

¿QUÉ FUE DEL NIÑO DORMIDO? CONSECUENCIAS DE LA REDUCCIÓN DE LOS PLAZOS MÁXIMOS DE DURACIÓN DEL EMBARAZO EN LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACIÓN ISLÁMICAS CONTEMPORÁNEAS

WHAT IS LEFT OF THE *DORMANT EMBRYO*? THE SHORTENING OF THE MAXIMUM DURATION OF PREGNANCY IN CONTEMPORARY ISLAMIC JURISPRUDENCE AND LEGISLATION, AND ITS CONSEQUENCES

DELFINA SERRANO-RUANO

Author / Autora:

Delfina Serrano-Ruano
Consejo Superior de Investigaciones Científicas
Madrid, Spain
delfina.serrano@cchs.csic.es
<http://orcid.org/0000-0003-1155-9267>

Submitted / Recibido: 18/05/2021
Accepted / Aceptado: 30/10/2021

To cite this article / Para citar este artículo:
Serrano-Ruano, D. (2023). ¿Qué fue del niño dormido? Consecuencias de la reducción de los plazos máximos de duración del embarazo en la jurisprudencia y la legislación islámicas contemporáneas. *Feminismo/s*, 41, 159-185. Rethinking Motherhood in the 21st Century: New Feminist Approaches [Monographic dossier]. María Dolores Serrano Niza & Inmaculada Blasco Herranz (Coord.). <https://doi.org/10.14198/fem.2023.41.07>

Licence / Licencia:

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International.



© Delfina Serrano-Ruano

Resumen

Este artículo toma como punto de partida resultados obtenidos en dos trabajos previos publicados en revistas especializadas del ámbito de la islamología y de los estudios de género e islam (Serrano-Ruano, 2018, 2022). El principal argumento del artículo es que una incorporación parcial y sesgada del conocimiento científico moderno sobre embriología, ginecología y genética por parte de los sistemas legales islámicos contemporáneos, al tiempo que se mantiene en ellos la penalización de las relaciones extra-matrimoniales (*zinā*), ha acrecentado la vulnerabilidad de determinados grupos de personas como las madres solteras y sus hijos, o las mujeres que se quedan embarazadas tras enviudar, ser repudiadas o ser abandonadas por sus maridos. Mientras tanto, el registro escrito parece indicar que con anterioridad al siglo XX, la admisión de duraciones del embarazo muy prolongadas —recogidas en

la doctrina del *niño dormido*— fue bastante efectiva para proteger a las mujeres en la situación descrita anteriormente contra una acusación de *zinā* e impedir que sus hijos fueran considerados ilegítimos y privados de todo tipo de derechos.

Para desarrollar este argumento, en primer lugar, se pasa revista a la jurisprudencia islámica clásica, así como a la legislación y a la práctica judicial de una serie de países de mayoría islámica acerca de la duración legal del embarazo y la filiación paterna. A continuación, se analiza el impacto social y jurídico que la genética y la medicina modernas están teniendo en el tratamiento de estas cuestiones.

En última instancia el trabajo aspira a traspasar los límites estrictos de la islamología y de los estudios de género e islam, y facilitar la recepción de sus resultados entre especialistas procedentes de otras disciplinas y sin capacidad para leer fuentes primarias o bibliografía en árabe.

Palabras clave: niño dormido; Magreb; malikismo; filiación; pruebas de ADN; sexo ilícito; *zinā*

Abstract

This article takes as its starting point the results obtained in two previous works published in specialized journals in the field of Islamic and gender studies (Serrano-Ruano, 2018, 2022). The main argument of the article is that in contemporary Islamic legal systems, a partial and biased incorporation of modern scientific knowledge on embryology, gynecology and genetics on the one hand while maintaining the criminalization of extra-marital relations (*zinā*), on the other, has led to increased vulnerability of certain groups of people such as single mothers and their children, or women who become pregnant after being widowed, divorced or abandoned by their husbands. Meanwhile, the written record seems to indicate that prior to the 20th century, the admission of extremely long pregnancy durations —encapsulated in the doctrine of the *dormant embryo*— was quite effective in protecting women in the situation described above against a charge of *zinā* and prevented that their children were considered illegitimate and deprived of all kinds of rights.

To develop this argument, we first review classical Islamic jurisprudence as well as the legislation and judicial practice of a number of Islamic-majority countries, on the legal duration of pregnancy and paternal filiation. Next, we go on to analyze the social and legal impact that modern genetics and medicine are having on these issues.

Ultimately, the work aims to go beyond the strict limits of Islamic studies and facilitate the reception of its results among specialists in gender studies from other disciplines lacking the necessary skills to read Arabic primary and secondary sources.

Keywords: sleeping child; *dormant embryo*; Maghreb; Maliki legal school; paternal filiation; DNA testing; unlawful sex; *zinā*

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo toma como punto de partida los resultados obtenidos en dos trabajos previos publicados en revistas especializadas del ámbito de la islamología y de los estudios de género e islam (Serrano-Ruano, 2018, 2022). Dichos trabajos se refieren a las opiniones de juristas musulmanes medievales y contemporáneos sobre la duración legal del embarazo, las cuales, aunque referidas a contextos espacio temporales concretos, son exportables a contextos más amplios. En las líneas que siguen, replanteo las cuestiones allí abordadas, deteniéndome en la doctrina del *niño dormido* a la que entonces solo aludía de pasada. Mi objetivo es difundir los resultados de dichos trabajos entre un público no especializado en los estudios árabes e islámicos y sin capacidad para leer fuentes primarias o bibliografía en árabe, contribuyendo así al intercambio entre investigadores que se interesan por las cuestiones de género desde distintos ámbitos disciplinares. Mi intención no es repetir aquí los resultados obtenidos en dichos trabajos, sino mostrar la manera en que los estudios árabes e islámicos, y más concretamente los dedicados a cuestiones legales relativas a las relaciones sexuales, a la gestación y al alumbramiento, cuando las discuten juristas musulmanes tanto medievales como contemporáneos, se prestan a una visión más multidisciplinar y contribuyen a los estudios de género. En ambos trabajos analizo las opiniones de una serie de expertos contemporáneos en jurisprudencia islámica (*fiqh*) sobre dos temas, respectivamente: 1) la manera en que la posibilidad de demostrar la paternidad biológica de un niño mediante una prueba de ADN está afectando a la cuestión de la filiación legal en tres niveles: jurisprudencia islámica clásica, legislación y práctica judicial de países de mayoría islámica; 2) visiones contemporáneas acerca de la duración legal del embarazo y de la necesidad —o no— de adaptarla a los criterios de la medicina moderna¹. Los resultados de

1. La lista de expertos consultados incluye a Albar (1986), Āl Šayj (2010), Am`īza (2005-2006), al-Gāmidī (2009), al-Hāy`y (2012) y al-Nūr (2007). Los dos trabajos citados al principio de esta nota recogen resultados de mi participación en el proyecto de investigación «Structure of the Nuclear Family in the Wake of Genetic and Reproductive Technologies», dirigido por Ayman Shabana y financiado por el Qatar National Research Fund perteneciente a la Qatar Foundation, ref. [NRP8-1478-6-053]. La selección de estas fuentes procede, precisamente, de la base de datos elaborada en el marco de ediciones previas de dicho proyecto (Serrano-Ruano, 2018).

ambos trabajos se insertan en una línea de investigación sobre género, familia y derecho penal islámico que vengo desarrollando desde hace ya más de una década y dentro de la cual he prestado especial atención a los denominados *delitos sexuales* (Serrano-Ruano, 2005, 2007, 2009, 2017, 2018, 2022).

He estructurado el artículo en varias secciones y subsecciones cuyos epígrafes considero son suficientemente claros respecto al orden seguido a la hora de plantear las distintas cuestiones y sobre sus contenidos.

