

CAPÍTULO 3 EL DERECHO DE LOS PAÍSES MUSULMANES

397. Ausencia de aplicación integral del derecho musulmán. Desde Marruecos hasta Indonesia, desde las repúblicas musulmanas de Asia central y de Albania hasta Zanzíbar y a Guinea cerca de un billón de musulmanes constituyen la mayoría de la población en una treintena de Estados o bien constituyen importantes minorías en otros. Ninguno de estos Estados está regido, de manera exclusiva, por el derecho musulmán. En todos estos Estados la costumbre o la legislación contribuyen ya sea complementando o bien francamente derogando partes de este derecho, e incluso a pesar de su autoridad de que su autoridad es proclamada desde el principio.

Con el derecho musulmán, derecho religioso, no se deben confundir los derechos positivos de los países musulmanes, y para evitar esta confusión, debe de abstenerse dar a éstos últimos el calificativo de derechos musulmanes aún cuando el derecho musulmán constituya para muchos de entre ellos una fuente material de su derecho positivo actual. Al igual que en los países cristianos, la sociedad civil islámica jamás se ha confundido en el Islam, con la sociedad religiosa; siempre han vivido practicando costumbres, o se han regido por leyes, que sin duda se apoyan de forma general en los principios del derecho musulmán, pero que pudieran igualmente en diferentes épocas, en ciertos países, o en ciertos ámbitos, haberse liberado de la estricta ortodoxia del derecho musulmán e incluso encontrarse en contradicción con los principios y las reglas del derecho musulmán. Incluso en plena época en la que el fiqh llegó a tener una autoridad incuestionable, todos sus elementos carecieron del mismo valor práctico; en esta mezcla de disposiciones de derecho, de moral y de religión que constituye el fiqh, se encuentran disposiciones de naturaleza jurídica, preceptos de conducta, reglas de disciplina moral, que requiere siempre distinguir “la realidad de la utopía, los productos auténticos de la vida jurídica de las quimeras creadas por la imaginación de los teólogos”. En parte por esta razón, el fiqh únicamente se impuso gradualmente como regla jurídica; los Omeyyades,¹ en el periodo de las conquistas, tuvieron poco esmero en aplicarlo; la recepción del fiqh como derecho de los países islámicos de produjo bajo los califatos abbasides, imbuidos de espíritu teocrático.

Posteriormente, se produjo un proceso inverso en el que exclusivamente algunos ámbitos continúan estando, unos más otros menos, totalmente regidos por las reglas del derecho clásico.

398. El estatuto personal y otros ámbitos. Tal es el caso del derecho de las personas y de la familia,² que desde siempre ha sido desde todos los tiempos, el más importante en la charî'a, aunque en teoría todas las disciplinas del derecho musulmán se encuentren igualmente vinculadas a la religión del Islam.

¹ Nota del traductor. La palabra omeya viene del vocablo árabe Ummaya. que es el nombre propio de los califas cuya dinastía tomó su nombre. Este adjetivo se le adscribe a cada uno de los descendientes del jefe árabe de este nombre, fundadores del Califato de Damasco, sustituido en el siglo VIII por la dinastía abasí.

² L. Millot y P. Blanc, *Introduction à l'Étude du droit musulman*, 2a. ed. 1987, pp. 256 y ss. Reimpreso Biblioteca Dalloz, 2001.

Este privilegio, parte del vínculo particularmente estrecho que la conciencia de los musulmanes sostiene entre la religión y el “estatuto personal”. Incluso es precisamente respecto de esta disciplina que el Corán proporciona el mayor número de preceptos.

Para otras disciplinas del derecho por el contrario, se ha podido admitir con mayor facilidad su carácter laico, o por lo menos cierto grado de carácter laico. El derecho constitucional, tal como es considerado por el derecho musulmán, se ha reducido a un sueño piadoso. El derecho penal pudo sustraerse oportunamente de la ortodoxia, al igual que el derecho fiscal.³ Sin embargo los dirigentes bajo la percepción teológica, resultan culpables si se alejan, incluso en estas materias, de las reglas de la charî’a. A los creyentes, nada puede reprochárseles si se someten a las reglas que les son prescritas, ya que el Corán impone la obediencia a las autoridades preestablecidas. En todo caso, la necesidad dispensa a los creyentes de observar las normas estrictas del derecho.

