



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

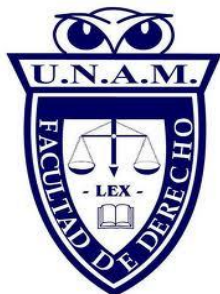
**EL CARÁCTER TEÓRICO DEL DERECHO
ISLÁMICO: LA SHARI'AH (UN ESTUDIO
MONOGRÁFICO)**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

KARLA MONSERRAT MARTÍNEZ SILVA



**DIRECTOR DE TESIS:
MTRO. ALFONSO ESTUARDO OCHOA
HOFMANN**

OCTUBRE 2012



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS:

Quiero dar gracias a la vida por permitirme tener la satisfacción de ver en mis manos el fruto del esfuerzo y trabajo de muchas personas, porque un triunfo, éste en particular es resultado de días y meses de dedicación no solo míos sino de todos los que me rodean.

En primer lugar quiero darle las gracias a mi mamá, por ser siempre mi voz interior y guía, mi fuerza y mi luz, siempre mi luz al final del camino; porque siempre hay en sus labios la palabra adecuada y en su mirada la confortación del día a día. Gracias Lupita, eres mi ejemplo de mujer a seguir; eres la creadora de mis pasos y mi eterno punto al final de cada camino. Quiero agradecer también a mi papá, que es la persona más admirable que conozco, quien siempre logra perseverar a pesar de las adversidades, espero algún día llegar a tener un poco de esa tenacidad que te caracteriza; espero algún día llegar a ser para alguien el ejemplo que eres para mí. A mi querida hermana, sin quien la vida no sería lo que es; gracias por ayudarme a descubrirme a mi misma a través de tus ojos, mi hermanita, la más valiente, la más querida... mi vida entera.

A la familia maravillosa que tengo alrededor, porque siempre están cuando se les necesita: Mi mamá Soco, mi madrina, mi tío Ernesto, Chavita; especialmente a mi Marianita quien a pesar de ser la más pequeña, es una fortaleza a la que admiro y pienso cuando siento que no puedo más.

Quiero agradecer también a mi Universidad por ser la generadora de tanto pensamiento, por ser una oportunidad de crecer a partir de la discusión y del debate, que da la oportunidad de generar conciencia desde la diferencia; a mi querida Facultad de Derecho, en cuyas aulas encontré las razones de mi ser.

Quiero agradecer a mi asesor y maestro el Dr. Alfonso Estuardo Ochoa Hofmann, no solo por su labor como asesor de esta tesis, sino como maestro y docente dedicado por completo a la generación de pensamiento, a la evolución de las ideas; gracias Profe, por marcar la diferencia a esos notables niveles, seguro que para muchos como para mí sus clases representan un punto de partida desde donde se comienza a pensar, no solo en derecho, sino en uno mismo.

También quisiera dar mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que aún teniendo una labor importante en la Academia tuvieron interés por mi tesis y se mostraron siempre abiertas a escuchar y leer; a la Dra. Leticia Mayer Celis, quien siempre se mostró amable y dispuesta, a la querida Dra. Susana García Salord, a la Dra. Larissa Adler Milstein, investigadora emérita de la UNAM y Premio Nacional de Ciencias y Artes 2010, con quien tuve la oportunidad de colaborar durante tres años como ayudante de investigador y de quien aprendí la paciencia, el amor y la dedicación a la investigación...me atrevo a decir que gran parte de la elaboración de este trabajo lo debo a mi aprendizaje con ella; a la Mtra. Diana Sheinbaum, quien más que una compañera se convirtió en mi amiga y a quien estimo sinceramente; a la Dra. Consuelo Sirvent Gutierrez por sus pertinentes comentarios sobre mi investigación; a la Mtra. Wilda Western quien a pesar del poco tiempo que le deja su labor académica me ha guiado y comentado, y a quien le agradezco infinitamente su colaboración. Al Sr. Ahmed Azzam, cónsul de Egipto en México, quien a pesar de su apretada agenda se tomó el tiempo e interés para escuchar mi propuesta y retroalimentarme. Y finalmente al Dr. José Manuel Ruiz Figueroa del Colegio de México

No quisiera dejar de agradecer a esas personas que representan una parte sumamente importante de mi vida, con quienes me desahogo, estoy segura que en alguna plática con alguno de ustedes surgió mi tema de tesis, o tal vez en fragmentos de pláticas con todos; a mis amigos. Gracias por compartir y dejarme compartir con ustedes pedazos de alma. A Ma. Fer (mi Manis) quien no necesita escucharme para saber lo que me pasa; a Isa por todos los momentos difíciles, felices, más difíciles y más felices; a Yadira por los buenos consejos, por ser una mujer admirable; a Ricardo, mi querido amigo que siempre escucha, quien siempre tiene la palabra adecuada; a Brenda, por ser algo así como mi alma gemela, y una de mis personas admiradas; a Jorge, mi amigo y compañero; Antonio, por esas buenas pláticas y discusiones, Cesarito por tantos años, y tantas alegrías compartidas; Giovanni por el interés y el apoyo; y creo que realmente merece una mención especial mi queridísimo Ulises Baruch, gracias por ayudarme a crecer siendo tu amiga y compañera en este arduo camino que es “madurar”.

Finalmente, quiero agradecer a todas esas personas que en el último año, y realmente durante la elaboración de esta tesis, se han convertido en una segunda familia y en quienes he encontrado amistad y cariño a grandes niveles; mis queridos compañeros de trabajo, con quienes he compartido y celebrado cada paso de avance y de quienes he aprendido y obtenido tanto; a mi querida jefa la Lic. Beatriz Figueroa quien me ha dado desde permisos hasta enseñanzas profundas; a mi querida Bety Olivero...siempre pendiente, siempre animosa, siempre esperanzadora; a Luisito para alegrar días pesados con risas y ocurrencias; a Aldo, a Javi, a Beth, a Iván por esperar siempre a mi lado las buenas noticias.

Gracias en general a la vida.....y ojala el mundo siga siendo tan diverso...para que sigan existiendo tantas voces como oídos para escuchar.

*"Si te comparo no acierto
Siendo igual, somos distintos
Caminamos laberintos
Con el alma al descubierto
Para buscar igualdad....
¿Será con nuestra verdad que
Nos sintamos vecinos
Y sea heredar caminos
Multiculturalidad"
-Julie Sopena-*

*"Nadie es como Otro. Ni mejor, ni peor. Es otro"
-Jean Paul Sartre*

*"La cultura es un adorno en la prosperidad y un refugio en la adversidad"
-Diógenes Laercio*

*SOMOS IGUALES.....SOMOS DIFERENTES...
-Manifiesto de la Campaña Europea por la diversidad, los derechos humanos y la participación-*

INDICE

	Introducción	2
I.	El derecho Islámico como sistema jurídico independiente	4
	Características esenciales del derecho islámico y su diferenciación con otros sistemas jurídicos	4
1.1		
1.1.1	El derecho Islámico y sus características esenciales	6
1.2	Surgimiento y desarrollo del derecho islámico	22
1.2.1	La Shari'ah	22
	La Revelación y la Norma Operativa: Incorporación de elementos pre-islámicos, romanos y persas al derecho islámico	26
1.3		
II.	Fuentes del Derecho Islámico	35
2.1	Fuentes Primarias	38
2.1.1	El Corán	38
2.1.2	La Sunna	47
2.2	Fuentes Secundarias	57
2.2.1	El Ijma	57
2.2.2	Qiyas o razonamiento por analogía	66
III.	La formación de Escuelas Jurídicas en el Islam	73
3.1	Antecedentes a la formación de escuelas jurídicas	73
3.1.1	Nacimiento del Ijtihad y los operadores jurídicos en el Islam	73
	Las antiguas escuelas del derecho islámico: Escuela del Ra'y escuela del Hadith	80
3.1.2		
3.2	Las Escuelas Jurídicas en el Islam	84
3.2.1	Escuela Hanafí	84
3.2.2	Escuela Maliki	87
3.2.3	Escuela Shafi'i	90
3.2.4	Escuela Hanbalí	93
IV.	Estado y Derecho Islámico	100
4.1	Estado y Derecho	100
4.2	El primer Estado Islámico	102
4.3	La figura del califato	105
4.4	La dinastía hereditaria en el Islam	107
	La descentralización del poder en el Islam: Sultanatos y formación del Imperio turco-otomano	112
4.5		
4.6	El colonialismo europeo	115
4.7	Las vías poscoloniales	116
4.7.1	Turquía: La vía secular	116
4.7.2	IRÁN: La vía islamista	117
4.7.3	Egipto: La vía socialista	120
	Conclusiones	124

INTRODUCCIÓN.

El presente estudio tiene como finalidad estudiar y describir los elementos constitutivos, así como la evolución del sistema jurídico de derecho musulmán.

En el primer capítulo definiremos las características que distinguen al derecho musulmán y lo identifican como un sistema independiente y autónomo. Tales como: El ser un derecho revelado y de corte religioso, lo que nos plantea el primer problema al abordar este sistema, pues al configurarse de esta manera, un espectro muy amplio de la legislación no será sujeta al cambio por ser producto de una revelación divina; esta misma característica nos lleva a la siguiente, que es su tendencia a la rigidez; su tendencia comunitaria, para lo cual abordaremos la composición social de la Arabia pre-islámica comenzaremos por explicar el concepto de Umma islámica, que resulta uno de los conceptos más importantes para el desarrollo del mundo musulmán en general; posteriormente analizaremos la diversidad en la aplicación del derecho, esto a través de la formación de escuelas jurídicas, lo cual en este punto abordaremos de manera sumaria; y finalmente el desarrollo privado del derecho islámico a través de los ulemas.

Posteriormente en este primer capítulo analizaremos el contexto bajo el que surge el derecho islámico, explicando el término Shari'ah como el cuerpo legal islámico, así como los objetivos y categorías legales que incluye. Para finalizar el primer capítulo abordaremos la consolidación del sistema al adecuarse y adentrarse en el sistema pre-islámico; estudiaremos brevemente en que consistía la costumbre tribal, el sistema arbitral por el que estaba regido el mundo árabe, así como la manera en que el Profeta Muhammad adecuo los principios de la nueva religión no solo a la costumbre pre-islámica sino también a normas derivadas del derecho romano, hebreo y persa.

En el segundo capítulo estudiaremos las fuentes del derecho basados en la teoría clásica del *usul-al fiqh* o "fuentes del derecho" desarrollada por el jurista *Muhammad Ibn- Idris ash-Shafi*, quien las ordena de manera sistemática; empezando por las fuentes reveladas primordialmente El Corán, analizaremos la clasificación de las azoras coránicas de acuerdo al período bajo el que fueron reveladas, la problemática respecto a la interpretación del Corán, así como los principales motivos de desacuerdo entre los juristas. Posteriormente abordaremos el estudio de la Sunna o "dichos y hechos del Profeta", estableceremos el porque se erige como fuente revelada, y entraremos al estudio de lo que se denomina "la ciencia del hadith" y las problemáticas que aborda; tales como la transmisión de los dichos y hechos, clasificación, aplicación y compilación de estos.

Una vez estudiadas las dos fuentes "principales" del Islam abordaremos el concepto de Ijtihad, que es el uso del razonamiento humano como fuente de la que se derivan los dos métodos aceptados por la teoría clásica para interpretar; en primer lugar analizaremos el *Ijma* o "consenso", y su problemática,

la manera en que se establece, su naturaleza y legitimación. Finalmente analizaremos la metodología del *Qiyas* o deducción por analogía mediante la cual es posible aplicar una ley a un nuevo caso

El tercer capítulo estará enfocado al estudio de las escuelas jurídicas en el Islam. Estudiando en primer lugar el motivo por el que surgen, así como sus orígenes en las “antiguas escuelas de Kufa y Medina”, una vez analizado el motivo del surgimiento de escuelas, analizaremos a las cuatro escuelas preponderantes; su territorio geográfico, sus principios y metodologías así como los maestros fundadores de ellas, estas son: La Escuela *Hanafí*, *Malikí*, *Shafí'i* y *Hanbalí*.

Finalmente en el capítulo cuarto analizaremos el transcurso y evolución del Estado en el Islam, su relación con el derecho y el concepto mismo de Estado para el Islam. En primer lugar observaremos la fundación del primer Estado islámico bajo Muhammad, la instauración del califato tras su muerte, el reinado de los primeros califas; posteriormente la instauración de la dinastía en el Islam, así como el establecimiento del Imperio Omeya y posteriormente el Imperio Abasí, analizaremos a grandes rasgos las medidas adoptadas por cada gobierno, así como las características primordiales. Posteriormente estudiaremos la descentralización del poder, el desvanecimiento del califato, así como la conformación del Imperio turco-otomano; entraremos después al análisis del impacto que la colonización europea tuvo en los distintos países musulmanes y finalizaremos con el estudio de tres vías de desarrollo de países musulmanes tras la colonización: Turquía en primer lugar, en donde analizaremos la reforma secularista de *Kemal Atatürk*. Irán con la vía islamista llevada a cabo con la revolución de 1979 encabezada por el *Ayatollah Khomeini*, y finalmente Egipto bajo la vía socialista.

Finalmente abordaremos brevemente la doctrina de la *Siyasa-shariyyah* como una opción intermedia entre el secularismo y el islamismo para poder llegar a una conclusión sobre las posibilidades de secularización en los países musulmanes, así como su relación con el derecho, tanto el derecho de corte religioso como el secular.

I. EL DERECHO ISLÁMICO COMO SISTEMA JURÍDICO INDEPENDIENTE

1.1. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL DERECHO ISLÁMICO Y SU DIFERENCIACIÓN CON OTROS SISTEMAS JURÍDICOS:

Para iniciar el estudio de un sistema jurídico, es necesario definir de manera clara lo que un sistema jurídico es, así como sus elementos y partes constitutivas.

De acuerdo a algunos expertos en la materia:

“Por sistema jurídico entendemos el conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes en un país sobre lo que es el derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea o debería crear, aplicar, perfeccionar, enseñar y estudiar”¹

En la definición anterior, podemos apreciar que un sistema jurídico se encuentra conformado por elementos pertenecientes a diversos aspectos de la vida en sociedad: Instituciones gubernamentales, las cuales nos pueden hablar del ámbito político de una determinada comunidad o sociedad; las *actitudes y creencias sobre lo que es el derecho* resultan un elemento particularmente llamativo como parte constitutiva de un sistema jurídico por las implicaciones que conlleva: implicaciones sociales, morales, económicas, políticas, etc.; por su puesto el conjunto de normas jurídicas constituyen un elemento central de todo sistema jurídico y el principal objeto de estudio del derecho comparado.

Otra definición de sistema jurídico es la siguiente:

“El conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo, constituye lo que se llama un sistema. Un sistema jurídico es así, el conjunto de reglas e instituciones del derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad [...] estas reglas deben ser suficientemente completas e importantes para que los hombres a los cuales se aplican estén ligados entre sí por una comunidad de derecho”².

La anterior definición resulta un poco más dogmática y se enclava en el aspecto positivo del derecho así como su centralización en el estudio de las normas jurídicas casi de manera exclusiva, dejando de lado los aspectos externos que permean y de alguna manera configuran un sistema jurídico. Sin

¹ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo “Sistemas Jurídicos Contemporáneos” Ed. Porrúa, 4ª Edición, México D.F, 2006 Pág. 5

² CASTAN TOBEÑAS, José, CASTAN VÁZQUEZ José María, LOPEZ CABANA, Roberto. “Sistemas Jurídicos Contemporáneos”. Ed. Abeledo-Perrot. 1ª Edición. Buenos Aires, Argentina. 2000

embargo, de la misma se desprende un elemento que resulta particularmente interesante para efectos de la presente investigación y es precisamente la referencia a que dichas reglas se deben configurar de tal manera que generen una relación entre los hombres a los cuales rigen: una *comunidad*. Mas adelante, observaremos que el aspecto comunitario del derecho islámico es un elemento característico y funcional del mismo.

Sin embargo, las dos definiciones anteriores, han dejado de lado un elemento importante que forma parte también de un sistema jurídico y que determina incluso el curso que debe seguir, y este elemento es la historicidad del derecho respecto a la sociedad, no podemos estudiar un sistema jurídico sin hacer referencia también al momento histórico que la sociedad esta viviendo, así nos ayuda Fernando Plata-Puyana a agregar este elemento:

“La ciencia dogmática del derecho tiene como objeto el estudio de un ordenamiento jurídico dado en una determinada sociedad en una época determinada”³

Visto lo anterior y una vez que se han analizado a grandes rasgos los diversos aspectos que conforman un **sistema jurídico**, en el que se consideran distintos aspectos y elementos como constitutivos de uno, podemos concluir que un sistema jurídico esta integrado no únicamente por las normas jurídicas que rigen a una determinada sociedad, sino también por las instituciones, personas, ideas y conceptos que giran en torno a esas mismas normas jurídicas.

La disciplina del derecho comparado tiene dentro de su objeto, la clasificación y descripción de los diversos sistemas que se desarrollan e interrelacionan en el mundo. La clasificación en familias y sistemas jurídicos resulta práctica y permite tener un panorama esquemático de los diversos sistemas jurídicos, así como la manera en que se relacionan entre sí.

En el desarrollo de la disciplina del derecho comparado se han propuesto diversas clasificaciones y divisiones de los sistemas jurídicos, sin embargo dentro de todas se ha destacado de manera predominante la desarrollada por *Arminjon/Nolde/Wolff*⁴, la cual considera como factor determinante para la clasificación la *sustancia* de cada familia y nos da como resultado la división en siete familias jurídicas: francesa, alemana, escandinava, inglesa, rusa, islámica e hindú.⁵ Se encuentra también dentro de las clasificaciones destacadas la realizada por René David quien considera como elementos la *ideología* y la *técnica jurídica* y nos da como resultado una clasificación de las familias

³ PLATA-PUYANA, José Fernando. “La rigidez en el derecho islámico” en *Universitas Estudiantes*. Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 172

⁴ ZWEIGER, Konrad. “Introducción al derecho comparado”. Oxford University Press. 1ª Edición. México D.F. Pág. 71

⁵ ZWEIGER, Konrad. Op. Cit. P. 72

en: romano-germánica, *common law*, y socialista⁶. Para efectos prácticos utilizaremos la clasificación establecida por la Dra. Consuelo Sirvent de la manera siguiente: Familia neorromanista. Familia del *common law* o anglosajona, Sistemas religiosos. Familia mixta o híbrida. Familia socialista.⁷

De la anterior clasificación llama la atención el siguiente aspecto: la agrupación de los sistemas religiosos en una categoría sin que esta constituya una familia; la razón de ser de lo anterior, podría derivarse de la diversidad de sistemas religiosos, la carencia de uniformidad en su aplicación y la diversidad de fuentes de los mismos; sin embargo es importante mencionar que de los sistemas religiosos el más importante y de hecho vigente es el sistema de derecho musulmán.

La clasificación independiente de los derechos de corte religioso obedece a que estos se fundamentan y legitiman en fuentes distintas de los derechos laicos; al igual que el derecho romano-germánico tiene fuentes distintas a las del *common law*, el derecho islámico se caracteriza y se define de manera importante por las fuentes de las que emana tanto su sustento teórico como su legitimación y técnica práctica. En general, los derechos de corte religioso cuentan con características esenciales y distintivas; sin embargo nos centraremos únicamente en el estudio de los aspectos teóricos del derecho islámico.

Para poder establecer la independencia de un determinado sistema podemos tomar como guía el criterio de Konrad Zweiger:

*“De acuerdo con nuestro punto de vista, los siguientes factores son cruciales para el estilo de un sistema o familia legal: 1) Sus antecedentes o desarrollos históricos, 2) su modo característico y predominante de reflexión en asuntos legales, 3) la presencia de instituciones con rasgos únicos, 4) el tipo de fuentes de derecho que reconoce y la forma en que las aplica y 5) su ideología”*⁸

Así, y como veremos más adelante; el sistema jurídico islámico cuenta con todos los elementos para configurarse como un sistema independiente y definido por el propio curso de su historia y conformación teórica.

1.1.1 EL DERECHO ISLÁMICO Y SUS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES.

De manera positivista el derecho islámico es un sistema de normas, preponderantemente de carácter ético que posteriormente se traducen en disposiciones jurídicas encaminadas a regular

⁶ Junto a la familia socialista René David incluye a “otros sistemas” dentro de los que se encuentran los derechos de corte religioso.

⁷ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo. Op. Cit. Pág. 8

⁸ ZWEIGER, Konrad. Op. Cit. Pág. 76

distintos aspectos de la vida de los musulmanes. A continuación estudiaremos las características más prominentes y esenciales del derecho islámico:

a) El derecho islámico es un derecho de corte religioso y como tal busca regular todos los aspectos de la vida del musulmán; además de encontrarse sustentado en preceptos morales y éticos.

De esta manera se configura como una de las características primordiales del derecho islámico su fundamentación ética y moral, cuyo ámbito de aplicación no es exclusivamente privado sino que las reglas que emanan de él permean todos los ámbitos de la vida del musulmán; desde los de carácter estrictamente privado hasta los asuntos públicos, podemos decir que esta característica del derecho islámico proviene de la concepción misma que se tiene sobre el derecho en el mundo musulmán:

“...lo primero que hay que aclarar es que para los musulmanes la ley no es la materialización de la conciencia colectiva, sino que es la materialización de la voluntad de Dios”⁹

Por esto, al configurarse como la materialización de la voluntad divina, está debe abarcar diversos aspectos de la vida del sujeto islámico.

Este aspecto del derecho islámico es remarcado por diversos autores, en particular y como primer referencia podemos citar a uno de los más importantes estudiosos de la teoría del derecho islámico, Joseph Schacht:

“Furthermore, the whole of the law is permeated by religious and ethical considerations; each institution, transaction, or obligation is measured by the standards of religious and moral rules”¹⁰

Para entender esta primera característica del derecho islámico es importante analizarlo como una parte importante del Islam; que como toda religión, busca influir en todos y cada uno de los aspectos de la vida de los creyentes. El Islam como cualquier otra religión busca ser una guía o un camino a través del cual los musulmanes puedan llegar a cumplir con los deseos de Dios, de la manera establecida por él; tal como lo menciona Hans Kung:

⁹ PLATA-Puyana, José Fernando. Op. Cit. Pág. 192

¹⁰ “Más allá, toda la ley se encuentra permeada por consideraciones de carácter ético y religioso; cada institución, transacción u obligación se encuentra medida por los estándares de las reglas religiosas y morales” (traducción de la autora de esta investigación) SCHACHT, Joseph. “An introduction to Islamic Law”. Oxford University Press. Londres, Inglaterra. 1a Edición. 1982. Pág. 202

“No es en cuanto a religión, simplemente un aspecto parcial de la vida, no es meramente eso que el hombre secularizado se complace en llamar factor religioso [...] El Islam aspira a ser una visión global de la vida, una actitud vital que todo lo embebe, un camino vital que todo lo determina”¹¹

Al configurarse de esta manera el sistema religioso islámico, no es posible pretender que el derecho se desarrolle de manera independiente, debido al desarrollo y los procesos históricos y políticos que han vivido las sociedades musulmanas; el derecho así como la política continúan estando ligados de manera inseparable a la religión, tal como nos dice Joseph Schacht:

“The nature of Islamic law is to a great extent determined by its history...”¹²

Como veremos más adelante los diversos procesos históricos vividos por las sociedades musulmanas han terminado de configurar el derecho islámico como ahora se presenta.

Tal vez resulte difícil en Occidente, comprender la manera en que la religión permea, influye e incluso determina el curso de todo un sistema jurídico, pues a diferencia del derecho hebreo o el derecho canónico, el derecho islámico no ha desaparecido del ámbito público de la vida de los musulmanes e incluso abarca la mayoría de los aspectos del ámbito privado.

“...el derecho islámico esta íntimamente ligado a la religión mahometana y esta religión, penetra más profundamente la vida cotidiana de sus creyentes de lo que observamos al respecto en el mundo cristiano [...] El Islam rige todos los aspectos de la vida del mahometano creyente: no concibe que la religión se mueva independientemente de la evolución del derecho, de la política, de la economía o de las artes, y el conocimiento de como un verdadero mahometano debe comportarse en todos los trances y aspectos de la vida es la Sharia, las reglas de conducta (no meramente de la conducta jurídica)”¹³

Como podemos ver en la cita anterior, el derecho para el Islam constituye el eje de comportamiento que todo musulmán debe seguir. Al cuerpo legal que contiene todos los estándares de comportamiento, se le conoce como *Shari'ah* y se encuentra conformada por cuatro fuentes principales: El *Corán*, la *Sunna*, el *Ijma* y el *Qiyas*; mas adelante analizaremos cada una de estas fuentes, su interrelación, así como la existencia de otras fuentes; por ahora basta con mencionarlas como elementos constitutivos del cuerpo legal islámico.

¹¹ KUNG, Hans. “El Islam”. Editorial Trotta. 2ª Edición. Madrid, España. 2007. Pág. 43

¹² “La naturaleza del derecho islámico, se encuentra determinada en gran medida por su historia” (traducción de la autora de esta investigación) SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 199

¹³ FLORIS MARGADANT, Guillermo. “Panorama de los sistemas jurídicos contemporáneos”. Facultad de Derecho, UNAM. 2ª Edición. México D.F. 1997. Pág. 153-154

Como se ha mencionado anteriormente, las normas jurídicas del derecho islámico no son tales hasta que han pasado por un proceso de legitimación; sin embargo, es importante mencionar que antes de configurarse como disposiciones jurídicas, se trata casi exclusivamente de prescripciones de carácter ético y moral; esta condición ética o moral no se pierde una vez que se ha configurado el cuerpo jurídico del derecho islámico, pues, si bien existen normas de carácter operativo, su legitimación última se encuentra en la composición de un orden jurídico y social acorde con la voluntad de Dios¹⁴.

