

## CAPÍTULO 1 LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO MUSULMÁN

379. Las fuentes del sistema de derecho musulmán. A pesar de ciertas divergencias los juristas tienen una posición unanime sobre la teoría de las fuentes del derecho musulmán.<sup>1</sup> Las fuentes de derecho pueden dividirse en dos grandes apartados: las fuentes originales, el Corán y la Sunna, y las fuentes derivadas de un carácter racional, el *ijmâ* y el *qiyâs*.

380. Teoría de las fuentes del derecho musulmán. La multiplicación de tendencias y de opiniones en la interpretación de la ley divina (*charî'a*) y las divergencias que de ellas resultaron se encuentran en el origen de la teoría de las fuentes del derecho (*'ilm oucoul al-fiqh*). A pesar de ello, los fundadores de las escuelas teológicas o jurídicas no son los creadores del *fiqh*; estas en tanto que conjunto de reglas y soluciones, existían antes que ellos. Su *ijtihâd* (esfuerzo)<sup>2</sup> consiste en comprender y explicar este conjunto dentro del marco de los principios islámicos que provienen del Corán y de la tradición del profeta Mahoma. Cada región del mundo islámico, atendiendo el medio geográfico en donde se encuentre inserto, contribuirá con un elemento costumbrista o cultural que singularizará el pensamiento de aquellos que al paso del tiempo se convertirán en líderes (imam) en el ámbito del *fiqh*.

Las escuelas jurídicas islámicas representan la culminación de un largo proceso de reflexión sobre un fenómeno jurídico que se integró colectivamente.<sup>3</sup> Entre el segundo y el cuarto siglo de la hégira,<sup>4</sup> existieron una decena de escuelas.<sup>5</sup> Algunas de ellas ya han desaparecido. El mundo musulmán sunita u ortodoxo se dividió en cuatro escuelas de pensamiento jurídico; aquellas que no eran sunitas o heterodoxos (*chiítas*<sup>6</sup> y *Kharéjites*) tuvieron igualmente sus escuelas jurídicas entre las cuales aún en la actualidad, pueden encontrarse adeptos.

---

1 L. Millito y F. Blanc, *Introduction à l'étude du droit Musulman*, 2a. ed. 1987, Reimpreso 2001. Biblioteca Dalloz.

2 La *ijtihâd*, es el esfuerzo que se realiza para desentrañar las reglas de la *charî'a* (Corán y Sunna) así como el conjunto de consecuencias que estas reglas implican; "la acción de penetrar el sentido íntimo de la *charî'a* para obtener la regla aplicable al caso concreto que debe resolverse". F.P. Blanc, *op. cit.*, p. 23. Se tiene la costumbre de decir que la "puerta de la *ijtihâd*" fue clausurada a fines del siglo IV de la Hégira; a partir de esa época, la literatura jurídica posterior va consistir esencialmente en una glosa de las obras clásicas.

3 J. Schacht, *The origins of Muhammadan jurisprudence*, trad., 1950, *Introduction au droit musulman*, 1983.

4 Nota del traductor. La hégira es la era de los musulmanes que se cuenta desde el año 622, año en el que huyó Mahoma de la Meca a Medina; se compone de años lunares de 354 días y se intercalan 11 de 355 en cada periodo de 30.

5 Los años son contados por los musulmanes a partir de la huida del profeta Mahoma de la Meca a Medina (hégira) en el año 622.

6 La palabra *chi'a* se ha empleado para referirse históricamente a todos aquellos que, con la muerte del Profeta escogieron a Alá, su estirpe y los miembros de su familia para sucederles y asumir la dirección de la comunidad islámica naciente. El *chiísmo* está representado por tres grupos: los *zaydíes* en Yemen, los *imanitas* muy expandidos en Irak, en Libia y sobre todo en Irán; los *Ismailiens*, en India, en Pakistán y muy minoritarios en Siria y en el África angloparlante.

La primera de las escuelas sunitas es la escuela hanefita fundada por un discípulo de la escuela de Koufa en Irak; Abou Hanifa nació en el año 80 de la hégira. Esta escuela se caracteriza por una relativa racionalidad en el método de búsqueda de soluciones aplicables en la especie y por su gran prudencia en el uso de la tradición. El hanefismo se expandió de Irak a Egipto, a Siria, a Persia, a la India, a China y al Asia Central. En la actualidad es una escuela dominante en Turquía, en las Repúblicas musulmanas de la antigua U.R.S.S., en Jordania, en Siria, en Afganistán, en Pakistán, en India, en Bengala y tiene adeptos en el Magreb.