2. EL NIÑO DORMIDO: UNA CREENCIA INCORPORADA A LA DOCTRINA LEGAL ISLÁMICA (FIQH) CLÁSICA

La expresión *niño dormido* (en árabe *rāqid*)² se corresponde con una creencia ampliamente difundida en sociedades islámicas premodernas³ pero también contemporáneas, según la cual el feto puede permanecer un tiempo indefinido en el seno de su madre antes de nacer. Como es obvio, esta creencia contempla períodos de gestación extraordinariamente amplios y cuestiona el máximo de nueve meses establecido por la medicina moderna, pero también los conocimientos sobre embriología alcanzados en el seno de la medicina de tradición greco-islámica.

Según esta noción, el feto puede *dormirse* en el útero materno y permanecer en ese estado durante un período indefinido de tiempo hasta que se despierta a consecuencia de un trauma acaecido a la madre de forma repentina, del retorno de su sangre menstrual o por mantener relaciones sexuales. Entonces puede que se produzca el alumbramiento o que el feto

-
2. En francés *enfant endormi*; en inglés, *dormant embryo* o *sleeping fetus*; en alemán, *Schlafende Schwangerschaft*. Puesto que el tema ha dado lugar a una abundante bibliografía, resulta útil tener en cuenta estas otras expresiones para localizarla. Mi intención no es proporcionar aquí una lista exhaustiva de estudios relevantes, ni siquiera la de hacer un balance de sus resultados (véase un buen resumen del tema y de sus principales implicaciones jurídicas y sociales en Vidal Castro (2016, pp. 235-236). Lo que pretendo es exponer datos extraídos de algunos de esos estudios que me han parecido especialmente útiles para ampliar la perspectiva de mi propia contribución al tema a partir del examen de fuentes jurídicas árabes medievales y contemporáneas.
 3. Con la expresión «sociedades islámicas premodernas» me refiero al período anterior a la colonización europea de Oriente Medio. En los estudios árabes e islámicos, el paso a la modernidad suele situarse a finales del siglo XVIII con la llegada de las tropas napoleónicas a Egipto.

se vuelva a dormir otra vez por otro período de tiempo indeterminado (Colin, 1998).

La creencia en duraciones extremadamente prolongadas del embarazo fue incorporada por los juristas tempranos al corpus de doctrinas legales islámicas (*fiqh*) bajo el supuesto de que, a falta de evidencias más claras en el Corán y en la tradición profética⁴, la cuestión debía regirse por lo que las mujeres—consideradas las principales expertas en la materia—afirmaran ser lo habitual entre ellas. La primera fuente jurídica islámica que nos sirve para documentar la vigencia de la noción del *niño dormido* es *al-Muwatta'*, un libro cuyo autor, Mālik b. Anas (Medina, m. 795) es conocido también como fundador de una de las cuatro escuelas jurídicas sunníes del islam⁵, del que dicha escuela toma su nombre. La escuela mālikí fue predominante en al-Andalus y continúa siéndolo en buena parte del Norte de África y en Emiratos Árabes Unidos. En el caso de Marruecos y de Emiratos Árabes, lo es en tanto que escuela oficial. La propia doctrina de Mālik favorable a la admisión de embarazos muy prolongados parece haber estado condicionada por la creencia de que él mismo nació después de un largo embarazo de su madre, creencia que se habría visto reforzada por la información que recopiló de otras mujeres sobre casos *reales* de embarazos prolongados (Colin, 2003).

Así pues, como se verá más adelante, hasta hace unas cuantas décadas la duración legal del embarazo en sociedades islámicas no ha estado regida por criterios médicos, sino por una ficción legal basada en convenciones sociales como la creencia en el *niño dormido*.

4. Es decir, las dos principales fuentes de todo aquello que es de obligado cumplimiento en el islam. A este conjunto de normas se alude habitualmente con el término *ṣarṭa*.

5. El concepto de *sunna* (que en castellano ha dado el arabismo *zuna*) puede interpretarse como *ortodoxia* en la medida en que representa la rama seguida por la inmensa mayoría de los musulmanes y no tanto una calificación moral o metodológica del resto de ramas del islam por mi parte. Es decir, *sunna* significa ortodoxia para los musulmanes sunníes. Los shi'íes, por su parte, consideran que la rama correcta del islam es la que ellos siguen. Para más información sobre el significado de este concepto véase Juynboll y Brown (2012). Las cuatro escuelas jurídicas sunníes se conocen por los nombres de los juristas a quienes se considera sus fundadores: la ḥanafí por Abū Ḥanīfa, la mālikí por Mālik b. Anas, la šāfi'í por al-Šāfi'ī y la ḥanbalí por Ibn Ḥanbal.

2.1. Duración mínima del embarazo según la jurisprudencia islámica clásica

Basándose en una lectura conjunta de la aleya 233 de la «azora de la Vaca» —o sea, la azora número II— y 15 de la «azora de las Dunas» del Corán —azora número XLVI—, la inmensa mayoría de los juristas musulmanes premodernos y contemporáneos sostienen que el plazo mínimo legal del embarazo es de seis meses y suponen que por debajo de ese periodo de gestación es imposible que el feto sobreviva. Esto implica que consideran ilegítimo al niño nacido antes de que hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que sus padres contrajeron matrimonio. Como excepción pueden citarse los casos de al-Nūr (2007) y al-Hāyî (2012), ambos partidarios de revisar el mínimo a la baja y de determinar la edad del feto mediante pruebas médicas.

2.2. Duración máxima del embarazo según la jurisprudencia islámica clásica

Tal como afirman los expertos en *fiqh*, ni en el Corán ni en el hadiz o tradición profética hay base textual para regular la cuestión de la duración máxima legal del embarazo. Las cuatro escuelas jurídicas sunníes mantienen importantes discrepancias sobre la cuestión entre ellas e incluso dentro de ellas. En algunos casos la postura *oficial* no es única. Por ejemplo, la escuela mālikí admite máximos de cuatro y de cinco años. Dentro de cada escuela hay también opiniones minoritarias. Las distintas opiniones, tanto las *oficiales* o mayoritarias como las minoritarias, se pueden clasificar en dos grandes grupos: 1) el de los juristas que rehúsan fijar un límite temporal concreto y optan por que la cuestión se decida en función de las circunstancias de cada caso; 2) el de los juristas que son partidarios de fijar una duración máxima (Serrano-Ruano, 2022, pp. 373-376).

En la mayoría de los casos, estas duraciones máximas, como ya he apuntado, sobrepasan ampliamente los nueve meses, oscilando entre los dos, los siete e incluso los diez años. Sin embargo, Ibn `Abd al-Ḥakam, un mālikí egipcio de principios del siglo IX, discrepó de sus compañeros de escuela y propuso un año completo como mucho. Esta posición se encuentra cercana

a la del jurista cordobés del siglo XI Ibn Ḥazm⁶ para el cual, un embarazo no puede durar más de nueve meses. Para el gran filósofo, médico y jurista cordobés Ibn Rušd al-Ḥafīd, más conocido en el Occidente latino como Averroes y que también era seguidor de la escuela mālikī, la norma legal a aplicar debería regirse por la experiencia constatada habitualmente y no por casos excepcionales. En su opinión, Ibn `Abd al-Ḥakam y los zāhirīs se acercaban más a la verdad que el resto. Otro cordobés universal, el gran intérprete del Corán al-Qurṭubī, sostenía la posición contraria, es decir, la norma legal aplicable debía ser elaborada dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular, tomando en cuenta las duraciones más extremas y excepcionales que se hubieran registrado hasta el momento, sin fijar un plazo máximo concreto (Serrano-Ruano, 2022, pp. 373-376).

En síntesis, los juristas clásicos parecían estar de acuerdo en la idea de que, a falta de evidencias procedentes de los textos sagrados, lo más aconsejable era someter los plazos legales de gestación al dictamen de la experiencia constatada y de la observación de la naturaleza. La mayoría pensaba que había que contar con los casos más extremos mientras que la minoría era partidaria de basarse en lo más común. Unos eran partidarios de fijar un límite concreto, por amplio que fuera, y otros de admitir lo que dijeran las mujeres por inverosímil que pudiera resultar, sin establecer plazos máximos. Unos aplicaban esta presunción sólo a las mujeres casadas, excluyendo a las viudas y a las repudiadas; otros la hacían extensible a toda mujer que estuviera o hubiera estado casada (Serrano-Ruano, 2022).