399. La organización judicial. El ideal musulmán, que consiste en establecer la identidad de la comunidad de creyentes y de la sociedad civil, jamás se ha realizado. Una circunstancia lo prueba. En todos los Estados está prevista en la organización judicial, una dualidad significativa.⁴

Paralelamente a la jurisdicción qâdî, que surgió bajo los Omeyyades, y que es la única jurisdicción legítima según el derecho musulmán, siempre han existido una o muchas otras clases de tribunales, que aplicaban las costumbres profanas del país o los reglamentos promulgados por las autoridades y cuya jurisprudencia se apartaba de las reglas estrictas del derecho musulmán: jurisdicción de la policía, jurisdicción del inspector de mercados, jurisdicción de equidad del califato o de sus delegados, entre otros..

Estas jurisdicciones no tuvieron durante largo tiempo más que una competencia de excepción. La situación empero, varió desde hace un siglo. Nuevas y numerosas jurisdicciones estatales fueron creadas; la competencia de estas jurisdicciones, originalmente se limitó a la aplicación de leyes modernas, pero terminó por ampliarse al conjunto del derecho, y por hacer desaparecer la competencia de los qâdî.

400. Características de la evolución contemporánea. Tres fenómenos notables se produjeron, en los siglos XIX y XX, en el derecho de los países musulmanes. El primero, fue en numerosas materias, la occidentalización del derecho. El segundo fue la codificación de las materias que se habían sustraído a esta occidentalización.⁵ El tercero es la eliminación de las jurisdicciones especiales, que se habían encargado de aplicar el derecho musulmán. Habría que subrayar

³ J.N.D. Anderson, *Islamic law in the Modern World*, 1959, pp. 15, 20; J. Schacht, *Introduction au droit musulman* (trad.), 1983.

⁴ E. Tyan, *Histoire de l’organisation judiciaire en pays d’Islam*, 2 vol., 2a. ed., 1961; L. Millot y P. Blanc, *op. cit.*, pp. 524 y ss.

⁵ H. V. Velidedeoglu, “Le mouvement de codification dans les pays musulmans. Ses rapports avec les systèmes juridiques occidentaux”, *Rapports généraux, en el V Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Bruselas, 4-9 agosto de 1958), t. I, p. 178-181. Turquía recientemente modificó su Código Civil (cuyo origen fue el Código suizo de las Obligaciones de 1926 y que ha sido muy poco modificado). Las nuevas disposiciones del Código Civil turco entraron en vigor el 1o. de enero 2002. A partir de esta fecha se reconoce la igualdad plena de la mujer y del varón. Un régimen de comunidad de bienes supletoria rige para los cónyuges, en caso de que hayan sido omisos al respecto. La edad mínima para contraer matrimonio es a los 18 años.

igualmente aquellos movimientos con una tendencia a la reislamización del derecho, auspiciada por los fundamentalistas islámicos.

401. Occidentalización del derecho. El derecho musulmán les reconoció siempre a las autoridades civiles la facultad de promulgar disposiciones que coadyuvaran al mantenimiento del buen orden de la sociedad. Pero estas facultades se ejercieron durante siglos con moderación, y sin menoscabar la autoridad de los teólogos del Islam. Sin embargo acaeció, desde hace un siglo, en numerosos países de tradición islámica, el uso intensivo de este poder reglamentario; con ello se introdujeron reglas que desarrollaron, en ocasiones, disciplinas enteramente nuevas en el derecho. De poca relevancia resulta la forma legislativa: a través la promulgación de códigos, de grandes leyes o por obra de la jurisprudencia. El resultado es el mismo por doquier: en aquellos ámbitos que no provienen del estatuto personal (personas, familia, sucesiones, entre otros) y que no tienen ninguna incidencia en las “fundaciones piadosas”, el derecho musulmán dejó de aplicarse en beneficio de las reglas recibidas de los derechos romano-germánicos o del *common law*. El derecho constitucional,⁶ el derecho administrativo, el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho procesal, el derecho penal y el derecho del trabajo han sido de esta forma occidentalizados en numerosos países de tradición musulmana; conservan pocas disposiciones cuyo origen pudiera encontrarse en el derecho musulmán.⁷

402. La Codificación del estatuto personal. La codificación de las materias relativas al estatuto personal planteó problemas más delicados. Que los gobernantes no tengan en estas materias, ningún poder para modificar las reglas elaboradas por el derecho musulmán, es un principio que no se presta a discusión. ¿Pueden los Estados, sin modificar esas reglas, promulgarlas sistemáticamente efectuando una obra de consolidación? Es perfectamente válido cuestionarse esto.