Es por esta razón que la secularización en el derecho islámico resulta un tema delicado, si bien, es posible hablar de aspectos que contribuyan a establecer un Estado secularizado y así trascender de un Estado islámico a un Estado secular, en el campo del derecho esto es imposible; pues de establecerse condiciones de secularización en el derecho, esté simplemente dejaría de ser “derecho islámico” para configurarse únicamente como “derecho X”; tal como lo podemos ver en la siguientes citas:

“Una particularidad del derecho islámico es su finalidad holística de reglamentar tanto la vida religiosa como la vida pública y privada del hombre, lo cual se entiende como una consecuencia de la estrecha relación entre lo jurídico, lo secular y la teología en el pensamiento musulmán”¹⁵

“el Islam ha adquirido rasgos especiales en la medida que en la fe islámica, la política, la economía o la sociedad deben estar sujetas a la ley divina”¹⁶

Para poder entender la manera en que funciona el derecho islámico como derecho religioso es importante analizar lo siguiente. Mientras que el elemento “religioso” forma parte de las obligaciones morales de cada persona siendo así de naturaleza privada y casi autoaplicadas; en el derecho islámico el elemento “religioso” no forma parte únicamente del ámbito privado de las personas; a todas estas prescripciones morales-religiosas que cada creyente tiene la obligación de seguir autónomamente y de manera interna, se les añade el elemento coactivo por parte del Estado, transformándolas así en ley tal y como la conocemos en Occidente. Este punto nos lo puede dejar más claro la siguiente cita:

“The key is the concept of religious law. This is almost a contradiction in terms of our modern conception of the World; ‘religion’ is something we consider internal to the human

¹⁴ FANJUL, Serafín. “La comunidad de los creyentes” en Revista “Muy Interesante”. Año XXVII. No. 62. Pág. 10

¹⁵ PLATA-PUYANA, José Fernando. Op. Cit. Pág. 174

¹⁶ ZERAOUI, Zidane. “Islam y Política”. Ed. Trillas. 4ª edición. México D.F. 2008 Pág. 190

*soul, faith in a not-material force of some kind, while 'law' is extern to us, something that society has established in order to regulate the material needs of the community"*¹⁷

Esta característica del derecho islámico puede resultar un limitante para el desarrollo de una ciencia del derecho, pues se podría considerar que al momento en que culminó la revelación por medio de la cual la voluntad de Dios fue conocida para todos los creyentes concluyó también cualquier labor legislativa consiguiente, sin embargo podemos ver claramente la función que la ciencia del derecho juega en el Islam en la siguiente cita de otro de los estudiosos más importantes en Occidente del derecho islámico; Noel Coulson:

*"Para el Islam, sin embargo, la cuestión admite solo una respuesta, proporcionada por la fe religiosa. La ley es el mandato de Dios, y la función reconocida de la jurisprudencia musulmana desde el principio, fue simplemente el descubrimiento de los términos de dicho mandato"*¹⁸

Sin embargo en la realidad al momento de confrontar la voluntad de Dios revelada en las fuentes del derecho islámico y su aplicación en la sociedad de creyentes, se llegan a presentar situaciones no previstas y que resultan interesantes tanto teórica como prácticamente.

En el transcurso de la investigación, analizaremos la manera en que se ha desarrollado la jurisprudencia islámica y los diferentes momentos, doctrinas y acontecimientos que la han llevado a desentrañar la voluntad de Dios de la manera que a la fecha conocemos.

b) El derecho islámico tiene como fuentes principales al Corán y la Sunna; las cuales se consideran fuentes *reveladas*. Por lo anterior, el derecho islámico tiene un carácter divino y "revelado"

El hecho de tratarse de un derecho de corte religioso, casi de manera inmediata coloca al derecho islámico bajo la característica de ser un derecho *revelado*; es decir, se trata de un cuerpo legal creado por conducto de un determinado Profeta, el cual actúa como agente de Dios para dar a conocer a sus iguales la voluntad de Dios mediante un cuerpo legislativo determinado. Es precisamente éste, uno de los aspectos que más se presta a discusión, especialmente en un mundo

¹⁷ "La clave es el concepto de ley religiosa. Esto es casi una contradicción en términos de nuestra concepción moderna del mundo.; la religión es algo que consideramos interno, perteneciente al alma humana; fe en una fuerza inmaterial de algún tipo; mientras que la ley es externa a nosotros, algo que la sociedad ha establecido para regular las necesidades materiales de la comunidad" (traducción de la autora) VIKOR, Knut. "Between God and the Sultan: a history of Islamic law". Editorial Hurst and Company. 1ª Edición. Londres, Inglaterra. 2005 Pág. V

¹⁸ COULSON, Noel J. "Historia del derecho islámico". Ediciones Bellaterra. 1ª Edición. Madrid, España. 1998. Pág. 85

globalizado y regido por sistemas jurídicos cuyo fundamento se encuentra en concepciones liberales del hombre; sin embargo, a pesar de que el derecho musulmán no se puede considerar dentro del grupo de lo que podemos denominar como “derecho moderno”, éste ha pasado por un proceso racional de interpretación y codificación.

“Although Islamic law is a ‘sacred law’, it is by no means essentially irrational; It was created not by an irrational process of continuous revelation, but by a rational method of interpretation”¹⁹

Es precisamente a los métodos de interpretación y de sistematización del cuerpo normativo que conforma el derecho islámico a lo que dedicaremos la investigación; sin embargo, aquí mismo se nos presenta una de las principales condicionantes para el desarrollo de la jurisprudencia islámica o *fiqh*; al estar sustentado primordialmente en fuentes reveladas, la ciencia del derecho islámico tiene únicamente la capacidad de moverse dentro de los temas y a desarrollar únicamente las cuestiones previstas por las mismas revelaciones:

“The fact that the law derives from the divine scriptures, both directly and obliquely, dictated, in the eyes of the usulists, a particular structure within which topic were configurated and related to each other[...]required an epistemology in which the distinction between probability and certainty placed a central role”²⁰

Lo anterior, nos deja ver de manera superficial por ahora, la manera en que la jurisprudencia islámica se ha tenido que desarrollar dentro de los límites de los textos revelados, situación que nos llevará más adelante a otra de las características principales del derecho islámico, su rigidez y el poco campo de acción para el ejercicio del razonamiento humano; tal y como nos menciona Wael B. Hallaq a propósito de la construcción de los principios teóricos del derecho musulmán.

“...namely, that God decides on all matters and that the human mind is utterly incompetent to function as a judge of any human act”²¹

¹⁹ “Aunque el derecho islámico es un ‘derecho sagrado’ esto no quiere decir que sea irracional; fue creado no por un proceso irracional de revelaciones continuas; sino por un método racional de interpretación” (traducción de la autora de esta investigación) SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 4

²⁰ “El hecho de que la ley provenga de las escrituras divinas; ya sea reveladas de manera directa o colateral, determina a los ojos del jurista una estructura particular, dentro de la cual cada tema se encuentra configurado e interrelacionado...se requiere una epistemología en la que la distinción entre la certeza y la probabilidad juegan un papel central” (traducción de la autora) HALLAQ B. Wael. “A history of islamic legal theories”. Cambridge University Press. 1a Edición. Reino Unido. 1999. Pág. 37

²¹ “...que Dios decide en todas las materias y la mente humana es por lo tanto incompetente para funcionar como juez de cualquier acto humano” (traducción de la autora) HALLAQ B.Wael. Ob. Cit. Pág. 135

Ahora, respecto al carácter revelado del derecho islámico también se han suscitado diversas discusiones; pues si bien, la legitimación última de todas las decisiones jurídicas se remonta a las fuentes reveladas, en algunas situaciones específicas no es posible desligar la toma de estas mismas decisiones al contexto social, económico y político en el que los operadores jurídicos se desenvuelven:

“Islamic law offers a distinctive characteristic not found in other legal systems. While the sources of the law are considered divine and infallible, and therefore impervious to the influences of culture, the application of the law creates diversity in locality not present in other legal systems. For example, the role culture should play in the administration of Islamic law is an old debate”²²

Para John Hursh, el derecho islámico no puede pretender ser un derecho revelado, pues como veremos más adelante, para su configuración tal y como la conocemos hoy en día, el derecho islámico tomó instituciones y figuras pertenecientes a otros sistemas jurídicos, como el romano, hebreo, persa, pre-islámico etc., por lo anterior Hursh nos dice que

“.....the result is the same, namely that Islamic law depends on a non-Islamic legal system and thereby cannot support claims that it comes from a divine source.”²³

A pesar de lo clara que resulta la influencia de otros sistemas jurídicos en la conformación del sistema jurídico islámico, no me parece que sea un argumento suficiente para quitarle su carácter de “derecho revelado”, pues si bien, en el aspecto operativo el derecho islámico tuvo que incorporar instituciones de otros sistemas, su legitimación siempre se ha remitido a las fuentes reveladas. Sin embargo, es cierto que muchas de las decisiones que se toman se ven influenciadas por los actores políticos, así como por los diversos operadores jurídicos:

“Lo que llamamos hoy legislación islámica no puede ser atribuida a la religión [...] si tomamos cualquier afirmación de cualquier imam sobre un asunto particular, veremos claramente que se trata de un esfuerzo de investigación y de especulación y no de un versículo del Corán”²⁴

²² “El derecho islámico posee una característica distintiva que no se encuentra en otros sistemas jurídicos. Mientras que las fuentes del derecho se consideran divinas e infalibles; y por lo tanto no son susceptibles de influenciarse por la cultura, la aplicación de la ley genera diversidad en donde se aplica lo que no se presenta en otros sistemas. Por ejemplo el rol que la cultura debe jugar en la administración del derecho islámico es un debate antiguo” (traducción de la autora) HURSH, John, “The role of culture in the creation of Islamic law”, en *Indiana Law Journal*. Vol. 84:1401 Pág. 1415

²³ “...el resultado es el mismo; esto es que el derecho islámico depende de un sistema legal no islámico y por lo tanto no puede sustentar el argumento de que proviene de una fuente divina” (traducción de la autora) IDEM

²⁴ ZERAOU, Zidane. Op. Cit. Pág. 59

Para resumir de manera significativa esta característica del derecho islámico, podemos mencionar la siguiente cita de Knut Vikor:

“The Islamic law has always existed between these two forces: on the one hand God, who gave the law, on the other the state, the sultan; who represents society and is to implement the law”²⁵

c) El derecho islámico y su tendencia a la rigidez.

Derivado de las dos anteriores características del derecho islámico; este se configura como un sistema poco proclive a la flexibilidad; al momento que el derecho islámico es de corte religioso y relevado, sus fuentes principales son consideradas eternas, perfectas e inmutables, por lo que cualquier elemento tendiente a introducir un cambio tiene que adecuarse a estas fuentes, lo que resulta al final sumamente difícil y limita las posibilidades de cambio:

“En primer lugar vemos que la ley islámica acompaña a una determinada comunidad jurídica sin embargo, ésta no está sometida a la historicidad, ya que según la ortodoxia musulmana, la Sharia es eterna, universal, perfecta y se acomoda a todos los hombres de todos los tiempos en todos los lugares”²⁶

“...esta ley divina posee dos características distintivas. En primer lugar es un sistema rígido e inmutable, que engloba normas de una validez absoluta y eterna, las cuales no son susceptibles de modificación por ninguna autoridad legislativa”²⁷

Mas adelante analizaremos como el paso de la misma historia del mundo musulmán trata de añadir al sistema jurídico elementos que implementen factores de cambio y adaptación a las condiciones sociales, tales como han sido la adopción del *Ijma* (consenso) o el *Qiyas* (razonamiento por analogía) como fuentes del derecho; sin embargo aún tomando a estas metodologías como parte de las fuentes del derecho islámico, su fuente primordial y última no es susceptible de reforma o cambio.

“Los preceptos del Corán y la recopilación de los Hadiths, son las fuentes básicas e inalterables, pues su origen es divino”²⁸

²⁵ “El derecho islámico siempre ha existido entre estas dos fuerzas: en una mano Dios que dio la ley; en la otra, el Estado, el sultán quien representa a la sociedad y debe implementar la ley” (traducción de la autora) VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. V

²⁶ PLATA-PUYANA, José Fernando. Op. Cit. Pág. 191

²⁷ COULSON, Joel. Op. Cit. Pág. 12

²⁸ MANDIROLA BRIEUX, Pablo. “Introducción al derecho islámico”. Ed. Marcial Pons. 1ª Edición. Madrid, España. 1998. Pág. 58

Esta característica resulta una de las más debatidas en la actualidad, tanto por estudiosos occidentales como por juristas musulmanes, en la cual se profundizará más al momento de abarcar tanto la evolución de la jurisprudencia islámica hasta llegar al “*cierre de las puertas del Ijtihad*” como en el breve abordaje que haremos respecto a las posibilidades de secularización en el Estado islámico.

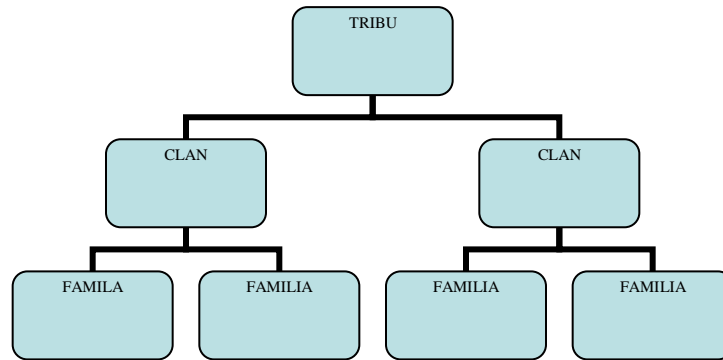
d) El derecho islámico y su tendencia comunitaria.

Para entrar al análisis de esta característica del derecho musulmán, es necesario previamente analizar de manera sumaria las condiciones que prevalecían en la Arabia pre-islámica; si bien esta será un punto posterior de estudio en la presente investigación; es importante mencionar ahora las condiciones bajo las que surgió y se desarrolló el Islam.

El Islam nace en la península Arábiga, su posición geopolítica resulta de una importancia determinante, tanto en su nacimiento como en su posterior configuración. El Profeta Muhammad, quien más tarde sería el fundador de la tercera religión monoteísta más importante y de uno de los sistemas políticos y jurídicos más complejos, nace en La Meca en el año 570 D.C. Alrededor de esta época, la península Arábiga se encontraba en una posición estratégica situada en medio de los dos grandes imperios que dominaban el mundo; a saber, el Imperio Romano con sede en Constantinopla y el Imperio Persa-sasánida; al sur de la península arábiga se encontraban algunos reinos instalados en tierras fértiles, específicamente en Yemen; sin embargo la península estaba poblada por grupos de familias que pertenecían a diversas tribus, las cuales se encontraban dispersas y cuya forma de vida era principalmente nómada.

La península arábiga estaba conformada en su mayor parte por desierto y las condiciones de subsistencia eran sumamente difíciles. La organización política de las tribus nómadas del desierto estaba encabezada por un *jeque* o líder al que toda la tribu debía fidelidad²⁹; a continuación se presenta un cuadro conceptual de la organización política árabe en esta época:

²⁹ FANJUL, Serafín, Op. Cit. Pág.22



La mayoría de las tribus eran politeístas; y el principal centro de culto en el que confluían las distintas tribus, se encontraba en La Meca en el santuario de la *Kaaba*, lugar en el que se encontraba establecida la tribu de los *Quraísies*, bajo la cual nace Muhammad específicamente en el Clan de los *Hachemíes*.³⁰

Es importante mencionar como antecedente la integración social de la Arabia pre-islámica, para comprender la manera en que el Islam viene a modificar de raíz esta misma conformación:

“Era a la tribu en su conjunto, no a su jefe, a quien el individuo debía lealtad, y era de la tribu en su conjunto de quien obtenía la protección de sus intereses”³¹

Se puede considerar que esta misma fidelidad tribal, o bien, este mismo sentido de pertenencia a una determinada comunidad, servirán de base para identificar al sistema jurídico islámico como parte de los derechos comunitarios, en los que el sujeto más importante es la comunidad en sí y no el individuo de manera independiente. Son sistemas en los que el individuo no puede ser definido sino como miembro de una comunidad.

El Islam sin embargo, viene a configurar las razones de existencia de pertenencia y fidelidad a una comunidad; pues mientras que en la Arabia pre-islámica ésta se basaba en lazos de sangre o bien en relaciones de carácter tributario; Muhammad configura ya no en La Meca sino en Medina la primera comunidad musulmana o *Umma*; cuya pertenencia se basa en lazos de fe. Esta misma *Umma* se consolidará más adelante como el primer Estado Islámico³².

³⁰ IDEM

³¹ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 19

³² KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 185

De igual manera como antecedente y para resaltar el aspecto comunitario del derecho islámico, basta mencionar los siguientes aspectos de la herencia de Muhammad:

“1) Unificación de los árabes: incluyendo a las tribus nómadas de beduinos[...] Arabia se conforma como el núcleo geográfico del Islam.

2) Consolidación de la comunidad islámica: en donde se establecen los cinco pilares principales del Islam....”³³

Más adelante especificaremos aquellos principios que se configuran como el núcleo del Islam, tanto teológica como prácticamente; así como el papel que el derecho juega en la conformación del sistema religioso islámico.

Podemos concluir entonces, que desde sus orígenes, incluso pre-islámicos, los árabes tenían cierta tendencia a desarrollarse como un sistema social holista, es decir, que otorgaba preeminencia a la comunidad sobre el individuo. Una vez instituido el sistema islámico y conformada como tal la *Umma*; esta pertenencia se configuro más bien como un deber religioso:

“On the contrary, all Muslim men and women have the religious obligation to learn enough to decide for themselves and to express their views on matters of public concern”³⁴

e) La diversidad en la aplicación del derecho islámico.

Si bien, al interior de cada sistema y familia jurídica existen una variedad de subsistemas; en el caso del derecho islámico esta es una de las características más llamativas y descriptivas del mismo. La diversidad de subsistemas jurídicos islámicos es resultado de los mismos procesos históricos vividos por la sociedad musulmana. A continuación veremos cuáles han sido a grandes rasgos los acontecimientos que han configurado y generado esta diversidad al interior del sistema jurídico musulmán:

1) División entre *Sunnismo* y *Shiísmo*:

Como hemos visto anteriormente, uno de los elementos importantes del Islam es la unión de los creyentes en una gran comunidad entrelazada principalmente por la fe compartida en común en la

³³ KUNG, Hans *Ibíd.* Pág. 140

³⁴ “Al contrario, todos los musulmanes hombres y mujeres tienen la obligación religiosa de aprender lo suficiente para decidir por sí mismos y para expresar sus opiniones en asuntos de interés público” (traducción de la autora) AHMED AN-NA’IM, Abdullahi. “Islam and the Secular State”. Harvard University Press. 1ª Edición. USA. 2009. Pág. 19

palabra de *Alláh* revelada a través del Profeta Muhammad; esta comunidad se encuentra identificada como la *Umma*.

La *Umma* se configura como tal en el año 622 debido a determinadas situaciones que se presentan en la vida de Muhammad. En el año 610 Muhammad tiene la primera revelación que le indica su vocación profética, la primera persona en creer en el mensaje de Muhammad y en convertirse en la primera musulmana fue su esposa *Jadiya*; quien era una viuda rica de La Meca. El mensaje profético de Muhammad sin embargo, no es al inicio aceptado en La Meca, pues implicaba un cambio radical en la organización política, económica y social árabe³⁵. En un inicio Muhammad cuenta con la protección tanto de *Jadiya* como de su tío *Abu-Talib*; sin embargo esta situación cambia a partir del año 619 en que fallece *Jadiya* y posteriormente en el año 620 con el fallecimiento de *Abu-Talib*. Al no contar con la protección de su tío y su esposa, el clan de los *Qurasiés* comienza una violenta persecución contra los pocos musulmanes existentes entonces; por lo que la vocación Profética de Muhammad en La Meca comienza a correr un grave peligro.

Esta situación mejorará también en el año 620 cuando con motivo de la peregrinación anual y la feria comercial celebrada en La Meca, un grupo de seis varones de la ciudad de *Yatrib* (hoy Yemen) son convertidos al Islam y ofrecen a Mahoma establecerse en dicha sociedad para predicar su mensaje.

*“Se llega a un acuerdo provisional, que será definitivamente sellado el año siguiente, en junio de 622, con el juramento de 73 neófitos de vivir el Islam: Creer en el Dios uno, no robar, no calumniar, no cometer adulterio, no matar a los hijos, obedecer al Profeta y ofrecerle garantía de protección”*³⁶

Así, poco a poco comienza el éxodo de musulmanes hacia la ciudad de *Yatrib* (que será nombrada posteriormente como Medina, en honor al Profeta); y finalmente en absoluto secreto, se marcha el propio Muhammad, en compañía de *Abu Bakr*; de esta manera, con la llegada y establecimiento del Profeta a Medina en el año 622; acontecimiento que es conocido como *La Hégira* se da inicio a una transición de suma importancia en el mundo árabe y se considera como el primer año de la era musulmana.

Dentro del grupo de musulmanes fundadores de la *Umma* en Medina, se encuentran quienes más tarde serán conocidos como “Los Compañeros del Profeta”; entre los que destacan: *Abu Bakr*, *Omár*, *‘Utzman*, y *Alí* (este último esposo de la única hija del Profeta, Fátima).

³⁵ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 126-127

³⁶ IDEM

El primer gran desafío que enfrenta la *Umma* llega en el año 632 con la muerte del Profeta; pues comienzan las disputas por la sucesión del mismo.

Alrededor de distintas polémicas, un consejo de Compañeros del Profeta determina que el sucesor será *Abu Bakr*, quien fue de los primeros musulmanes, así como el suegro de Muhammad a través de su hija *Ai'sha*. Se establece así la figura del califato, en la que ahondaremos más adelante. Sin embargo y a pesar de que se considera que incluso el mismo Muhammad nombró como sucesor a Abu Bakr; este nombramiento implica la primera escisión de la *Umma* islámica; en primer lugar se encuentran aquellos que consideran como el "califa" legítimo a *Abu Bakr* y por otro lado aquellos que consideran a *Alí* como el sucesor legítimo del Profeta. A pesar de esto, durante los primeros años del califato dicha escisión no será tan notoria.

Los sucesores de *Abu Bakr* serán *Omár*, *'Utmán* y finalmente *Alí*; la designación de *Alí* sin embargo también se encuentra rodeada de polémica, pues su antecesor *'Utmán* quien había conseguido centralizar el califato en una época en que el territorio abarcado por el Islam ya era bastante amplio es asesinado por un grupo de musulmanes de Egipto; quienes al mismo tiempo apoyan la sucesión de *Alí*. Sin embargo y aunque el califato de *Alí* se considera como uno de los mejores y el último de los denominados "Bien Guiados" esté se encuentra sombreado por la constante guerra civil. Los principales adversarios de *Alí* eran la viuda del Profeta: *A'isha*, y una de las familias más poderosas de La Meca: Los Omeyas, encabezados por *Mu'awiya*; quien en el año 659 convence al tribunal de arbitraje de que debe realizarse una nueva elección de califa. Algunos de los principales seguidores de *Alí*, conocidos como *jariyíes* abandonan las ciudades y son emboscados por el mismo califa. Estos mismos asesinan a *Alí*, quien muere en el año 661.

Posteriormente de la muerte de *Alí*, es nombrado como califa *Mu'awiya* quien inicia la época Omeya árabe, con centro en Damasco. Con el nombramiento de *Mu'awiya* surge también la oposición *Shii*, quien enarbola como legítimo heredero del califato al hijo primogénito de *Alí* y *Fátima*: *Hasan*, quien finalmente reconoce el califato Omeya; sin que esto implique que la oposición *Shii* desaparezca; esta tiene sus esperanzas en el hijo menor de *'Alí*: *al-Husain ibn Alí*, quien es asesinado por el califa Omeya en *Karbala* en el año 680; y quien desde entonces se constituye como el símbolo de resistencia del *Shiismo*.

De esta manera, se presenta la primera gran escisión de la *Umma* islámica; los seguidores de *Alí* constituirán lo que ahora se conoce como la *Shia*, que incluso tiene a su interior un sistema jurídico y político con características propias; y por otro lado el *Sunnismo*, que agrupa a la mayor parte de musulmanes y en quien enfocaremos el presente estudio; sin embargo el mismo *Sunnismo* ha tenido sus propias escisiones internas.

2) La formación de escuelas jurídicas en el Sunnismo.

Ya durante la época Omeya, comienza la conformación del sistema jurídico *sunni*; el cual como veremos más adelante fue desarrollado por juristas y especialistas en teología, los cuales sin embargo no siempre estaban de acuerdo en lo que a los preceptos legales respecta.

Como será un punto que tocaremos a profundidad más adelante, basta mencionar por ahora que en la actualidad el Sunnismo se encuentra conformado por cuatro grandes escuelas jurídicas: la *Hanafí*, la *Malikí*, la *Shafii*, y la *Hanbalí*; las cuales constituyen subsistemas jurídicos, que sin embargo comparten determinados rasgos comunes así como una raíz común.

f) El derecho islámico y su desarrollo privado.

La misma naturaleza del derecho islámico; como revelado y divino, ha determinado de alguna manera su desarrollo; una vez que el Profeta Muhammad muere, se puede considerar que la labor legislativa ha culminado, pues nadie más estará legítimamente facultado para emitir nuevas leyes, ni siquiera el califa, pues éste no recibe la revelación directamente de Dios; por lo que al transcurrir el tiempo, el derecho islámico se configuro sobre todo como un “derecho privado”, en el sentido de que aquellos que se encargaron de desarrollarlo y configurarlo en la práctica fueron estudiosos, teólogos y en alguna medida los jueces (*qadís*) o funcionarios del gobierno:

“Islamic law is often characterized as a jurist law, mainly developed by private jurists who made their contributions as pious individuals rather than government functionaries and Readers. This aspect of the legal history further manifests the individualist leanings of Shari’ah which is interestingly also seen as a factor in its stability as it was not particularly dependent on government participation and support.”³⁷

Sin embargo, ésta configuración y éste modo de desarrollo del derecho islámico, no se presenta como tal hasta el período *Abasí*³⁸; esto se debió en parte a que la dinastía Abasí buscaba una legitimación religiosa más que política para posteriormente consolidar su ascenso al poder: así durante la época *Abasí*

³⁷ “El derecho islámico es comúnmente caracterizado como un derecho del jurista; desarrollado principalmente por juristas privados que hicieron sus contribución como píos individuales más que como funcionarios del gobierno. Este aspecto de la historia legal, pone de manifiesto el aspecto individualista de la Shari’ah el cual es interesante observar incluso como un factor de estabilidad ya que no depende de la participación y apoyo del gobierno” (traducción de la autora) HASHIM KAMALI, Mohammad. “Sharia Law: An introduction”. Oneworld Publications. 1a Edición. Oxford. 2008. Pág. 63

³⁸ El período Abasí inicia después de que la dinastía Omeya es derrocada y transfiere el centro de poder a Kufa.