De lo dicho podría desprenderse que en la cuestión de la duración legal del embarazo la jurisprudencia islámica clásica manifestó desde época temprana una apertura hacia la adopción de los criterios de la medicina y las ciencias naturales, con todo lo que ello implica para estudiar la relación entre ciencia y religión en el islam o dicho de otra manera, la relación entre el valor probatorio de las evidencias científicas y las pruebas circunstanciales, por un lado, y el de los textos sagrados, por otro. De hecho, como ha señalado Muhammad Ghaly (2014), la jurisprudencia islámica clásica, lo mismo que

6. Ibn Ḥazm fue el principal ideólogo de una escuela alternativa, la zāhirī, que nunca fue admitida como parte de la sunna, lo cual no implica que sus doctrinas hayan sido irrelevantes para la historia pasada y reciente del derecho islámico.

otras disciplinas, terminó por acusar el impacto de la traducción al árabe de los tratados griegos de medicina y biología y el desarrollo que, como consecuencia, registraron esas disciplinas en la propia cultura árabe islámica. La asimilación del legado médico griego por parte de los juristas musulmanes se reflejó en la incorporación de opiniones médicas a sus discusiones, dando lugar a visiones innovadoras sobre las implicaciones jurídico-teológicas de la embriología humana. Estas últimas propuestas pusieron en cuestión las opiniones admitidas hasta entonces (siglo XIII) por la mayoría de los juristas de las escuelas sunníes de derecho, pero no lograron alterar la anterior división entre jurisprudencia y medicina por lo que respecta al embarazo, ni a las duraciones extensas que se siguen considerando características de cada una de las escuelas.

3. ¿QUÉ QUEREMOS DECIR CON LA EXPRESIÓN *DURACIÓN LEGAL DEL EMBARAZO* Y CUÁLES SON SUS IMPLICACIONES?

La duración legal del embarazo que, como se ha visto, ha de distinguirse claramente de su duración médica, tiene una gran relevancia a la hora de determinar los muchos derechos y obligaciones derivados de 1) la filiación paterna (*nasab*); 2) la *`idda* o período de espera que las mujeres tienen que guardar antes de volver a contraer matrimonio tras un repudio o tras haber enviudado. Dicha espera tiene por objeto descartar la existencia de un embarazo, pues en caso positivo la mujer no puede contraer nuevas nupcias hasta haber dado a luz y completado la cuarentena, además de la lactancia del bebé si es ella quien se encarga personalmente, sin recurrir a una nodriza; 3) la pensión de manutención de la repudiada y de la viuda (*nafaqa*); 4) los derechos hereditarios y 5) los legados a favor del no nacido. De esta manera, si se admite que un embarazo puede durar cinco años como máximo, por ejemplo, una mujer que se declara embarazada antes de ser repudiada o de enviudar, o posteriormente durante el período de espera legal (*`idda*), tendrá derecho a recibir la pensión de manutención a cargo de su exmarido o a cuenta de sus bienes si fallece, hasta que se produzca el alumbramiento o el embarazo quede interrumpido por un aborto, por un plazo máximo de cinco años, y cuando dé a luz, hasta que termine de amamantar al niño, hasta un máximo de dos años. La espera

legal de la repudiada y de la viuda que no se declaran embarazadas o en la duda de estarlo, es de tres menstruos. Si se trata de una esclava que cambia de propietario, la espera legal es de un menstruado y se denomina *istibrā'*. El niño nacido durante la espera legal es afiliado a su padre presunto (o sea, al exmarido o al marido fallecido de su madre), con todas las consecuencias legales, es decir, derecho a llevar el nombre de familia de su padre y a ser mantenido a su cargo o a cargo de su herencia hasta alcanzar la mayoría de edad; derecho a heredarle y, finalmente, a recibir legados hechos a su favor en calidad de hijo legítimo suyo. En caso de fallecimiento del presunto padre antes de que el embarazo haya llegado a término, la madre o los valedores del no nacido tienen derecho a solicitar un aplazamiento del reparto de la herencia hasta que se produzca el alumbramiento e incluso hasta que el niño alcance la mayoría de edad. Todo ello siempre contando con que la madre no haya tenido relaciones con un tercero antes de dar a luz.

Hasta aquí he expuesto las consecuencias legales de la duración máxima del embarazo. Para que un niño se considere legítimo, ya he mencionado que su nacimiento tiene que producirse como mínimo transcurridos seis meses después de la fecha en que sus padres contrajeron matrimonio. Si nace antes y la madre no ha estado casada anteriormente, el niño se considera ilegítimo, es decir, no se atribuye al marido pues se supone que no puede haber sido concebido en el seno del matrimonio en curso. Si la madre ha estado casada anteriormente, el hijo se atribuye al anterior marido, suponiendo que los plazos máximos mencionados anteriormente puedan aplicarse.

La duración legal del embarazo tiene también importantes implicaciones penales. La jurisprudencia islámica clásica tipifica como grave delito las relaciones sexuales fuera del matrimonio, o del concubinato cuando estaba en vigor. Este *delito* se denomina *zinā* y está sujeto a duros castigos denominados *ḥudūd*⁷. En el caso de las personas que nunca hayan estado casadas, el castigo es de cien latigazos para hombres y mujeres, y un año

7. Plural de *ḥadd* o pena estatutaria, es decir, que viene ya determinada en el Corán y/o en la tradición profética. El término *ḥadd* y su plural se aplican tanto al castigo como al tipo de delito al que corresponden dichos castigos.

de confinamiento para los varones. En el caso de personas que estén o hayan estado casadas, el *zinà* se castiga con la lapidación hasta la muerte. A los esclavos que incurren en *zinà* les corresponden cincuenta latigazos indistintamente de sus circunstancias en el momento de producirse los hechos. En muchos casos, en especial en zonas donde la escuela *mālikí* es o ha sido predominante, el embarazo de una mujer que no tiene marido se considera prueba de que ha cometido *zinà*. Un nacimiento que se produce antes o después de los plazos legales mínimos y máximos establecidos puede acarrearle a la madre la misma imputación. Además, en el islam sunní, el hijo nacido de relaciones consideradas ilegales no es afiliado al padre biológico, aunque se conozca su identidad, con todo lo que ello implica: privación del nombre paterno, del derecho a ser mantenido por él y a heredarle; el hijo se vincula automáticamente a la madre, que es quien termina cargando con toda la responsabilidad (Serrano-Ruano, 2005, 2007). En sociedades patriarcales y tradicionales, la maternidad fuera del matrimonio y la falta de un padre legítimo suponen además un enorme estigma social.

No es que los juristas musulmanes premodernos no supieran que un embarazo dura nueve meses a lo sumo. Los ejemplos de opiniones minoritarias que he citado en la sección anterior así lo atestiguan, lo mismo que las reacciones del común de los musulmanes y musulmanas que podemos observar a través de las fuentes que tenemos a nuestra disposición para estudiar la doctrina y la práctica del derecho islámico en sociedades pre-modernas. En al-Andalus, por ejemplo, las duraciones admitidas por la doctrina no eran necesariamente tenidas en cuenta en la práctica por jurisconsultos y jueces. Las fuentes jurídicas revelan una cierta tensión entre las doctrinas legales en vigor y la percepción generalizada acerca de la duración real de un embarazo. Por otra parte, hemos de pensar que el recurso a los tribunales era algo excepcional, no la manera habitual de resolución de diferencias y conflictos entre la gente (Serrano-Ruano, 2005).

Cuando se evidenciaba que una mujer estaba embarazada sin tener marido —por haberla éste repudiado o por haber fallecido o desaparecido mucho tiempo atrás—, algunas abandonaban a la criatura al nacer. Otras alegaban haber sido seducidas bajo la falsa promesa de un matrimonio, o incluso violadas. Cabe pensar que las mujeres que recurrían a este último

tipo de estrategia lo hacían en la confianza de poder presionar al acusado para que se casara con ellas. Sin embargo, si el acusado se negaba a asumir su responsabilidad por el embarazo, o si la alegación era tenida por falsa, la estrategia se convertía en una trampa muy peligrosa pues se trataba de un reconocimiento explícito de haber incurrido en relaciones sexuales fuera del matrimonio (*zinā*) (Serrano-Ruano, 2005, 2007).