Ha habido una gran proclividad de efectuar una obra de tal magnitud que pueda ahorrarles a los juristas musulmanes la necesidad de referirlos a múltiples obras, con frecuencia confusas, redactadas en lengua árabe, que no es la lengua usual en todos los países de tradición musulmana. El peligro de racionalización del derecho, inherente a toda obra de este género, no pasó desapercibida para los tradicionalistas islámicos, y hasta épocas recientes no se permitió a la autoridad legislar en materia de estatuto personal y de fundaciones piadosas, aún cuando la única pretensión consistiera en la reproducción de reglas de derecho ortodoxas. Los códigos relativos al estatuto personal, elaborados por eminentes juristas, como en Egipto por el Dr. Mohamed Kadry Pacha, en Túnez por D. Santillana y en Argelia por M. Morand conservaron un estricto carácter privado, a pesar de su alto valor científico y de que haya sido generalmente reconocida su fidelidad a la ortodoxia islámica. En Turquía incluso el Código Civil y el de Procedimientos

⁶ *La Constitution des Pays arabes*, Coloquio organizado en 1998 en Beirut, por el Centro de Estudios de los Países árabes, 1999.

⁷ Ch. Cherata, “Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien”, *RID comp.*, 1965, p. 839-853. J.M. Mousseron, “La réception au Proche-Orient du droit français des obligations”, *RID comp.*, 1968, pp. 37-78; M.E. Tyan, “Les rapports entre droit musulman et droit européen occidental en matière de droit civil”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1963, Pp. 18-28.

Civiles (Mecelle),⁸ en vigor de 1869 hasta 1876, no habían incluyó en su articulado el derecho de las personas, el derecho de la familia y el de sucesiones, no obstante la gran irritación de la comunidad jurídica árabe que se veía obligada a estudiar estas disciplinas del derecho en fuentes escritas en lengua árabe. El rey Ibn Séoud, en Arabia Saudita, declaró en 1927 su intención de establecer un Código de Derecho Islámico sobre la base de las enseñanzas de Ibn Taimiya; muy pronto se vió obligado a abandonar este proyecto por la gran resistencia que provocó.

Este planteamiento con las enormes dificultades de las que se ha dado cuenta en forma sucinta, terminó sin embargo por prevalecer en diversos países de tradición musulmana. La primera Codificación del Derecho musulmán, que cobró fuerza de ley en un Estado de tradición musulmana, en lo que concierne al derecho de la familia y al de sucesiones, fue el Código Civil Iraní, promulgado de 1927 a 1935.⁹ Este evento fue replicado en numerosos países de tradición musulmana.¹⁰ Diversos códigos relativos al estatuto personal fueron promulgados en Siria, en Túnez, en Marruecos, en Egipto, en Jordania, en Irak, y en el Yemen del Sur.

En Argelia, que durante mucho tiempo perteneció a Francia fueron abrogadas todas las leyes promulgadas antes de su independencia. Finalmente un Código de la Familia fue adoptado en 1984 en el que puede claramente identificarse la influencia del derecho francés;¹¹ en Pakistán el derecho de la familia y el de las sucesiones fueron objeto de reformas profundas.¹² En 1979, una ley reformó el divorcio en Irán. Kuwait adoptó un Código de la Familia en 1984.

Es en esta forma como numerosos países musulmanes, según puede constatarse, han observado una tendencia, que en épocas pretéritas había sido radicalmente rechazada, que continúa afirmándose en nuestros días. Esto evidencia que la reticencia con la que se percibía en tiempos pretéritos la codificación del derecho del estatuto personal, no era quizás injustificada. A pesar de la inquietud que su tuvo por doquier para salvaguardar las apariencias, hubo que recurrir a las autoridades religiosas para reafirmar y confirmar el carácter irreprochable de las nuevas compilaciones; parece haber pocas dudas que éstas reformas hayan, al menos en ciertos países de tradición musulmana, aportado innovaciones importantes, difícilmente conciliables con la ortodoxia.