La segunda escuela sunita importante es la escuela Malaquita. Su líder, Malik Ibn Anas nació en el año 93 de la hégira. A la escuela jurídica Malaquita se le considera como la más respetuosa de la costumbre de Medina, ya que pondera el interés general y la finalidad de la ley religiosa. La escuela jMalaquita se expandió en Egipto, en el Magreb, en Sudán, en Kuwait, en Qatar, en Bahrein, en los Emiratos Árabes Unidos y sobre una parte de la costa oriental de la península arábiga. El Malequismo tiene también adeptos en los países de África Occidental.

La escuela Chafe'ita fue fundada por El Chafe'i quien nació en el año 150 del la hégira. Su teoría de la ciencia de las fuentes del derecho persigue un ideal religioso y no parte de la observancia consciente de la práctica. Esta escuela jurídica carece de los conceptos necesarios para el análisis de la realidad jurídica y su aplicación, lo que le impide desarrollar una disciplina del derecho autónoma. El chafeísmo tiene adeptos en Palestina, en Aden y en el sur de la península arábiga. Se puede encontrar también adeptos en Pakistán, en Egipto, en Indonesia, en Malasia, en Ceylán, en las Filipinas, en la India y en África Oriental.

Al hanbalismo, que toma el nombre de su fundador Ahmad Ibn Hanbal quien nació en el 164 de la hégira, se le considera como la más rigurosa de las escuelas, ya que está exclusivamente vinculada a la tradición. El hanbalismo se expandió hasta después del siglo cuarto de la hégira, yes sino hasta el siglo séptimo de la hégira que apareció en Egipto. En la actualidad tiene adeptos en Arabia Saudita y en algunas localidades de Irak y de Siria.

Entre las escuelas no-sunitas (chiítas), se pueden mencionar la escuela zeydita, que toma el nombre de su fundador Zeyd ben Ali. A esta escuela se le considera como la más próxima a las escuelas sunitas. La obra principal de Zeyd ben Ali es un compendio de tradiciones que es considerada como la primera resensión del hadith antes de que se elaborara el fiqh. Esta escuela predomina en el Yemen.

Otra escuela chiíta es la escuela dja'farita fundada por Sâadek al Dja'far quien nació en el año 80 de la hégira. Sus discípulos encuentran sus fundamentos en las únicas tradiciones dejadas por los Imams que vienen de la familia del Profeta Mahoma. Los chiítas dja'faritas se oponen a las otras escuelas de pensamiento jurídico especialmente en lo relativo al califato, sin que ello implique que hayan dejado de practicar el ijtihâd. El dja'farismo es una escuela dominante en Irak y en Irán.

Las escuelas de derecho musulmán difieren entre ellas sobre una multiplicidad de aspectos particulares; pero los fundamentos permanecen comunes. Una persona puede llegar a cambiar de escuela de pensamiento o, con motivo de un caso específico, adherirse bajo una escuela diferente a la que usualmente pertenece. Esta posibilidad se le reconoce igualmente al soberano de precisar a los jueces de su jurisdicción la aplicación de reglas de otra escuela de pensamiento jurídica a la

que generalmente está adherida su país. Los juristas islámicos han hecho esfuerzos por aproximar los cuatro sistemas del Islam sunitas e incluso aproximar a los sunitas a los chiítas.<sup>7</sup>

En la actualidad los legisladores de los países de tradición islámica recurren al método ecléctico para la elaboración de sus códigos, particularmente en materia de derecho de la familia.<sup>8</sup>

381. El Corán y la Sunna. El fundamento del derecho musulmán, como el de toda la civilización musulmana, es el libro sagrado del Islam: el Corán (Qorán). El Corán está constituido por el conjunto de revelaciones de Alá al último de sus profetas y enviados, Mahoma (570?-632). El Corán es incuestionablemente la fuente primaria del derecho musulmán. Resulta evidente sin embargo que las disposiciones que contiene el Corán son insuficientes para resolver las relaciones entre la comunidad musulmana e incluso algunas instituciones fundamentales del Islam no reciben una sola mención. El contenido jurídico del Corán se encuentra en un cierto número de versículos (llamados por los jurisconsultos islámicos “versículos legales”).