Cuando lo que suscitaba las consultas legales que han llegado hasta nuestras manos no era tanto una acusación de *zinā* sino cuestiones económicas [por ejemplo, el pago de la manutención o el reparto de la herencia del marido si fallecía], las circunstancias solían ser las que siguen: en el momento de enviudar o de formalizarse el repudio, la mujer se declaraba embarazada. En el contexto geográfico y temporal que tengo en mente, es decir al-Andalus, el plazo máximo de duración del embarazo era el de la escuela *mālikí*, que admite duraciones de cuatro y hasta cinco años. Sin embargo, transcurridos los primeros nueve meses, dos años a lo sumo, desde que la mujer se había declarado embarazada, si el exmarido o los familiares del fallecido se negaban a seguirle pagando la manutención o no aceptaban su alegación de estar embarazada para que el reparto de la herencia se pospusiera hasta el alumbramiento —algo que podemos suponer sucedía con cierta frecuencia—, la mujer podía ser obligada a someterse a una especie de reconocimiento ginecológico por parte de *mujeres expertas*. Los juristas discrepaban sobre si una mujer libre podía ser sometida a dicho examen o si bastaba con su palabra. Si la mujer no lograba evitar el examen, pero las expertas emitían informes discrepantes, se daba preferencia al informe positivo. La preponderancia del informe positivo sobre el negativo daba ocasión a alguna de las implicadas de ejercer una cierta solidaridad femenina, pero si todas las expertas declaraban que el embarazo no existía, o que el feto había muerto, la mujer podía ser obligada a devolver todo lo recibido en concepto de manutención hasta entonces. No obstante, algunas mujeres estaban al tanto de las posibilidades que les proporcionaba la doctrina jurídica en relación con las duraciones prolongadas del embarazo y conseguían esgrimir las con éxito para hacer frente a la presión de su entorno y evitar ser sometidas a examen antes de que se cumplieran los plazos máximos permitidos. Disponer de esa información resultaba pues fundamental. Otra cuestión es hasta qué punto los casos de esas mujeres

—las fuentes documentan algunos que son realmente fascinantes— eran representativos de la realidad a la que estaban sujetas la mayoría de sus congéneres. Cabe sospechar que se trataba de mujeres pertenecientes a las familias más influyentes social y económicamente que, o bien eran capaces de leer o de recabar la información que necesitaban conocer por propia iniciativa, o recibían el asesoramiento legal necesario para responder a la presión, o neutralizar una grave acusación de manera eficaz (Ibn ʿIyād, 1990, pp. 269, 277-280; Marín, 2000, pp. 294, 508-510; Serrano-Ruano, 1998, pp. 447-448, 457-461; al-Wanšārīsī, 1981, IX, p. 227).

El hecho es que, aunque eran plenamente conscientes de que un embarazo no duraba más de nueve meses, la mayoría de los juristas premodernos se oponían a que la duración legal del embarazo se sometiera el criterio que podríamos denominar médico o científico. En primer lugar, los conocimientos de la medicina tradicional, por avanzados que fueran entonces, no aportaban una total certeza sobre la cuestión, al contrario de lo que sucede hoy en día. Sin embargo, el factor determinante aquí es que para salvaguardar el orden social islámico, los juristas musulmanes consideraban que la necesidad de establecer la filiación paterna en el seno del matrimonio prevalece sobre la de verificar si el marido de una mujer era o no el padre biológico de su hijo. Por otra parte, si un hombre sospechaba que el hijo de su mujer no era suyo, no estaba obligado a aceptarlo y podía recurrir al juramento imprecatorio (*liʿān*). Dicho juramento permitía al hombre rechazar la paternidad del hijo de su mujer eludiendo la acusación de calumnia de adulterio contra ella. A su vez, a ella jurar le suponía eludir las consecuencias penales de una acusación de adulterio y proteger a su hijo de las consecuencias sociales. Tras el juramento, el matrimonio quedaba disuelto para siempre y el niño se afiliaba a los parientes varones de la madre. No obstante, rechazar al hijo de la propia esposa estaba muy mal visto. Se consideraba que el hombre que sospechaba de que su mujer no le era fiel debía repudiarla cuanto antes sin dar tiempo a que se quedara embarazada (Serrano-Ruano, 2017).

4. LA DURACIÓN LEGAL DEL EMBARAZO EN LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACIÓN ISLÁMICAS CONTEMPORÁNEAS⁸

4.1. Legislación

Hoy en día, los castigos contra las relaciones sexuales pre o extra-matrimoniales antes mencionados (*hudūd*) han sido sustituidos por otro tipo de penas menos severas como las multas y la cárcel. Sin embargo, en países como Irán, Libia, Pakistán, Sudán, Afganistán, y algunos estados del norte de la federación de Nigeria los castigos *hudūd* fueron *reintroducidos* tras las olas de *reislamización* política y legal que se produjeron a partir de la década de los 70 del siglo pasado. En Arabia Saudí, nunca han dejado de estar en vigor y de vez en cuando llegan noticias de su aplicación en la práctica. Otro tema no menos preocupante es el de las ejecuciones extrajudiciales perpetradas sobre todo contra mujeres, a menudo a cargo de sus propios parientes, por haber incurrido en conductas consideradas indecentes. Independientemente de la severidad de los castigos y de su grado de conflicto con los derechos humanos y la dignidad de las personas, lo cierto es que, en la práctica totalidad de los países islámicos, las relaciones fuera del matrimonio siguen siendo objeto de criminalización, y que el embarazo de una mujer no casada lleva aparejadas graves discriminaciones legales y sociales para las madres y para sus hijos. Ello explica que las tasas de abandono infantil en ciertos países sean preocupantes. Al riesgo de terminar siendo castigadas y al temor a asumir las consecuencias psicológicas y económicas de la maternidad no deseada o no compartida, se une el estigma social que recae sobre las madres solteras y sus hijos. Hay que añadir que, en los países de mayoría islámica, excepto en Túnez, la adopción está prohibida. La prohibición queda en parte paliada por la figura del acogimiento parental o familiar al que se denomina *kafāla*. Sin embargo, la *kafāla* no da derecho a la filiación ni a heredar de los padres de acogida, ni representa un compromiso de tutela efectivo y permanente (Serrano-Ruano, 2018; Simoncini, 2017).

Paralelamente, y con la excepción de Arabia Saudí, la duración legal del embarazo ha pasado de regirse por la jurisprudencia islámica clásica (*fiqh*) a

8. Para entender la diferencia entre jurisprudencia y legislación o derecho codificado en contextos islámicos véase Peters (2002).

estarlo por códigos legales promulgados en su mayor parte durante la época colonial o tras la independencia de cada país. En las modernas codificaciones legales relativas al derecho de familia y al estatuto personal, la duración del embarazo ha quedado sujeta a los criterios de la medicina moderna, con mínimos que no se han movido de los seis meses, pero con los máximos acortados a un año a lo sumo: 1929 en Egipto, 1953 en Siria, 1957 en Túnez, 1974 en Yemen del Sur, 1976 en Jordania, 1984 en Kuwait, 1991 en Sudán, 1993 en Marruecos, 2005 en los Emiratos Árabes Unidos, etc. (Albar, 1986, p. 438; al-Nūr 2007, pp. 35-39; Ruiz de Almodóvar, 2007, pp. 286-287)⁹. Esta es la situación incluso en los casos de los países con sistemas penales *reislamizados* donde la *reislamización* se tradujo en una reintroducción de los castigos de flagelación y lapidación, pero no en una vuelta a las antiguas duraciones legales extensas del embarazo (Köndgen, 2017; Peters, 2003).

