta a la de su padre.

Por otro lado, al *ḥāḍin* se le exige las mismas condiciones que se aplican a la mujer, con la excepción de que debe tener a su lado una mujer que pueda ocuparse del niño, esposa o sirviente; en cambio, la *ḥāḍina* no debe casarse con alguien que no sea pariente del niño en grado prohibido para el matrimonio. Si el marido no pertenece a la familia ni es de grado no prohibido para el matrimonio, no puede ejercer la custodia, como el tío materno y tutor como el hijo del tío paterno o el niño no acepta sólo el pecho de su madre, o la persona que le dio de mamar lo hizo en otro sitio que el domicilio de su madre, o el niño carece del *ḥāḍin*, o alguien que no es digno de confianza, o si el padre es esclavo y la *ḥāḍina* es libre.

LAS CAUSAS DE LA ANULACIÓN DE LA CUSTODIA

La custodia tiene sus obligaciones, que debe respetar el *ḥāḍin*. Los *mālikíes* impusieron algunas reglas, cuya ausencia conduce a la anulación del ejercicio de la custodia. Ibn Ŷuzayy³² especifica estas reglas en cuatro; si la *ḥāḍina* viaja a un sitio lejano que no permite al padre seguir las noticias de niño o la niña y su educación. En este caso, el padre o el tutor testamentario puede provocar la anulación y la designación de otra persona que pueda ejercer este derecho, incluso si la custodia está en manos de la madre, ya que es el padre a quien corresponde el derecho de corregir, educar y enviar su niño a la escuela³³. El problema que se impone en este momento es el domicilio dónde se alojará el niño o la niña. Hemos de tener en cuenta el hecho de que cuando los esposos permanecen casados, la mujer sólo puede mantener su derecho a la custodia en dos casos: que tenga un domicilio separado del de su marido (situación poco corriente) o que el marido vaya de viaje pretendiendo llevar con él al custodiado. Según la escuela *mālikí*, tanto el padre como los tutores tienen derecho a llevar consigo al niño o a la niña si se trasladan a otro lugar para residir, pero tienen que informar a la madre y proponerle la posibilidad de trasladarse con el custodiado³⁴. En cambio, si sólo se trata de un viaje, no tienen por que llevar el niño con

fiq. *Mudawwanat al-aḥwāl al-šajsiyya ma'a ājir al-ta'dīlāt, zahīr 10/9/1993*. Casablanca, 1994, p. 66; Caridad Ruiz-Almodóvar. "El Código Marroquí de Estatuto Personal". *El Magreb. Coordinadas socioculturales*. Ed. Carmelo Pérez Beltrán y Caridad Ruiz-Almodóvar. Granada: Estudios Árabes Contemporáneos, 1995, p. 443.

32. *Op. cit.*, p. 229.

33. L. Milliot y F. P. Blanc. *Op. cit.*, p. 425.

34. Ibn Qudāma, por ejemplo, confía la custodia al padre desde el momento en el que uno de los dos

ellos. La madre, en cambio, puede llevar con ella al niño sólo si el lugar al que se traslada se encuentra a una distancia tal que al padre y a los tutores les resulte fácil seguir de cerca las noticias del custodiado³⁵. En cambio, los ḥanafíes no conceden este derecho al padre, especialmente cuando está en contra de la voluntad de la madre.

Según la escuela *mālikī*, la custodia de la madre se mantiene hasta que el niño alcance la pubertad³⁶ y para la niña hasta la consumación del matrimonio³⁷, particularmente en el caso de que la niña sea virgen³⁸. Al contrario, la chica que no es virgen, por ser viuda o divorciada, tiene la libertad de elegir dónde vivir³⁹.

Para evitar la anulación de la custodia en este caso, los *mālikíes* pusieron unos límites geográficos a la distancia que puede separar el domicilio de la *ḥāḍina* y el del padre o el tutor testamentario. Esta distancia no debe superar seis *burds*⁴⁰ (un *burd* corresponde aproximadamente a 12 millas, por lo que 6 *burds* son 72 millas). Puede mantenerse la custodia si se trata sólo de un viaje para mudarse a otro sitio y no de un viaje para llevar a cabo una operación comercial. A esto se añade el hecho de que el tutor debe especificar su intención. Para que el niño pueda acompañar al tutor testamentario, éste debe dejar claro que el camino está seguro⁴¹. Ibn Abī Zamanīn⁴² condiciona el traslado del tutor testamentario y dice que éste no puede llevar el custodiado hasta que confirme su residencia a las autoridades judiciales del lugar a donde se traslade y escriba un acta con la presencia de los testigos que suelen ser dos.

