

CAPÍTULO 2

LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO MUSULMÁN AL MUNDO MODERNO

390. Autoridad permanente del derecho musulmán. El análisis que se ha expuesto anteriormente pudiera dar la impresión que el derecho musulmán pertenece a un pretérito totalmente agotado. Sin embargo esto no es así: el derecho musulmán continúa siendo uno de los grandes derechos en nuestra época, que rige las relaciones de aproximadamente un billón de musulmanes.

Numerosos Estados de población musulmana continúan afirmando en sus leyes y sus Constituciones, su estrecha vinculación con los principios del Islam. La sumisión del Estado a esos principios es así proclamada en las Constituciones de Marruecos, de Túnez, de Argelia, de Mauritania, de la República Árabe del Yemen, de Irán, de Pakistán, de Sudán y de Egipto. A ello puede agregarse que en respuesta a una gran cantidad de anhelos formulados desde 1923, se elaboró un “proyecto de constitución islámica” en 1978 por la Academia de Investigación Islámica en el Cairo, a la que le sucedió en 1985 la publicación de un “Modelo de Constitución Islámica” elaborado bajo la tutela del Consejo islámico de Europa.

por otro lado, los Códigos Civiles de Egipto (1948), de Siria (1949), de Irak (1951), de Argelia (1975) contienen reglas que exhortan a la jurisdicción a colmar las lagunas de la ley, conforme a los principios del derecho musulmán.

Los textos fundamentales de ciertos países de tradición islámica prevén incluso procedimientos destinados a asegurar la conformidad de las instituciones y de las leyes con los principios del derecho del Islam. Así ha sido en Irán, en donde se constituyó un Consejo de vigilancia de la Constitución integrado por doce miembros. En Pakistán se había previsto la creación de un Comité cuyo propósito era estudiar el respeto a la tradición musulmana en la construcción del Estado. En Argelia se recomendó a las comisiones encargadas de estudiar la modificación de los principales Códigos “trabajar en la perspectiva de un retorno a las fuentes del derecho musulmán para poner fin al estancamiento de este derecho y darle la posibilidad de seguir el progreso”.¹

¿Esta voluntad evidente por modernizarse, esta evolución que prevé la instauración de regímenes políticos de un nuevo tipo, que implica también reformas en el ámbito del derecho privado, es compatible con el pretendido inmovilismo del derecho musulmán?

391. Adaptación posible al mundo moderno. Lo cierto es que si el derecho musulmán es inmutable, al mismo tiempo está lleno de recursos. Al igual que se resalta su inmutabilidad, conviene resaltar su flexibilidad. Entre una y otra característica no existe ninguna incompatibilidad. En los países del Occidente incluso —se olvida muy fácilmente— el derecho fue durante mucho tiempo considerado como intangible, a pesar de no era sagrado; pero cuando así se requirió, en todos lados, se pudieron identificar los medios para elaborar las soluciones que

¹ Discurso del presidente Boumediene del 12 de marzo de 1971.

se necesitaban, aún sin tener que recurrir a la modificación del derecho. La intervención del Pretor en Roma, la del Canciller en Inglaterra son ejemplos claros de estos desarrollos; los pactos comisorios, los plazos de gracia pudieron igualmente introducirse sin que los principios del derecho fueran, en teoría, modificados.

No fue de otra manera en el derecho musulmán al que se le considera como inmutable. Sin embargo, los Estados de tradición musulmana han procedido a implementar importantes reformas legislativas.² Los métodos utilizados evocan en la memoria los procesos a través de los cuales los jueces ingleses pudieron modificar la regla del “authoritative precedent”. En efecto, el fiqh abre un espacio a la función de la costumbre, a la convención de las partes, a la reglamentación administrativa, sin que socave sus fundamentos, pero que permita acceder a soluciones que permitan construir una sociedad moderna.