Cierran este círculo las leyes que impiden establecer la paternidad legal (*nasab*) de un niño nacido fuera del matrimonio, las cuales han sido mantenidas en los códigos de familia en vigor a pesar de que los avances de la genética permiten identificar al padre biológico por encima de toda duda. El argumento más citado para justificar esta prohibición es una tradición del Profeta Muḥammad—que constituye, por tanto, el tipo de base textual de la que carece el caso de la duración máxima del embarazo— que se interpreta en el sentido de que la paternidad legítima solo puede establecerse en el seno del matrimonio. Otra cuestión es si esa es o no la única interpretación que cabe hacer de dicha tradición, cuál es el destino al que avoca a los hijos de madres solteras y en qué medida esa situación es compatible con el ideal de justicia social y equidad que promueve el islam (Serrano-Ruano, 2018).

No obstante, el código de familia de Emiratos Árabes Unidos presenta una interesante excepción para casos denominados con el término *sabāt*. Estos casos, también descritos como embarazos en *inactividad* o en *tiempo*

9. Existe traducción al castellano de un buen número de estos códigos a cargo de Caridad Ruiz de Almodovar. Dada la importancia de la terminología legal empleada en cada caso—un pequeño matiz como la diferencia entre los términos árabes *nasab* y *bunuwwa*, ambos empleados para aludir a la paternidad, puede tener profundas repercusiones, véase Serrano-Ruano, 2018, pp. 297-299, 305-307—, la capacidad de leer las versiones originales en árabe resulta fundamental antes de extraer conclusiones sobre su articulado.

de reserva (mustakīn), si son avalados por un certificado médico, permiten soslayar el límite máximo de 365 días que establece el código (al-Nūr, 2007, pp. 35-39). El caso emiratí se asemeja al marroquí en este punto en particular. El código de familia marroquí, conocido como *Mudawwana*, fija un plazo máximo de un año para que un niño nacido después del divorcio de sus padres o de la muerte del padre presunto se atribuya a este último. Sin embargo, según el artículo 134 del código, en el que se fija el plazo de espera legal de la viuda, si la mujer afirma estar embarazada y su alegación es cuestionada por parte de terceros ante los tribunales, el juez está autorizado a consultar con un comité de expertos. Se admite la posibilidad de que, a pesar de que hayan transcurrido los plazos máximos contemplados inicialmente, el comité considere que sigue embarazada del anterior marido. Así pues, el tribunal no puede decidir en función de un mero cálculo del tiempo transcurrido desde que se produjo el divorcio, y el juez, sobre la base de un informe médico, puede aceptar duraciones más extensas de las establecidas inicialmente. El artículo 61 del Código de Familia de Mauritania, que como el de Emiratos Árabes Unidos y Marruecos pretende ser una refundición de las normas jurídicas relevantes de la jurisprudencia mālikí, parece haber seguido la misma línea. La duración máxima del embarazo se ha fijado allí en un año solar. Sin embargo, en caso de duda, la parte interesada —por ejemplo, el ex-marido— tiene la opción de solicitar al juez que la mujer sea sometida a un examen médico, o el juez puede solicitarlo por propia iniciativa, siendo el informe resultante lo que sirva de base para la decisión final, no un mero cálculo del tiempo transcurrido desde un repudio o la viudedad de la embarazada (Abu-Sahlieh, 2008, p. 189; Colin, 2003, p. 117).

El hecho de que el informe tenga que ser elaborado por médicos o expertos no implica necesariamente que su contenido responda a una verificación de la edad exacta del feto; de esta manera, los códigos mencionados dejan una puerta abierta a la admisión de duraciones que sobrepasen ligeramente el límite impuesto inicialmente —un año— en reconocimiento de una práctica secular considerada por muchos como todo un distintivo cultural (Colin, 1998) que no conviene perder del todo para que no parezca que la reducción del plazo legal del embarazo supone una cesión a valores ajenos a la identidad islámica tradicional. El mantenimiento de estas excepciones deja entrever una cierta conciencia por parte de los legisladores del desequilibrio

que representa reducir la duración máxima del embarazo, pero mantener la criminalización de las relaciones fuera del matrimonio —en Emiratos Árabes están sujetas a los castigos *hudud* de flagelación y lapidación— y la denegación del derecho a la filiación paterna para el hijo nacido a consecuencia de ellas.

4.2. Jurisprudencia (*fiqh*)

El proceso de cambio legislativo que ha dejado sin validez legal la doctrina del *niño dormido* y las duraciones extensas características de la jurisprudencia islámica clásica, se ha visto acompañado por un cambio paralelo en la posición que mantienen las organizaciones internacionales contemporáneas de jurisprudencia islámica. La consulta y toma de decisiones colectiva en el seno de este tipo de organismos transnacionales es un fenómeno relativamente reciente, siendo sus deliberaciones consideradas como representativas de la opinión mayoritaria dentro del *fiqh* contemporáneo (Shabana, 2013, p. 199). Esta nueva forma de colaboración no excluye la circulación de otras opiniones emitidas por expertos a título individual que, aunque minoritarias, pueden llegar a ser muy influyentes.

Entre los organismos transnacionales de jurisprudencia islámica cuyas deliberaciones han resultado más determinantes a la hora de establecer la posición mayoritaria del *fiqh* contemporáneo en materia de duración legal del embarazo, se encuentran el Islamic Fiqh Council, perteneciente a la Islamic World League, y la Islamic Organization for Medical Sciences. Todos los expertos en medicina que participaron en la undécima Conferencia del Islamic Fiqh Council celebrada en La Meca en *rayab* de 1409/febrero de 1989, coincidieron en que el embarazo no puede durar más de un año, ni siquiera un día; la existencia del embarazo y la edad del feto pueden establecerse con total exactitud por medio de una ecografía; para que el derecho del feto a heredar del marido difunto de su madre sea reconocido, es necesario demostrar la existencia del embarazo en el momento de la muerte (al-Gāmidī, 2009, pp. 216-221). La Islamic Organization for Medical Sciences, por su parte, recomienda tomar en consideración que un embarazo dura como máximo 280 días o 40 semanas a contar desde el último ciclo menstrual de la mujer. En algunos casos, este plazo puede prolongarse una o dos semanas

más, como mucho, siendo prácticamente imposible que el bebé nazca vivo si el parto se produce en la semana 45 (Shabana, 2019, p. 118).

Estas posiciones constituyen una transformación legal muy relevante y tienen un gran impacto social. Cambios similares no han sido frecuentes en la historia del *fiqh* y los que pueden documentarse se impusieron de manera mucho más progresiva. El cambio legislativo que nos ocupa se ha justificado en la necesidad de someter la duración legal del embarazo a los criterios de la medicina moderna para adaptarse a la mentalidad de los musulmanes contemporáneos. En la época colonial las percepciones populares sobre la medicina moderna cambiaron a medida que se iban abriendo nuevos hospitales y clínicas en las zonas rurales y la gente iba viendo que en ellas se conseguían tratar con éxito enfermedades y males que hasta entonces habían considerado incurables. La autoridad de las prácticas tradicionales quedó minada, en especial entre los jóvenes, y la adhesión a las doctrinas clásicas sobre los embarazos extremadamente prolongados puso a los ulemas y alfaquíes (es decir, expertos en *fiqh*) en riesgo de parecer ridículos y de perder su credibilidad (Miller, 2006, pp. 422-423). Conviene tener presente que fue un cambio social lo que condujo a un cambio legislativo y que este último es el que ha terminado forzando el cambio en la opinión jurisprudencial, y no al revés.

Los expertos contemporáneos en *fiqh* citados anteriormente¹⁰ se esfuerzan por demostrar que, por lo que respecta a la duración legal del embarazo, la jurisprudencia islámica clásica y la medicina moderna son perfectamente compatibles. Destacan que, a pesar de algunos fallos metodológicos aislados, las estimaciones de algunos alfaquíes premodernos sobre la duración del embarazo o las causas por las cuales una mujer puede creer que sigue embarazada después de haber sobrepasado los nueve meses de rigor, se acercaron sorprendentemente a las establecidas por la medicina moderna. En opinión de esos expertos, los cálculos y los descubrimientos de la medicina moderna han venido a reemplazar la vieja confianza en la experiencia compartida y en la autoridad de las mujeres en todo lo relativo a sus cuerpos y a sus *asuntos*. Esta transición se ha visto facilitada por la ausencia de indicaciones específicas en las fuentes de la *šarī'a* (Serrano-Ruano, 2022).