El domicilio del niño o de la niña depende en gran medida del padre o del tutor testamentario, ya que si éste se mueve o cambia de residencia puede llevar al niño con él. En este caso, la *ḥāḍina* debe acompañarles o, por el contrario, su derecho de custodia se anula⁴³. Pero si la distancia es menor de lo impuesto, la custodia se mantiene y la *ḥāḍina* no tiene por qué acompañar al niño⁴⁴; además la *ḥāḍina* no pierde

padres vaya de viaje. Linant de Bellefonds. *Op. cit.*, p. 158.

35. La *Mudawwana*, V, p. 40.

36. Según la escuela *šāfi'ī*, cuando el niño alcanza los siete años se le ofrece el derecho de elegir a uno de sus padres para vivir. Véase Ibn Ŷuzayy. *Op. cit.*, p. 230. Véase también A. Giladi. *Children of Islam: concepts of childhood in Medieval Muslim society*. Londres: MacMillan, 1992, y s. v. *Ṣaḥḥūr*. *Encyclopédie de l'Islam. Nouvelles Édition*, vol. VIII, pp. 849-856.

37. Ibn Salmūn. *Op. cit.*, p. 135.

38. al-Wanṣarīsī. '*Uddat al-burūq fī ŷam' mā fī l-maḍhab min al-ŷumū' wa-l-furūq*. Ed. Hamza Abū Fāris. Beirut, 1990, p. 344.

39. Y. Linant de Bellefond. s. v. *Ḥaḍāna*. *EF*², vol. III, pp. 17-20.

40. Asbag dice que la distancia no debe superar los dos *baridayn*. Véase Ibn Salmūn. *Op. cit.*, p. 135.

41. Jalīl b. Ishāq. *Op. cit.*, texto, p. 130, trad., p. 140.

42. Citado por Ibn Salmūn. *Op. cit.*, p. 135.

43. *Tuḥfa*, p. 336; Ibn Salmūn. *Op. cit.*, p. 135.

44. Ibn Salmūn. *Op. cit.*, p. 135.

su derecho de ejercer la custodia si viaja⁴⁵; si el custodiado se pone enfermo⁴⁶; si el *ḥāḍin* padece una enfermedad, como locura o lepra; poca piedad y fe, o si la *ḥāḍina* se casa⁴⁷. Hay que tener en cuenta, que la *ḥāḍina* puede mantener su responsabilidad si se casa con alguien que tenga parentesco con el niño en grado prohibido para matrimonio. Ibn Bāq⁴⁸ ofrece dos posibilidades en las que a la *ḥāḍina* no se le quita el niño. Por una parte, si el padre se entera que la *ḥāḍina* se había casado con alguien en grado no prohibido para la niña o el niño, y la denuncia después de haber pasado mucho tiempo⁴⁹. Por otra parte, si alguien repudiase a su mujer, teniendo un hijo con ella. Ésta se casa y el padre se entera después de que ha sido divorciada o que el nuevo marido había muerto. Sin embargo, si el padre se traslada a otro lugar seguro distinto del de la *ḥāḍina*, y consta que había residido allí seis meses, en este caso puede llevar sus hijos con él.

Comparando la custodia de la mujer libre y la de la esclava, al-Wanšārīsī⁵⁰ dice que la mujer libre pierde la custodia del niño cuando se casa, en cambio, la esclava⁵¹ no lo pierde, ya que los juristas mālikíes opinan que entre el segundo marido y el primero puede producirse un antagonismo que puede perjudicar al niño, por esta razón quitaron el niño a la madre libre; en cambio, la esclava, a pesar de estar ocupada con los asuntos de sus amos, éstos no llegan a odiar al hijo, sobre todo si fueran sus dueños y quienes le manumitieron. También el derecho de la custodia puede quitarse si el *ḥāḍin* no satisface las necesidades del custodiado.

Se observa claramente que al-Wanšārīsī hace hincapié en un factor que puede determinar una de las características de la custodia. Se trata del factor sentimental y social. La importancia de este elemento sirve para ver hasta qué punto su ausencia puede anular la custodia.