“Los eruditos en leyes fueron públicamente reconocidos como arquitectos de un esquema de estado y sociedad islámicos que los abasíes se habían comprometido a construir; bajo su tutoría política las escuelas jurídicas se desarrollaron rápidamente”³⁹

Es probable que ante estos hechos, surga la pregunta de ¿Quiénes eran estos eruditos en leyes?, en general se les conoce también como *Píos especialistas*:

“Se trata de laicos religiosamente comprometidos que en sus tiempos libres y de manera privada, por lo general en grupos de amigos con intereses comunes discuten sobre cuestiones relativas al Corán y al derecho; no obstante también ofrecen información y consejo jurídico y elaboran peritajes”⁴⁰

Este grupo de píos especialistas conformaran más adelante lo que en la actualidad se conoce como: los *ulemas* o doctores en religión, para quienes una de las ciencias o ramas de la teología más importante esta constituida por el derecho. Así, resulta interesante recalcar en este punto la manera en que si bien, el Islam es una religión que busca regular todos los aspectos de la vida del creyente, en el aspecto estrictamente jurídico, su desarrollo fue independiente de la vida política de los países musulmanes, esto es cierto hasta un límite lógico, pues si bien, el gobierno no fue un intermediario en el desarrollo del pensamiento crítico de los ulemas, llegó a un punto en que el cargo de jueces o funcionarios de las oficinas del gobierno recaía en los mismos *ulemas*:

“El abismo que media entre la pragmática jurisprudencia de los cadíes y la teoría jurídica islámica de los doctores de la religión es superado en gran medida, pues cada vez son más los ulemas a los que se confía el cargo de juez (qadí)”⁴¹

La mayoría de los autores que han estudiado el tema del derecho islámico, y de manera más específica su desarrollo histórico han coincidido en que una de las características más relevantes y notorias del sistema jurídico musulmán es la enorme brecha existente entre la práctica y la teoría; en este caso, he decidido no agregarlo como elemento constitutivo y descriptivo del sistema, pues no existen los suficientes argumentos para demostrar que fue así, si bien es notable que en muchas ocasiones determinados hechos de naturaleza no jurídica influyeron las decisiones jurídicas o de alguna manera permearon el desarrollo jurídico, no fueron un elemento decisivo, sobre todo considerando que las fuentes principales del derecho islámico son fuentes reveladas y eternas, que no están sujetas al cambio, y mucho menos por aspectos mundanos.

³⁹ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 46

⁴⁰ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 242

⁴¹ ÍDEM

De esta manera, hemos llegado al fin del primer punto a desarrollar del primer capítulo, en él, hemos analizado los elementos característicos del sistema jurídico musulmán para poderlo identificar como un sistema independiente y con elementos propios; lo hemos ubicado dentro de la familia de los sistemas religiosos y además de establecerlo como un sistema independiente, hemos visto que también es susceptible de dividirse a su vez en subsistemas; sin embargo no hemos entrado de lleno a lo que es en sí el cuerpo legal islámico: *La Shari'ah*, a continuación daremos una breve explicación.

1.2. Surgimiento y desarrollo del derecho islámico:

1.2.1. LA SHARI'AH

Como se ha analizado en los puntos anteriores, al cuerpo legal que constituye la base del derecho islámico, se le conoce como *Shari'ah* y se encuentra conformado por cuatro fuentes principales: El Corán, La *Sunna*, El *Ijma* y El *Qiyas*. Esta conformación obedece a la adopción en líneas generales de la teoría clásica, sin embargo cada escuela jurídica reconoce fuentes distintas del derecho, tal como veremos más adelante.

El significado de la palabra *Shari'ah* se remonta a orígenes árabes, se puede traducir como “sendero”⁴²; también podemos encontrar la siguiente definición:

*“Shari'ah literally means, a waterhole where animals gather daily to drink, or the straight path”*⁴³

Así, la *Shari'ah* constituye el camino que todo creyente debe seguir para encontrar la paz interior, pero sobre todo es el camino mediante el cual cumplirá con la voluntad divina de la manera indicada por *Allah* y es por esto que constituye una obligación para todo musulmán seguirla; sin embargo la *Shari'ah* en si no ha sido codificada como tal, si bien el Corán pasó tras la muerte de Muhammad por un proceso de compilación y codificación, así como los *hadiths*, no hay un “código” como lo conocemos en Occidente al que se pueda hacer referencia como la *Shari'ah*;

*“The Shari'ah is thus not base on any decision from a parliament or council, but is the result of individual efforts by the scholars working with God's revelation”*⁴⁴

La siguiente azora coránica, nos puede dejar entrever lo que el concepto de *Shari'ah* implica en su totalidad y la sujeción que los musulmanes tienen hacia ella:

⁴² MANDIROLA BRIEUX, Pablo. Ob. Cit. Pág. 43

⁴³ “Shari'ah literalmente significa: un pozo de agua donde los animales se juntan diariamente a beber, o el camino recto” (traducción de la autora) BILAL PHILIPSH, Abu Ameenah, “The evolution of Fiqh”. International Islamic Publishing House. 3a edición.. Riyadh, Saudi Arabia. 2006. Pág. 15

⁴⁴ “La Shari'ah por lo tanto no esta basada en ninguna decisión de un parlamento o consejo sino que es el resultado de esfuerzos individuales de los juristas, trabajando con la revelación de Dios”(traducción de la autora) KNUT, Vikor. Op. Cit. Pág. 3

Sura: 42:13: Os ha legislado, dentro de la Práctica de Adoración, lo que encomendó a Nuh, lo que te hemos inspirado a ti y lo que encomendamos a Ibrahím, Musa e Isa: que establecierais firmemente la Práctica de Adoración y no os dividiérais en ella. Les resulta excesivo a los asociadotes aquello a lo que les llamáis. Allah elige para sí a quien quiere y guía hacia El a quien a El se vuelve

Así, la Práctica de Adoración es la manera correcta de practicar la religión, desde este momento podemos ver que uno de los elementos principales del Islam es la restitución de la Práctica correcta, la cual fue revelada anteriormente tanto a los judíos como a los cristianos, quienes la corrompieron; es por esto que la misma palabra “Musulmán” significa “sumiso”, pues pretenden ser aquellos los que restituyan y mejor cumplan las disposiciones de *Allah*.

Ahora, resulta importante para efectos posteriores diferenciar entre *Shari’ah* y *Fiqh*: La *Shari’ah* es el conjunto de normas, mientras que el *Fiqh* es la ciencia del derecho como la llamaríamos en Occidente. Mientras la *Shari’ah* integra elementos tanto humanos (pero poco susceptibles al cambio) pero sobre todo y principalmente elementos revelados, divinos y eternos, el *Fiqh* está conformado exclusivamente por aspectos de índole humana, es el resultado de la labor de los juristas, teólogos e incluso jueces

Como se ha hecho hincapié anteriormente, uno de los aspectos distintivos y más importantes del derecho islámico, es el hecho de ser un derecho revelado, legitimado religiosamente; este aspecto lo podemos observar en los objetivos de la *Shari’ah*, los cuales analizaremos a continuación:

a) Objetivos de la *Shari’ah*:

Como veremos en el desarrollo de la presente investigación, la *Shari’ah* constituye un cuerpo jurídico religioso, como tal, sus objetivos y metas estarán encaminados a regular la vida de los creyentes, pero siempre con la finalidad de encontrar una concordancia entre la vida física y la espiritual; teniendo siempre en cuenta que la vida en la tierra no termina con la muerte, y que aquel que haya vivido de acuerdo con los preceptos de *Allah* tendrá una recompensa en la vida después de la muerte.

“ una característica de la ley religiosa es que atienden más bien al efecto que las acciones puedan tener sobre la conciencia y el alma eterna de quien las ha llevado a cabo [...] el propósito primordial del Corán es el de regular no solo la relación del hombre con sus semejantes, sino también su relación con el Creador”⁴⁵

⁴⁵ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 22

De esta manera, resulta importante hacer notorio este aspecto, que si bien, resulta obvio a primera vista, debido a que se trata de un derecho de corte religioso y revelado, es un aspecto al que nos remitiremos constantemente para comprender determinados aspectos de la práctica del mismo.

Por lo anterior, el derecho islámico, a diferencia del derecho occidental no regula únicamente las relaciones entre los individuos de una determinada colectividad, sino que también dedica una parte importante a la relación entre el creyente y el Creador; así, podemos dividir a las normas del derecho musulmán en dos:

- 1) Aquellas que regulan las relaciones entre los individuos se llaman: *mu'amalat*.
- 2) Aquellas encaminadas a regular la relación entre el hombre y Dios se les llama: '*ibadat*'.⁴⁶

Las *mu'amalat* se subdividen a su vez en diversas ramas, tales como el derecho de familia, derecho de los contratos, derecho penal, etc., sin embargo por ahora, bastará con mencionar la existencia de éstos dos tipos de normas, para darnos cuenta del espectro que las normas jurídicas islámicas pueden llegar a abarcar.

El siguiente aspecto importante al que debemos hacer referencia son las categorías legales contempladas por la *Shari'ah*, las cuales podemos clasificar de la siguiente manera:

- 1) *Wajib*: Obligatorio
- 2) *Mandud*: Recomendado (Jurídicamente neutro)
- 3) *Makrun*: Reprehensible (no se recomienda, sin embargo tampoco esta prohibido)
- 4) *Mubah*: Permisible (Jurídicamente neutro)
- 5) *Haram*: Prohibido.

De las anteriores categorías, únicamente son alegables en las cortes de la *Shari'ah* la primera y última categoría.⁴⁷

⁴⁶ KNUT, Viktor. Op. Cit. Pág. 3

⁴⁷ KAMALI, Mohammed. Op. Cit. Pág. 47

Las anteriores categorías son determinadas por los *ulemas*, derivadas de los estudios que realizan de los preceptos coránicos; como se menciona anteriormente el Corán es la fuente primigenia de la Revelación y el punto de referencia a donde todos los musulmanes se remiten.

El Corán, al que en este punto veremos únicamente como el producto de la “revelación divina” y no como una fuente del derecho es el libro sagrado de los musulmanes; significa en árabe “recitación” y fue revelado por *Allah* al Profeta Muhammad entre el año 610 y 632 de la era cristiana⁴⁸. El proceso de revelación del Corán no fue continuo, sino que fue revelado primero en La Meca aproximadamente del año 610 al 622 y culminó en Medina.

La manera en que el Corán fue revelado obedeció casi siempre a los problemas que la *Umma* iba enfrentando:

“The various sections of the Qu’ran were generally revealed to solve the problems which confronted The Prophet and his followers in both Makkah and Madeenah”⁴⁹

De esta manera mientras en La Meca, las revelaciones se referían a aspectos espirituales y ponían especial énfasis en la transición a una comunidad de fe, en el abandono de las prácticas paganas y en la adopción de la práctica monoteísta; en Medina se trata de asuntos mucho más jurídicas, encaminadas a reglamentar la vida de esta nueva comunidad de creyentes, así como a su defensa e incluso organización política. Pese a esto, uno de los principales objetivos del Corán y del derecho islámico en general ha sido la eliminación del sufrimiento humano:

“The system of Islam has been revealed for man’s benefit. It provides him with guidance in all walks of life in order to ensure for him a righteous lifestyle within a just society committed to the service of God [...] they are designed to facilitate mankind’s individual and societal needs”⁵⁰

Ahora; al inicio de la revelación el principal propósito de Muhammad era una transición del sistema pre-islámico a la constitución de una comunidad de fe, dicha comunidad debía estar sustentada en principios morales que socavaban de raíz las prácticas árabes; por ejemplo, se limitó el uso de la

⁴⁸ FANJUL, Serafín. IBÍDEM

⁴⁹ “Las secciones del Corán fueron generalmente reveladas para resolver los problemas que enfrentaban el Profeta y sus seguidores tanto en La Meca como en Medina” (traducción de la autora) BILAL PHILIPHS, Abu. Op. Cit. Pág. 19

⁵⁰ “El sistema del Islam ha sido revelado para el beneficio del hombre. Le otorga una guía en todos los caminos de la vida con el fin de asegurar para él un estilo de vida correcto dentro de una sociedad justa y comprometida al servicio de Dios [...] las normas están diseñadas para facilitar las necesidades individuales y sociales de la humanidad” (traducción de la autora) KAMALI, Mohammed. Op. Cit. Pág. 29

venganza de sangre, se prohibió el uso de bebidas alcohólicas así como de cualquier sustancia intoxicante, se prohibieron las apuestas, la constitución de intereses, etc.,⁵¹

Inicialmente, el sistema jurídico islámico no presentaba mayor complejidad; como veremos más adelante durante la vida del Profeta, la toma de decisiones prácticas continuó realizándose de acuerdo a la costumbre tribal; pero a la muerte de éste y con la expansión del Imperio musulmán; el incremento de creyentes, así como la diversidad de prácticas y la ausencia de un poder legislativo centralizado, el sistema jurídico tuvo que volverse flexible; los *ulemas* y gobernantes tuvieron que idear la manera de introducir principios no pertenecientes o no contemplados por la revelación al cuerpo jurídico.

1.3. LA REVELACIÓN Y LA NORMA OPERATIVA: INCORPORACIÓN DE ELEMENTOS PRE-ISLÁMICOS, ROMANOS Y PERSAS AL DERECHO ISLÁMICO.

Con la nueva religión instaurada por el Profeta Muhammad, se establece también un nuevo paradigma en la sociedad árabe, como hemos visto, se trataba de una sociedad nómada, cuya conformación social tenía como fundamento el parentesco tribal, en contraposición de la *Umma*, cuya base social es el parentesco de "fe", por decirlo de alguna manera. La siguiente azora coránica nos permite entender la manera en que el Islam viene a cambiar la forma de vida:

3:137: Antes que vosotros ya se siguió otras veces un mismo modo de actuar; así pues, recorred la tierra y mirad como acabaron los que negaron la verdad

Así, podemos ver como para la comunidad establecida por Muhammad bajo los mandatos del Islam; se trata del establecimiento de un nuevo paradigma; que ya no se centrará en el parentesco tribal, sino en la comunidad de fe; sin embargo, si bien, implica un cambio de paradigma social, económico, religioso y político, en el campo del derecho este cambio no resulta tan patente; pues a final de cuentas el sistema jurídico musulmán se compone en gran medida de elementos que pertenecían al derecho tribal:

"...Islamic law is the result of a scrutiny from a religious angle, of legal subject-matter which was far from uniform, comprising as it did the various components of the laws of Arabia and numerous elements taken over from the peoples of the conquered territories"⁵²

⁵¹ SCHACHT. Joseph. Op. Cit. Pág. 13

⁵² "El derecho islámico es el resultado de un análisis desde el punto de vista religioso, de todos los aspectos legales que no se encontraban uniformes; conjuntando como lo hizo los componentes de las leyes de Arabia y

Iremos viendo como, en términos reales, Muhammad fue adecuando al sistema jurídico islámico elementos pre-islámicos, legitimizándolos con su práctica; como nos menciona Wael B. Hallaq:

*“Although a credible historical record of this early period is still awaited, we may assert that with the exception of what may be called Quranic legal reform, the Prophet generally followed the existing pre-islamic Arab practices”*⁵³

Tenemos que recordar a efectos del presente capítulo, que las principales intenciones de Muhammad eran realizar una reforma espiritual y no estrictamente jurídica; si al final esta reforma resulto irremediamente en una reforma de carácter jurídico fueron los mismos hechos y el propio desarrollo de la comunidad musulmana las que desencadenaron la creación de este sistema como tal.

Es importante mencionar, que la religión predicada por Muhammad en un inicio únicamente estableció como obligaciones lo que ahora conocemos como “pilares del Islam”; y que podemos resumir en lo siguiente:

.- Pilares del Islam:

Los pilares del Islam son aquellos actos que todo buen musulmán debe seguir; son la manera adecuada de cumplir con las obligaciones para con *Allah*, y son la parte más importante de la rama del derecho denominada *‘ibadat*; y son los siguientes:

- 1) Profesión de Fe (*shahada*): Consiste en la declaración que realiza todo musulmán de que No hay más dios que Allah y Muhammad es su Profeta; cualquiera que mencione esta profesión de fe y se encuentre convencido será un musulmán.

- 2) La oración ritual (*Salat*): Es una de las obligaciones más importantes de todo musulmán, pues le permite estar en permanente contacto con *Allah*; son obligatorias cinco oraciones al día, más la oración comunitaria de los viernes; la oración ritual conlleva además mucha disciplina, pues debe ser realizada de manera especial.

numerosos elementos tomados de las personas de los territorios conquistados” (traducción de la autora) SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág.2

⁵³ “Aunque una recopilación histórica creíble de este primer período aún es esperada; podemos decir que con excepción de la llamada reforma legal Coránica, el Profeta generalmente siguió las prácticas pre-islámicas existentes” (traducción de la autora) HALLAQ, Wael. Op. Cit. Pág. 6

3) La limosna anual para los pobres (*Zakat*): Es una forma de tributo social, en el Corán no se establece una distinción entre la limosna voluntaria y la obligatoria; sin embargo si se estipula quienes serán los beneficiarios de la misma. El *Zakat* es una de las materias más complicadas del derecho musulmán y se presume que fue desarrollada durante el califato de *Abu Bakr*.

4) El ayuno (*Siyam*): Si bien, existe el ayuno facultativo, el obligatorio para todo musulmán se lleva a cabo durante el mes del *Ramadán* (mes en que se llevó a cabo la Hégira; se determina de acuerdo al calendario lunar); durante este ayuno el musulmán se limpia física y espiritualmente.

5) La peregrinación a La Meca (*Hajj*): Esta es una de las obligaciones más importantes, aunque si bien no todos los musulmanes se encuentran en posición de realizarla; durante la peregrinación se llevan a cabo varios rituales que evocan diversos acontecimientos de la primera *Umma*; tales como la entrada a La Meca, el derrumbe de los ídolos, el sacrificio ritual, etc.,⁵⁴

Es bajo estos cinco principios bajo los que se configuran como tal las principales obligaciones de los musulmanes, antes de que existiera un sistema jurídico en sentido estricto. El sistema jurídico fue algo que se fue desarrollando conforme las necesidades de la *Umma* se presentaban; pues si bien el Corán establecía algunas obligaciones, se trataba en general de un libro sagrado y no un código como tal.

*“En muchos asuntos legales, por su puesto, el Corán permanece completamente mudo. Esto no supondría ningún problema, al menos para la primera comunidad musulmana, ya que la ley consuetudinaria continuaba aplicándose en estos temas”.*⁵⁵

El problema de las omisiones o lagunas del Corán, no fue patente durante la vida del Profeta, pues éste se encontraba legitimado para legislar; sin embargo, a pesar de su legitimidad es presumible que siguió las costumbres beduinas árabes como norma operativa; es decir, si bien los principios cambiaron para basarse en la nueva fe, los procedimientos aplicables siguieron siendo de origen pre-islámico

*“Most of our specific knowledge of this period is based on this historiography, but it is also reasonable to assume that early Muslim society to a large extent continued the practices of the pre-Islamic period”*⁵⁶

⁵⁴ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 144-166

⁵⁵ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 28

⁵⁶ “Mucho de nuestro conocimiento de este período está basado en la historiografía, pero es incluso razonable asumir que la primera comunidad musulmana en su mayoría continuó las prácticas del período pre-islámico” (traducción de la autora) VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. 20

Es importante mencionar esta presunción, debido a que, si bien el Profeta se convirtió en la autoridad tanto política como legislativa máxima, respeto la vida y el derecho consuetudinario de los clanes y tribus; aunque al final siempre fue la autoridad suprema.

Uno de los puntos que surge a discusión ahora, es la polémica desatada por John Hursh acerca de la invalidez de la declaración de que el derecho islámico tiene un origen “revelado”; para él, el hecho de que el derecho islámico se haya configurado en la práctica bajo la tradición tribal o beduina implica una debilidad en el argumento de que se trata de un derecho “revelado” preguntándose lo siguiente:

“One, did pre-Islamic culture influence the formation of Islamic law? Specifically, did pre-Islamic Arab tribal custom simply become absorbed and made Islamic? Two, if pre-Islamic culture influenced the formation of Islamic law, does this influence undermine the claim that Islamic law is based on divine sources?”⁵⁷

A pesar de que a primera vista, el argumento de Hursh parece convincente, en realidad no lo es, pues si bien, es un hecho casi seguro que el sistema jurídico islámico se conformo como tal echando mano de la costumbre tribal pre-islámica (ya sea influyéndola como tal o convirtiéndola en “islámica”); esto fue cierto únicamente en el aspecto operativo o práctico, no en cuanto a sus principios; como se ha mencionado anteriormente, el sistema Islámico en su conjunto implicó un cambio de paradigma, no porque haya cambiado la forma, sino el fondo de la sociedad árabe.

A continuación veremos en que consiste a grandes rasgos el derecho consuetudinario pre-islámico.

- LA COSTUMBRE TRIBAL:

Antes de iniciar con el estudio del derecho pre-islámico; del cual cabe mencionar, se cuenta con poca información al respecto, es importante mencionar que muchas de las prácticas tribales fueron conservadas para evitar el cambio drástico en el modo de vida y así lograr que más gente se convirtiera al Islam; sin embargo, aquellas costumbres, métodos y demás que fueron conservados tenían que ser coherentes con la nueva fe; sin embargo podemos ver como el elemento más sobresaliente del cambio de paradigma es la centralización de la práctica jurídica; ya que anteriormente cada tribu tenía su propia práctica, que si bien, compartían aspectos comunes, se encontraba descentralizada y carecía de uniformidad; tal como nos lo menciona Joseph Schacht:

⁵⁷ “Primero: ¿la cultura pre-islámico influyo la formación del derecho islámico? Más específicamente, ¿La costumbre tribal pre-islámica fue simplemente absorbida y transformada en islámica? Dos, si la cultura pre-islámica influcio la formación del derecho islámico, ¿esta influencia puede derribar el argumento de que el derecho islámico esta basado en fuentes divinas? (traducción de la autora) HURSH, John. Op. Cit. Pág. 1403

“The absence of an organized political authority in Arab society, both Bedouin and sedentary, implied the absence of an organized judicial system”⁵⁸

La manera en que se resolvían los conflictos, ya sea al interior de la tribu o con otras tribus, era mediante el arbitraje. El árbitro (*hakam*) debía permanecer imparcial y se elegía de manera consensuada por ambas partes, por lo general se trataba del jefe de la tribu.

El árbitro era elegido la mayoría de las veces por sus cualidades morales; pues hay que mencionar que también en la Arabia pre-islámica la honorabilidad era un aspecto de suma importancia. De esta manera, el árbitro por lo general era o el jefe de la tribu, o bien un *kahin*,

“Un árbitro ad hoc era elegido por las partes en disputa, el kahin, sacerdote de un culto pagano que afirmaba poseer poderes sobrenaturales de adivinación solía ser una alternativa común”⁵⁹

Una vez elegido el árbitro, las partes tenían que acordar el motivo de la acción, es decir, el asunto que iban a presentar ante él, y una vez llegado al veredicto las partes debían someterse a éste. De esta manera, el árbitro se constituía como juez, pero también tenía una importante función legislativa; por lo que gran parte de lo que fue el derecho pre-islámico puede ser atribuida a los *hakam*; quienes a lo largo del tiempo fueron constituyendo una especie de tradición de precedentes, o lo que más tarde conoceremos como *sunna*.⁶⁰

El campo legal del derecho pre-islámico estaba constituido principalmente por las leyes relativas al estatus de las personas, la familia, herencia y derecho penal, en donde se generaron instituciones como el pago de la deuda de sangre con una retribución financiera, etc., mismas que influyeron de manera importante al Islam.

Ahora; el verdadero problema para la *Umma* y para el derecho islámico, vino con la muerte del Profeta, pues éste era el único legitimizado para tomar decisiones legislativas.

En un inicio los califas, quienes habían sido próximos al Profeta eran capaces de tomar decisiones siguiendo funcionando como árbitros; sin embargo, conforme la comunidad musulmana fue creciendo y el Islam se fue expandiendo, se tuvieron que tomar otras medidas; esto aunado a que los nuevos

⁵⁸ “La ausencia de una autoridad política organizada en la sociedad árabe; tanto beduina como sedentaria, implica la ausencia de un sistema judicial organizado” (traducción de la autora) SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 8

⁵⁹ COULSON, Noel Op. Cit. Pág. 20

⁶⁰ ÍBIDEM.

califas no eran ya cercanos al Profeta y por lo tanto no eran concededores de la Tradición como tal. Esto generara más adelante una de las fuentes más importantes del derecho musulmán: La *Sunna* (dichos o hechos del Profeta), de la que hablaremos más adelante.

Otra de las cuestiones que los ulemas tuvieron que determinar pasado el tiempo, fue la posición que las normas pre-islámicas debían asumir en el derecho; así, encontramos dos posiciones:

“Those who argue in favor of prohibition maintained that since no revelation exists, it is safer to assume they are prohibited [...] On the side of permissibility, on the other hand, stood those who argued that if we know a thing to be beneficial and harmless to all people, then in the absence of revelation, we can only assume it to be lawful [...] A third group, however, rejected the foregoing arguments, saying, in effect, that judgment on all things before the coming down of revelation should be suspended”⁶¹

Sin embargo, a pesar de lo complicado que puede resultar determinar una posición respecto a las normas pre-islámicas adoptadas, veremos que no únicamente las normas tribales formaron parte del sistema islámico sino también elementos y estructuras pertenecientes a otros sistemas.

- LA INCORPORACIÓN DE ELEMENTOS EXTRANJEROS AL DERECHO ISLÁMICO:

El verdadero cambio tanto en la estructura jurídica como administrativa, será durante la dinastía Omeya y aún más durante la dinastía *Abasí*; pues el Islam se transformo en un Imperio, mismo que a pesar de estar centralizado guardaba en su seno una diversidad cultural muy grande, veremos ahora rápidamente las culturas que el imperio durante la era Omeya abarcaba, alrededor del siglo VI los siguientes espacios:

- 1) Toda la península arábiga: lo que implicaba la centralización de todas las tribus y clanes, así como una uniformidad jurídica.
- 2) Asia Central
- 3) El emirato de Multan en la India
- 4) El Magreb.
- 5) España.