10. Véase la nota 1.

5. NORMA LEGAL FRENTE A NORMA SOCIAL. LA DOCTRINA DEL NIÑO DORMIDO EN LA ACTUALIDAD

Para muchas personas, la doctrina del *niño dormido* no es una mera ficción legal sino una firme creencia. De hecho, hoy en día, aunque ya no tiene valor legal (Ruiz de Almodóvar, 2007, p. 287), en el Magreb (incluida Mauritania) y en áreas que han estado históricamente bajo la influencia de la escuela jurídica *mālikí*, la doctrina del *niño dormido* sigue gozando de aceptación social y cumpliendo una función protectora (Abu-Sahlieh, 2008, pp. 187-188; Bossaller, 2004; Colin, 1998; Fischer, 2008; Jansen, 2006, p. 523; Miller, 2006, pp. 421, 424).

En sus relevantes estudios sobre el tema, Joël Colin considera la doctrina del niño dormido como un recurso concebido por las mujeres que no pretende cuestionar su desigualdad legal tradicional ni cambiar las mentalidades. Por medio de esta doctrina, ellas interiorizan el papel que la sociedad les ha asignado, pero tratan de sacarle ventaja abriendo un espacio para el juego social (Colin, 1998; 2003, p. 110) que se ha visto estrechado considerablemente por la mencionada limitación de la duración legal máxima del embarazo a un año.

Aunque Colin les asigna una imaginación creativa, hay algo en su caracterización tan quietista y conformista de las mujeres del Magreb que me resulta problemático. Según otras aproximaciones más matizadas, la noción del *niño dormido* es una forma de resistencia específicamente femenina que las empodera porque subvierte el mundo masculino de la autoridad médica que juzga demasiado rápido la condición de las mujeres. En un sistema en el que los hombres hacen las leyes, la noción del *niño dormido* ofrece una demostración marginal del poder de las mujeres; les proporciona la sensación de que tienen la capacidad de cambiar las cosas y las protege contra las injusticias más rigurosas de un orden social que pone límites a sus personas (Jansen, 2006; Miller, 2006, p. 424). La creencia en el *niño dormido* y las prácticas asociadas a ella también han sido descritas como una forma de revancha femenina contra su vulnerabilidad frente al castigo de adulterio que evidencia la alianza entre los alfaquíses y el género femenino (Moulin, 2013, p. 20).

Según la antropóloga Araceli González (2008) las mujeres marroquíes sobre las que ha realizado trabajos de campo negocian hábilmente con fuentes de conocimiento tradicionales y modernas; son receptivas a nuevas evidencias e ideas y tratan de utilizar los discursos que les llegan para idear estrategias de género que convienen a sus intereses. Por su parte, el arabista Jorge Aguadé (2008, p. 229) considera que la idea del feto dormido en la matriz materna rara vez ha sido esgrimida para ocultar embarazos extra-matrimoniales, pues la noción no lleva aparejada tales dosis de ingenuidad. Las evidencias reunidas por Jöel Colin (2003, pp. 117-118) y Jamila Bargach (2002, p. 59), sin embargo, parecen sugerir lo contrario.

La idea del *niño dormido* constituye también un instrumento para preservar el propio orden social patriarcal al que los hombres pueden recurrir para apropiarse de la futura descendencia de sus exmujeres, especialmente en el caso de los recién nacidos varones, o en otros casos, para ocultar su propia infertilidad (Colin, 1998; González Vázquez, 2008; Jansen, 2000, p. 221) pues, como apuntan Aguadé (2008, p. 229) y Vidal Castro (2016, pp. 235-236), la infertilidad masculina es todo un tabú que tradicionalmente se ha atribuido en exclusiva a las mujeres. Al mismo tiempo, y dado el estigma social que lleva aparejada la infertilidad, la doctrina del *niño dormido* pone a las mujeres en una posición de inseguridad que, paradójicamente, se puede tornar en su favor en tanto en cuanto puede servir para posponer la decisión de sus maridos de repudiarlas pues se considera que el sangrado puede ser compatible con el embarazo (Colin, 2003, p. 119; Miller, 2006, p. 423).

La medicina moderna ha venido a reemplazar la autoridad de la observación y de lo que es habitual a la hora de decidir la duración del embarazo. Al reducirse la duración legal máxima del embarazo a un año o 10 meses en los códigos de familia de los países del Magreb, el cambio a la modernidad se ha hecho a costa de un rasgo cultural original e instrumental como es la doctrina del *niño dormido*, la cual no podía seguir siendo admitida sin reticencia por un sector de la sociedad que no habría entendido la preservación de una dicotomía semejante entre la fisiología y el derecho (Colin, 2003, pp. 116-117, 119; Miller, 2006, pp. 421-422).

6. CONSIDERACIONES FINALES

Con anterioridad al siglo XX, la admisión de duraciones del embarazo muy prolongadas parece haber sido bastante efectiva para proteger a las embarazadas viudas, repudiadas o abandonadas por sus maridos contra una acusación de *zinā* e impedir que sus hijos fueran considerados ilegítimos y privados de todo tipo de derechos. Hoy en día, sin embargo, con la adaptación de la duración máxima del embarazo a los criterios de la medicina moderna, la vulnerabilidad de todos ellos parece haberse agravado (Benomran, 1995). En algunos casos como los de las nigerianas Amina Lawal y Safiyya Hussaini, llegaron a dictarse sentencias de lapidación en primera instancia. Es cierto que estas sentencias fueron luego anuladas tras las apelaciones de sus abogados ante las instancias judiciales superiores (Peters, 2006), pero cabe preguntarse qué hubiera sucedido si sus casos no hubieran salido a la luz provocando una auténtica oleada de rechazo dentro y fuera de Nigeria, y si las acusadas no hubieran contado con buenos abogados que consiguieron que las penas fueran anuladas con argumentos extraídos de la misma *šarī'a* con la que se las había pretendido condenar. Cabe también preguntarse por el calvario por el que tuvieron que pasar estas mujeres hasta tener la certeza de que las terribles sentencias dictadas contra ellas habían sido anuladas. En otros casos más recientes, como el de la empresaria marroquí Hind El-Achchabi (Burke, 2017), la pena impuesta ha sido la cárcel. En todos ellos, la acusación implicaba un embarazo fruto de relaciones fuera del matrimonio. Otras mujeres en situaciones similares no gozan de una buena posición social y seguramente no han podido beneficiarse del impacto mediático que han tenido sus casos.

Bajo unas leyes que criminalizan las relaciones fuera del matrimonio, y marginan legal y socialmente a los hijos nacidos a consecuencia de ellas, el avance de la medicina está representando más una amenaza que un progreso, porque solo se aplican las desventajas, mientras que las posibles ventajas despiertan fuertes reticencias y son rechazadas en el nombre de su supuesta incompatibilidad con la *šarī'a*.

En el caso concreto de la duración máxima del embarazo, parece que tanto los jurisconsultos musulmanes como los órganos legislativos nacionales tenían razones fundadas para adaptarse a las transformaciones

sociales impulsadas por los avances tecnológicos. Este hecho, sin embargo, no resta incongruencia a la posición de los unos y de los otros con respecto al marco interpretativo premoderno en el cual tanto la admisión del embarazo como prueba de *zinà* como las reglas que regían la filiación paterna fueron concebidas, justificadas y aplicadas. Con este tipo de inconsistencias, los códigos de familia y del estatuto personal de los países islámicos han terminado reforzando el sesgo de género que ya estaba presente en el *fiqh* clásico, han intensificado la vulnerabilidad de las mujeres viudas, repudiadas y abandonadas así como la de sus hijos, dando pie a pensar que los profundos cambios legales que han experimentado las sociedades islámicas contemporáneas al hilo del avance tecnológico se han hecho a costa de todos ellos.