45. En el mismo sentido, Ibn Rušd dice que la responsable de la custodia no pierde su derecho de ejercer la custodia y que puede recuperar el custodiado tras su regreso del viaje. Véase Ibn Rušd. *Masā'il*. Ed. M. al-Ḥabīb al-Tiḡkānī. Casablanca, 1992, t. II, pp. 1221-2.

46. Al-Wanšārīsī. *al-Mi'yār*, t. IV, p. 45.

47. *Ibidem*, t. IV, p. 43.

48. *Op.cit.*, p. 97 y ss.

49. Ibn Rušd. *Masā'il*, t. I, p. 271 dice: que si el padre concede a la *ḥāḍina* el derecho de quedarse con el niño o la niña pese a que se había casado, el mencionado padre no tiene derecho de pedir su derecho de ejercer la custodia una temporada después y que la *ḥāḍina* puede quedarse con el niño. En otra ocasión (p. 239) el mismo autor proporciona datos acerca de un hombre que se divorció de su mujer y tenía una hija con ella. La mujer se casó con otro, y pasaron cinco años desde que ocurrió el repudio. El padre quiso recuperar a la hija. La respuesta de Ibn Rušd fue que el padre no podía recuperarla, y sólo podría hacerlo si pudiese demostrar que la madre podía perjudicar a la hija.

50. *Uddat al-burūq*, pp. 342-3.

51. Sin duda al-Wanšārīsī se refiere a la esclava cuyo hijo fue manumitido.

LA DURACIÓN DE LA CUSTODIA

Son distintas las opiniones de las escuelas acerca de la duración del periodo de la custodia para que el niño sea confiado a su padre o a su tutor. Sin embargo, la mayoría de ellas opinan que la custodia termina en una fecha fija, y que esta fecha es siempre más tardía para la niña que para el niño. En principio, la custodia, según la escuela *mālikī*, dura hasta los siete años para los chicos y para las chicas hasta los nueve años. Sin embargo, hemos de tener en cuenta el hecho de que la opinión de la escuela *mālikī* es más rígida si la comparamos con las demás escuelas, especialmente en el caso de que el custodiado sea una niña, ya que si la custodia del niño termina cuando éste llega a la edad de la pubertad, incluso si se ve afectado por una enfermedad mental, la custodia de la niña no termina hasta que ésta consuma el matrimonio. Y si ésta es repudiada antes de la consumación del matrimonio debe permanecer bajo el régimen de la custodia⁵².

LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA SEPARACIÓN ENTRE LA MADRE Y EL NIÑO

Ahora bien, hemos de tomar en consideración que el problema de la custodia pone de manifiesto otra cuestión que trata las causas de la concesión o no de la separación entre la madre o el niño. Son tres los puntos que deben destacarse al respecto. La separación entre la madre libre y su hijo; la separación entre la madre esclava y el niño, y la separación entre la madre *ḍimmī* y el niño. *Sahnūn*⁵³ concede el derecho de la separación del niño de su madre en caso de que esté viviendo en un sitio inseguro.⁵⁴ En cambio, si el padre o el tutor testamentario vive en un lugar seguro, puede tener el niño. Esta regla se aplica tanto sobre las madres libres como las no libres.

*Al-Waṣṣārīsī*⁵⁵ ofrece datos acerca de este tema y dice que no se puede separar a la esclava y a su hijo por venta de ésta⁵⁶ pese a que la madre lo acepte; además sólo será válida la separación cuando el niño cambie la dentición (*hattā yatgura*). Por otro lado, la madre divorciada puede renunciar a su derecho a la custodia a favor de la abuela o a la tía, entre otras, pese a que el derecho a la custodia es algo que pertenece a los dos; en cambio, la esclava no puede renunciar a este derecho a favor de nadie,

52. Y Linant de Bellefonds. *Traité de droit musulman comparé*, p. 170. Dice Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī. *Op. cit.*, p. 196: “wa-l- ḥaḍāna li-l-umm ilā iḥtilām al-ḍakar wa-nikāḥ al-unṭā wa-dujūli-hā”.

53. La *Mudawwana*, p. 42.

54. Sobre este aspecto véase M. Marín y R. El Hour. “Captives, children and conversion: a case from late Naṣrid Granada”. *Journal of Economic and Social History of the Orient*, 41, 4 (1998), pp. 453-473.