La literatura jurídica musulmana distingue los versículos que rigen el estatuto personal (setenta versículos); los versículos relativos al “derecho civil” (setenta versículos); los versículos de carácter penal (treinta versículos); los versículos que reglamentan el procedimiento judicial (trece versículos); los versículos “constitucionales” (diez versículos); los versículos relativos a la economía y a las finanzas (diez versículos) y finalmente los versículos relativos al “derecho internacional” (veinticinco versículos).

La Sunna por su parte relata la manera de ser y de comportarse del Profeta, cuyo ejemplo constituye una guía para los creyentes. Está constituida por el conjunto de hadiths, es decir, las tradiciones relativas a los actos y propósitos de Mahoma, que ha sido relatada por una cadena ininterrumpida de intermediarios.<sup>9</sup> Dos grandes doctores del Islam, El-Bokhâri y Moslem, en el siglo IX de nuestra era se dedicaron a elaborar un trabajo minucioso de búsquedas y de verificaciones dogmáticas con el propósito de identificar los hadiths auténticos del Profeta. El trabajo que realizaron, así como el trabajo elaborado por otros autores en la misma época, proporcionó de manera sólida los fundamentos de la fe musulmana, incluso si se admite en la actualidad que ciertos de los hadiths que fueron recopilados pudieran ser, en lo que concierne a su vínculo con Mahoma, de una autenticidad discutible.

Los hadiths se clasifican en auténticos, buenos y débiles. Solo los hadiths considerados como auténticos pueden servir para la elaboración de reglas de derecho. La Sunna que se le reconoce como la segunda fuente de derecho, después del Corán, ha servido para incorporar reglas costumbristas, anteriores a la aparición del Islam.

382. El ijtihâd. Los juristas del Islam elaboraron el derecho musulmán o intentaron justificar sus soluciones a partir del Corán y de la Sunna. Pero no pudieron evitar la abstracción en la aprehensión del fenómeno jurídico, aún cuando su objetivo, sin embargo no era teorizar el derecho positivo, sino sistematizar un mecanismo intelectual que pudiera legitimar (en relación a la religión islámica) una práctica (que se observaba más o menos inconscientemente) en la

---

<sup>7</sup> W. C. Smith, *Étude de l'Islam dans le monde moderne* 1962.

<sup>8</sup> C. Chehata, *Études de droit musulman*, 1970, p. 19.

<sup>9</sup> I. Goldziher, *Études sur la tradition islamique*, 1952.

búsqueda de soluciones a los casos nuevos y que estuvieran vinculados a los principios generales contenidos o emanando de las fuentes de derecho primarias como lo son el Corán y la Sunna.

Era un método que necesitaban los fouqahâ, y utilizaron la razón al servicio de la religión. A tal efecto desarrollaron el concepto de ijtihâd que condujo a la construcción de una teoría de las relaciones entre la revelación (Corán-Sunna) y la razón humana. Un ijtihâd colectivo, practicado bajo ciertas condiciones, destinado a aportar una solución de derecho, conducirá a un ijmâ o consenso. Pero si ésta se hace en forma individual, esta reflexión se empleará exclusivamente respetando el método del qiyâs (que es el razonamiento por analogía) a fin de evitar de darle a una simple opinión personal (ra'y) sin valor jurídico.

383. La ijmâ. Su importancia práctica. La ijmâ, aún cuando es rechazada por algunos chiítas, se le considera como la tercera fuente del derecho musulmán. La ijmâ que proviene del acuerdo unánime de los doctores de la ley (los mujtahidûn), se emplea para profundizar y desarrollar la interpretación legal de las fuentes escritas.<sup>10</sup> A esta fuente de derecho se le considera legítima por su vinculación al Corán y a la Sunna (“mi comunidad no consentirá nunca sobre un error” habría dicho el Profeta). La ijmâ adquiere validez únicamente después de la muerte del Profeta y si ciertos supuestos son reunidos. La ijmâ puede ser elaborada directa o tácitamente; la ijmâ tácita tiene un valor jurídico inferior.

Para que una regla de derecho sea admitida como ijmâ, no es necesario que la mayoría de creyentes se adhiera a ella o bien que responda al sentimiento unánime de los miembros de toda la comunidad. La ijmâ no se confunde con la costumbre (‘orf). La unanimidad que requiere la ijmâ es la de las personas competentes: los fouqahâ (o jurisconsultos). Su aquiescencia unánime respecto de una solución jurídica le confiere a ésta fuerza de ley.