Que nos encontramos ante una incorporación sesgada de las evidencias de la medicina moderna lo demuestra el hecho de que la duración mínima legal de seis meses no se haya modificado a pesar de que se han documentado casos de supervivencia de bebés prematuros nacidos antes de ese plazo (Albar, 1986, pp. 436-437; al-Hāyî, 2012, p. 310; al-Nūr, 2007, pp. 13-16). Resulta incoherente adaptar la duración legal máxima del embarazo a los criterios médicos y al mismo tiempo seguir negando la filiación paterna a los niños nacidos fuera del matrimonio incluso cuando una prueba de ADN permite identificar al padre biológico. Es innegable que la posibilidad que existe hoy de conocer la identidad del padre biológico de un niño pone en cuestión el principio según el cual la filiación paterna sólo puede establecerse dentro del matrimonio, y con ello, todo el prototipo modélico de familia y de orden social islámicos. Es cierto que la doctrina clásica da preponderancia a la presunción legal sobre la biología (Shabana, 2013, p. 199) pero ello se debe en buena parte a la imposibilidad de determinar con exactitud la identidad genética antes del siglo XX, no a que el factor genético jugara un papel menos relevante que la presunción legal. Por otra parte, la preponderancia que el derecho islámico, lo mismo que otros sistemas legales, otorga al marido de la madre sobre el padre biológico en caso de disputa, no tiene por qué llevar aparejada la denegación de derechos al niño que nace fuera del matrimonio (Serrano-Ruano, 2018).

Con todo, el cuestionamiento al que se está viendo sometida la concepción islámica tradicional de la paternidad a consecuencia de los avances de

la genética, no tiene marcha atrás. Lo demuestra el hecho de que en Túnez una nueva ley permita localizar mediante pruebas de ADN a los padres biológicos de los niños nacidos fuera del matrimonio y les obligue a darles su nombre y a contribuir a su manutención. Lo demuestran también algunas interpretaciones minoritarias del *fiqh* clásico y de la legislación vigente por parte de jurisconsultos y jueces de Argelia y Marruecos. Son avances muy tímidos, pero han conseguido abrir brecha en la férrea oposición al establecimiento de la filiación paterna fuera del matrimonio (Serrano-Ruano, 2018). Aunque alguna de estas sentencias pueda ser anulada en la fase de apelación, como ha sucedido en el caso marroquí (EFE, 2017), el mero hecho de que las mujeres persistan en sus denuncias y acudan a los tribunales invita a una moderada esperanza.

La gran asignatura pendiente sigue siendo la revisión de la doctrina y la legislación islámicas relativas a la criminalización de las relaciones fuera del matrimonio. Por una parte, los contrapesos que contemplaba la doctrina premoderna para mitigar la severidad de los castigos (*ḥudūd*) correspondientes —castigos que, por cierto, en época premoderna fueron rara vez dictados y ejecutados por las autoridades judiciales islámicas (Serrano-Ruano, 2005)— han quedado sin efecto. Por otra parte, los avances de la medicina en embriología y genética socavan la base del principal argumento esgrimido tradicionalmente por los juristas musulmanes para explicar la necesidad de criminalizar el *zinā* y de castigarlo con tanta dureza.

La criminalización de las relaciones fuera del matrimonio se basa en el Corán y en la tradición del Profeta o hadiz, de manera que su condición de grave contravención a la legalidad islámica es incuestionable en términos religiosos. El *zinā* es un grave pecado que compromete las posibilidades de salvación del creyente que lo comete. Se considera que el castigo, aunque pueda acabar con la vida del acusado, sirve para limpiar esa tacha de cara al Juicio Final. En los textos sagrados, sin embargo, no se explican las razones por las cuales las penas que corresponden a dicha conducta son más severas aún que las del asesinato. Los juristas clásicos no dieron las razones por sobrentendidas. Por el contrario, consideraron necesario explicar que la dureza de los castigos se debía a que el *zinā* conduce a la *mezcla de filiaciones* (*ijtilāt al-ansāb*). Con anterioridad al siglo XX, el matrimonio o el concubinato eran las únicas formas de garantizar que un hombre tuviera la certeza

de que los hijos de sus mujeres eran suyos. En un sistema patriarcal donde el hombre es el encargado de proveer al sustento de su prole, se supone que solo se va a sentir inclinado a mantener a los hijos de su mujer si tiene la seguridad de que son suyos, de tal manera que el matrimonio pasó a ser considerado como el pilar fundamental de la organización social islámica. Según esta organización, el varón puede tener hasta cuatro esposas a la vez y cuantas concubinas pueda permitirse, mientras que la mujer solo puede tener relaciones con un único hombre a la vez dentro de una relación legítima (matrimonio y concubinato). El adulterio, o las relaciones entre personas no casadas, ponían en riesgo este sistema y con ello, la supervivencia de la propia comunidad islámica pues si el hombre no tiene la seguridad de que el hijo de su mujer es suyo, seguramente no querrá hacerse cargo de él y esa criatura quedará a merced de sí misma. De ahí la necesidad de disuadir tan duramente de todo aquello que pusiera en riesgo la estabilidad del matrimonio y del orden social islámico. Es un razonamiento que puede sorprender pero que cito a partir de importantes autoridades musulmanas como al-Gazālī (m. 1111) o Ibn Jaldūn (m. 1406) (Serrano-Ruano, 2009, pp. 114-118).

Frente a lo que suponían los juristas que elaboraron la doctrina islámica clásica sobre el *zinā* y la filiación paterna, la embriología moderna ha demostrado que, fuera del laboratorio, el óvulo de la mujer solo puede ser fecundado por el espermatozoide de un único hombre, mientras que la genética permite establecer la identidad de su propietario en caso de duda —por ejemplo los casos excepcionales de mellizos de distinto padre— o de disputa. Ni la *mezcla de filiaciones* es ya un riesgo, ni los varones son los únicos proveedores de sus hijos, ni un niño cuyo padre —presunto o biológico— rechace hacerse cargo de su manutención está condenado a perecer. Los varones musulmanes no están hoy en día —ni lo han estado nunca—, obligados a asumir la paternidad de un niño que sospechan que no es suyo. Y para terminar, el marido de una mujer cuyo hijo reclame otro hombre tampoco queda privado del derecho a seguir ejerciendo su paternidad si una prueba de ADN establece que el progenitor es el demandante

7. REFERENCIAS

- Abu-Sahlieh, S. A. A. (2008). *Religion et droit dans les pays arabes*. Presses Universitaires de Bordeaux.
- Aguadé, J. (2008). [Reseña de Joël Colin, *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère. Étude ethnologique et juridique d'une croyance au Maghreb*]. *Estudios de dialectología norteafricana y andalusí*, 3, 228-229.
- Āl Šayj, H. 'A. 'A. M. (2010). *Aṭar al-taqaniyya al-ḥadīṭa fī l-jilāf al-fiqhī*. Maktabat al-Ruṣd.
- Albar, M. A. (1986). The Duration of Pregnancy in Medicine, Law and Shari'ah. In *Bulletin of Islamic Medicine* (vols. 4 y 5, pp. 436-441). Islamic Organization for Medical Science-Kuwait Foundation for Advancement of Sciences.
- Am`īza, `I. (2005-2006). *Al-Ḥaml, irtu-hu, aḥkāmu-hu wa-ṣuwaru-hu al-mu`āšira bayna l-šarī'a wa-l-qanūn* (Muḍakkira muqaddama li-nayl šahādat al-Māyis-tīr fī l-'ulūm al-islāmiyya). *Yāmi`at al-Āzā'ir, Kulliyat al-'ulūm al-islāmiyya, qism al-šarī'a*.
- Bargach, J. (2002). *Orphan's of Islam: Family, Abandonment, and Secret Adoption in Morocco*. Rowman and Littlefield.
- Benomran, F. (1995). Sleeping foetus? Medicolegal consideration of an incredibly prolonged gestational period. *Medicine, Science and the Law*, 35, 75-78.
- Bossaller, A. (2004). «*Schlafende Schwangerschaft*» in *islamischen Gesellschaften. Entstehung und soziale Implikationen einer weiblichen Fiktion*. Egon Verlag.
- Burke, D. (2017, 19 de marzo). Kuwaiti ambassador to Austria puts his glamorous ex-wife behind bars in Morocco after claiming she cheated on him during their marriage. *Mailonline*, 19 de marzo. <https://www.dailymail.co.uk/news/article-4360598/Kuwaiti-ambassador-puts-ex-wife-bars.html>.
- Colin, J. (1998). *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère. Étude ethnologique et juridique d'une croyance au Maghreb*. Presses Universitaires de Perpignan.
- Colin, J. (2003). Au Maghreb un contre-pouvoir du côté des femmes: l'enfant endormi dans le ventre de sa mère. *L'Année sociologique*, 53(1), 109-122.
- EFE (2017, 12 de octubre). Corte marroquí anula un juicio que reconoce la paternidad fuera de matrimonio. *El Periódico*. <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20171012/corte-marroqui-anula-juicio-reconoce-6348929>.
- Fischer, N. (2008). [Reseña de A. Bossaller, «*Schlafende Schwangerschaft*» in *islamischen Gesellschaften. Entstehung und soziale Implikationen einer weiblichen Fiktion*]. *Die Welt des Islams*, 48(2), 245-247.