8 S.S. Onar, "La collection d'une partie du droit musulman dans l'Empire ottoman (El Medjellé)", *Annales de la Fac. de droit d'Istamboul*, vol. 4, 1954, pp. 90-128. El Medjellé fue traducido al francés por G. Young, en el 6 volumen de su *Corps de droit ottoman* (1906). La ortografía del Medjellé es la del turco moderno; la transcripción del Medjellé más recurrida con anterioridad a la publicación en el turco moderno estaba escrito en caracteres latinos. El Medjellé persistió como el fundamento del derecho en vigor en el Reino Hachemita de Jordania, y parcialmente se encuentra vigente en Líbano. G. Tedeschi, "Le centenaire de la Mecelle", *RID comp.*, 1969, pp. 125-133.

9 Traducción al francés en R. Aghababian, *Législation iranienne actuelle* (2 vol., 1951). Apéndices sustituibles para la reglamentación del Código Civil en las materias propias del estatuto personal, para los iraníes que no sean musulmanes,

10 S. Aldeeb Abusahlieh y A. Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, 1999.

11 R. Babadji y M.N. Mahieddin, El *fiqh* islámico no consituye una fuente exclusiva de derecho en el derecho de la familia en Argelia, *Rev. int. civ. comp.*, 1987, p. 163; Lourdjane, *Le droit civil algérien*, t. I, 1985; M. Borrmans, "Le nouveau code algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel principalement dans les pays arabes", *B.T.D.C.* 1986, 133.

12 N.J. Coulson, "Islamic Family Law: Progress in Pakistan", en J.N.D. Anderson, ed. *Changing Law in Developing Countries*, 1963, pp. 240-257; J. Schacht, "Problems of Modern Islamic Legislation", *Studia Islamica* XII, 1960, pp. 99-129.

403. La decadencia de las jurisdicciones tradicionales. Estas compilaciones, a pesar de cualquier crítica que les puedan enderezar los fundamentalistas, encuentran no obstante, sus fundamentos en el derecho musulmán, de donde abrevan sus concepciones de base. No se puede sostener lo mismo de los códigos que fueron promulgados, desde hace cien años, en numerosos países de tradición islámica, que regulaban ámbitos diferentes a los del estatuto personal y al de las fundaciones piadosas. A este respecto pueden analizarse los Códigos Penal o de Procedimientos Penales, del de Derecho de las Obligaciones o de Código de Comercio, del Código de Procedimientos Civiles, o los desarrollos introducidos en materia de derecho administrativo o de derecho del trabajo, en donde resulta claro que estos Códigos sirvieron para operar, en diversos países de tradición musulmana, una recepción de las concepciones occidentales.

Este dualismo normativo podía parecer viable en tanto que existieran en los diversos países, dos distintos órdenes de jurisdicciones, para aplicar estos dos sistemas opuestos en sus principios, en sus métodos y en su misma naturaleza; uno fundado en el derecho comparado y la razón humana y susceptible de modificaciones y otro en el argumento de la autoridad y de la fe, y por definición inmutable. Este último sistema de derecho terminó por ceder. A los mismos jueces, en numerosos Estados de tradición musulmana, se les confirió el mandato de aplicar simultáneamente el derecho “moderno” y el derecho musulmán. Las jurisdicciones de vocación musulmana fueron suprimidas en la India británica desde 1772, en Turquía en 1924 y muy pronto dejaron de existir en Egipto, en Túnez, en Bengala, en Argelia, en Marruecos, en Guinea y en Malí; su competencia se redujo considerablemente en Indonesia.¹³ Aún así, en Irán, después de la Revolución islámica, se expandió la competencia de las jurisdicciones tradicionales musulmanas. A este efecto se crearon dos clases de jurisdicciones de orden religioso: los tribunales civiles especiales y los tribunales revolucionarios (en materia penal).

Tanto para aplicar la *charía*, como para aplicar los Códigos modernos, se tiene que recurrir a juristas formados bajo los modos de razonamiento lógicos y racionalistas propios de los derechos del Occidente. Esto constituye una nueva amenaza que se cierne sobre el derecho musulmán en la actualidad, de mayor envergadura de lo que pudiera haber sido la promulgación de códigos. Esta misma observación resulta válida en lo que respecta al derecho de la India. Administrado por jueces formados en la escuela del *common law*, y “el derecho musulmán se convirtió en la British India en un sistema jurídico independiente, que contiene diferencias substanciales con el derecho musulmán puro, y que se conoce a justo título con el nombre de Anglo-Muhammadan law”.¹⁴