El Corán, la Sunna y la Ijmâ son tres fuentes del derecho musulmán pero estas tres fuentes no tienen la misma fuerza: el Corán y la Sunna son fuentes fundamentales. Es a partir de su texto que los doctores del Islam precisaron las reglas del Fiqh. En la actualidad únicamente algunos grandes pensadores consultan directamente estas dos primeras fuentes. Su intervención permanece limitada a ciertas cuestiones y resulta difícil imaginar que una nueva escuela teológico-jurídica pudiera emerger en nuestros días.<sup>11</sup>

Sin embargo, es apoyándose en estas fuentes de derecho primarias, así como sobre la doctrina, que los juristas musulmanes buscaban aportar una respuesta a los temas contemporáneos. Así ha sido para reglamentar la procreación por vía de inseminación artificial o para el transplante de órganos humanos.

Las recientes codificaciones comprenden con mayor frecuencia ámbitos reservados tradicionalmente al fiqh clásico. Este fenómeno mereció el comentario de Snouck Hurgronje, recordado por el jurista francés Edouard Lambert:<sup>12</sup>

“...No es en el Corán y en las recopilaciones de tradiciones que el juez contemporáneo va a encontrar la motivación de sus decisiones, sino en los libros donde están expuestas las soluciones

10 C. Mansour, *L'autorité dans la pensée musulmane. Le concept d'ijmâ et la problématique de l'autorité*, 1975.

11 Véase las tentativas del Coronel Kadhafi de regresar al Corán para elaborar un derecho musulmán contemporáneo: A.E. Mayer, *Le droit musulman en Libye à l'âge du "Livre Vert"*, *Revue Maghreb-Machrek*, 1981, 93, p. 5; O. Carré, *Le combat-pour-Dieu et l'État islamique chez Sayyid Gotb, l'inspirateur du radicalisme islamique actuel*. *RF sc.pol.*, 1984, 4, pp. 680-705.

12 E. Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, 1908, p. 328.

consagradas por la *ijmâ*. El *qâdî* (o juez) que llegase a aventurarse a interpretar por sí mismo los pasajes del Corán o a apreciar por sí sólo la probable autenticidad de la *hadith* cometería un acto que resulta ser tan contrario al respeto de la ortodoxia como el creyente católico que pretendiera fijar a la luz de su propia inteligencia individual el sentido de los textos invocados por la Iglesia en apoyo de sus dogmas...Esta tercera fuente del derecho musulmán, la *ijmâ*, tiene una importancia práctica excepcional. Es atribuible a la *ijmâ* que todas las reglas del *fiqh*, puedan aplicarse en la actualidad, cualquiera que pudiera ser su origen primario.”

384. El razonamiento por analogía (*qiyâs*). Los juristas islámicos, encargados de interpretar la ley, han recurrido al razonamiento por analogía. A través del *qiyâs* han podido “combinar la revelación con la razón humana”.<sup>13</sup> El *qiyâs* encuentra su legitimidad en el Corán y en la *Sunna*. El razonamiento por analogía es considerado como un modo de interpretación y de aplicación del derecho: el derecho musulmán está fundado sobre el principio de autoridad. Al admitir el razonamiento por analogía se posibilitó un proceso racional de interpretación, aún cuando esta forma de razonamiento no pueda crear reglas de derecho fundamentales comparables por su naturaleza a aquellas del *corpus* tradicional, elaborado en el siglo diez. El jurisconsulto musulmán se diferencia por este hecho del *common lawyer* quien, a través de la técnica de las distinciones crea nuevas reglas de derecho.

385. Las divergencias de opinión a propósito de otras fuentes. La literatura musulmana está dividida sobre el valor que debe atribuirse a las otras fuentes del derecho, ya que éstas permiten una mayor libertad en el uso de la “*’aql*” (razón humana) y de la *ra’y* (opinión personal) lo que favorecería una mayor discrecionalidad en la elección de las reglas de derecho aplicables.