55. *Op. cit.*, p. 342.

56. El padre no tiene derecho a vender ni ofrecer la niña o el niño que había tenido de una esclava a alguien, y si se muere la hija será libre. Véase Mālik b. Anas. *al-Muwattaʿa*. Ed. Fārūq Saʿd. Beirut, 1988, p. 665.

ya que esto puede perjudicar al niño. Si la esclava, cuyo hijo fue manumitido y su marido era libre, es repudiada, conserva su título de *ḥādina* y sólo lo pierde a favor del padre si es vendida y se la traslada a otro lugar. Y si el padre es esclavo no se puede separar al hijo de su madre, sea libre o esclava, ya que el padre, en este caso, no tiene alojamiento fijo y permanente, pues está obligado a viajar, se le pone como garantía y se le puede vender⁵⁷. Sólo se puede separar a la esclava de su hijo por venta, cuando el hijo cambia la dentición, ya que el dueño tiene derecho a sacar provecho del servicio del niño cuando éste alcanza la edad en la que será útil su servicio, sólo en este momento se le puede separar de su madre. Sin embargo hay que tomar en consideración el hecho de que la edad mínima en la que el niño puede efectuar servicios al amo es de siete años. El hijo de la madre libre no está obligado a hacer estos servicios porque no es un esclavo. En cuanto a la madre libre, la separación sucede cuando el niño cambia la dentición, excepto si el niño, según Mālik, prescinde de su madre en su comida, su bebida, su vestido, cuando se levanta y se sienta y en su sueño. Según Mālik, cuando el niño cambia la dentición prescinde de su madre. En cambio, Mālik concede la separación entre el padre y los hijos y entre la abuela materna y la paterna y éstos, aunque sean niños, es decir, antes del cambio de la dentición⁵⁸.

También la separación se impone a la hora de amamantar al niño y pagar los gastos de su manutención. En principio, a la madre le corresponde el deber de amamantar al niño, sobre todo si tenemos en cuenta que el texto coránico dice que las madres que quieren ofrecer una lactancia completa a sus hijos lo pueden hacer por un periodo de dos años⁵⁹. La madre, en este caso, tiene el derecho de pedir al padre un salario, y éste no puede separarla de su hijo si quiere amamantarlo tal como lo hace una mujer extrajera, en el sentido de que no sea su madre o tenga algún parentesco directo con el niño⁶⁰.

La madre puede rechazar amamantar el niño si está en condiciones elevadas⁶¹, o si fuera objeto de un repudio irrevocable. Siendo repudiada, a la madre se le puede obligar a amamantar, si el niño no acepta ningún otro pecho, o si el padre está muerto o ausente y el niño no tiene fortuna sobre las rentas de las cuales se podría obtener el salario de una nodriza.

57. La *Mudawwana*, V, p. 41.

58. La *Mudawwana*, V, p. 43.

59. Véase también Ibn Bāq. *Op. cit.*, pp. 102 y ss; L. Milliot y F. P. Blanc. *Op. cit.*, p. 425.

60. Véase al-Wanšarīsī. *al-Mi'yār*, t. IV, p. 26.

61. Véase también Ibn Bāq. *Op. cit.*, pp. 102 y ss.

Si la madre está obligada a amamantar el niño, como lo hace para cumplir una obligación impuesta por la ley, en este caso, la madre no tiene derecho a ninguna retribución, pero en caso contrario, puede exigir al padre que le pague un salario, ya que al fin y al cabo el padre tiene que dar un salario a una nodriza. Por otro lado, la madre repudiada de manera irrevocable tendrá derecho a una retribución⁶².

En resumen, la custodia existe, en nuestra opinión, exclusivamente en interés del niño o de la niña y para satisfacer sus necesidades. En virtud de este interés se puede crear una situación en la que se pasen por alto tanto las reglas como las normas impuestas por la ley islámica, en aquellos casos en que la persona encargada de la custodia pueda perjudicar al niño, incluso si fuera su madre o su padre y los descendientes de los dos. La custodia, en este caso, dependería prácticamente del propio *cadí* o magistrado que debería buscar la persona adecuada para confiarle el mantenimiento del niño o de la niña.

62. L. Milliot y F.P. Blanc. *Op. cit.*, p. 425.