⁶¹ “Aquellos que optaban por la prohibición, mantienen que ya que no existía revelación; es más seguro asumir que son reglas prohibidas [...]Por otro lado, aquellos que estaban a favor de permitir las disposiciones argumentaban que si era conocido que no hacían daño a la gente, en ausencia de la revelación solo podemos asumir que son legales. Un tercer grupo sin embargo, rechaza ambos argumentos estableciendo que un juicio sobre cualquier disposición antes de la revelación debe ser suspendido. (traducción de la autora) HALLAQ B. Wael. Op. Cit. Pág. 115

Esta extensión implicó una asimilación tanto cultural como jurídica; sin embargo veremos paso a paso.

En un inicio, el Islam se estableció con centro en La Meca, la cual era una ciudad “cosmopolita”, pues era el centro del comercio árabe y entablaba relaciones comerciales tanto con los reinos del sur de Arabia, como con Constantinopla y Siria, por lo que desde el inicio del Islam, al menos en lo que a la ley comercial respecta, se vio imbuido e influenciado por el derecho romano y persa; sin contar además que en Medina existía un amplio grupo de judíos que también tenían su propio sistema de normas.

“In this way concepts and maxims originating from Roman and Byzantine law, from the Canon law of the Eastern Churches, from Talmudic and Rabbinic law, and from Sassanian law, infiltrated into the nascent religious law of Islam during this period of incubation, to appear in the doctrines of the second century”⁶²

Esta influencia se hará más patente conforme el Imperio árabe va creciendo y se va mezclando con otras culturas; poco a poco los califas, primero los Omeyyas y posteriormente los Abasíes adoptarán la organización administrativa persa y también algunos principios del derecho romano; esto se debe en parte a que en un inicio no existía un derecho islámico como tal, sino que se fue constituyendo poco a poco; mientras el derecho romano se encontraba ya completamente estructurado, y por el lado administrativo porque conforme el Imperio árabe fue creciendo, también crecieron sus necesidades burocráticas, económicas, militares, etc.; además la estructura persa había sido desarrollada para funcionar para un Imperio (el persa-sasánida) y ahora funcionaba al servicio del Imperio árabe-musulmán.

“Los musulmanes tuvieron que improvisar y construir sus sistemas políticos con base en la ley islámica (shari’ah) y en la tradición dejada por el profeta Mohammed (sunna), en las tradiciones tribales árabes y en la herencia política persa y bizantina. La conexión entre religión y política en la historia del Estado islámico se encuentra en el hecho de que el Estado asume el control de la religión como factor de legitimación de su actividad”⁶³

⁶² “De esta manera, conceptos y principios originados en las leyes romanas y bizantinas, del derecho canónico de la Iglesia de Occidente, hasta el derecho del Talmud y rabínico, así como derecho sasánida, se infiltraron en el naciente derecho religioso islámico durante este período de incubación, para aparecer en las doctrinas del segundo siglo” (traducción de la autora) SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 21

⁶³ PEÑA VELASCO, Elizabeth. “La relación contemporánea entre el Islam y Occidente: Percepciones de conflicto y coexistencia” en “El Islam y Occidente desde América Latina” Manuel Ruiz Figueroa (coordinador). El Colegio de México. 1ª ed. México D.F. 2007 Pág. 46

El uso del elemento religioso como factor de legitimación lo veremos más claramente bajo la dinastía *Abasí*, hecho que corresponde precisamente con el más grande desarrollo del derecho, el sistema judicial y el sistema administrativo.

A continuación, repasaremos rápidamente la vida política del Imperio árabe, como punto de referencia del desarrollo del derecho.

De esta manera, en el año 661 (d.C.) se consolida la dinastía Omeya como la legítima sucesora de Muhammad; bajo esta dinastía, el Islam se transforma en un Imperio, el poder es centralizado en Damasco y es una de las épocas de mayor conquista; es también bajo la dinastía Omeya que se puede hablar del surgimiento de una ciencia del derecho islámico. La Omeya, es una dinastía conformada por catorce califas, de los que el primero fue *Mu'awiya* (661 d.c.) y el último *Marwan II* (750 d.C).

La dinastía Omeya es finalmente derrocada por la dinastía Abasí, encabezada por *al-'Abbas*, quien procedía directamente de la casa del Profeta. Los Abasíes trasladan el centro del poder de Damasco a Kufa (Irak) bajo la legitimación religiosa de la que carecían los Omeyas. Durante la dinastía Abasí el Imperio árabe crece aún más y la hegemonía árabe se pierde; pasan a formar parte del aparato burocrático los turcos (quienes más tarde serán los herederos del Islam); la ciudad de Kufa se transforma en una ciudad completamente cosmopolita en la que se presentan discusiones políticas, jurídicas, etc.; se da un acercamiento grande con la cultura helénica de la que se toman disciplinas como la lógica; la religión islámica se convierte en una religión universal, pues ya no existe una "nación" árabe como tal; el desarrollo de las escuelas jurídicas se encuentra en su apogeo y con ello el pensamiento crítico, tanto teológico como jurídico.

Así, la época Abasí es recordada como la edad de oro del Islam, la dinastía Abasí coincide de manera paradójica con la Edad Media Europea.

"Así pues, el periodo cumbre del Islam, de su derecho, su teología, su cultura, fue y sigue siendo la Edad Media"⁶⁴

Durante la Edad Media, la cultura islámica resultaba una luz en medio de Europa que para entonces vivía en la obscuridad, sin embargo, el desarrollo político de la región, la victoria del principio tradicionalista y en tiempos recientes la violencia del proceso de globalización que ha tenido que enfrentar el mundo Islámico lo han llevado a un anquilosamiento tanto en el ámbito político como en el campo jurídico.

⁶⁴ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 289

En el siguiente capítulo examinaremos la teoría clásica del derecho islámico; también conocida como *Usul al-Fiqh* o la teoría de las fuentes del derecho. Es la forma jurídica del Islam que más conocemos en Occidente (sin que sea la única). El establecimiento de la teoría clásica fue en su momento el resultado de una necesidad que enfrentaba el mundo árabe en cuanto a la diversidad de escuelas jurídicas; sin embargo, la misma es la causante ahora de la falta de movilidad y practicidad en el ejercicio del derecho.

II.- FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO.

En el presente capítulo, estudiaremos las fuentes de las que se deriva el derecho islámico, entenderemos como fuente del derecho la misma noción aplicada por el Dr. Miguel Villoro Toranzo:

“Aplicada al Derecho, la palabra ‘fuentes’ se usa en sentido metafórico; sugiere que hay que investigar los orígenes mismo de donde nace el Derecho, así como hay que remontar la corriente de un río hasta llegar a las fuentes de donde brotan sus aguas”⁶⁵

Así, intentaremos encontrar el lugar del que proviene el derecho islámico. De conformidad al capítulo anterior, la principal fuente del derecho islámico es la voluntad divina revelada a los hombres por medio del Profeta Muhammad; sin embargo conforme avance la presente investigación, podremos ver como el hombre adopta el papel de operador jurídico y de alguna manera logra adentrarse y formar parte de las mismas fuentes del derecho islámico.

Antes de entrar de lleno al estudio de dichas fuentes del derecho, tenemos que tener claro que la *Shari’ah* como ahora la conocemos es el resultado de un proceso histórico que duró aproximadamente tres siglos.⁶⁶

Posterior a la muerte del Profeta, el derecho islámico como tal aún no existe, y así seguirá durante el primer siglo (islámico) Siglo. VII, D.C.; puesta tanto en tiempos del Profeta como en los primeros años posteriores a su muerte, el derecho como tal no formaba aún parte de la religión, en el aspecto operativo y técnico se seguían utilizando las costumbres tribales siempre y cuando no entraran en conflicto con los principios religiosos y morales.

En realidad, la manera en que se comienza a configurar el derecho islámico obedece a cuestiones de practicidad; como veremos más adelante, el Corán contiene únicamente principios morales, que si bien, en algún momento sirven de fundamento jurídico, no constituyen reglas como tales, por lo que, tal como nos menciona Noel Coulson:

“Hechos posteriores, en efecto, iban a demostrar que los preceptos coránicos constituyen poco más que el preámbulo de un código islámico de comportamiento al que las generaciones siguientes aportaron los aspectos operativos”⁶⁷

⁶⁵ VILLORO TORANZO, Miguel. “Introducción al Estudio del Derecho”. Ed. Porrúa. 1ª edición. México D.F. 1966 Pág. 155

⁶⁶ SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 57

⁶⁷ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 28-29

Será precisamente en los aspectos operativos y en la manera de complementar e instrumentar los principios establecidos en el Corán y posteriormente en la *Sunna* a lo que dedicaremos una buena parte de la investigación; pues finalmente se podría decir que *Allah* envió el mensaje, pero fue la labor de los hombres y juristas interpretarlo.

El sistema jurídico islámico se consolida sobre todo durante la época Omeya en el siglo VII d. C debido en gran medida a la centralización del poder y al crecimiento del territorio abarcado por el imperio árabe:

- .- Se consolida la *Shari'ah* como una ley común aplicable a todos los musulmanes, sin diferenciar tribus o clanes.
- .- Comienzan a existir cargos de jueces y jurisconsultos
- .- Se comienza a configurar la ciencia jurídica (*Fiqh*) con los primeros píos especialistas.

Si bien, durante la dinastía Omeya, se pierde un poco el espíritu ético de la ley, la apertura y adopción de figuras externas, permitió una mayor adaptabilidad:

“La adopción de la maquinaria administrativa existente abrió la puerta a una recepción mas amplia de elementos foráneos de la ley positiva propiamente dicha”⁶⁸

Ahora, si bien, la apertura realizada por la dinastía Omeya permitió la consolidación del sistema jurídico, es hasta el segundo siglo islámico (VIII) bajo la dinastía *Abasí* cuando el desarrollo de la ciencia jurídica se encuentra en pleno apogeo; pues es también en este período cuando surgen las escuelas jurídicas, a las que dedicaremos una parte importante del presente estudio.

Para efectos de éste capítulo, mencionaremos que dentro del desarrollo y formación de las escuelas jurídicas islámicas, durante el siglo IX, el jurista *Muhammad Ibn-Idris as-Shafi'i* formula una síntesis de las dos principales corrientes de pensamiento jurídico del momento (las cuales se mueven entre el tradicionalismo y el libre pensamiento); y genera como resultado lo que conocemos como “la teoría clásica del Islam”, es bajo esta teoría, a la cual dedicaremos especial atención en el siguiente capítulo sobre la que nos basaremos para el estudio de las fuentes del derecho.

Por ahora, bastará con mencionar que para *Shafi'i* uno de los aspectos más importantes consiste en no alejarse de la revelación; por lo que reconoce como fuentes primarias del derecho al Corán y la *Sunna*. El Corán por ser la expresión máxima de la revelación de *Allah* y la *Sunna* del Profeta porque

⁶⁸ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 38

al ser la manera en que Muhammad actuaba se considera también como “expresión de la voluntad de *Allah*”.

Además de estas fuentes reveladas, *Shafi'i* reconoce también el *Ijtihad* (o uso del razonamiento humano) a través de dos fuentes, que serán: el *Ijma* y el *Qiyas*; los cuales explicaremos más adelante.

La creación y adopción de la teoría clásica del Islam elaborada por *Shafi'i* permitió resolver de manera eficaz los conflictos que en un momento dado se presentaron en la teoría jurídica islámica; sin embargo, a la larga llevaron al estancamiento de la doctrina, así como a acrecentar el abismo existente entre la práctica y la teoría. Poco a poco se pasó de la época del *Ijtihad* a la época del *taqlid* (imitación):

*“By the beginning of the tenth Century there was a consensus that all Essentials issues had been thoroughly discussed and finally settled. With this ‘closing of the door of ijthad, as it was called, ijthad gave way to taqlid or imitation”*⁶⁹

Este “cierre del *Ijtihad*” implica un cambio radical para la jurisprudencia islámica; significa la sujeción de la razón humana a los preceptos establecidos en la teoría clásica, una sujeción que no permite adaptar la ley, o mejor dicho, la interpretación de la ley, a las nuevas condiciones de vida; este aspecto de la jurisprudencia islámica se verá aún más remarcado durante la época colonial:

*“En lugar de forjar algo nuevo, los pueblos se concentraron en recuperar lenta y penosamente lo que habían perdido. Por ejemplo, en el Islam sunni, se creía que las puertas de la interpretación se habían cerrado. Hasta entonces, se había permitido a los juristas musulmanes disponer de su propio juicio para resolver cuestiones que surgían en relación con la teología y la ley, y para las cuales ni el Corán ni la tradición establecida tenían una respuesta explícita. Pero a comienzos de la Edad Moderna, en un intento de conservar la tradición que casi se había destruido, los musulmanes sunnites declararon que *ijthad* ya no era necesario ni deseable. Las respuestas estaban contenidas en la *Shari'ah*, que era una ley fija para la sociedad y no había ninguna necesidad de razonamiento o interpretación independiente.”*⁷⁰

Para entender como llegó la ciencia jurídica islámica a esta determinación y a este “cierre”, analizaremos previamente las fuentes del derecho de acuerdo a la teoría clásica, de esta manera,

⁶⁹ “Al principio del siglo X, había un consenso de que todos los temas *esenciales* habían sido tratados, discutidos y establecidos. Con este “cierre de la puerta de la *ijthad*” como se le llamo, el *ijthad* cedió el paso al *taqlid* o imitación”. HASHIM KAMALI, Mohamad. Op. Cit. Pág. 94

⁷⁰ ARMSTRONG, Karen. “Los orígenes del fundamentalismo en el Judaísmo, el Cristianismo y el Islam”. Fábula Tusquets editores. 1ª edición. México 2010. Pág. 69

comenzaremos con las fuentes reveladas: El *Corán y la Sunna* y continuaremos con las fuentes derivadas del *Ijtihad: El Ijma y el Qiyas*:

2.1. FUENTES PRIMARIAS.

2.1.1. EL CORÁN.

Si bien, ya hemos hablado del Corán en el primer capítulo, ahora lo abordaremos principalmente como una fuente del derecho; una fuente cuyo origen es divino, pues es producto de la revelación realizada por Allah al Profeta Muhammad a través del arcángel Gabriel; al igual que la *Sunnah*, la cual veremos más adelante, representan el origen del Islam:

“The Qur’an represented the blueprint for the Islamic way of life, and the Prophet’s application of the blueprint in his day-to-day life (the Sunnah) acted as a detailed explanation of the general principles outlined in the Qur’an, as well as a practical demonstration of their application”⁷¹

Poco a poco veremos la manera en que el Corán interactúa con las otras fuentes del derecho; pues si bien, es la principal fuente y a la que todas las demás se remiten, se trata únicamente de un conjunto de principios, como se ha mencionado, el Corán no se encuentra detallado de manera clara, como lo dice Noel Coulson:

“De manera similar, la materia jurídica del Corán consiste principalmente en proposiciones amplias y generales sobre lo que deberían ser los objetivos y aspiraciones de la sociedad musulmana. En esencia, es la formulación escueta de la ética religiosa islámica”⁷²

A pesar, de que la principal característica del Corán, es ser un libro encaminado a regular los aspectos morales de los creyentes, no debemos perder de vista que también se trata de un código jurídico por medio del cual se establecen las condiciones bajo las que se formara la nueva sociedad; los principios sobre los que se basara y aquellos aspectos que marcarán la diferencia entre la época pre-islámica y la islámica.

⁷¹ “El Corán representa la imagen del modelo de vida islámico; y la aplicación del Profeta de esta imagen en su día a día (la Sunnah) funciona como una aplicación detallada de los principios establecidos en el Corán, así como una demostración de su aplicación”(traducción de la autora de esta investigación). BILAL PHILIPHS, Abu Ameenah Op. Cit. Pág.19

⁷² COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 21

Así, es en el Corán en donde se encuentra la verdadera esencia del Islam; a continuación mencionaremos algunas características importantes del Corán, tanto como libro sagrado, así como fuente primigenia de derecho:

- 1) En él se encuentra contenida la revelación completa de Dios
- 2) Es el único libro revelado a un único Profeta; a diferencia de la Biblia que es un conjunto de revelaciones a distintos Profetas.
- 3) Es un libro escrito en Árabe; es esta una característica importante, pues determina su identidad y pertenencia.
- 4) Se trata de un libro que se recita en público y en voz alta preferentemente, lo convierte en un libro "vivo"
- 5) Es un libro "sagrado", cuya lectura requiere una purificación previa y que implica ponerse en comunicación con *Allah*.⁷³

De esta manera, para los musulmanes el Corán implica mucho más que un simple libro; es la verdad y el camino para llegar a cumplir de manera adecuada con los mandatos de *Allah* y así alcanzar la vida eterna; ahora, al tratarse de un libro religioso, se encuentra también sujeto a ciertos dogmas:

- .- Es un libro lingüísticamente perfecto.
- .- Singular, inimitable e insuperable
- .- Intraducible
- .- Inerrable y fidedigno: pues fue revelado al Profeta palabra por palabra.

Si bien estos últimos son dogmas, no debemos perderlos de vista, pues en algún momento pueden llegar a afectar el desarrollo de la práctica jurídica, debido a la doble naturaleza del Corán: libro sagrado y fuente jurídica.

En el tratamiento estricto del Corán como fuente del derecho, tenemos que cuenta aproximadamente con un total de 6219 versos, en cuanto a aquellos que resultan de utilidad jurídica existe una controversia entre si se trata de 500 o 350 versos; que hacen referencia a preceptos legales; de los cuales 180 son considerados *qati* (absolutamente ciertos, sobre los que no puede existir controversia) y el resto *zanni* (probables, presunciones, etc., es sobre estos sobre los que puede existir controversia y en los que se basa la labor interpretativa).⁷⁴ De esta manera, si bien el Corán es la voluntad de Dios, es la labor del hombre aplicarla y descifrarla, conformando de esta manera el sistema jurídico islámico:

⁷³ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 83

⁷⁴ VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. 33

“The revelation is in its nature one, as it exists with God. But it is not unequivocal in appearance to man; the Revelation must go through a human intellectual process before it can become a cohesive legal system for society”⁷⁵

Este proceso intelectual que convertirá la Revelación en un sistema jurídico, tendrá que pasar previamente por un proceso de recopilación del Corán.

El Corán es un libro cuya transmisión es principalmente oral, el Profeta Muhammad no conocía la escritura y al momento de morir no existía una versión escrita de éste, únicamente existían expertos *recitadores* del Corán, que lo sabían de memoria y lo transmitían de generación en generación. El primer intento de codificación del Corán fue bajo el califato de *Abu Bakr*, sin embargo se trataba de un proceso difícil que consistía en recabar los fragmentos dispersos de la revelación, proceso que culmina en el califato de *‘Utman* (el tercer califa), bajo el cual se encontraba ya en plena centralización el poder político islámico y en el cual se abarcaba ya un grande territorio dominado por el Islam por lo que la codificación del Corán se vuelve necesaria:

“De esta manera el califa priva de poder a los declamadores del Corán, a los ‘custodios del libro sagrado’ a quienes la gente reconoce autoridad religiosa, y de manera indirecta, también política, porque recitan el Corán, conservándolo vivo.”⁷⁶

Se establece así, alrededor del año 650 el primer texto autoritativo del Corán, el cual se convierte a su vez en el único vinculante y además su difusión se expande. Uno de los principales problemas a los que se han enfrentado en adelante las codificaciones coránicas; desde la de *‘Utman* hasta las posteriores, realizadas por Universidades y especialistas se trata de la cronología de las revelaciones. La cronología es un asunto de primer orden, pues constituye también uno de los principales motivos para la abrogación de azoras coránicas; es por esto que la versión estandarizada de *‘Utman* se ha tomado siempre como punto de referencia.

Respecto a la cronología; hemos comentado ya, que el Corán no fue revelado de manera continua y que en gran medida las revelaciones se fueron presentando de acuerdo a las necesidades que la *Umma* enfrentaba. De esta manera, se han dividido las azoras en tres periodos mequíes y uno mediní.⁷⁷

⁷⁵ “La Revelación es naturalmente una, al provenir (y existir) con Dios. Pero no resulta tan cierta al presentarse ante el hombre; está debe pasar por un proceso intelectual humano antes de que pueda configurarse como un sistema legal coherente y sistematizado para la sociedad” VIKOR Knut. Ibidem.

⁷⁶ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág.207

⁷⁷ FANJUL, Serafin. Op. Cit. Pág.14

Antes de entrar al estudio de las etapas de las revelaciones, es importante mencionar que al ser el Corán un libro revelado en prosa, llamaremos a cada una de las estrofas *azoras* (o *suras*) y a cada uno de los versos *aleyas*.

Ahora, como hemos visto, las revelaciones al Profeta Muhammad comienzan cuando éste se encuentra en La Meca; durante el primer período de revelaciones mequíes (610-650) el énfasis de las azoras se encuentra en la conversión de los infieles al Dios verdadero, en el abandono del paganismo. Durante el segundo período mequí (615-620) las aleyas y azoras se encuentran encaminadas a describir la omnipotencia y bondad divinas. Por último, las del tercer período mequí (620-622) resultan repetitivas y demasiado extensas; a continuación veremos a grandes rasgos las características de las azoras reveladas en La Meca:

- 1.- Incluyen oraciones cortas destinadas a captar la atención de la audiencia.
- 2.- Tienen como modelo el estilo poético pre-islámico.
- 3.- Plasman los fundamentos de la religión, de la fe, la unicidad de Dios.
- 4.- Establecen los principios morales de la nueva religión.
- 5.- Se relata la historia de los Profetas árabes y bíblicos.
- 6.- No existe aún el aspecto de culto ni obligaciones religiosas como tales.⁷⁸

Es probable que estas características de las azoras mequíes se deban a la situación de los musulmanes en este período:

“In Makkah, Muslims were an oppressed minority, whereas after their migration to Madeenah they became the ruling majority. Thus, the revelations of the Qu’ran during the two phases had unique characteristics which distinguished them from each other”⁷⁹

Resulta así lógico comprender que durante el período mequí las azoras se encuentran encaminadas estrictamente a predicar la nueva fe, mientras que una vez que la comunidad musulmana se ha establecido en Medina, llega el momento de establecer también las condiciones bajo las cuales será gobernada dicha comunidad; así como el culto que deberán rendir.

Durante este período, las azoras se dedican a consolidar la comunidad; a regular las actividades de Muhammad como líder espiritual y político; a diferenciar y combatir el paganismo y a defenderse de las pretensiones de judíos y cristianos.

⁷⁸ ZERAOU, Zidane. Op. Cit. Pág. 56

⁷⁹ “En La Meca, los Musulmanes eran una minoría oprimida, mientras que después de su migración a Medina se convirtieron en la mayoría gobernante. Así, las revelaciones del Corán durante estas dos fases tienen características específicas que las distinguen una de la otra”. BILAL PHILIPS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 22

Es importante mencionar también, que durante esta época surge la noción de “abrogación” *nashk*:

“El surgimiento de un nuevo texto (abrogante) con nuevas disposiciones o contradictorio a uno anterior, lo anula, aunque los dos siguen apareciendo en el Corán, solamente que, desde el punto de vista de la prescripción, el último es el que prevalece.”⁸⁰

Las azoras mediníes se caracterizan por lo siguiente:

- 1.- Se trata de reglas prácticas referentes a la organización de la familia, reglas comerciales, prohibiciones específicas, etc.
- 2.- Se establecen los principios del Derecho Penal.
- 3.- Se denuncian a los falsos conversos
- 4.- Se consolida el Islam como nueva religión, polemizando con judíos y cristianos.
- 5.- Se narran relatos de las batallas de los musulmanes así como las lecciones de cada una de ellas.
- 6.- Están tendientes a consolidar el Estado islámico.⁸¹

Gran parte los conflictos que enfrentan los países musulmanes en el contexto moderno, se debe a las azoras mediníes; razón por la cual varios estudiosos del tema buscan un regreso al espíritu de las primeras azoras mequíes:

“Relevant revelations from the Mecca period can support the development of a modern concept of citizenship from an Islamic point of view”⁸²

En el último capítulo de la presente investigación, haremos referencia a las posibilidades y llamados de diversos especialistas sobre el retorno a los principios; a continuación hablaremos sobre los objetivos principales del Corán:

.- OBJETIVOS DEL CORÁN:

Como ya hemos hecho referencia anteriormente; uno de los principales objetivos del Corán han sido la eliminación del sufrimiento humano; pues como se hace patente en varias azoras coránicas, el sistema legal islámico fue revelado para el beneficio humano; de esta manera podemos tomar como ejemplo el siguiente dicho del Profeta o hadith:

⁸⁰ ZERAQUI, Zidane. Ibidem

⁸¹ ZERAQUI, Zidane. IDEM

⁸² “Aquellas revelaciones del período de La Meca pueden servir para el concepto de un concepto moderno de ciudadanía desde un punto de vista islámico” (traducción de la autora) AN-NAIM AHMED, Abdullahi. Op. Cit. Pág.136

“Make things easy (for the people) and do not make them difficult”⁸³

Otro de los objetivos del Islam al momento de implementarse como nueva religión en Arabia; fue la reducción de obligaciones religiosas, aunque parezca lo contrario; pues aunque si bien, posteriormente se desarrolló todo un sistema ritual, en un inicio, la fe islámica únicamente establecía como principal obligación, la fe en el dios uno y la eliminación de la práctica politeísta.

Por último; otro de los objetivos y probablemente el principal, es el establecimiento de una comunidad de creyentes viviendo bajo los preceptos de *Allah*, con principios comunes bajo los cuales vivir en sociedad; así como el establecimiento de una adecuada comunicación entre Allah y la humanidad.

Ahora, uno de los aspectos más importantes y de los que más se ocupa la jurisprudencia islámica, es la interpretación del Libro Sagrado; es ésta una materia en extremo complicada, debido en gran medida a las características del Corán; como mencionamos antes, el Corán esta rodeado de un marco sagrado, lo que al mismo tiempo genera la creencia de determinados dogmas alrededor de éste Libro:

“Interpretar el sentido de la ley es el gran problema de los juristas desde el inicio de los tiempos, pero en el Islam presenta además algunas complicaciones adicionales porque el Corán es un código cerrado. No solo ya no habrá nuevas revelaciones, sino que todo tiene que encontrar su justificación y su explicación en él”⁸⁴

Como podemos observar en la cita anterior el gran problema de la interpretación del Corán reside en el hecho de ser una fuente a la que todo se debe remitir; la fundamentación última de todos los preceptos legales, tanto de aquellos que no derivan directamente de él como la interpretación de aquellos principios derivados de él mismo Corán deben encontrar su legitimación y explicación en él mismo.