En realidad, las divergencias relativas al valor de estas fuentes son mucho más formales que reales ya que todas las escuelas han recurrido a una de estas fuentes de derecho, *verbi gratia* la *istihsân*<sup>14</sup> (preferencia jurídica) que constituye, por razones de interés general, una excepción a la regla legal. Sin embargo, ni la costumbre, ni la jurisprudencia son fuentes de derecho.<sup>15</sup> La jurisprudencia no vincula al juez. Las decisiones de los *qâdî*, importantes cuantitativamente, no ha sido nunca considerarlas como fuentes de derecho por los juristas islámicos y los “juicios no son más que soluciones morales indefinidamente revisables hacia una mejor”.<sup>16</sup> Los juristas musulmanes no clasifican formalmente la costumbre entre las fuentes de derecho, aún cuando a veces se le considera para completar o precisar la aplicación de un principio o de una regla de derecho.

Al final de este análisis relativo a las fuentes del derecho musulmán, es necesario precisar que era posible hacer evolucionar la ciencia jurídica; sin embargo por razones íntimamente vinculadas a la concepción misma del derecho en el Islam, todo proceso de razonamiento se veía con suspicacia y por lo general condenado por los juristas clásicos. Se rechazó que la opinión

13 L. Milliq y F. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2a. ed. 1987, p. 117. Reimpreso Biblioteca Dalloz 2001.

14 Principio según el cual se puede eliminar la solución a la cual conduce el razonamiento por analogía (*qiyas*) en beneficio de otro, considerado como mejor, en virtud de un juicio puramente personal. F.P. Blanc, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

15 Ciertos autores sin embargo emiten una opinión contraria. F.P. Blanc, *op. cit.*, p. 30.

16 J. Berque, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, 1944, p. 49, nota 14.

personal (ra'y) pudiera servir de fundamento a una solución de derecho, al igual que la concepción de un Poder Legislativo secular, competente para legislar en todos los ámbitos de la vida social.

Es necesario, sin embargo, subrayar el primado de la técnica en el fiqh y a veces la preponderancia conferida al juez y al acto de juzgar en función de las realidades sociales del momento. Tampoco debe sorprender las contradicciones existentes entre teoría y práctica. No obstante, según la teoría, el acuerdo nunca se ha realizado para admitir que se puede, en casos particulares, eliminar, en nombre del orden público o de la justicia, la aplicación de una regla emitida por el fiqh.

386. El Taqlid. Si el ijtihâd ha permitido el desarrollo de una doctrina jurídica islámica, la comunidad islámica tiene el deber de someterse al principio de autoridad (taqlid).<sup>17</sup>

El derecho musulmán se convirtió en un sistema doctrinal fundado en la observancia y en la aplicación estricta de las fuentes reveladas, cuya infalibilidad es incuestionable. El derecho musulmán y particularmente sus “mecanismos” de formación y de evolución fueron determinados en forma definitiva, al instar de un dogma, entre los siglos VII y X. El fiqh se volvió por ello inmutable. La clausura de la “puerta del ijtihâd” impone a la comunidad islámica la observancia de las enseñanzas de los doctores del derecho de generaciones pretéritas y particularmente de aquellos que han sido considerados como los fundadores de las Escuelas (madhâhib). Toda nueva interpretación original pareciera estar fatalmente prohibida para siempre.

No obstante que “la puerta del ijtihâd” está cerrada y la estricta observancia del taqlid impuesta en teoría al juzgador, nada impediría que le impide que llegado a un cierto estado espiritual...pudiera sentirse en continuidad directa con las fuentes y que pudiera elaborar una gran obra.<sup>18</sup> Tan cierta resulta esta aseveración que el taqlid es doctrinalmente menospreciado.

Sin embargo, el fiqh considera todo desarrollo teórico nuevo con suspicacia a priori. Se opone a la realidad superior a ésta. De igual manera es de destacarse que desde hace siglos, son las mismas obras las que sirven para la enseñanza del derecho musulmán. Los autores más recientes se han esforzado hasta donde ha sido posible en teorizar sobre la base de soluciones clásicas e integrar en sus razonamientos categorías jurídicas tomadas de los derechos occidentales.<sup>19</sup> Un cierto inmovilismo caracteriza todavía a los juristas formados bajo el faqh clásico. Esta aseveración es igualmente válida entre los sunitas y los chiítas.

387. Características del derecho islámico. El análisis de la teoría de las fuentes del derecho islámico que se ha desarrollado y el de su aplicación práctica conlleva algunas observaciones.

---

17 Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam (Actes du symposium international d'histoire de la civilisation musulmane Bordeaux 25-29 juin 1956 –bajo la dirección de R. Brunschwing y G.E. von Grünebaum), Paris, 1977.