392. Recurso a la costumbre. Numerosas sociedades musulmanas, en las cuales se ha reconocido y reconoce la excelencia y la autoridad del derecho musulmán, han podido vivir durante siglos, y viven todavía, principalmente, bajo el imperio de la costumbre. La costumbre no está integrada al fiqh, y nunca se le ha considerado como parte del derecho musulmán; haberla incorporado habría significado haber transgredido una de las características fundamentales del derecho musulmán que es su uniformidad para toda la comunidad de creyentes. Pero, si bien la costumbre no está integrada al fiqh, no implica que este proscrita del derecho musulmán. Ésta conserva una función equiparable a la cláusula de amigable composición que se observa en los derechos occidentales, o de los poderes de conciliación o de equidad que en algunos supuestos pueden admitirse por el juez. A los interesados les es dable, en muchos ocasiones, organizar sus relaciones y reglamentar sus diferencias, al margen del derecho estricto. La expansión del Islam puede explicarse por su actitud liberal y que no exigía el sacrificio de los modos de vida perpetuados por la costumbre. Si bien ciertas costumbres puedan considerarse ilegítimas, dentro de la óptica del derecho musulmán, existen otras muchas costumbres que existen sin incurrir en esta circunstancia. En esta forma numerosas costumbres tienen una función de complementariedad del derecho musulmán: costumbres relativas al monto o a las modalidades de pago de la dote, costumbres regulando el uso de aguas que circulan entre diferentes propietarios de tierra, costumbres en materia comercial.³ El derecho musulmán clasifica las acciones del hombre en cinco categorías: obligatorias, recomendadas, indiferentes, culpables, o prohibidas. La costumbre no puede permitir un comportamiento que el derecho declara obligatorio o prohibir un comportamiento que el derecho declara obligatorio; pero puede legítimamente ordenar una conducta que, conforme al sistema de derecho, es solamente aconsejable o permitida, o puede llegar a prohibir una conducta que, según el derecho, considere como culpable o simplemente permitida.

393. Recurso a la convención. El derecho musulmán contiene muy pocas disposiciones obligatorias, y deja grandes espacios a la iniciativa y a la libertad humana. “No es ningún delito

2 J. Schacht, *Islamic Law in contemporary states*, *Am. Journ. of Comparative Law*, 1959, p. 133; *Problems of Modern Islamic Legislation*, *Studia Islamica*, 1960, p. 99. Y. Linant de Bellefonds, *Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte*, *RID comp.*, 1955, p. 1.

3 G. Rives, “Les problèmes fondamentaux du droit rural afghan”, *RID comp.* 1963, pp. 63-84. En la práctica musulmana pueden identificarse los orígenes de ciertas instituciones de derecho mercantil, tales como el aval y el cheque: J. Schacht, *An Introduction to Islamic law*, 1966, p. 78.

formular convenciones al margen de lo que la ley proscribiera”, dice un hadîth. Por efecto de las convenciones, sin ser infiel al Islam, se pueden aportar cambios significativos a las reglas que propone, pero que no impone el derecho musulmán.

La jurisprudencia de los países islámicos ha admitido de esta forma que los cónyuges puedan, al momento de contraer matrimonio, convenir que la cónyuge pueda por sí sola repudiarse y ejercer una prerrogativa que es propia del cónyuge, o ejercer esta prerrogativa si el marido no permanece monógamo. El estatus del matrimonio y de la familia ha sido profundamente modificado, particularmente en Siria, por medio de tales convenciones. El alcance posible de esas derogaciones está, la verdad sea dicha, sujeta a ciertas dudas. Las comunidades islámicas de tradición sunita, contrariamente a las comunidades islámicas de rito chiíta, no han admitido que se pueda de esta forma convenir ciertas prestaciones, tales como el carácter temporal del matrimonio o el acuerdo de un régimen de comunidad de bienes entre esposos. Las posibilidades de evolución del derecho musulmán, por efectos de las convenciones privadas no son menos considerables; debe admitirse que nada es más sencillo y clásico que concederle a los individuos la iniciativa contractual, incluso si esta iniciativa contractual pueda recurrir a la pura ficción en la consecución de sus propósitos. En esa forma la jurisprudencia de los países musulmanes ha podido, con relativa frecuencia intervenir en la especie; en este contexto en Java se pudo recurrir a la idea que los cónyuges habían construido entre ellos una sociedad mercantil para evadir el régimen matrimonial de separación de bienes previsto por el Corán y alicar el sistema de la costumbre.⁴