Interpretar el Corán entonces, es una de las principales disciplinas que se engloban dentro de la labor jurisprudencial desempeñada por los ulemas. La mayoría de los juristas sunnies únicamente respetan y validan aquellas interpretaciones que se ciñen totalmente al texto sagrado; sin embargo existen dos tipos de interpretaciones:

⁸³ “Hagan las cosas fáciles (para la gente) y no difíciles” Compilación de Hadiths Al-Bukhari. Pág. 31

⁸⁴ MANDIROLA BRIEUX, Pablo. Op. Cit. Pág. 14

- 1) *Tafsir*: Aquellas interpretaciones encaminadas a comprender el significado de los versos coránicos; este tipo de interpretación es la más común, pues es mucho más estricta y limitada; sin que esto excluya un cierto grado de complejidad, al que nos referiremos más adelante.
- 2) *Ta'will*: Esta interpretación se refiere a un análisis espiritual; es mucho menos aceptado y genera más polémica por el aspecto hermenéutico que conlleva y el grado de subjetividad al que puede estar sujeto⁸⁵

En realidad, la estructura y naturaleza del Corán permiten una interpretación hermenéutica; pues al estar integrado casi exclusivamente por principios; estos deben ser interpretados desde el ámbito espiritual. La interpretación del Corán se limita sobre todo a aquellos preceptos considerados como *zanni*; es decir, especulativos, es precisamente sobre estos preceptos sobre los que los ulemas han discutido a lo largo del desarrollo de la jurisprudencia islámica.

*"The Qu'ran was the first source of law and its passages were accepted unanimously as being authentic. However, there were some differences of opinion in interpretation of some of its passages"*⁸⁶

A continuación trataremos aquellos aspectos de la interpretación coránica que son objeto de controversia o desacuerdo (*ikhtilaf*):

- CAUSAS DE CONTROVERSIA EN LA INTERPRETACIÓN CORÁNICA:

- 1) El significado de las palabras: Este tipo de controversia, puede parecer de fácil resolución a primera vista; sin embargo en muchas ocasiones el significado de la palabra puede determinar si la categoría legal de la prescripción coránica. Uno de los ejemplos más evidentes al respecto es la siguiente azora coránica:

2:228: Las divorciadas deberán esperar tres menstruaciones para estar en disposición de volverse a casar y no es lícito que oculten lo que Allah haya creado en sus vientres si creen en Allah y en el Último día.

El problema de esta azora (el cual no se aprecia en la traducción) es el significado de la palabra *quroo'* que es bajo la cual se designa al periodo de tres menstruaciones al que se refiere el Corán; la palabra *quroo'* puede tener dos significados: puede equivaler a tres menstruaciones (lo que

⁸⁵ MARTIN, Javier. "El Corán. Palabra de Dios" en El Islam: los misterios de una religión. Revista Muy Interesante. Año XXVII No. 62. México D.F. Pág. 31

⁸⁶ "El Corán fue la primer fuente del derecho y sus modelos fueron aceptados unánimemente como auténticos. Sin embargo, hay algunas diferencias de interpretación en algunos de sus pasajes" (traducción de la autora) BILAL PHILIPS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 82

equivaldría a tres meses) o bien a tres periodos completos (lo que equivaldría a cuatro menstruaciones). Como he mencionado anteriormente, en la traducción no se aprecia este problema pues no se utiliza como tal el término *quuroo'*, pero en árabe, que es el idioma de la revelación si se presenta este problema.⁸⁷

2) Términos vagos: Para ejemplificar este tipo de controversia utilizaremos las azoras coránicas: 4:43:

4:43: ¡Vosotros que creéis! No os acerquéis al salat ebrios, hasta que no sepáis lo que decís; ni impuros –salvo que estéis de paso- Y si estáis enfermos o de viaje o viene alguno de vosotros de hacer sus necesidades o habéis tenido relación con las mujeres y no encontráis agua, procuraos tierra limpia y pasáosla por la cara y las manos”

En árabe, la palabra para referirse al hecho de haber tenido relación con las mujeres utilizada en el Corán es *Lams*; el significado de dicha palabra es: “contacto”, sin embargo es un debate saber hasta que grado el contacto con las mujeres rompe el estado de pureza: en el lado más extremo están aquellos que establecen que el menor contacto físico y en el caso más flexible se encuentran aquellos que establecen que únicamente el contacto sexual rompe el estado de pureza. El problema en este caso, es que el término es vago y el ámbito que abarca es difícil de establecer.

3) Modalidades temporales en las palabras: Para ejemplificar este problema, utilizaremos la azora: 2:187:

2:187: [...] Y comed y bebed hasta que, del hilo negro (de la noche) distingáis con claridad el hilo blanco de la aurora, luego completad el ayuno hasta la noche

En árabe, se utiliza la palabra *ela* para la traducción “hasta que”; sin embargo resulta impreciso establecer el campo de acción que implica la palabra *ela*; es decir en el caso anterior, la azora se refiere a la manera de romper el ayuno; el cual se debe romper únicamente durante la noche, y al amanecer se debe restablecer; el problema es determinar si se incluye el momento específico en que amanece para continuar rompiendo el ayuno o bien; no incluye el amanecer.⁸⁸

Si bien, en un primer momento, las controversias citadas parecen de importancia mínima; en el Islam, y especialmente en lo que al culto correcto se refiere, revisten una importancia superior; pues el no acatar de manera correcta alguno de los ritos establecidos; tales como el ayuno o la oración ritual, implican la invalidez de estos actos.

⁸⁷ HASHIM KAMALI, Mohammed. Op. Cit. Pág. 124

⁸⁸ BILAL PHILIPS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 125

Otro de los aspectos de primer orden para el estudio del Corán como fuente del derecho, reside en la abrogación de azoras coránicas; situación que va ligada íntimamente a la jerarquía jurídica del Corán respecto a las demás fuentes del derecho:

“Primacy of place within the hierarchy of all these sources is given to the Quran, followed by the Sunna, which though second in order of importance, provided the greatest bulk of material from which the law was derived. The third is the consensus, a sanctioning instrument”⁸⁹

La cita anterior, nos permite ver claramente la jerarquía de las fuentes del derecho musulmán; en primer lugar se ubica el Corán por su carácter sagrado, ahora, si bien la *Sunna* se ubica como la segunda fuente principal del derecho también por considerarse “revelada” es importante notar que bajo la teoría de *Shafi’i* y durante la época abasí el Corán y la Sunna llegan a estar en un mismo nivel jerárquico; pues como se ha mencionado ya, el Corán es únicamente un conjunto de principios; la Sunna (dichos y hechos del Profeta) viene a fungir un papel interpretativo y complementario del Corán. La misma interpretación del Corán bajo la teoría clásica debe ser realizada a la luz de la Sunna; sin embargo al mismo tiempo, la teoría clásica establece como principio:

“SOLO EL CORÁN PUEDE ABROGAR AL CORÁN Y SOLO LA SUNNA ABROGÁ A LA SUNNA”

Noel Coulson nos explica el establecimiento de este principio de la siguiente manera:

“Esta última no puede abrogar al Corán porque su función es la de interpretarlo, no la de contradecirlo. Igualmente, el Corán no puede abrogar a la sunna porque reconocer esta posibilidad sería anular el papel explicativo de la sunna”⁹⁰

Así, aunque de alguna manera el Corán y la *Sunna* se igualan en jerarquía, al final cada una reviste una autoridad particular y una cierta independencia; más adelante hablaremos de la *Sunna* como fuente del derecho; con lo que respecta a la abrogación del Corán por el Corán, nos encontramos lo siguiente.

Es posible encontrar en el Corán versos que difieren en cuanto al mandato establecido; por lo anterior para el establecimiento de la teoría de la abrogación en el Corán, algunos teólogos toman en cuenta

⁸⁹ “Dentro de la jerarquía de las fuentes, el Corán tiene una primacía, seguida de la Sunna, que aunque es la segunda en importancia, provee el mayor número de material del cual se deriva la ley. La tercera fuente es el consenso, un instrumento sancionador” (traducción de la autora). HALLAQ B.Wael. Op. Cit. Pág. 1

⁹⁰ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 65

el contexto de la revelación (por ejemplo la diferenciación entre las azoras reveladas en La Meca y las reveladas en Medina); en este aspecto el criterio a seguir es el siguiente:

“A later verse replaces an earlier if they are contradictory”⁹¹

De esta manera; el principal criterio de abrogación en el Corán, es el temporal.

Si bien, el criterio de abrogación es la temporalidad de las revelaciones de las azoras; existen diversos métodos establecidos por la teoría clásica; los cuales describimos a continuación:

.- METODOS DE ABROGACIÓN EN LA TEORÍA CLÁSICA:

- 1) Reemplazar la norma pero no el texto: Se puede presentar el caso de que un verso revelado con posterioridad abrogue uno preexistente y sin embargo ambos textos permanezcan formando parte del Corán, ésta es una de las razones por las que es de suma importancia que un ulema conozca la teoría de la abrogación así como aquellos textos que han sido abrogados.
- 2) Se reemplaza tanto la norma como el texto: Es decir, el texto y la norma desaparecen del Corán; al respecto hay un bien conocido *hadith* que narra la anécdota vivida por la ex esposa del Profeta; *A'isha*, quien descubrió en una ocasión que una cabra se había comido un papiro en el que estaba escrito un verso del Corán (previa recopilación y codificación del mismo); éste hecho fue tomado como una señal divina de que dicho verso debía ser abrogado.⁹²
- 3) Se reemplaza el texto pero no la norma: En este caso se encuentran algunas disposiciones que se encuentran en la Sunna y no en el Corán ya que de alguna manera desaparecieron del Corán. Se puede tomar como una justificación para dejar vigentes normas de la Sunna sin necesidad de referirse directamente al Corán.

Hemos visto así, algunos de los aspectos más relevantes del Corán como fuente jurídica; a continuación analizaremos la segunda fuente revelada: La Sunna, así como su interacción con las demás fuentes del derecho.

2.1.2. LA SUNNA

La segunda fuente del derecho musulmán más importante, que además tiene la característica de ser una fuente “revelada” es la *Sunna*, o bien, las recopilaciones de dichos y hechos del Profeta Muhammad.

⁹¹ “Un verso posterior, reemplaza uno anterior si son contradictorios” (traducción de la autora). VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. 47

⁹² IDEM.

El término Sunna ya existía y era utilizado en la Arabia pre-islámica y significa:

“setting or fashioning a mode of conduct as an example for others to follow”⁹³

Como se ha mencionado anteriormente, en la Arabia pre-islámica existían determinados valores que eran respetados por todos; tales como: la honorabilidad, el valor, la sabiduría, etc.; por lo tanto cada tribu establecía a su vez sus modelos de conducta, muchas veces representados por el líder de la tribu o algún miembro catalogado de extrema valía; este modelo de conducta digno de reproducirse era lo que se conocía como *Sunna*. Por otro lado, la palabra *Sunna* también puede significar la costumbre o el modo de hacer las cosas en un lugar específico; tal era el caso de los precedentes que los arbitrajes iban estableciendo.⁹⁴

Durante la época pre-islámica, e incluso durante la vida del Profeta; tomaremos el concepto de sunna como sinónimo de los usos locales y las costumbres de una determinada ciudad o región; ahora; recordemos que la mayor parte de la actividad profética y operativa de Muhammad se desarrolló en Medina; esto ocasiono que con el paso del tiempo, la costumbre que imperaba en Medina se fue configurando como la “Sunna del Profeta”; término que a lo largo del tiempo tiene connotaciones jurídicas:

“Así pues, aquí esta tradición no se entiende ya en sentido primariamente teológico y político sino jurídico”⁹⁵

Este proceso bajo el que la Sunna del Profeta se configura como fuente del derecho, se acentúa sobre todo tras la muerte del Profeta y de manera más significativa con la muerte también de los Compañeros del Profeta y posterior al reinado de los cuatro “califas bien guiados”; sin embargo trataremos este punto más adelante.

Para entender lo que es la Sunna nos remontaremos a sus orígenes, los cuales se encuentran probablemente en Irak y Siria, para quienes el término ‘*amal*’ quería decir “práctica”.

“Sunna in its Islamic context originally had a political rather than a legal connotation; it referred to the policy and administration of the caliph”⁹⁶

⁹³ “Establecer un modelo de conducta como un ejemplo a seguir para otros” (traducción de la autora) HALLAQ B. Wael. Op. Cit. Pág. 10

⁹⁴ VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. 21

⁹⁵ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 245

Como se ha hecho manifiesto en la primera parte de la investigación; durante los primeros años de vida del Islam; éste respeto la práctica local, así como la estructura administrativa de los territorios conquistados; por lo que conforme el Imperio se fue agrandando, fue creciendo también la diversidad de prácticas políticas y administrativas; si bien, no fue un aspecto estrictamente jurídico; con el paso del tiempo ésta diversidad política generó a su vez una diversidad y descentralización en la administración de justicia, por lo que fue cuando surgió la necesidad de establecer una fuente uniforme; más adelante veremos el surgimiento de toda una ciencia dedicada a ésta fuente del derecho, pero ahora veremos como es que se estableció la Sunna del Profeta como “fuente revelada”, su legitimación y razón de ser.

.- LA SUNNA PROFÉTICA:

La importancia de Muhammad como modelo de conducta de todos los musulmanes; resulta en un primer momento evidente; cabe recordar que las facetas desarrolladas por Muhammad abarcan los siguientes campos de acción:

- 1) Mensajero de Dios (lo que lo envuelve de un carácter divino)
- 2) Jurisconsulto (pues es la principal autoridad en cuanto a preceptos jurídicos se refiere)
- 3) Juez (tanto de manera arbitral como autoridad máxima)
- 4) Jefe de Estado de la primera Umma.

Por lo anterior, Muhammad llegó a abarcar dentro de sus decisiones ámbitos muy diversos de la vida social; desde las maneras correctas de llevar a cabo los ritos religiosos, hasta los principios bajo los que se identifica el buen gobierno; sin embargo como nos menciona Wael B. Hallaq, es importante fijar los campos de competencia en los que cada opinión o hecho del Profeta repercute:

“Now, the legal effect of any particular report depends on the manner in which it came into being, namely, as a legal opinion, as a judicial decision or as a political act”⁹⁷

En la situación anterior, podemos darnos cuenta de la importancia de la Sunna del Profeta como fuente jurídica, así como de la complejidad que conlleva su estudio; es necesario un fuerte esfuerzo

⁹⁶ “La Sunna en su contexto islámico original, tenía una connotación política más que legal; se refería a la política y a la administración aplicada por el califa”(traducción de la autora) SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 17

⁹⁷ “Ahora, el efecto legal de cada reporte depende de la manera en que éste nació, es decir, como opinión legal (jurídica), como decisión judicial o bien como un acto político” (traducción de la autora). HALLAQ B.Wael. Op. Cit. Pág. 150

interpretativo para determinar el significado de cada reporte (*o hadith*) así como su campo de acción y alcances de aplicación.

Ahora; si bien, hemos dejado claro que el término *Sunna* ya era utilizado en la Arabia pre-islámica; de ahora en adelante, entenderemos como *Sunna* a aquellos dichos, y hechos del Profeta Muhammad; así como los dichos y hechos de otros, realizados en presencia de él, los cuales tácita o expresamente fueron aprobados por el mismo Profeta.⁹⁸

La autoridad del Profeta para tomarse como modelo de conducta, así como para establecer los parámetros de conducta aceptados, provienen de la consideración de que su misma conducta es una inspiración divina; dogma que se encuentra establecido en el Corán, como podemos ver en los siguientes versículos:

53:2-4: "Que vuestro Compañero no esta extraviado ni en un error. Ni habla movido por el deseo. No es sino una revelación inspirada"

59:7: "Y lo que os da el Mensajero tomadlo, pero lo que os prohíba, dejadlo."

Los dos anteriores azoras coránicas otorgan la legitimidad necesaria a la *Sunna* del Profeta como fuente del derecho, cabe recordar además que todas las fuentes deben estar referidas en última instancia al Corán; y si bien, la *Sunna* goza de una legitimidad divina, esto es así porque así la establece el mismo Corán.

El Profeta se convierte así en legislador e intérprete, por lo que los dichos y hechos de éste, se vuelven casi intocables, esto conlleva ya en la época de la teoría clásica al abandono de la *Sunna* local y el reemplazamiento por la *Sunna* universal e inspirada del Profeta.

Los dichos y hechos del Profeta y de otros aprobados por él son conocidos como *Hadiths*; más adelante, observaremos como bajo el imperio Omeya y posteriormente bajo el Abasí, se desarrolla toda una "ciencia del hadith" para resolver los problemas que el establecimiento de esta fuente del derecho conlleva. Ahora, el responsable en mayor medida de establecer la *Sunna* del Profeta como fuente del derecho es *Muhammad Ibn-Idris al-Shafi'i*; en parte por el énfasis que pone él mismo en no alejarse de las fuentes reveladas; de esta manera la teoría clásica encuentra en la *Sunna* el principal cuerpo legal al que referirse en caso de lagunas o confusión; la *Sunna* se vuelve no solo una descripción del Corán sino una referencia jurídica en si misma.

⁹⁸ BILAL PHILIPS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 45

“En particular, la repetida orden de ‘Obedecer a Dios y a su Profeta’ establecía los precedentes de Mahoma como una fuente de ley subordinada solo a la palabra de Dios mismo[.] por lo tanto el mandato de seguir el libro y la sabiduría se refiere en última instancia a las acciones de Mahoma”⁹⁹

Es importante, antes de entrar de lleno al análisis del surgimiento y desarrollo de la ciencia del hadith; diferenciar claramente un hadith de la *Sunna*.

El *Hadith* es la expresión verbal u acción realizada por el Profeta; mientras que la *Sunna* es el conjunto de *Hadiths* recopilados; cada *Hadith* surge como resultado de una cuestión puesta a juicio al Profeta; en ocasiones éstas siguen una estructura de pregunta-respuesta; en otras se narran como anécdotas o bien como indicaciones imperativas claras.

A continuación se presentan algunos *hadiths* para que sirvan de ejemplo en la estructura de los mismos:

Hadith: 1:2. Narrated A'isha:

Al-Harib bin Hisam asked Allah's Apostle "O Allah's Apostle! How is the Divine Inspiration revealed to you?" Allah's Apostle replied, "Sometimes it is (revealed) like the ringing of a bell, this form of Inspiration is the hardest of all and then this state passes ' off after I have grasped what is inspired. Sometimes the Angel comes in the form of a man and talks to me and I grasp whatever he says." 'Aisha added: Verily I saw the Prophet being inspired Divinely on a very cold day and noticed the Sweat dropping from his forehead (as the Inspiration was over).¹⁰⁰

El *Hadith* anterior, es un ejemplo de la resolución por parte del Profeta de una interrogante de un musulmán; sin embargo también se pueden presentar *Hadiths* en los que el Profeta establece acciones o preceptos de manera imperativa:

Hadith 1:7

Narrated Ibn 'Umar:

Allah's Apostle said: Islam is based on (the following) five (principles):

⁹⁹ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 65

¹⁰⁰ “Hadit: 1:2. Narrado por A’isha: Al-Harib bin Hisam le preguntó al Mensajero de Allah. “O Mensajero de Allah, ¿Cómo te es revelada la inspiración divina? El Mensajero contesto, ‘A veces me es revelada como el tintineo de una campana, esta forma de inspiración es la más difícil de todas; este estado pasa una vez que he comprendido la revelación. A veces el ángel viene bajo la forma de un hombre, me habla y yo entiendo cualquier cosa que me dice”. A’isha agrega: Vi al Profeta recibiendo la inspiración divina en un día frío y note el sudor cayendo de su frente (una vez que le revelación había terminado)” (traducción de la autora) ANONIMO. “Hadith of Bukhari” Vol. I, II, III IV, Forgotten Books. EUA. 2008, Pág. 19

1. *To testify that none has the right to be worshipped but Allah and Muhammad is Allah's Apostle.*
2. *To offer the (compulsory congregational) prayers dutifully and perfectly.*
3. *To pay Zakat (i.e. obligatory charity).*
4. *To perform Hajj. (i.e. Pilgrimage to Mecca)*
5. *To observe fast during the month of Ramadan.*¹⁰¹

Esta es a grandes rasgos la estructura de un *Hadith*; como podemos observar en primer lugar se establece aquella persona que narra el *Hadith*, en ocasiones existe más de un narrador o bien, ha sido un hadith que ha pasado de generación en generación; en este caso se establece la cadena de transmisores, también llamada *isnad*, de la que hablaremos más adelante.

Podemos clasificar a los hadiths en tres tipos de prescripciones:

- 1) Hadiths que reiteran o corroboran una regla originada en el Corán (como el *Hadith* anterior de los cinco pilares del Islam)
- 2) Hadiths que clarifican una norma coránica
- 3) El aspecto más independiente de la *Sunna* lo encontramos cuando existen hadiths que no se encuentran en la norma coránica.¹⁰²

Ahora, pasaremos al estudio de lo que es conocido como *“la ciencia del Hadith”*; no sin antes hacer referencia a que diversas escuelas jurídicas del Islam, consideran además de la *Sunna* del Profeta como fuente del derecho, a la *Sunna* de los compañeros del Profeta; sin embargo en la teoría clásica ésta no tiene validez.

. - LA CIENCIA DEL HADITH.

Es durante la época posterior a la muerte del Profeta y de sus Compañeros, cuando el verdadero desarrollo de la jurisprudencia musulmana se hace patente; especialmente durante el Siglo VIII d. C; que representa el segundo siglo musulmán; esto se debe a distintos motivos; por un lado el auge de las escuelas jurídicas, las cuales comienzan a florecer durante la época Omeya; hay que recordar que los Omeyas no se encuentran relacionados de manera estrecha con la religión y que su administración se caracteriza por un considerable grado de secularización.

¹⁰¹ “Hadit 1:7. Narrado por Ibn ‘Umar: El Mensajero de Dios dijo: El Islam esta basado en los siguientes cinco principios: 1) Testificar que a nadie se debe adorar más que a Allah y que Muhammad es su Profeta. 2) Realizar las oraciones de la manera correcta y perfectamente. 3) Pagar el Zakat. 4) Realizar el Hajj. 5) Realizar el ayuno durante el Ramadán.(traducción de la autora)IDEM

¹⁰² HASHIM KAMALI, Mohammad. Op. Cit. Pág. 24-25

“Since the state had unofficially stopped relying on the Sunnah of the Prophet, scholars in their various capacities had to go in search of individual narrations of the Sunna handed down by the Sahabah and their students, in order to make their legal judgment”¹⁰³

Es de ésta manera, con la búsqueda por parte de los juristas de *hadiths* con que inicia la ciencia del *hadith*; la cual en un inicio tuvo que pasar por un complicado y extenuante proceso de compilación.

Los *hadiths* al igual que el Corán en un inicio, se transmitían de manera oral, de generación en generación, es lógico pensar también que si éste proceso de compilación no se hubiera realizado en los primeros siglos de vida islámica, habría resultado imposible; ahora, como la transmisión se establece de manera oral es importante para efectos de credibilidad del *hadith*, conservar y transmitir igualmente la cadena de transmisores o *isnad*; de esta manera, aquellos *hadiths* que se obtienen directamente de los Compañeros del Profeta o que no han pasado por más transmisores se consideran como principales en cuanto fuente primaria, y aquellos que tienen cadenas de transmisión más largas, se consideran “posteriores”.

“Los estudiosos del hadith asumen una doble tarea: en primer lugar y a la vista de la enorme cantidad de dichos y tradiciones que circulan, examinar el texto auténtico, por lo que hace a su contenido de verdad y establecer una detallada clasificación; en segundo lugar, someter a prueba la cadena de garantes”¹⁰⁴

Poco a poco se fueron desarrollando expertos en compilación de *hadiths*, los cuales seguían una metodología que también con el paso del tiempo logro configurarse:

“Una vez realizado el proceso, se procedía a calificar la tradición entre las tres categorías posibles: tradiciones genuinas o auténticas, tradiciones bellas (aunque no del todo fiables- y las tradiciones débiles objeto de grandes dudas”¹⁰⁵

El establecimiento de categorías para los *hadiths*, resulta también un aspecto de primer orden para el estudio de la *Sunna* como fuente del derecho, pues incluso dependiendo de la escuela jurídica bajo la cual se presente un determinado caso, se puede presentar que si se trata de un *hadith* considerado “débil” sea o no tomado en cuenta como prueba.

¹⁰³ “Ya que el Estado extraoficialmente deja de apearse a la Sunnah del Profeta, los juristas tuvieron que ir en busca de narraciones individuales de la Sunna, realizadas por los Maestros (Sahabah) y sus estudiantes, en orden de poder realizar sus juicios legales” (traducción de la autora) BILAL PHILIPS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 66

¹⁰⁴ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 300

¹⁰⁵ PLATA-PUYANA, Fernando. Op. Cit. Pág. 178

Durante la época abasí el proceso de compilación llega a su culminación y se realizan grandes compilaciones de hadiths, las cuales a lo largo del tiempo gozan de cierta credibilidad; tales como las de *Bukhari* e incluso la de uno de los fundadores de las principales escuelas jurídicas *Malik Ibn-Anas*.

Ahora, vamos a hablar sobre uno de los aspectos que más se ha prestado a discusión y que resulta de suma importancia para la validez de la *Sunna* como fuente del derecho: las *isnad*.

.- LAS CADENAS DE TRANSMISORES O ISNAD.

Como hemos visto; en la estructura del *Hadith*, el primer elemento que surge a la vista es el transmisor o bien, cadena de transmisores, a las cadenas de transmisores de un *hadith*, la vamos a conocer como *isnad*. Las *isnad* de un *Hadith* resultan importantes, pues determinan la credibilidad de el mismo y le otorgan fuerza o debilidad.