18 J. Berque, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, 1944, p. 23.

19 C. Morcos y C. Chehata, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1938. Y. Linant de Bellefonds, Le droit musulman et le nouveau code civil égyptien, en *Rev. Alg. Tun. Maroc. de Legis. y de Jurisp.*, 6, 1956, p. 211; A. Liebesny, *Judicial systems in the Near and Middle East. Evolutionary development and Islamic revival in Middle East Journal*, 1983, 2, p. 202.

El hecho de que esta disciplina se haya formado y estabilizado del siglo VII al siglo X explica ciertas características del derecho musulmán: el carácter arcaico de algunas de sus instituciones —muchas de las cuales han caído en la obsolescencia—, su aspecto casuístico y la ausencia de sistematización.<sup>20</sup>

Lo más importante sin embargo no radica en ello. Lo esencial es la total originalidad que el derecho musulmán presenta, por su misma naturaleza, en relación con otros derechos en general y del derecho canónico en particular. El sistema fundado teóricamente en el Corán, que es para la comunidad islámica un Libro revelado, el derecho musulmán resulta totalmente independiente de todos los otros derechos que carecen de la misma fuente de derecho. Las similitudes que pudieran presentar en determinados aspectos o en sus soluciones, con otros sistemas de derecho, no pueden ser atribuidos, según la ortodoxia musulmana, más que a simples coincidencias; se rechaza que pudiera tratarse de una recepción que el derecho musulmán pudiera haber hecho de un pensamiento extranjero.<sup>21</sup> Se puede sin embargo aventurar la hipótesis que en ciertas circunstancias pudo haber tenido lugar una influencia limitada;<sup>22</sup> en efecto, resulta factible que “elementos del derecho talmúdico, del derecho canónico de las iglesias orientales y del derecho persa sasánida”<sup>23</sup> hayan sido introducidos en el derecho musulmán en la época de su formación, incluso si se admitiera simultáneamente que esta influencia pudiera haber existido “en un pequeño número de casos aislados, y que falta investigar su alcance exacto”.<sup>24</sup> Los orígenes de la legislación y de la jurisprudencia islámica le ofrecen al historiador problemas múltiples y muy interesantes. J. Schacht ha podido esclarecer la historia compleja de la formación de las primeras escuelas, y su función en los desarrollos posteriores.<sup>25</sup>

388. Comparación con el derecho canónico. Originalidad en relación al derecho canónico de la cristiandad. El derecho musulmán es, como el derecho canónico, el derecho de una Iglesia en su sentido original (ecclesia), aquel de una comunidad de creyentes. Pero, abstracción hecha de esta similitud, existen diferencias fundamentales entre el derecho musulmán y el derecho canónico. El derecho musulmán es, hasta en sus detalles, una parte integrante de la religión islámica; participa del carácter revelado de ésta; no existe en consecuencia ninguna autoridad en el mundo que sea calificada para cambiarlo. Aquel que no obedece al derecho musulmán es un pecador,<sup>26</sup> que se expone a penas en el otro mundo; aquel que cuestione una solución del derecho musulmán es un hereje, que se excluye de la comunidad del Islam. La vida social en fin, se integra para un musulmán solamente de las reglas de su religión, en donde el derecho musulmán constituye una parte integrante. Este enunciado de sus características básicas evidencia las diferencias

20 C. Chehata, *Logique Juridique et droit musulman*, *Studia Islamica* XXIII, 1965, pp. 5-25.

21 J. Schacht, *Introduction au droit musulman* (trad.), 1983, pp. 26 y ss.; *The origins of Muhammadan Jurisprudence*, 1950.

22 J. Makdisi, *An Inquiry into Islamic Influences during the Formative Period of the Common law*, in *Islamic Law and Jurisprudence*, 1990, p. 135.

23 Nota del traductor: Este sistema de derecho persa proviene de la dinastía sasánida que gobernó Persia, ahora Irán, durante los últimos siglos preislámicos (226-641)

24 *Encyclopédie de l'Islam*, 2a. ed., art. Fikh por J. Schacht, tomo II, p. 906; J. Schacht, *Introduction au droit musulman* (trad.), 1983.