394. Estratagemas jurídicas y ficciones. Al lado de la costumbre y de la convención, otra posibilidad para librarse de las soluciones arcaicas del derecho musulmán, es el recurso a las estratagemas jurídicas (hiyâl) y a las ficciones.⁵ La chari’a impregnada de formalismo, exige el cumplimiento estricto de la letra de la ley, más que de su espíritu. Numerosas reglas de derecho musulmán puedan ser privadas de sus efectos, siempre que se evite trasgredirlas directamente. Así, se permite la poligamia y el repudio de la mujer por el marido; pero se puede, sin modificar estas reglas de derecho, desalentar tales prácticas acordando en favor de la mujer substanciales daños y perjuicios, si ella es injustamente repudiada por su marido o si éste, vuelto polígamo, no observa el mismo trato que con sus otras esposas. El mutuo con interés conforme al derecho musulmán está prohibido; pero esta se elude a través de una doble venta, o incluso confiriéndole al mutuante, a título de garantía, el uso y goce de un bien de productos. Se debe igualmente considerar que la prohibición del mutuo con interés concierne exclusivamente a las personas físicas, ya que son las únicas que pueden cometer un pecado: a los bancos, a las casas de ahorro y a las sociedades se les libera de esta prohibición. El arrendamiento de la tierra está prohibido; esta prohibición se elude a través de la noción de asociación entre el arrendador y el arrendatario. Los contratos aleatorios, en particular el contrato de seguro, están prohibidos; más sin embargo este pecado no se comete por quien percibe la prima; por lo que se contrata el seguro con una compañía de seguros o con una persona física que no profese la religión islámica. La prohibición misma del seguro desaparece en el caso de las mutualidades de seguro; el énfasis se pone sobre la

⁴ G.H. Bousquet, *Précis de droit musulman*, 3a. ed., 1950; 22.

⁵ Se han publicado compilaciones de estas estratagemas jurídicas que son verdaderas vías para revertir los efectos de la ley. Véase R. Khawam, *Le livre des ruses*. Phébus, 1976.

premisa de solidaridad que la operación involucra y que por ello se propicia su celebración; este contrato está muy lejos de estar prohibido.

395. La intervención del soberano. Un proceso al que se recurre con frecuencia para adaptar el derecho musulmán a las condiciones de la vida moderna ha sido a través de la intervención de quien detenta el poder en la sociedad. El soberano —ya sea un monarca o un Parlamento— no es en la concepción islámica el amo, sino el servidor del derecho. No puede por lo tanto legislar. Sin embargo dirige la política del Estado (siyâsa) y debe vigilar en particular la buena administración de la justicia. El derecho musulmán reconoce la legitimidad de las medidas reglamentarias que pueden ser tomadas a este respecto por las autoridades. Un gran uso de este poder ha sido constantemente hecho.

Aun en el marco mismo de una estricta ortodoxia, los soberanos han podido ejercer una gran influencia en el derecho musulmán. Así han reglamentado *verbi gratia* a los qâdî para que apliquen en uno o en otro ámbito de derecho, la solución que ha sido aceptada por un rito en lo particular: la posibilidad ha podido así ser admitida en numerosos países para que la mujer pueda obtener un divorcio judicial en diversos supuestos admitidos por diferentes ritos. Se ha podido igualmente subordinar el acceso de los tribunales bajo ciertas condiciones: en esta forma se pudo introducir un concepto de prescripción extintiva en Turquía que ignora el derecho musulmán, al prohibirle a los jueces otomanos conocer controversias fundadas en acciones sobre un título que tuviese más de quince años. El legislador egipcio pudo incluso declarar que no se podría acudir a los tribunales en supuestos vinculados a un matrimonio que no hubiera sido registrado en las oficinas del registro civil o en el cual uno de los cónyuges no hubiera tenido la edad legal requerida para contraer matrimonio. La policía puede también cerrar los ojos y no darle efecto a la ley que prohíbe a los musulmanes el consumo de bebidas alcohólicas en los cafés de Argelia.