En el caso de *Hadiths* narrados por más de un transmisor, el primer aspecto a tomar en cuenta, es la veracidad del *Hadith*; que tanto varía una narración de otra, etc.; para la determinación de la validez de un *Hadith* en éste caso, regía el criterio de validez para la evidencia ofrecida en los tribunales:

“Porque para que el testimonio de un testigo fuera aceptable, éste debía poseer la cualidad de integridad moral y la doctrina jurídica había manifestado ya un progresivo sentido del rigor en este sentido”¹⁰⁶

La integridad moral de un informador o transmisor no se cuestionaba hasta que se demostrará lo contrario; en el caso de *Hadiths* con amplias cadenas de transmisores, éste aspecto resultaba en extremo complejo y difícil de llevar a cabo, por lo que los mismos *ulemas* tuvieron que establecer un criterio en el que se aceptara un cierto grado en el *isnad* para llegar a hacer de un *hadith* aceptable.

“The great majority of jurists maintain that a Prophetic report relayed through fewer than five channels of transmission cannot be considered recurrent since the acceptance of such a report necessarily involves reflection”¹⁰⁷

De esta manera, aunque si bien se aceptan reportes solitarios (es decir transmitido por una sola persona, o menos de cinco transmisores) hay escuelas, como la *Hanaffí* que aún los considera como

¹⁰⁶ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 72

¹⁰⁷“ La Mayoría de los juristas establecen que un reporte del Profeta sostenido por menos de cinco canales de transmisión no puede ser considerado como obligatorio, pues la aceptación de dicho reporte ya incluye un grado de reflexión (incertidumbre)”(traducción de la autora) HALLAQ B. Wael. Op. Cit. Pág. 61

fuente válida; así, podemos clasificar a los *hadiths* de acuerdo al número de integrantes de la *isnad* empezando por la categoría más débil hasta la más fuerte o vinculante:

- 1) *Jaba al-wahid*: Relato transmitido por un solo individuo
- 2) *Mashur*: Tradición “bien conocida”
- 3) *Mutawatir*: Relato “ampliamente transmitido”

El caso del *Mashur* se refiere precisamente a las *isnad* con un número de transmisores oscilante entre los cinco autorizados, y el *Mutawatir* se refiere a aquellas *isnad* que integran tantos transmisores de cada generación lo suficientemente grandes para disipar cualquier sospecha de manipulación o complicidad.¹⁰⁸

Como se menciona al principio del tratamiento de las *isnad*, para que un transmisor sea considerado como moralmente íntegro, se deben considerar algunos requisitos específicos:

- 1) Que sea justo, es decir que no haya cometido pecados graves.
- 2) Que se le considere incapaz de mentir.
- 3) Que conozca sobre la materia que esta transmitiendo
- 4) Que forme parte de la comunidad *Sunni*¹⁰⁹

El asunto de las *isnad*, es uno de los mayores problemas en la jurisprudencia musulmana y ha sido objeto de grandes controversias; tanto entre escuelas jurídicas musulmanas, como entre estudiosos occidentales.

En el caso de las escuelas jurídicas musulmanas; hay que mencionar que tres de las principales escuelas: *La Hanafí, Malikí y Shafí'i* fueron establecidas antes de que existieran compilaciones oficiales de *hadiths*; por lo que resulta difícil establecer una postura al respecto; sin embargo la mayoría de las escuelas, en especial aquellas de corte tradicionalista como la *Malikí, Shafí'i* y sobre todo la *Hanbalí* prefieren aceptar como fuente un *hadith* débil al uso de metodologías humanas. La escuela *Hanafí* por su parte establece que para la aceptación de un *hadith* éste debe pertenecer a la categoría *Mashur* (bien conocida); la escuela *Malikí* establece que un *Hadith* no debe contradecir la costumbre de Medina, etc.

Para la resolución de los conflictos por la aceptación de *hadiths*, las escuelas asumieron la doctrina del *Tarjeeh*

¹⁰⁸ HASHIM KAMALI, Mohammad. Op. Cit. Pág. 72-73

¹⁰⁹ HALLAQ B. Wael. Op. Cit. Pág. 66

“Which meant giving preference to some hadiths while rejecting others on the same topic”¹¹⁰

Este procedimiento no está exento por su puesto, de un amplio margen de subjetividad empleado por cada escuela y por cada maestro fundador; sin embargo en realidad la mayor parte de la controversia se presenta en lo que a los *hadiths* débiles respecta y no a aquellos que son bien conocidos.

En el desarrollo de la ciencia del *hadith*, podemos encontrar muchos criterios de clasificación de los mismos; desde clasificaciones que evalúan la confiabilidad del *hadith* (de acuerdo a cuantas personas lo han oído o lo siguen); criterios cuya evaluación se basa entre aquellos *hadiths* transmitidos palabra por palabra y aquellos de los que únicamente se transmitió el significado; clasificaciones de acuerdo a la manera en que fueron transmitidos (si existen lagunas en la *isnad* o no), etc.,¹¹¹

Ahora, la postura que debemos tomar en cuanto a la validez o no de los *hadiths* y de la *Sunna* en su conjunto, resulta nuevamente una polémica, Joseph Schacht por ejemplo resulta sumamente escéptico sobre la aceptación de los *hadiths* como fuente jurídica, por considerar las *isnad* como elementos subjetivos y sumamente inciertos; John Hursh comparte dicho escepticismo aunque también se vale de la existencia y el proceso de compilación de los *hadiths* como sustento de su teoría acerca de la influencia de la cultura en el derecho islámico; y finalmente Wael B. Hallaq asume una postura intermedia sujeta al estudio a-posteriori de los *hadiths* y la ciencia del *hadith* en general.

Si bien, nosotros no asumiremos en éste momento una postura respecto a la credibilidad o no de los *hadiths* y la *Sunna* en su conjunto; en este momento debemos establecerla como una fuente del derecho bien establecida y fundamentada en el Corán; y la cual ha tenido que pasar (al igual que el mismo Corán) por un proceso de sistematización y racionalización que ha llevado siglos; hemos concluido así el estudio de las dos principales fuentes del derecho, por su carácter “revelado” y “divino”, en el siguiente apartado estudiaremos las dos fuentes derivadas del uso del razonamiento humano o *Ijtihad*; no sin antes recordar el motivo por el que ambas fuentes gozan de una legitimidad “divina”

“Legal theory departs from the point where theology leaves off, assuming the truth of the theology’s postulates. Such postulates are truth and authoritativeness of the Quran and the Sunna as the foundations of the law”¹¹²

¹¹⁰ “Que significa darle preferencia a algunos *hadiths* mientras se rechazan otros que tratan el mismo tema” (traducción de la autora) BILAL PHILIPS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 72

¹¹¹ Para una mayor explicación de clasificaciones de *hadiths* consultar VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. 40-45

¹¹² “La teoría jurídica comienza en donde la teología termina; asumiendo como verdaderos los postulados teológicos. Dichos postulados se consideran verdaderos y otorgan autoridad al Corán y a la *Sunna* como fundamentos de la ley” (traducción de la autora) HALLAQ B. Wael. Op. Cit. Pág. 59

2.2. FUENTES SECUNDARIAS.

Una vez que hemos analizado las fuentes primarias o “reveladas” del derecho musulmán; pasaremos al estudio de las fuentes secundarias, acomodadas así de acuerdo a la teoría clásica elaborada por el jurista y maestro fundador de la escuela *Shafi'i*, *Muhamad Ibn-Idris al-Shafi'i*.

Las fuentes secundarias son dos principalmente: el *Ijma* y el *Qiyas*; a reserva de que cada escuela reconoce algunas fuentes extras, que analizaremos brevemente aunque no tengan un lugar específico en la teoría clásica. Se les llama fuentes secundarias porque su principal referencia y operatividad no se encuentra directamente en las fuentes reveladas; si bien obtienen de esta una cierta fundamentación; en realidad se encuentran establecidas en base al uso del razonamiento humano o *Ijtihad*; si bien es un punto que tocaremos en el tercer capítulo, nos referiremos ahora rápidamente al concepto de *Ijtihad*:

“The process of arriving at reasoned decisions to suit new circumstances and the decisions themselves are referred to as Ijtihad”¹¹³

La *Ijtihad* ha sufrido diversos cambios a lo largo de la formación y el desarrollo de la jurisprudencia islámica; dichos cambios los abordaremos en el siguiente capítulo, por ahora, basta mencionar que las fuentes del derecho consideradas como “secundarias” son fruto de la aplicación del razonamiento humano a las fuentes reveladas, para lograr así, hacer frente a nuevas circunstancias. Este tipo de fuentes resulto necesaria sobre todo cuando ya no se contaba con la presencia del Profeta o sus Compañeros y las condiciones de vida comenzaron a ser tan cambiantes que fue casi imposible encontrar referencias a la resolución de nuevos casos ahora presentados.

La primera de estas fuentes que estudiaremos será, el *Ijma* (o consenso)

2.2.1. EL IJMA

El *Ijma* es la tercera fuente del derecho musulmán, podríamos traducirla como “consenso”; es un concepto algo complejo debido a la características de éste cuando funciona como fuente del derecho; sin embargo, mas allá de su papel de fuente jurídica, el *Ijma* cumple un papel importante en la legitimación de todo el sistema jurídico e incluso de los dogmas de fe:

¹¹³ “El proceso de llegar a una decisión razonable para hacer frente a nuevas circunstancias y a la decisión en sí se les conoce como Ijtihad” (traducción de la autora) BILAL PHILIPS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 54

“Ijma es también el término usado para denotar la aceptación universal, por parte de todos los musulmanes de los dogmas fundamentales de la fe, como la creencia en la misión de Mahoma y la naturaleza divina del Corán”¹¹⁴

Más adelante analizaremos la importancia del Ijma como principio legitimizador dentro del Islam; de igual manera el *Ijma* cumple el papel de validar todos aquellos preceptos resultado del ejercicio de la *Ijtihad* por parte de los juristas.

El concepto de *Ijma*, al igual que el de *Sunna* era ya conocido en la Arabia pre-islámica; y se refería a la aceptación general de determinados principios al interior de una determinada tribu; cuando el sistema islámico se hubo consolidado, durante la época de los primeros califas, se tiene de antecedente las pláticas en las mezquitas para discutir temas de interés general:

“Whenever a particular question came up, the matter would be discussed openly in the mosque in the presence of the khalifah and some of those individuals would present their views, guided all the time by the Companions who had memorized the Qur’an. The matter would then be subjected to the khalifah-himself a mujtahid trained by the Prophet-who, as the executive authority, would choose the ruling he thought most appropriate for implementation, taking into consideration the time-space factor”¹¹⁵

Cabe mencionar, que durante la época de los califas “bien guiados”, esta discusión abierta, y la fácil toma de decisiones, era posible pues los mismos califas habían sido demasiado cercanos al Profeta y habían aprendido de él un cierto grado de labor interpretativa y jurisdiccional; es precisamente bajo el gobierno de los primeros califas en Medina cuando se sientan las bases del *Fiqh*. Este proceso de consolidación de la *Ijtihad* sufre una breve suspensión durante la dinastía Omeya, en la que, si bien se amplía el aparato jurisdiccional y crece el número de funcionarios al servicio de la impartición de justicia; se abandonan principios tan importante como el *Ijma* y la *Sura* (o consulta ciudadana).

Es bajo el auge de las escuelas jurídicas islámicas (o *madhab*) bajo las que florece también el principio del *Ijma* y también el *Qiyas*; es cuando el ejercicio de la *Ijtihad* se encuentra en plenitud, buscando dar respuesta a las nuevas condiciones de vida en ausencia del Profeta.

¹¹⁴ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 87

¹¹⁵ “Cuando surgía una pregunta en particular, al asunto se discutía abiertamente en la mezquita en la presencia del califa; algunas de las personas presentaban sus puntos de vista, guiados siempre por uno de los Compañeros que además sabían de memoria el Corán. El tema se ponía a consideración del califa mismo –quien era un jurista entrenado por el Profeta mismo- quien como la autoridad ejecutiva, escogía la norma que le parecía más adecuada para resolver la situación, tomando en cuenta el factor tiempo-espacio” (traducción de la autora) AL-ALWANI, Taha Jabir. “Ijtihad”. International Institute of Islamic thought. 1ª ed. Hendon, USA. 1993. Pág. 8

“Con la creación de esta nueva fuente del derecho Islámico, durante la Antigüedad alcanzó su mayor punto de flexibilidad y elasticidad, ésta se convirtió en el medio de aportación al Islam de conceptos nuevos y de ajustamiento de los conceptos viejos, adaptabilidad absolutamente necesaria para poder administrar justicia en todo su territorio, y especialmente en los territorios donde los árabes eran superados en cultura”¹¹⁶

Es importante mencionar, que si bien el Ijma es una de las fuentes que aportan mayor flexibilidad y cierta dosis de “realidad” al sistema islámico; esta también debe estar sustentada en alguna de las dos fuentes principales; tenemos como sustento del Ijma la siguiente azora coránica:

4:115: “Y quien se oponga al Mensajero después de haberle sido aclarada la guía y siga otro camino que el de los creyentes, le dejaremos con lo que ha elegido y lo arrojaremos al Yahannam. ¡Que mal fin!”

Por otro lado se cuenta también con un famoso hadith en el que el Profeta Muhammad establece que “Mi comunidad no puede concordar en un error”; tanto el hadith anterior como la azora forman parte del sustento jurídico principal del principio del consenso como fuente jurídica.

Ahora, el *Ijma* es un elemento que aporta flexibilidad y adaptabilidad al sistema jurídico musulmán; al mismo tiempo se convierte en la fuente legitimadora de cualquier principio adoptado por todos los creyentes y funciona como garantía de infalibilidad:

“It follows that this last, the ijma is the decisive instance; it guarantees the authenticity of the two material sources and determines their correct interpretation”¹¹⁷

Está misma característica legitimadora, encierra en sí elementos negativos; sin embargo, nos referiremos a ellos más adelante; pero ahora cabe mencionar que otra de las funciones del Ijma, más allá de ser fuente del derecho, se encuentra en el papel centralizador que juega, como ha quedado manifiesto, el sistema jurídico islámico, al no ser en sí un sistema que dependa del Estado, no encuentra tampoco una autoridad centralizadora; el *Ijma* viene a suplir esa autoridad y a cubrir su función en cierta medida.

Para que el *Ijma* existiera se debía presentar previamente el desacuerdo o *Ikthilaf*, el cual procederemos a explicar a continuación; así como la estrecha relación que tiene con el *Ijma*.

¹¹⁶ PLATA-PUYANA, Fernando. Op. Cit. Pág. 179

¹¹⁷ “Se sigue que este último, el Ijma es la instancia decisiva, garantiza la autenticidad de las dos fuentes materiales y determina su correcta interpretación” SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 114

.- IJMA E IKTHILAF:

Al desacuerdo respecto a un determinado principio jurídico (o en ocasiones teológico) se le conoce en el Islam como *Ikthilaf*; es importante reconocer esta doctrina para poder entender como surge posteriormente el *Ijma*, suena lógico si analizamos los términos: *Ikthilaf* quiere decir desacuerdo e *Ijma*, consenso; podemos entender entonces que la consecuencia del desacuerdo es el establecimiento de un punto consensuado y que para que exista consenso previamente debe existir desacuerdo.

El desacuerdo entre ulemas se puede presentar por tres motivos:

- 1) Desacuerdo en relación a la interpretación y el entendimiento de un texto relevante.
- 2) Desacuerdo en cuanto a la autenticidad o sabiduría de un hadith
- 3) Desacuerdo en la metodología.

De estos tres motivos de desacuerdo, éste se puede deber a diferentes puntos a la vez; tales como el significado de una palabra; el alcance de un término, las cadenas de transmisión de un hadith, etc. De esta manera el *Ijma* viene a unificar un determinado criterio, más adelante veremos la metodología bajo la que funciona:

“Ijma essentially embodies the collective conscience of the Muslim community, their agreement and undivided consensus over the correct interpretation of the text and propriety of ijtiḥad”¹¹⁸

El *ikthilaf* en realidad tiene dos momentos para presentarse; previamente al establecimiento del *Ijma*, pero también una vez que se ha llegado a éste; sin embargo para que el *ikthilaf* sea aceptado, debe cumplir previamente con dos requisitos:

- 1) Que la oposición se encuentre respaldada por evidencia válida.
- 2) Que los supuestos del desacuerdo no lleven a hechos imposibles o totalmente irrealistas.

El ejercicio del *Ijma* y de la *ikthilaf* en sí encierran a su vez el uso continuo de la *Ijtihad*; la cual durante la época previa al establecimiento de la teoría clásica jugó un papel de suma importancia e incluso es una de las situaciones previstas en el Corán y en algunos *hadiths* del Profeta:

¹¹⁸ “El *ijma* representa esencialmente la conciencia colectiva de la comunidad musulmana, su acuerdo y consenso indivisible sobre la correcta interpretación de un texto y la propiedad del *ijtiḥad*” (traducción de la autora) HASHIM KAMALI, Mohammed. Op. Cit. Pág. 101

Hadiths que sustentan el desacuerdo:

“El desacuerdo en mi nación es una bendición”

“Mis Maestros son como estrellas. Ustedes serán guiados por cualquiera de aquel al que sigan”

“De verdad, mis Maestros son como estrellas. Ustedes serán guiados por cualquier decisión de ellos que ustedes adopten”¹¹⁹

Sin embargo, a la vez, podemos encontrar azoras coránicas que se pronuncian en contra del desacuerdo.

8:46: *“Y obedeced a Allah y a su Mensajero y no disputéis, porque entonces os acobardaréis y perderéis vuestro ímpetu”*

30:31-32 *“No seáis de los que asocian, de esos que han creado divisiones en su Práctica de Adoración y se han fragmentado en sectas”*

Podemos llegar a la conclusión de que si bien, el desacuerdo no es algo que se encuentre prohibido, su exceso puede generar fragmentación y en ese caso se perdería la correcta práctica del Islam; por otro lado, el *ikhtilaf* genera un adecuado ejercicio del *Ijtihad*, lo cual para cualquier sistema jurídico resulta saludable y lo mantiene actualizado.

A continuación analizaremos tanto la jerarquía del *Ijma* en la teoría clásica del *usul-al-fiqh* (o las fuentes del derecho), así como su metodología e interrelación con las demás fuentes.

.- METODOLOGÍA DEL IJMA

Dentro de la teoría clásica de las fuentes del derecho; el *Ijma* ocupa el tercer lugar en cuanto a jerarquía y se encuentra íntimamente ligado con la cuarta fuente a la que ocuparemos la última parte de el presente capítulo y la cual conocemos como *Qiyas* o deducción por analogía, el cual más que una fuente se trata de una metodología; su interrelación con el *Ijma* es de suma importancia pues mediante la metodología del *Qiyas* se llega al consenso.

Por otro lado, como ha quedado manifiesto anteriormente, el *Ijma* se relaciona con el ejercicio de la *Ijtihad* de manera preponderante, pues es a final de cuentas el elemento que determina la validez o no de cualquier ejercicio realizado por un *mujtahid*.¹²⁰

¹¹⁹ Hadith of Bukhari. Op. Cit. Pág. 20

¹²⁰ Un *mujtahid* es una persona que cuenta con capacidad para realizar *Ijtihad*, puede ser un *ulema* o no necesariamente.

Es importante mencionar, que tanto el ejercicio de la *Ijtihad* como el establecimiento de un consenso, se llevan a cabo de manera privada y sin la necesidad de intervención del gobierno.

*“Two of the most important principles of Islamic law, namely personal reasoning (ijtihad) and general consensus (ijma) can be conducted, from beginning to the end, by the jurists without depending on the participation of the government in power”.*¹²¹

Esto es importante, pues nos permite tener una visión del desarrollo privado del derecho islámico; lo cual será de suma importancia para el capítulo IV de la presente investigación; dicho desarrollo además no exime una de las fuentes de mayor participación colectiva, como lo es el *Ijma*.

A continuación, analizaremos la metodología que siguen los *ulemas* y *mujtahids* para llegar a un consenso, así como el momento en que se considera que se ha llegado al establecimiento del *Ijma*.

En primer lugar, podemos diferenciar entre el consenso de la comunidad completa de musulmanes y el consenso de los juristas:

*“The consensus of the scholars is different from the consensus of all Muslims. This last, in the nature of things, covers the whole of the Islamic world but is vague and general, whereas the consensus of the scholars is geographically limited to the seat of the school in question, is concrete and detailed, but also tolerant and not exclusive...”*¹²²

Posteriormente, veremos que si bien, uno de los dos consensos es mucho más flexible encierra a su vez un proceso mucho más complejo y complicado; identificaremos a los dos tipos de consenso de la siguiente manera:

1) *Ijtihadi consensus*: Es el consenso al que llega la *Umma* en su conjunto respecto a alguna regla, el consenso de todos los musulmanes resulta en sí una prueba de que son las intenciones de *Allah* y por lo tanto es suficiente para el establecimiento de dicha regla o para la validación de un determinado supuesto.

2) *Naqli consensus*: Es el consenso al que llegan los juristas sobre un precepto desarrollado a través de la *Ijtihad*.

¹²¹ “Dos de los más importantes principios del Derecho islámico; es decir el razonamiento personal (*ijtihad*) y el consenso general (*ijma*) pueden realizarse de principio a fin por el jurista, sin depender de la participación del gobierno que detente el poder” (traducción de la autora) HASHIM KAMALI, Mohammed. Op. Cit Pág. 64

¹²² “El consenso de los juristas es diferente del consenso de todos los musulmanes. Este último, por su naturaleza, cubre todo el mundo islámico, pero es vago y general, mientras que el consenso de los juristas esta limitado geográficamente y limitado al campo de la escuela en cuestión, es concreto y detallado, y a la vez tolerante y no exclusivo...”(traducción de la autora) SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 30

De ambos tipos de consenso únicamente el *Ijtihadi* consensus resulta una prueba divina de la infalibilidad de la comunidad islámica.

Para la teoría clásica establecida por *Shafi'i* el único consenso que resulta vinculante y por lo tanto el único que él considera como fuente del derecho, es aquel al que llega la *Umma* en su conjunto, lo anterior, nos permite valorar el tipo de cuestiones sometidas a consenso, cuestiones como: la oración ritual, la verdad de los dogmas de fe, etc.,

Sin embargo, y a pesar de lo establecido por la teoría clásica, el *Ijma* sigue operando para los juristas en general; si bien, en un ámbito mucho más limitado a cada escuela jurídica. Bajo esta afirmación se presenta entonces la pregunta ¿Cuándo podemos decir que el *Ijma* ha quedado establecido?

Esta es una de las cuestiones primordiales sobre esta fuente del derecho; el establecimiento del *Ijma* ha sido uno de los motivos de mayor discusión en el mundo islámico, sobre éste existen determinadas teorías.

El método más común para determinar el momento en que se establece un “consenso” sobre algún tema en específico; sobre todo del tipo: *Naqli* consensus (aquel que se realiza entre *mujtahids*) es una vez que todos los miembros de una generación de *mujtahids* han llegado a un punto de común acuerdo sin que exista algún miembro disidente. A continuación podemos ver como para llegar a esta determinación se ha tenido que llevar a cabo un proceso previo de selección entre aquellos que integran el grupo que establecerá el *Ijma*:

“A basic issue was whether we are talking of all Muslims, lay and learned, or just those trained in the religious science, the scholars. In most cases ‘all’ would mean those who have knowledge about a matter”¹²³”

Una vez que hemos reducido el grupo a aquellos conocedores de un tema; resulta nuevamente problemático sobre todo en tiempos en que el Islam pasó de ser una religión identificada con el pueblo árabe, a una religión de carácter universal.

Ahora, como se ha mencionado anteriormente, el *Ijma* se fija por generaciones, se considera que se ha llegado a establecer un consenso de manera fija cuando toda la generación de *mujtahids* ha muerto; nuevamente surgen controversias al respecto:

¹²³ “Un tema básico es determinar si hablamos de todos los musulmanes, o solo de aquellos estudiosos de las ciencias religiosas. En la mayoría de los casos “todos” significa aquellos que tienen conocimiento sobre un tema”. (traducción de la autora) VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. 79

- 1.- ¿Es el consenso fijado por una generación vinculante para las generaciones siguientes?
- 2.- ¿Se necesita el consentimiento expreso de todos los *mujtahids* o el silencio también se puede considerar como una forma de expresión y creación de *Ijma*?
- 3.- ¿Se puede limitar el establecimiento de consenso a una región o debe cubrir todo el espectro del Islam?

En general, y diversos autores establecen al respecto, que el *Ijma* debe cubrir a toda la *Umma* musulmana, para evitar escisiones internas.

Shafi'i establece que para que el consenso resulte vinculante todos los *mujtahids* de la generación deben tener una participación abierta; y es un principio que el *Ijma* establecido no puede ser objeto de discusiones posteriores; respecto a en que momento se establece éste, la mayoría de los autores concuerdan en lo siguiente:

“Consensus, on this evidence, becomes authoritative, and thus binding, upon agreement and agreement alone” ¹²⁴

Este principio resuelve al menos en inicio la cuestión del momento en que se establece el consenso; ya sea por cuestiones de practicidad y de funcionalidad; se estableció que a pesar de que se supone que el consenso se debe dar en toda la comunidad musulmana, el *naqli consensus* es únicamente vinculante dependiendo de la escuela, cumpliendo así con la labor jurisprudencial; y por otro lado el *Ijtihadi consensus*, que implica el acuerdo de toda la comunidad musulmana, cumple el papel legitimador de todo el sistema musulmán, así como de todos los dogmas.

Ahora que hemos visto a grandes rasgos aquellos aspectos que conforman al *Ijma*, podemos finalmente analizar su función y aspectos tanto negativos como positivos.

En la parte negativa, podemos observar como la función legitimadora del *Ijma* puede llevar posteriormente a la fosilización e inmovilidad de todo el sistema jurídico:

“El ijma o consenso había establecido en teoría que el derecho de familia expuesto en los manuales jurídicos medievales, era la expresión final de la Sharia y el único con autoridad [...] los principios fundamentales (establecidos) en los textos, si bien

¹²⁴ “El consenso, sobre esta evidencia, tiene autoridad y por lo tanto se vuelve vinculante, en razón del acuerdo y nada más que el acuerdo” (traducción de la autora) IDEM

*susceptibles de ser extendidos a otros casos eran en si mismos inviolables e inalterables*¹²⁵

Es paradójico que el principal punto en contra del *Ijma* sea, ejercitado al contrario, el mayor de sus aportes; y esto es que el *Ijma* tiene grandes potenciales para ser un elemento transformador y que permita a las sociedades musulmanas una mayor apertura y flexibilidad.