25 J. Schacht, *The origins of Muhammadan Jurisprudence*, 1950.

26 Nota del Traductor. El pecador en su acepción religiosa es el que transgrede voluntariamente leyes y preceptos religiosos.

fundamentales entre el derecho musulmán y el derecho canónico en las sociedades cristianas. Cuando el cristianismo se expandió, en su origen, lo hizo en una sociedad que tenía un alto grado de civilización y en la que el derecho gozaba de un gran prestigio. El cristianismo proclamó nuevos dogmas y principios de moral; no se interesó en la organización de la sociedad. “Mi reino”, dijo el Cristo, “no es de este mundo”. Las leyes civiles vieron confirmar en el Evangelio su validez de principio: “Dad al César lo que es de César, y a Dios lo que es de Dios”. La Iglesia católica no solamente consideró inútil elaborar un derecho cristiano, para remplazar al derecho romano, sino que consideró que no se encontraba autorizada para hacerlo. San Pablo y San Agustín no intentaron elaborar un derecho cristiano; al preconizar, con el recurso al arbitraje y a la práctica de la caridad, la decadencia y debilidad progresiva del derecho.<sup>27</sup> El derecho canónico no es un sistema de derecho completo, destinado a remplazar al derecho romano; no ha sido más que un complemento del derecho romano o a de los otros derechos “civiles”; su vocación fundamental consistió en la reglamentación de materias (organización de la Iglesia, sacramentos, procedimiento canónico) que no son regulados por esos derechos.<sup>28</sup> El derecho canónico, por otro lado, no es de ninguna forma un derecho revelado. Recurre indudablemente a los principios revelados de la fe y de la moral cristiana; pero es una obra del hombre y no la palabra de Dios. La transgresión de sus reglas no significaba necesariamente para el creyente cristiano sanciones en el otro mundo. Dentro de la observancia de los principios inmutables del dogma, es incluso deseable que las autoridades eclesiásticas modifiquen el derecho canónico, ya sea para mejorar o para adaptarlo a circunstancias variables de tiempo y de lugar; la Iglesia romana tiene Códigos de Derecho Canónico diferentes para sus fieles de rito latino y de rito oriental, y los derechos canónicos de la cristiandad han evolucionado significativamente en el transcurso de los siglos y continúan evolucionando aún en nuestra época.

La recepción del derecho romano pudo, en estas condiciones, verificarse en Occidente sin provocar una colisión con la religión cristiana; fue en las universidades, aprobadas por bulas pontificales, que se enseñó el derecho romano. La evolución del derecho musulmán fue totalmente diferente ya que este derecho forma parte de la religión revelada del Islam; la ortodoxia excluye todo derecho que no se ajuste estrictamente a las reglas de la charí’a.

389. El fiqh islámico y la sociedad musulmana moderna. El fiqh se consolidó en el siglo X de nuestra era, lo que evidencia que no constituye un ordenamiento normativo que pueda dar satisfacción a las necesidades de una sociedad moderna. El fiqh carece de una reglamentación de una serie de instituciones que resultan necesarias en esas sociedades. Existen numerosas reglas del fiqh, que si bien pudieron dar satisfacción en su tiempo, en la actualidad son ya obsoletas y pueden incluso impactarnos. La inadaptación del fiqh a las condiciones y a las ideas modernas ha generado un grave problema en los Estados de mayoría musulmana abandonado su inmovilismo y durante el siglo XX han buscado explicar las razones de su estancamiento. Los reformistas musulmanes han intentado el desarrollo de ideas sociales y políticas, siempre apoyándose sobre

---

<sup>27</sup> El Corán pondera de manera reiteradamente sobre los méritos del perdón, de la entrega o del abandono de las reivindicaciones; pero ha prevalecido en el Islam una actitud más realista, como debía prevalecer en la cristiandad. J. Schacht, *Esquisse d’une histoire du droit musulman*, 1952, p. 13.

<sup>28</sup> En los Estados de la Iglesia misma, antes de su desaparición en 1870, siempre hubo un derecho civil distinto del derecho canónico; lo mismo sucede en la actualidad en el Estado de la Ciudad del Vaticano.



valores específicamente islámicos, pero muchos de ellos, sufren concientemente o no, la influencia de ideas occidentales modernas.

En el ámbito del derecho, se ha hecho un gran un esfuerzo para darle al fiqh un nuevo dinamismo; pero aún falta por ser resuelta el problema esencial: ¿Las sociedades islámicas pueden modernizarse sin rechazar su tradición<sup>29</sup> y cual sería la función del fiqh en las sociedades modernizadas?

---

29 A. Laroui, *Islam et modernité*, 1987; B. etienne, *L'Islamisme radical*, 1987.