Existen otros supuestos en donde se deja de aplicar la estricta ortodoxa. Paralelamente a las medidas que resultaban irreprochables conforme a los preceptos del islámico (nizam), los soberanos han debido adoptar otras medidas (qânûn) que rebasan con exceso la competencia que se les reconoce por esos principios. Los teólogos vituperan tradicionalmente contra la impiedad de la sociedad civil, pero su reacción ha sido casi siempre moderada, en tanto que se continúa reconociendo, por lo menos en teoría, la superioridad y la excelencia del derecho musulmán.

396. Tendencia modernista. El desarrollo del derecho musulmán se estancó en el siglo X de nuestra era, cuando se clausuró la “puerta del esfuerzo”. Este evento se produjo para conjurar una crisis que amenazaba entonces al mundo musulmán y evitar la ruptura de su unidad. La ruina del califato abbasid, con la toma de Bagdad por los mongoles en 1258, reforzó la tendencia conservadora. Algunos pensadores, en el Islam, se interrogan en la actualidad si las limitaciones impuestas al desarrollo del fiqh deben ser mantenidas con todo su rigor, y cuestionan desde luego que la ortodoxia islámica tiende a perpetuar estas limitaciones. A este respecto argumentan que muy pocas reglas del derecho musulmán se fundan en la revelación divina, además hacen referencia a la observancia de conductas propias del siglo VII y no a conductas de nuestros días; el derecho musulmán es, en realidad en gran parte, la obra de juristas de la Edad Media, que emplearon modos de razonamiento ya revazados. Al referirse a la práctica de los primeros siglos, los intelectuales islámicos hacen notar que los fundadores de los diversos ritos islámicos tuvieron siempre en cuenta circunstancias particulares e incorporaron en su sistema, nociones tales como el objetivo de la ley, el bien público, el estado de necesidad, entre otros. Estos pensadores estiman que no existe peligro alguno en revisar en la actualidad estos principios, bajo el supuesto de que se impongan reglas estrictas y métodos de interpretación rigurosos en la búsqueda de

soluciones, que se concilien con la ortodoxia, que requiere el bien social. En la actualidad el principal riesgo que enfrenta el derecho musulmán, no es tanto el riesgo de la fragmentación del Islam, como lo fue en otro momento de la historia, sino el riesgo de que el fiqh con su inmovilidad, termine por convertirse en un conjunto de deberes idealizados y de contenido exclusivamente teológico, que pudiese interesar exclusivamente a algunos sabios, en tanto la vida real quede gobernada por leyes, cada vez más alejadas de las concepciones propiamente musulmanas.

La tendencia a reabrir, en nuestros días, la “puerta del esfuerzo”, se expresa precisamente en aquellos quienes, acostumbrados a un pensamiento racionalista, admiten cada vez con mayor dificultad el argumento tradicional de la autoridad. Las masas de musulmanes, sin embargo, no están listas para dejarse convencer. La manera de percibir, que ha sido admitida sin reparos durante siglos, no puede ser abandonada por las comunidades islámicas; uno no puede por lo tanto que alejarse al mínimo, y siempre con una extrema prudencia. El peligro de una reapertura de la “puerta del esfuerzo”, como de toda tentativa de modernización y de racionalización del derecho musulmán es evidente; de prevalecer esta tendencia, se percibe con dificultad cómo podrá preservarse la unidad del mundo musulmán, cuando las comunidades de creyentes se encuentran dispersas en una gran variedad de Estados independientes. En esta forma se ha privilegiado el empleo de varias alternativas que existen para ir adaptando las sociedades musulmanas a la vida moderna, por vías que son externas al derecho musulmán (tales como costumbres, convenciones, reglamentos, entre otros), que no están en franca contradicción con este derecho; estas vías tienen el privilegio de evitar cuestionar los principios, que han sido admitidos según la tradición y sobre los cuales se funda la unidad de la comunidad de creyentes.