Es importante recordar que si bien, es una de las fuentes del derecho islámico; no pertenece al campo de las fuentes reveladas, se trata de una metodología establecida por el hombre; y como todo hecho realizado por el hombre está sujeto al error.

*“...even if the necessary conditions are satisfied on a particular view, it cannot be exclusive or final, because such consensus depends on the context and the method of interpretation employed*¹²⁶

Independientemente de dicha característica; el *Ijma* en realidad cumple una función mucho más amplia y de suma importancia para el derecho musulmán; resulta al final el manto autoritativo del sistema en general; es el causante de la subsistencia de la teoría clásica; de la creencia en los dogmas de fe y la permanencia de determinados principios, como se ha mencionado anteriormente resulta al final el elemento legitimador de todo el sistema, precisamente porque de alguna u otra manera recae en el acuerdo de todos los musulmanes y su consideración de aquello que resulta vinculante y aquello que no lo es.

Esta misma característica del *Ijma*, puede según diversos autores, ayudar a legitimar teorías nuevas y darle movilidad y flexibilidad al sistema, pues en un inicio ésta fue su verdadera función:

*“El ijma ha sido en la historia, y es todavía en la actualidad, medio de aportación al islam de conceptos y ajustamientos nuevos, y al mismo tiempo instrumento de remoción de caducos.”*¹²⁷

El *Ijma* podría ser una buena herramienta para adecuar al sistema islámico a las condiciones de vida actuales; si necesidad de abandonar las prácticas comunes ni los principios de fe islámicos.

¹²⁵ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 191

¹²⁶ “Aún si se satisfacen las condiciones necesarias sobre un determinado tema; no puede considerarse exclusivo o final, porque dicho consenso depende de un contexto y de un método de interpretación empleado” (traducción de la autora) AHMED, AN’NAIM, Abdullahi. Op. Cit. Pág. 47

¹²⁷ PAREJA, Felix M. Islamología. Ed. Razón y Fe. Madrid, 1952 Pág. 63

2.2.2. QIYAS O RAZONAMIENTO POR ANALOGÍA.

La última fuente del derecho considerada por la teoría clásica como tal; es el *Qiyas* o razonamiento por analogía; dicha fuente no es en el sentido estricto de la palabra una fuente; es más bien una metodología (la metodología aceptada en general) para ejercer el *Ijtihad*.

Antes de iniciar con el estudio del *Qiyas*, tenemos que tener claro que si bien, ésta es la metodología aceptada por la teoría clásica; en realidad las escuelas jurídicas consideran otras metodologías dentro de las fuentes aceptadas para derivar las normas; nos adentraremos más en este tema en el siguiente capítulo; donde analizaremos aquellos aspectos que distinguen una escuela de otra; sin embargo la mayoría de estas fuentes se basan en la costumbre y el interés público.

El *Qiyas* es en sí, derivado del ejercicio de la razón; específicamente para la búsqueda una causa, objetivo y propósito de la ley en particular, a este ejercicio se le conoce como *ta'liil*, y a partir del ejercicio de éste se deriva interpretación de las normas jurídicas; de éste modo el *Qiyas* se engloba como resultado del ejercicio del *'illa*.

*"It is a source only insofar as it leads, as a method of reasoning, to the Discovery of God's law on the basis of the revealed texts and of consensus"*¹²⁸

De esta manera, la metodología del *Qiyas* se ha desarrollado y practicado siempre enmarcada y subordinada a la revelación divina; al igual que la mayoría de los principios jurídicos fue a través del *Ijma* cuando fue aceptada como metodología, sin embargo bajo la teoría clásica se le dio el estatus de "única" metodología válida.

*"Qiyas is itself was a matter of disagreement. Was it simply the implementation of methodological analogy or was there more to it than that? Was it to be used in all areas of thinking and behavior? How reliable and sound a method was it, and could it be distinguished from Ijtihad? Imam al-Shafi'i thought that they were one and the same"*¹²⁹

Antes de que se estableciera el *Qiyas* como único método aceptado para la deducción de normas jurídicas; las escuelas practicaban el *Raay*, o bien, el uso de la razón de manera libre, mediante el planteamiento de casos hipotéticos, llegando a soluciones igualmente hipotéticas, pero basadas

¹²⁸ "Es una fuente, mientras lleva, como método de razonamiento, a descubrir la ley de Dios en base a los textos revelados y el consenso" (traducción de la autora) HALLAQ. B. Wael. Op. Cit. Pág. 83

¹²⁹ "El *Qiyas* en si es objeto de desacuerdo. Se trató simplemente de la implementación del método analógico o fue más que eso? ¿Se usa en todas las áreas de conocimiento y conducta? ¿Qué tan confiable es este método y como se le distingue del *Ijtihad*? Al-Shafi'i pensaba que eran uno y lo mismo. AL-ALWANI, Taha Jabir. Op. Cit. Pág. 61

sobre todo en la costumbre, el interés público, si bien, en primera instancia que no fueran contrarios a la revelación; el uso de el *Raay* permitió en cierto grado el desarrollo del pensamiento jurídico en las escuelas, hasta el momento en que aquellas seguidoras del principio “tradicionalista” se imponen y con ellas el uso del *Qiyas* como metodología única.

“...debido a la preocupación por la consistencia y coherencia de la doctrina, el razonamiento se volvió más sistemático y la opinión subjetiva o raay, cedió lugar paulatinamente a la deducción lógica o qiyas”¹³⁰

El método del *qiyas* por otro lado, es un principio mucho más rígido y menos flexible que aquellas metodologías basadas en la costumbre o el interés público, con el desarrollo de la teoría clásica, se convirtió en realidad en una metodología que poco a poco se fue llenando de condiciones técnicas y requisitos que la hicieron, si bien un procedimiento bien configurado; también sumamente estricto e inamovible.

A grandes rasgos, la metodología del *qiyas* consiste en identificar un caso “original”, un caso nuevo y llegar a una solución eficaz; cada uno de estos pasos contiene a su vez un complicado procedimiento que pasaremos a explicar

- ELEMENTOS COMPONENTES DEL QIYAS:

El *Qiyas* se compone principalmente por cuatro elementos principales:

- 1) El caso nuevo: Son las circunstancias sobre las que hay que pronunciarse o desarrollar un determinado juicio; se denominan *fa’r*.
- 2) El caso “original”: Es aquel que nos servirá de referencia, pues ya tiene una solución contemplada en alguna de las fuentes reveladas, se denomina: *As/*
- 3) La “ratio legis”: Es el atributo común a ambos casos y constituye el elemento que los relaciona; se le conoce como: ‘*illa*
- 4) La norma legal que se aplico al caso “original y que debido al ‘*illa* se debe aplicar al nuevo caso; se le conoce como: *Hukm*¹³¹

Si bien, el *As/* y el *Fa’r* son los elementos a partir de los cuales surge el procedimiento de *Qiyas*; uno de los componentes más complejos y determinantes es el ‘*illa* o “*ratio legis*”; podemos entender este elemento como la razón o motivo por el que una determinada norma fue establecida; resulta así un

¹³⁰ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 48

¹³¹ HALLAQ B. Wael. Op. Cit. Pág. 87

elemento de especial importancia; ya que de encontrar el *'illa*, de una norma específica, estaríamos encontrando el trasfondo que puede ser aplicable a muchas reglas:

La “ratio legis” o *'illa* puede estar bien estipulada en texto original o bien, puede ser inferida por el jurisconsulto; en el segundo de los casos es cuando se puede presentar un conflicto.

“The ratio may be inferred and verified through a variety of methods, all of which were subject to juristic disagreement”¹³²

Antes de establecer un *'illa* entonces, se tiene que tener plena certeza de que ese es el verdadero motivo por el cual se creó determinada norma; se siguen algunos principios específicos para el establecimiento de una “ratio”; por ejemplo:

- Buscar en las fuentes reveladas todas las *'illas* que se encuentren bien establecidas; pues serán preferidas sobre aquellas que fueron inferidas.
- Se tratará de buscar que sea una “ratio” concomitante; es decir, que en el momento en que se presente la norma también sea evidente la “ratio” y al contrario.
- Es preferente que dicha “ratio” se encuentre estipulada en más de un texto
- Una ratio que resulta en una norma prohibitiva, tiene preferencia sobre aquella que tiene una norma permisiva (esto es por el miedo a violar la ley.
- Si se encuentra una “ratio” que conlleva la introducción de una ley que no existía antes del Islam es preferente sobre aquella que simplemente mantiene una norma preexistente.

Los métodos para conocer el *'illa* pueden ser entonces dos básicamente:

- 1) Aquellos que están implícitos en el texto
- 2) Se puede inferir en base al contexto.¹³³

Cualquiera de los métodos que sean utilizados; la manera de establecerlos, será siempre a través del consenso o *Ijma*. Existe también aunque de manera menos aceptada; el establecimiento de *'illas* hipotéticos, los cuales se pueden aplicar a distintos casos establecidos en las escrituras; sin embargo el hecho de ser hipotéticos les resta certeza y por lo tanto credibilidad.

Encontrar el *'illa* es entonces uno de los aspectos fundamentales del *Qiyas*; una vez encontrado y establecido, podemos proceder al siguiente paso:

¹³² “La ratio puede ser inferida y verificada por diversos métodos, los cuales han sido previamente objeto de desacuerdo jurídico” (traducción de la autora) IDEM.

¹³³ VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. 59

“When the original case, khamr, and the second case, nabidh, share the same ‘illa, it must also share the same hukm”¹³⁴

Antes de explicar el *hukm*, tenemos que mencionar algunas clasificaciones del *‘illa*:

- 1) *Awla*: Aquellos en que el *‘illa* se encuentra más patente y más fuertemente en el “nuevo caso” que en el original.
- 2) *Musawi*: Aquellos en los que el *‘illa* es igualmente claro, tanto en el caso original como en el nuevo.
- 3) *Adna*: El *‘illa* se encuentra más presente en el caso “original”, suele ser el más común.¹³⁵

Encontrar el *‘illa* de un caso, resulta siempre el elemento central y más conflictivo del *Qiyas*; sin embargo una vez que es establecido, la consecuencia natural, es encontrar la norma aplicable al caso nuevo, también llamada “*hukm*”; el *hukm* puede pertenecer a alguna de las tres categorías siguientes:

- Obligatoriedad
- Prohibición
- Neutralidad.

Uno de los ejemplos más claros para mostrar la manera en que se determina un *hukm* en base al *qiyas* es el referente al consumo de sustancias intoxicantes; tomemos como texto “original” o *Asl*, la siguiente azora coránica:

5:90: ¡Vosotros que creéis! Ciertamente el vino, el juego de azar, los altares de sacrificio y las flechas adivinatorias son una mundicia procedente de la actividad del Shaytán; apartaos de todo ello y podréis tener éxito”

En la anterior azora, podemos observar entonces que el vino, los juegos de azar, así como aquellas prácticas adivinatorias recaen en la categoría de prohibido; son consideradas *Haram*; el nuevo caso o *Fa’r* se presenta con la siguiente cuestión.

¹³⁴ “Cuando el caso original, “khamr”, y el segundo caso “nadigh”, comparten el mismo *‘illa*, entonces también deben compartir el mismo *hukm* (sanción)” (traducción de la autora) VIKOR KNUT. Ibidem. PÁG. 56

¹³⁵ Ibidem. Pág. 57

¿Únicamente el vino se encuentra prohibido en base a la anterior azora coránica, o cualquier substancia embriagante?

El siguiente paso será encontrar el *'illa*, ¿Cuál es la razón por la que el vino ésta prohibido?, se ha determinado de manera consensuada, que el consumo del vino, así como la práctica de juegos de azar, resultan actividades que ponen al hombre en un estado alterado y fuera de sí; el vino es una bebida que altera los sentidos del hombre y de alguna manera “perturba” su mente. El *'illa* en este caso es entonces el siguiente:

El motivo por el que se prohíbe el consumo del vino es que éste altera el estado físico del hombre y no le permite pensar claramente; lo que ciertamente, le puede llevar a romper sus obligaciones como musulmán.

Ahora; realizaremos el ejercicio analógico. En el nuevo caso nos preguntábamos si cualquier substancia embriagante también se encontraba prohibida, pongamos por ejemplo al whiskey: ¿El whiskey produce los mismos efectos que el vino en los sentidos del hombre? La respuesta a este caso es afirmativa; los efectos del consumo del whiskey son en igual o mayor medida similares en el organismo a los del consumo de vino; por lo anterior, ya que el vino está prohibido en razón de sus efectos en los sentidos del hombre, el whiskey ésta por lo tanto igualmente prohibido.

El ejercicio analógico es la única forma del *Qiyas*, sin embargo los argumentos se pueden presentar de manera distinta; el caso anterior es un ejemplo de un argumento “A Fortiori”, pues no se encuentra implícito en la norma original y es solo posteriormente a un ejercicio deductivo que podemos determinar el *'illa*; ahora, los argumentos “A Fortiori” se pueden presentar en dos formas:

.- *A minore ad maius*

.- *Maiore ad minus*.

El ejemplo del whiskey y el vino es un ejemplo de un argumento *A Fortiori A minore ad maius*; es decir si esta prohibido lo menos (ya que el vino es menos embriagante que el whiskey) lógicamente ésta prohibido lo más (el whiskey).

La otra forma de argumentos que configuran al *Qiyas* se encuentra formada por los argumentos: *Reductio ad absurdum*; en realidad se trata en este caso del establecimiento de un proceso deductivo que nos permite hacer un ejercicio analógico; podemos tomar como ejemplo el *IIa'*; el cual consiste en una declaración realizada por un hombre de no tener relaciones sexuales con su esposa; la pregunta podría ser ¿El *IIa'* puede ser considerado un divorcio? ; la manera de llegar a la conclusión es analizar cada componente del caso a estudiar para finalmente responderlo a modo silogístico:

Desmenuzaremos de esta manera los componentes del divorcio en el derecho islámico:

Para que exista divorcio (D), debe existir una declaración formal por parte del marido; a ésta se le llama *Sarih* (S); o bien, una declaración indirecta por parte de un tercero refiriéndose a que el marido tiene la voluntad de divorciarse, a esta se le llama *Kinaya* (K).

El *Ila'* (I) por otro lado; únicamente implica una declaración por parte del marido de que no tendrá relaciones sexuales con su esposa en por lo menos cuatro meses, llamada *Hilf* (H); el *Hilf* en sí mismo no implica una declaración directa (S) ni indirecta (K); para traducirlo silogísticamente:

Si D es I, entonces I implica S y K

I no implica S y K

Por lo tanto I no es D¹³⁶

El argumento *reductio ad absurdum* consiste entonces en un método deductivo que resulta después de desglosar una figura jurídica y resolverla silogísticamente.

Entonces, si bien el *Qiyas*, funciona principalmente con la analogía, en realidad podemos clasificarla en una tipología lógica triple:

- . - Deducción por mera analogía
- . - Mediante argumentos *A Fortiori*
- . - Mediante argumentos *reduction ad absurdum*.

Uno de los aspectos del *Qiyas* que hemos dejado de lado hasta éste momento, es el referente a su fundamentación y legitimidad en base a los textos revelados; los defensores del *Qiyas* establecen que el *Ijma* es una evidencia clara de que el *Qiyas* es un método legítimo de acuerdo a la voluntad del *Allah*, y citan como evidencia en los textos los siguientes; en primer lugar la azora coránica:

59:2 "...y aprendan la lección (*i'taburi*) O, ustedes que ven"

¹³⁶ HALLAQ B. Wael. Op. Cit. Pág. 100

El verbo *'itaburi* en árabe, deriva de la palabra *'ubur* que significa “cruzar”; por lo anterior, los defensores del *Qiyas* lo establecen como referencia al método de comparar por analogía; sin embargo en realidad no resulta tan claro.

Otra evidencia revelada, se encuentra comúnmente en el siguiente hadith narrado por *Mu'adh b. Jabal* cuando fue enviado a Yemen para participar como árbitro en un Juicio; el Profeta le pregunto:

“According to what will you Judge? Mu'adh replied: according to the Qur'an. The Prophet, asked: What if you don't found the answer in the Holy Book. Mu'adh replied: Then according to the Sunna of God's Prophet. The Prophet asked: What if you do no find what you seek. Mu'adh thereupon replied: Then I exercise my own legal reasoning”¹³⁷

El hadith anterior sin embargo resulta ambiguo y no justifica realmente el uso del *Qiyas* sino del *Ijtihad* en general, e incluso lo establece como tercera fuente jurídica; los detractores del *Qiyas* por su cuenta se basan en la revelación de varias azoras coránicas en las que se manifiesta la completitud de la revelación.

El *Qiyas* en realidad resulta una fuente subsidiaria de las otras

“It can only be used when other sources, the Koran, sunna or full consensus do not provide the rule. The 'illa must be based on an original text in the Revelation, a Qiyas cannot be based on another qiyas [...] The 'illa must be clearly apparent, direct and reasonable”¹³⁸

Hemos concluido así con el análisis de las fuentes del derecho de acuerdo a la teoría clásica establecida durante la Edad Media; como se menciona anteriormente existen otras fuentes del derecho basadas en la costumbre y el interés público sobre todo; dichas fuentes aportan más flexibilidad al derecho islámico, pero han sido erradicadas de la teoría clásica, obedeciendo tanto a procesos históricos como a necesidades teóricas en un determinado momento; nos adentraremos un poco más en estos procesos así como en estas fuentes alternativas en el siguiente capítulo; en el que estudiaremos la formación de escuelas jurídicas (*madhabs*) en el derecho islámico. Veremos como cada una acepta una jerarquía de las fuentes distintas y los motivos que llevaron al establecimiento de la teoría clásica como el centro de la teoría jurídica *Sunni* y del *Usul-al Fiqh*

¹³⁷ “De acuerdo a que juzgarás? Mu'adh contesto: De acuerdo al Corán. El Profeta pregunto: ¿Qué pasa si no encuentra lo que buscas en el Libro Sagrado?. Mu'adh contesto: Entonces de acuerdo a la Sunna del Profeta. El Profeta pregunto ¿Si ahí tampoco ésta lo que buscas? Mu'adh entonces contesto. Entonces ejerceré mi propio razonamiento legal” HADITH OF BUKHARI. Op. Cit. Pág. 169

¹³⁸ “Solo se puede usar cuando otras fuentes, El Corán , la Sunna o el consenso no aportar una norma. El 'illa debe estar basado en un texto original Revelado. Un *Qiyas* no puede basarse en otro *Qiyas*. El 'illa debe estar establecido así de manera directa, aparente y razonable” (traducción de la autora) VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. 63

III. LA FORMACIÓN DE ESCUELAS JURÍDICAS EN EL ISLAM

Durante el presente capítulo; abordaremos uno de los temas más polémicos del derecho musulmán; éste es: las *madhab* (o escuelas jurídicas); sin embargo antes de entrar al estudio tanto del proceso histórico que dio origen a las escuelas jurídicas y a la descripción de cada una de ellas; me parece que es importante dejar claro algunos conceptos previos.

En el capítulo anterior, ya hemos hecho mención de uno de los conceptos más importantes del derecho musulmán: La *ijtihad*; o bien, el uso del razonamiento humano en el campo del derecho, sin embargo, es en este punto en que resulta oportuno definir más profundamente la *Ijtihad*, así como aquellos aspectos que se ligan a su ejercicio.

En un inicio, será necesario analizar de manera conjunta al término *Ijtihad*; aquellas etapas y sucesos previos a la formación de las cuatro escuelas jurídicas preponderantes en la actualidad.

3.1. ANTECEDENTES A LA FORMACIÓN DE ESCUELAS JURÍDICAS

3.1.1 NACIMIENTO DEL IJTIHAD Y LOS OPERADORES JURÍDICOS EN EL ISLAM

Como ya se ha hecho patente a lo largo de la presente investigación; uno de los principales problemas del Islam es la labor interpretativa; si bien en cualquier sistema jurídico es una función que goza de ciertos parámetros de dificultad, en el Islam se ven incrementados por las características del objeto a interpretar:

“...la difícilísima tarea de desentrañar los mensajes divinos no puede estar determinada por el límite de la comprensión humana. El hombre solo puede acceder a la verdad a través de una revelación (como en el caso de los Profetas) o del conocimiento de la fe [...] Una vez aceptado desde la fe no puede haber dudas, porque ‘no hay más que un Dios’ y por tanto, solo una verdad. Es por eso por lo que, cuando se decantan las distintas teorías respecto de la interpretación de la revelación, los seguidores de las interpretaciones más opuestas ni siquiera reconocen su condición de musulmanes a quienes no acepten la suya. En realidad no podrían hacerlo”¹³⁹

La cita anterior, hace patente la complicada labor ante la que se encuentran los operadores jurídicos dentro del derecho musulmán; en primer lugar por que la voluntad del “legislador” a desentrañar resultará siempre incierta, pues no es únicamente un legislador histórico, sino desconocido, además

¹³⁹ MANDIROLA BRIEUX, Pablo. Op. Cit. Pág. 61

con determinados atributos que impiden a la mente humana comprender la totalidad de dicha voluntad. Por otro lado, al ser de origen divino, efectivamente solo será verdadera “una” interpretación, no puede haber tanta diversidad (como sin embargo de hecho la hay); y aún así, establecer cual es la “verdad” absoluta (que en el caso del derecho islámico, podemos suponer existe) nunca sabremos cual es.

Es así, que la labor jurisprudencial en el derecho islámico juega un papel central y es la base del sistema jurídico en su conjunto; a grandes rasgos la labor jurisprudencial se encarga de establecer las fuentes de las que se deriva el derecho, así como la manera correcta de interpretarlas:

“...usul al-fiqh would function in the same fashion in the spheres both of rule-creation and rule-justification”¹⁴⁰

De esta manera, en el sistema jurídico islámico, los jueces, juristas y demás operadores jurídicos se vuelven mucho más que simples analistas o estudiosos de la ley; en realidad son los creadores de la misma.

Otro de los elementos que tenemos que tomar en cuenta para el estudio de la jurisprudencia islámica, es que si bien en Occidente podemos estudiar algún objeto en relación a los procesos históricos que ha vivido; en el caso del derecho islámico esto no es posible, ya que la noción de proceso histórico en la ley es impensable, debido a que ésta se considera “una” y “eterna”; sin embargo, en la realidad los procesos históricos, políticos e ideológicos del Islam influyeron en gran medida en la concepción y desarrollo del ejercicio jurídico, tal vez no estrictamente en la ley.

Podemos justificar la influencia de los procesos históricos en la vida jurídica del Islam, en el hecho de que si bien, la ley es en primera instancia “voluntad divina”; los aplicadores de ésta serán en todo momento seres humanos, sujetos a las condiciones de su tiempo.

“The knowledge of God, whose study is the domain of the theologian, is eternal, all-inclusive and defies any description [...] Human knowledge, on the other hand, is created, and is susceptible to the categorization of necessary and acquired”¹⁴¹

¹⁴⁰ “..el usul al-fiqh puede funcionar de la misma manera en ambas esferas: como creadora de la ley y como justificativa de la ley” (traducción de la autora) HALLAQ B. Wael. Op. Cit. Pág. IX

¹⁴¹ “El conocimiento de Dios; cuyo estudio corresponde a la teología, es eterno, inclusivo (de todo) y desafía cualquier descripción [...] El conocimiento humano por otro lado, es creado y susceptible de clasificarse en: necesario y adecuado” (traducción de la autora) HALLAQ. B. Wael. Op. Cit. Pág. 38

Es de la labor interpretativa del hombre, de donde se desarrolla la *Ijtihad*, si bien, ya hemos hecho referencia a la *Ijtihad* en el capítulo anterior, nos referiremos a ella de manera más amplia ahora.

La *ijtihād*, es el uso del razonamiento humano para descifrar el significado y las normas de la ley; específicamente de las dos fuentes reveladas: El Corán y la *Sunna*; los *ulemas* y estudiosos de la ley desarrollaron dentro del *Ijtihad* diversas metodologías; tales como el *Qiyas*, el principio de preferencia (*istihsan*), la presunción de continuidad (*istishab*) e incluso en el consenso general o *Ijma* que es a la vez origen de la *Ijtihad*.

Sin embargo; antes de que se desarrollaran estas metodologías en el contexto de las *madhabs* o escuelas jurídicas; la interpretación de las normas coránicas no pertenecía exclusivamente a un círculo de especialistas; sino que las decisiones se tomaban en consideraciones de sentido común:

“La forma en que los califas Abu Bakr y Umar estaban siempre dispuestos a aceptar sugerencias hace evidente que el derecho de interpretar las regulaciones coránicas no era privilegio de ninguna institución especial, sino que podía ser ejercido por cualquiera cuya piedad o conciencia social le dictara tal menester”¹⁴²

Durante la época de los primeros califas o “los califas bien guiados” se comienza a configurar una ciencia jurisprudencial; la cual sin embargo carecía de una institucionalización como tal, es lógico que se diera el surgimiento de esta ciencia durante los primeros años posteriores a la muerte del Profeta, pues con ésta queda una laguna interpretativa, que es tarea en primera instancia de los califas llenar y posteriormente de los *ulemas* y los maestros fundadores de las escuelas jurídicas; sin embargo durante las primeras épocas del desarrollo de la ciencia jurisprudencial, una de sus principales características resulta ser la ausencia de fraccionalismo, al no existir como tal escuelas las decisiones se toman de manera centralizada y tomando en cuenta todas las opiniones que se puedan presentar, podemos decir que las condiciones del *Fiqh* (o ciencia jurisprudencial) durante ésta época se configuraron de ésta manera por las siguientes cuestiones:

- 1) La confianza de los Califas en la consulta mutua para llegar a establecer una regla (esta ausencia de fraccionalismo es incluso política)
- 2) La facilidad con que se podía llegar a un consenso (debido en parte a que no existen aún grupos divergentes ni muchos especialistas en temas jurídicos)
- 3) Las limitantes que los propios juristas se establecen para desarrollar normas aisladas.¹⁴³

¹⁴² COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 35

¹⁴³ BILAL PHILIPHS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 58

Es en realidad, durante el período Omeya y aún de manera más marcada durante el período Abasí, cuando la ciencia jurisprudencial o *Fiqh*, de la que hablaremos más adelante, se configura y se establece bajo las escuelas jurídicas; sin embargo ni las escuelas ni el *Fiqh* mismo habrían existido sin el concepto del *Ijtihad*, y dentro de éste se desarrolla otro concepto interesante del ejercicio interpretativo: El *Ra'y*:

.- *Ra'y*:

El *Ra'y* es una forma de ejercitar el *Ijtihad*, que se caracteriza sin embargo, por no estar limitado a una determinada metodología, y que se refiere más bien al libre ejercicio del pensamiento, o bien, lo podríamos entender como el sentido común de cada persona:

“Individual reasoning in general is called ra’y [...] When it reflects the personal choice and discretionary opinion of the lawyer guided by his idea of appropriateness; it is called istihsan or istishab ‘approval’ or ‘preference’¹⁴⁴

El entendimiento del *Ra'y* a mediados del Segundo Siglo islámico indicaba de esta manera, tanto el uso del libre razonamiento humano sin apegarse a una metodología específica; y en el uso de éste libre pensamiento en base a un determinado texto revelado pero siguiendo consideraciones en base al sentido común, al interés público y a principios de preferencia de principios.