- Al-Gāmidī, A.ʿA.ʿA. (2009). Aqall muddat al-ḥaml wa-aktaru-hu bayna al-fiqh wa-l-ṭibb wa-aṭar ḍālik fī mīrāṭi-hi. *Maʿallat al-ʿAdl*, 43, 199-224.
- Ghaly, M. (2014). Human Embryology in the Islamic Tradition. The Jurists of the Post-formative Era in Focus. *Islamic Law and Society*, 21, 157-208.
- González Vázquez, A. (2008). La idea del «niño dormido» (raqed): Embarazo, estrategias sociales femeninas e Islam en el norte de Marruecos. *El Pajar, Cuaderno de Etnografía Canaria*, 25, 167-175.
- Al-Hāỵỵ, Ḥ. (2012). *Aṭar al-taṭawwur al-ṭibbī ʿalā tagyīr al-fatwā wa-l-qadāʾ*. Dār Bilāl b. Rabāḥ-Dār Ibn Ḥazm.
- Ibn ʿIyād, M. (1990). *Maḍāhib al-hukkm̄ fī nawāzil al-aḥkām li-l-qādī ʿIyād wa-waladi-hi Muḥammad* (Ed. M. Bencherifa). Dār al-Garb al-Islāmī.
- Jansen, W. (2000). Sleeping in the womb: Protracted pregnancies in the Maghreb. *The Muslim World*, 1-2, 218-237.
- Jansen, W. (2006). [Reseña de Anke Bossaller, «Schlafende Schwangerschaft» in islamischen Gesellschaften. Entstehung und soziale Implikationen einer weiblichen Fiktion]. *Jerusalem Studies in Arabic and Islam*, 32, 523-526.
- Juynboll, G. H. A. y Brown, D. W. (2012). Sunna. En P. Bearman, Th. Bianquis, C. E. Bosworth, E. van Donzel y W. P. Heinrichs (Eds.), *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*. Recuperado de http://dx.doi.org/10.1163/1573-3912_islam_COM_1123.
- Köndgen, O. (2017). *The Codification of Islamic Criminal Law in the Sudan. Penal Codes and Supreme Court Case Law under Numayrī and al-Bashīr*. Brill.
- Marín, M. (2000). *Mujeres en al-Andalus*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Miller, S. G. (2006). Sleeping Fetus. En S. Joseph (Ed.), *Encyclopedia of Women & Islamic Cultures, Family, Body, Sexuality and Health* (vol. 2, pp. 421-424). Brill.
- Moulin, A.-M. (2013). Se réperer dans le labyrinthe du corps et de l'Histoire. En A.-M. Moulin (Ed.), *Islam et révolutions médicales. Le Labyrinthe du corps* (pp. 5-42). IRD et Karthala.
- Al-Nūr, M.S. (2007). Muddat al-ḥaml bayna l-fiqh wa-l-ṭibb wa-baḍ qawānīn al-aḥwāl al-šajsiyya al-muʿāšira. *Maʿallat al-Šarīʿa wa-l-Dirāsāt al-Islāmiyya*, año 22 (número 70), 271-344.
- Peters, R. (2002). «From Jurists' Law to Statute Law» or What Happens when the Shariʿa is Codified. *Mediterranean Politics*, special Issue on *Shaping the Current Islamic Reformation*, 7(3), 82-95.
- Peters, R. (2003). *Islamic criminal law in Nigeria*. Spectrum Books Ltd.

- Peters, R. (2006). The re-Islamization of criminal law in Northern Nigeria: the Safiyyatu Hussaini case. En M. K. Masud, R. Peters & D. S. Powers (Eds.), *Dispensing justice in Islamic courts: qadis, procedures and evidence* (pp. 219-243). Leiden & Boston.
- Ruiz de Almodóvar, C. (2007). La legislación de la familia en los países árabes. *Ayer*, 66(1), 269-291.
- Serrano-Ruano, D. (1998). *La actuación de los jueces en los procesos judiciales*. CSIC-AECID.
- Serrano-Ruano, D. (2005). La lapidación como castigo de las relaciones sexuales no legales (*zinā*) en el seno de la escuela mālikí: Doctrina, práctica legal y actitudes individuales frente al delito (ss. XI y XII). *Al-Qanṭara*, XXVI, 449-473.
- Serrano-Ruano, D. (2007). Rape in Maliki legal doctrine and practice (8th-15th centuries c.e.). *Hawwa*, 5(2-3), 166-207.
- Serrano-Ruano, D. (2009). Muslim Feminists' Discourse on *zinā*: New Paradigms in Sight? En R. Badry, M. Rohrer & K. Steiner (Eds.), *Liebe, Sexualität, Ehe und Partnerschaft—Paradigmen im Wandel* (pp. 105-125). Fördergemeinschaft wissenschaftlicher Publikationen von Frauen.
- Serrano-Ruano, D. (2017). Judicial Procedure and Legal Practice on *Li'ān* (imprecatory oath) in Andalus: The Evidence from Model *Shurūt* Collections, 11th-12th Centuries. En I.A. Rabb & A. Krasner Balbale (Eds.), *Justice and Leadership in early Islamic Courts* (pp. 149-170). Harvard University Press.
- Serrano-Ruano, D. (2018). Redefining Paternal Filiation through DNA Testing: Law and the Children of Unmarried Mothers in the Maghreb. *Journal of Middle East Women's Studies*, 14(3), 292-313.
- Serrano-Ruano, D. (2022). The duration of pregnancy in contemporary Islamic jurisprudence (*fiqh*) and legislation: tradition, adaptation to modern medicine and (in)consequences. *The Muslim World*, 112, 367-384. <http://hdl.handle.net/10261/280009>.
- Shabana, A. (2013). Negation of Paternity in Islamic Law between *Li'ān* and DNA fingerprinting. *Islamic Law and Society*, 20(3), 157-201.
- Shabana, A. (2019). Islamic Law and Bioethics. En Kh. Abou El Fadl, A. A. Ahmad y S. F. Hassan (Eds.), *Routledge Handbook of Islamic Law* (pp. 112-124). Routledge Taylor & Francis Group.
- Simoncini, G. (2017). Jornaleras agrícolas y madres solteras: la doble valentía de las mujeres del *Mawqif* marroquí. En R. Pocklington (Ed.), *Actas de los*

- Simposios de la Sociedad Española de Estudios Árabes, II. Almería 2015-Toledo 2016* (pp. 269-292). Fundación Ibn Tufayl de Estudios Árabes.
- Vidal Castro, F. (2016). El tratamiento de la infancia y los derechos del niño en el derecho islámico con especial referencia a la escuela mālikí y a al-Andalus. *Anaquel de Estudios Árabes*, 27, 201-238.
- Al-Wanšarīsī, A. (1981). *Al-Mi`yār al-mu`rib wa-l-ġāmi` al-muġrib `an fatāwī ahl Ifrīqīya wa-l-Andalus wa-l-Maġrib* (Ed. M. Ḥaġġī). Wizārat al-awqāf wa-l-šū`n al-islāmiyya, 13 vols.