404. La diversidad de los derechos actuales y la re-islamización. Los derechos positivos de los países musulmanes, tal como se nos presentan actualmente, difieren porque el estado social de los países es muy variado; adicionalmente porque las tradiciones de estos países están muy lejos de ser las mismas. Egipto, Malí, Mauritania, Pakistán, Indonesia difieren profundamente en múltiples ámbitos. Realizar por consiguiente un análisis general de los derechos de los países de

13 En diversos países árabes la jurisdicción del *qhādi* subsiste sólo en apariencia ya que ha sido transformada. Se ha convertido en una jurisdicción estatal, competente en materia de estatuto personal para resolver las controversias tanto entre no musulmanes y musulmanes. Esta transformación se facilitó por el hecho que los no musulmanes aplican generalmente en sus países las reglas del derecho musulmán en lo que concierne al derecho de las sucesiones.

14 J. Schacht, “Problems of Modern Islamic Legislation”, *Studia Islamica* XII 1960, pp. 99-129; A. Husain, *The History of Development of Muslim Law in British India*, 1934.

tradición islámica, resulta arduo y complicado. La influencia creciente de los fundamentalistas islámicos en ciertos países tiende a darle un mayor peso específico al derecho musulmán, en la vida de la sociedad.

Este proceso de re-islamización se empieza a hacerse patente desde hace ya algunos años, particularmente en el derecho penal. En Libia, en 1972, se restableció la pena de amputación por robo, en 1973 la pena de flagelación por fornicación; poco después en 1974, una penalidad similar por consumo de alcohol. En abril de 1979 Pakistán inició un proceso más radical; se trataba de islamizar a todo el conjunto del derecho: junto con las penas islámicas antes citadas, el impuesto de la zakat se reestableció y las reglas tradicionales de prueba y de testimonio fueron vueltas a poner en vigor; paralelamente, tribunales religiosos fueron restablecidos en materia del estatuto personal. Se creó una Corte federal de charîa para verificar la conformidad del conjunto de las disposiciones jurídicas en vigor al fiqh. Irán en 1979 instauró un régimen teocrático que responde a estos mismos principios. En la década de los ochenta, Kuwait, replicó el ejemplo de la revolución iraní, y anunció a su vez la islamización sistemática de su derecho. En Egipto, un referéndum de mayo de 1980 proclamó que la charî'a era "la fuente fundamental" del derecho positivo y el objetivo de islamizar el derecho era oficialmente afirmado. Al respecto, se crearon comisiones para elaborar proyectos de Código Civil y Penal de corte islámicos. Estos proyectos fueron efectivamente creados, pero su aprobación y eventual promulgación fue pospuesta sine die.

No obstante, actualmente es posible constatar cierta disminución de la islamización del derecho; esto es particularmente válido para el derecho penal por su alto impacto en la sociedad: la aplicación de las penas coránicas han sido muy limitadas en Pakistán; en Libia y en Mauritania, como en los Principados y Sultanatos árabes del Golfo Pérsico; ha tenido un carácter esencialmente teórico. Las tentativas de aplicar la charî'a en el ámbito económico, particularmente en lo que respecta a la prohibición del préstamo con interés, han quedado totalmente desacreditadas, como fue el caso en Egipto en donde se provocaron sonados escándalos financieros (Las sociedades islámicas de inversión depositarias del ahorro de las clases medias egipcias, dejaron un pasivo de muchos millones de dólares y millones de ahorradores egipcios quedaron arruinados).

Sin embargo, nada permite pensar que el movimiento de islamización del derecho se ha definitivamente interrumpido. En diferentes países como Túnez, Siria, Jordania, Argelia la reivindicación de la islamización del derecho está latente; evidencias de esta tendencia pueden percibirse en algunas repúblicas islámicas de Asia central como es el caso de Tadjikistán. En Egipto, los movimientos religiosos han trazado otras estrategias para asegurar la "positivización" del derecho musulmán; recientemente una Corte de apelación del Cairo confirmó el divorcio de un universitario, bajo el argumento que el derecho musulmán no acepta que un musulmán impío permanezca casado con una musulmana; en la especie, la impiedad resultaba de un análisis histórico del Corán, hecho por el cónyuge, en el marco de su actividad universitaria. Se puede sostener, que la evolución de la situación política (y económica) jugará un papel determinante en el futuro de estas reivindicaciones.