El uso del *Ra'y* permitió a los juristas de los primeros siglos del Islam desarrollar una ciencia jurisprudencial mucho más libre y flexible; sin embargo durante el reinado de la dinastía Omeya; se restringió el uso del *Ra'y* y se adoptó una doctrina mucho más apegada al principio tradicionalista, que establecía la referencia directa a las fuentes reveladas; este proceso del término del *ra'y* coincidirá con el nacimiento de las dos primeras escuelas jurídicas en el Islam, también llamadas “antiguas escuelas” a las que nos referiremos más adelante.

La misma discusión acerca del uso del *Ra'y* surge en el año 757 bajo el califato Abasí de al-Mansur; sin embargo dicha decisión recaerá en ésta época en las escuelas jurídicas o *madhabs*, que durante la época abasí se consolidaron.

Antes de entrar al estudio de las escuelas jurídicas, es importante mencionar los niveles de interpretación que se consideran en el derecho islámico; específicamente del Corán y la *Sunna*; podemos distinguir así tres niveles de interpretación:

¹⁴⁴ “Al razonamiento individual se le conoce como *Ra'y*...cuando refleja la elección personal y la opinión discrecional del abogado, guiado por su idea de lo “apropiado”, se le llama *istihsan* o *istishab*, “aprobación” o “preferencia” (traducción de la autora) SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 37

- 1) El asociado a los juristas, quienes buscan estrictamente el significado de las azoras y versos.
- 2) Interpretación teológica: Quienes están interesados en encontrar un significado más profundo y a una visión más amplia del significado de los versos
- 3) Interpretación filosófica: Quienes no solo buscan un significado más amplio, sino también basado en la razón humana y sistematizado lógicamente.¹⁴⁵

Los niveles interpretativos acomodados de ésta manera, corresponde al filósofo árabe Averroes, quien estuvo en íntimo contacto con la filosofía griega y los métodos lógicos; sin embargo hay que recordar que al igual que en el derecho gana con el paso del tiempo el principio tradicionalista, en el campo de la filosofía árabe, sufre un anquilosamiento grave y carece de desarrollo a profundidad. Es incluso atrevido pero no muy alejado de la realidad decir que gran parte de la labor filosófica islámica ha sido desarrollada por los juristas, es por eso, que a continuación abordaremos el papel del jurista en el mundo islámico.

.- LOS JURISTAS EN EL ISLAM.

Un paso importante para determinar la función de los estudiosos de leyes o juristas en el Islam, es establecer los niveles y clases de juristas, pues existen áreas y campos de especialización que deben ser diferenciados, en primer lugar podemos clasificar a los especialistas en el Corán, entre los que se encuentran:

- a) *Mifassirun* (exegetas): A quienes compete la interpretación del Corán.
- b) *Fuqaha*: (Juristas): A quienes compete la aplicación de las disposiciones legales.
- c) *Muhaditun* (Doctores de la tradición): A quienes compete la recopilación e interpretación de las tradiciones del Profeta en relación con el Corán¹⁴⁶

Ésta división sin embargo se encuentra limitada a especialistas en el Corán y en la Sunna; quienes no realizan una labor interpretativa en sentido estricto.

Como se ha mencionado anteriormente, durante el período Omeya se configura la ciencia jurisprudencial y se podría decir que el sistema jurídico islámico, de igual manera se comienza a formar la maquinaria jurisdiccional, durante dicho periodo se nombra por primera vez a jueces estatales o cadíes quienes sustituyen la figura de los árbitros, con la diferencia de que el cadí es un funcionario público. De manera paralela a los cadíes y al derecho que se desarrolla en las cortes,

¹⁴⁵ AHMED AN-NA'IM, Abdullahi.Op. Cit. Pág. 46-47

¹⁴⁶ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 210

surgen los píos especialistas a quienes hemos hecho referencia anteriormente, como particulares con intereses teológicos que estudian temas legales, ofrecen información y consejo jurídico, elaboran peritajes y quienes durante la dinastía Abasí también comenzaran a ocupar el cargo de *cadís*; quienes también durante la época Abasí concentraran en su círculo tanto el apoyo estatal como la legitimación religiosa y moral para interpretar el derecho:

“Los Abasíes reconocen como única norma legítima en el Islam la ley religiosa, tal y como es enseñada por los píos especialistas”¹⁴⁷

Como también ya se ha hecho referencia anteriormente, los píos especialistas son conocidos como *ulemas*, y durante la época medieval se configuran como el centro legitimador del derecho islámico; gozan de legitimación religiosa, moral y como veremos en el siguiente capítulo, también de legitimidad política y jugarán un papel importante en el desarrollo político y social islámico; pues los *ulemas* además de jugar un papel interpretativo y jurídico, fortalecen la comunidad islámica y crean círculos de musulmanes:

“Así, estas escuelas no solo sirven para la formación de mandos, sino también para crear comunidad”¹⁴⁸

Este grupo de *ulemas* son quienes desarrollan las primeras madhabs en el Islam y son el corazón del derecho islámico; a diferencia de los *cadíes*, quienes en un inicio nunca gozaron de la legitimidad de los *ulemas*, en parte por ser funcionarios del gobierno y sujetos de alguna manera a las órdenes del califa,¹⁴⁹ además de la diversidad de criterios con la que juzgaban y al desprestigio de la maquinaria burocrática en general.

Otro de los operadores jurídicos importantes en el derecho islámico, se encuentra en la figura del *muftí*. El *muftí* es un jurisconsulto, que se encuentra en un rango menor del *cadí* quienes realizaban veredictos sobre los elementos jurídicos implicados en una situación, formaban un nexo entre las teorías de los *ulemas* y las necesidades de la vida cotidiana y las cuestiones sometidas a juicio de los *cadís*:

“Los muftí se consideraban obligados con la doctrina existente y declararon estar meramente desarrollando por pura necesidad sus principios intrínsecos”¹⁵⁰

¹⁴⁷ Ibidem. Pág. 295

¹⁴⁸ Ibidem. PÁG. 359

¹⁴⁹ Sobre todo los primeros *cadíes*, quienes fueron nombrados por los califas Omeyas, quienes no gozaban de la legitimidad religiosa de la que sí gozan los Abasíes.

¹⁵⁰ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 150

El cargo del *mufat* otorga así mayor credibilidad a la labor jurisprudencial desarrollada en las cortes, dotándola de la legitimidad religiosa y moral de la doctrina de los *ulemas* pero aplicada a las necesidades jurídicas de la corte.

El último operador al que haremos referencia se encuentra dentro del campo doctrinal; dentro de los *ulemas* como mencionamos al inicio, existen especialistas en diversas ramas, una de ellas consiste en el *Ijtihad*, es importante mencionar que para ejercer el *Ijtihad* o el uso de la razón para deducir la norma jurídica se requiere un estudio previo, y aquel que se encuentra facultado para realizarla se le conoce como *Mujtahid*:

“...regardless of any methodological training, not everyone is sufficiently equipped to practice Ijtihad. Some people need to take advice, carry out research work and learn more before they could practice Ijtihad”¹⁵¹

Los *ulemas* en conjunto y como el eslabón más fuerte del sistema jurídico islámico, desarrollan una ciencia del derecho, también denominada *Fiqh*; en ocasiones se confunde el término de *Fiqh* con el término de *Shari'ah*; sin embargo como ya hemos visto, la *Shari'ah* es el conjunto de normas, mientras que el *Fiqh* es la doctrina desarrollada en torno a las normas. La *Shari'ah* implica no únicamente las normas en un sentido legal, sino la voluntad divina revelada; el *Fiqh* por otro lado no incluye dogmas ni moral, pues la interpretación se basa en métodos racionales, que si bien se encuentran sustentados en el Corán, se desarrollan de manera independiente a éste. Podemos establecer distintos períodos en el desarrollo del *Fiqh*:

- a) Fundación: Durante la era del Profeta (609-632 d. C)
- b) Establecimiento: Era de los “califas bien guiados” (632-661 d.C)
- c) Construcción: De la fundación de la dinastía Omeya (661 d.C) a su decaimiento a mediados del siglo VIII d.C
- d) Apogeo: Durante la dinastía Abasí (siglo VIII-X d.C)
- e) Consolidación: Finales de la dinastía abasí (960-siglo XIII d.C)
- f) Estancamiento y decaimiento: Del saqueo de Bagdad por parte de los turcos en 1258 al presente.¹⁵²

¹⁵¹ “...independientemente de cualquier entrenamiento metodológico, no cualquiera se encuentra suficientemente preparado para practicar el Ijtihad. Algunas personas necesitan tomar clases, realizar investigación, y aprender mucho más antes de que puedan llevar a cabo la Ijtihad” (traducción de la autora). AL-ALWANI, Taha Jabir. Op. Cit. Pág. 23

¹⁵² BILAL PHILIPHS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 17-18

Los primeros siglos del Islam que coinciden con la fundación y establecimiento del *Fiqh* se caracterizan por el uso del *Ra'y* y la unidad en el pensamiento jurídico. Durante la etapa de Construcción se presenta la discusión y formación de las dos primeras escuelas jurídicas: La del *R'ay* y la de la Tradición; a las que dedicaremos una parte del presente capítulo. Durante el Apogeo y Consolidación se establecen las madhabs que a la fecha prevalecen; y finalmente el período de Estancamiento inicia con el establecimiento de la teoría clásica del derecho islámico a la fecha. En lo que resta del presente capítulo analizaremos el surgimiento de las “escuelas antiguas” como primera fragmentación en el *Fiqh*, las características y surgimiento de las cuatro principales escuelas jurídicas o madhabs, el establecimiento de la teoría clásica y el cierre de las puertas de la *Ijtihad*, así como el inicio de la época del *Taqlid*.

3.1.2. LAS ANTIGUAS ESCUELAS DEL DERECHO ISLÁMICO: LA ESCUELA DEL R'AY O LIBRE PENSAMIENTO Y LA ESCUELA TRADICIONALISTA (KUFA Y MEDINA)

La formación de escuelas jurídicas dentro del Islam, comienza a ser patente, una vez que se ha pasado de la época del reinado de los “califas bien guiados” a la dinastía *Omeya*; se puede deber a diversas razones: en primer lugar la falta de legitimidad religiosa de la dinastía *Omeya*, el espacio geográfico abarcado por el nuevo imperio musulmán, el surgimiento de los *ulemas* como el grupo legítimo para pronunciarse en lo que a cuestiones jurídicas se refiere, etc., lo cierto es que a finales de la dinastía *Omeya*, en el siglo VII d. C. se comienzan a formar las llamadas “antiguas escuelas jurídicas”, las cuales se desarrollan principalmente en Irák, Medina, Meca y Siria; como podemos ver el desarrollo geográfico de éstas escuelas es sumamente diverso, por lo que en un inicio se podría considerar que la gran diferencia entre éstas recae en meras diferencias regionales:

“Las diferencias entre estas escuelas responde exclusivamente a las grandes diferencias regionales entre las distintas provincias culturales no a determinados principios o métodos jurídicos”¹⁵³

Sin embargo, como veremos en el desarrollo del presente punto, en realidad si se refiere a diferencias de mayor envergadura, de aspectos metodológicos e incluso de principios jurídicos; aunque es importante mencionar que la posición geográfica de cada uno de los centros de desarrollo jurídico resulta un factor importante; en primer lugar hay que mencionar que las dos grandes corrientes de pensamiento jurídico se desarrollaron principalmente en Irak y en Medina.

¹⁵³ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 244

En Medina la vida continua siendo sencilla y en un círculo cerrado, por otro lado hay que tener en consideración que Medina fue la ciudad del Profeta por excelencia, así como de los primeros cuatro califas; por otro lado en la ciudad de Kufa en Irak se vuelve un centro cosmopolita y en contacto con la cultura Persa y romana; además de poco influenciada por los hadiths del Profeta, que en cambio en Medina eran abundantes:

“The differences between these schools were conditioned essentially by geographical factors, such as the difficulties of communication between their several seats, and local variations in social conditions, customary law and practice”¹⁵⁴

Ahora; si bien el factor geográfico y la costumbre de cada ciudad fue el elemento que inicialmente dividió a éstas dos corrientes del pensamiento jurídico, posteriormente se diferenciaron especialmente por cuestiones metodológicas; por un lado, en Kufa se dio preeminencia al uso del *Ra'y* o libre pensamiento, que si bien, en la mayoría de los casos se encaminó a la metodología del *Qiyas*, no excluían el criterio del interés público. Por el lado de Medina se encontraban aquellos juristas que daban una mayor jerarquía a las tradiciones o hadiths sobre el uso del razonamiento humano, en cualquiera de sus metodologías

“...ésta tendencia fue encaminada a consolidar la idea de tradición, mirando siempre hacia el pasado, hacia personas notables, [...] Inevitablemente el proceso terminó reivindicando la autoridad del Profeta mismo, la mayoría de estas doctrinas atribuidas a los antiguos eran simplemente anacronismos”¹⁵⁵

Dentro de cada lado del mundo islámico, se fueron desarrollando así modos diversos de utilizar el razonamiento humano, así como de jerarquizar las fuentes del derecho. Kufa se volvió bajo la dinastía Abasí en la nueva capital del Imperio, y se vuelve el centro de desarrollo jurídico en el que prevalecen la denominada Gente del *Ra'y* (o de la libre opinión) a quienes conoceremos como *Ahl al-ra'y*. Por otro lado la ciudad de Medina continúa siendo la antigua ciudad del Profeta y se desarrolla un grupo jurídico que toma las decisiones en base a las tradiciones del Profeta y sus Compañeros y se denominan como Gente del *Hadith* o *Ahl al-hadith*; por el lado de la gente del *Ra'y* se encuentra como el fundador al maestro o *Sahabah 'Abdullah ibn Ma'sood* y por el lado de Medina *Sahabah Ibn Umar*.

La fundación de las escuelas de Kufa y Medina serán el antecedente directo de la escuela *Hanafí* y *Malikí* respectivamente y marcan el inicio de la tradición de las *madhabs* de nombrar a la escuela en honor a un maestro fundador; sin embargo antes de analizar las cuatro escuelas que se conformaron

¹⁵⁴ “La diferencia entre éstas escuelas se vio condicionada esencialmente por factores geográficos; tales como las dificultades de comunicación entre los diferentes centros, así como las variaciones en las condiciones sociales, la costumbre y práctica jurídica”(traducción de la autora) SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 29

¹⁵⁵ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 49

como las oficiales dentro del *Sunnismo*, analizaremos las características distintivas de cada una de ellas:

.- La gente del hadith (*Ahl al-hadith*): Se distinguen por desarrollar la ciencia del hadith, su metodología consiste principalmente en la recopilación y posterior clasificación de los dichos y hechos del Profeta, así como de sus Compañeros, para ellos únicamente era ley aquello que había sido revelado al Profeta y de modo subsidiario las tradiciones del Profeta:

“Some scholars felt that Muslims had to follow only the practices laid out in Koran and by Muhammad, nothing else. There was no need for any law beyond what was stated in the Book and the Traditions; in these God has given us all necessary knowledge”¹⁵⁶

.-La Gente del Ra'y: (*Ahl al-ra'y*): El grupo de juristas desarrollados en la capital del imperio Abasí, en Kufa, Irak, se distinguen por adoptar una metodología basada en las discusiones hipotéticas, y en el uso del libre pensamiento para llegar a conclusiones; además de que consideraban que el papel del jurista en el desarrollo del derecho era mucho más importante y abarcaba más que solo recopilar “tradiciones”; cabe mencionar que además para la escuela del *ra'y* las Tradiciones o *hadiths* tampoco resultan una fuente eficaz, pues al contrario de la escuela tradicionalista, no se encuentran en contacto directo con la Tradición de Medina y dichas fuentes no llegan a ellos de manera rápida, es por esto que el papel del jurista en ésta escuela incluye la formación de un sistema más desarrollado de normas:

“Other believed there was a need for a more developed body of rules for Muslims behavior, what we may start to call a law formulated by qualified scholars”¹⁵⁷

La gente del *Ra'y* de esta manera se distingue por tratar de buscar la sistematización del cuerpo jurídico a través de formación de libre opinión, inferencia analógica y argumentación.

De esta manera, poco a poco se fue consolidando la opinión de cada región y cada grupo de juristas, con lo que a la vez se fue conformando la *Sunna* de cada escuela, la cual recogía el consenso de los eruditos individuales de una localidad particular y si el consenso permanecía por un período de tiempo era establecida de manera sólida

¹⁵⁶ “Algunos estudiosos creían que los musulmanes tenían que seguir únicamente las prácticas establecidas en el Corán y por Muhammad, nada más. No había necesidad de una ley que fuera más allá de lo establecido en el Libro y en las Tradiciones; en ellas Dios había dado todo el conocimiento necesario” (traducción de la autora) VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. 23

¹⁵⁷ “Otros creían que había la necesidad de un cuerpo normativo más desarrollado para regular la vida de los musulmanes, o lo que podríamos denominar una ley formulada por un grupo de juristas calificados” (traducción de la autora) IDEM

La construcción de la Sunna de Medina y de Kufa generó a la larga una división en la práctica jurídica, si bien en un inicio la mayoría de los juristas estaban dispuestos a aceptar la práctica local siempre y cuando los principios establecidos en el Corán explícitamente no fueran violados, el grupo de Medina se volvió extremadamente cerrado:

“Este enfoque desembocó en que la propuesta legal del grupo (mediní) adquirió un carácter extremadamente negativo, en su esencia si no en su forma, hasta el punto de que perdió contacto con las necesidades y circunstancias prácticas”¹⁵⁸

Cada grupo a su vez, justificaba su postura en azoras coránicas, el grupo de Medina por ejemplo, utilizaba la siguiente:

17:36: “Y no persigas aquello de lo que no tienes conocimiento pues es cierto que del oído, la vista el corazón, de todo ello, se pedirán cuentas”

De este modo, la escuela de Medina respaldaba su visión Tradicionalista y su manera de remitirse únicamente a las fuentes reveladas a través del Profeta, ya que de otra manera estarían de acuerdo a la azora anterior incurriendo en alguna falta.

La escuela de Kufa por otro lado no se respalda en una azora específica, pero considera que detrás de cada disposición o principio establecido en el Corán, existe una razón de ser, y es la labor del jurista indagar la razón correcta.

Para resumir; si bien, los factores geográficos y el contexto en que cada escuela se desarrollo fue un factor que influyó de manera decisiva en la segmentación del pensamiento jurídico, éste desemboca en diferencias metodológicas que posteriormente llevarán a la formación de cuatro escuelas jurídicas, conocidas hasta ahora como las oficiales del sunnismo islámico.

La escuela *Hanafí* es la heredera directa de la escuela de Kufa, la escuela *Malikí* será la heredera de la escuela de Medina, la escuela *Shafi'i* es la creadora de la teoría clásica y trata de ser una síntesis entre las dos primeras; y finalmente la escuela *Hanbalí* que resulta incluso una postura más extrema del Tradicionalismo.

¹⁵⁸ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 50

3.2. LAS ESCUELAS JURÍDICAS EN EL ISLAM:

Podemos hablar del establecimiento de las escuelas jurídicas como tal a partir del siglo X d.C:

“The internal cohesion and loyalty of these currents became stronger as time went on, but it is only when we reach the tenth century that we can really call them schools of law as fully formed legal systems with a recognized common structure and authority, and only a century later does the idea appear that every jurist must belong to one and only one school of law; that these have become mutually exclusive identities”¹⁵⁹

A continuación enfocaremos el estudio al análisis de las cuatro principales escuelas jurídicas del *sunnismo* islámico; pues si bien, en el transcurso del período de florecimiento y consolidación del *Fiqh* surgieron diversas escuelas con diversos enfoques, posteriormente al establecimiento de la teoría clásica, únicamente persistieron y persisten cuatro escuelas jurídicas; empezaremos por el estudio de la escuela *Hanafí*, la cual como hemos visto anteriormente es la heredera de la escuela de *Ahl al'ray*, de libre pensamiento o bien, escuela de Kufa:

3.2.1. ESCUELA HANAFÍ:

La Escuela *Hanafí* es llamada de ésta manera debido a su fundador, el *Imam Abu Haneefah*; quien nació en la ciudad de Kufa en Iraq en el año 703 d.C. Durante su juventud se dedica al estudio de la filosofía, la dialéctica y finalmente entra al estudio del *Fiqh* y del *Hadith* bajo la tutoría del maestro *Hammad ibn Zayd*; después de su muerte *Abu Haneefah* toma su lugar y a la edad de 40 años se vuelve el maestro más importante de Kufa; dentro de los datos curiosos de la vida de *Abu Haneefah* se encuentran su resistencia a ser nombrado cadí y a respaldar las decisiones del califa; por ésta razón es aprisionado bajo el califato de *Abu Ja'far al-Mansoor*, para morir en prisión en el año 767 d. C.

Entre los alumnos y sucesores más importantes de la escuela Hanafí se encuentran juristas como *Abu Yusuf* y *Shaybini*, quienes serán de los principales comentaristas de la doctrina Hanafí. A su muerte *Abu Haneefah* no deja ningún libro escrito, a excepción de *al-Fiqh al-Akbar* (El Gran Entendimiento); pero son los dos discípulos antes mencionados quienes expanden la escuela Hanafí.

¹⁵⁹ “La cohesión interna y la lealtad de cada corriente se hizo más fuerte conforme pasaba el tiempo, pero es hasta el siglo X que podemos llamarlas realmente escuelas jurídicas, como sistemas legales completamente formados con una estructura y autoridad común, y solo un siglo después surge la idea de que cada jurista debe pertenecer únicamente a una escuela jurídica; es cuando éstas se convierten en identidades mutuamente exclusivas” (traducción de la autora) VIKOR, Knut. Op. Cit. Pág. 94

La influencia de la escuela *Hanafí* predominó principalmente en Oriente, específicamente en India, Pakistán y sobre todo posteriormente al Imperio turco-otomano quienes adoptan ésta escuela como la oficial en el siglo XVI, se convierte también en la escuela predominante de los países con herencia turca: Turquía, Siria, Jordania, Líbano, Pakistán, Afganistán e India.

A continuación analizaremos los aspectos teóricos que caracterizan a la escuela *Hanafí*

- 1) Uno de los principales elementos que la caracteriza es el énfasis en el orden racional y sistemático de sus preceptos, la importancia de la lógica para entablar discusiones.
- 2) En el aspecto teológico fue identificada en varias ocasiones como parte de la corriente de la *Mu'tazila* cuyos principios suponían que los hombres no pueden tener conocimiento suficiente para conocer a Dios; sin embargo también se encuentra ligada al movimiento religioso conocido como *Murju'a* que pugnaba por la tolerancia religiosa y la neutralidad.¹⁶⁰
- 3) *Abu Haneefah* estaba a favor de la maleabilidad de las normas de acuerdo a las transformaciones políticas, sociales e incluso geográficas de la población a la que se le aplicarían:

“La posición de Abu Hanifa está a favor de normas jurídicas conformes a los principios de justicia, pero susceptibles de evolución (conforme al planteamiento mutazilita) y adaptación a las diversas circunstancias históricas y geográficas”¹⁶¹

- 4) La metodología característica de la escuela *hanafí* es el *ra'y* y el *qiyas*.
- 5) Es una escuela que se distingue en la antigüedad por ser la primera en reconocer la libertad de la mujer para acordar su propio matrimonio, la igualdad de ésta en el mismo y la entrega de una dote debida.
- 6) Uno de los aspectos más criticados dentro de la escuela *Hanafí*, es el hecho de no aceptar el cambio en los principios establecidos por la escuela aunque surgan nuevas interpretaciones; de ésta manera los preceptos desarrollados por *Abu Haneefah* y por sus primeros discípulos no son susceptibles de reforma.
- 7) El método de enseñanza de la escuela *Hanafí* se basa en el principio de la *Shoora* o discusión grupal; el maestro presenta un problema legal al grupo para su debate y discusión, para que éstos lleguen a una solución unificada. Ésta metodología implica el debate en base a casos hipotéticos, lo que para otras escuelas estaba prohibido, se comenzaban las discusiones con la frase:

“Y si pasará lo siguiente.....”

- Fuentes del derecho en la escuela Hanafí:

¹⁶⁰ IDEM.

¹⁶¹ ZERAOUI, Zidane. Op. Cit. Pág. 60

Las fuentes reconocidas por la escuela de *Abu Haneefah*, son las siguientes:

- 1) El Corán: Es la fuente primigenia pues determina la validez de las otras fuentes:
“...any other source that contradicted the Qur’an was considered inaccurate”¹⁶²
- 2) La *Sunnah*: Para tomar en consideración dicha fuente del derecho, se establecía como una precondition que los hadiths a seguir no solo fueran coherentes con el Corán sino que fueran ampliamente conocidos; se estableció esta condición como un método para garantizar que no se encontraban ante falsos hadiths.
- 3) *Ijma* de los Compañeros del Profeta: El acuerdo de los Compañeros del Profeta tenía preeminencia incluso sobre la opinión de *Abu Haneefah*; de igual manera la escuela Hanafí reconoce el *Ijma* de todos los juristas como una fuente válida y vinculante para los musulmanes.
- 4) Resoluciones individuales de los Compañeros del Profeta: En caso de no existir consenso entre los Compañeros del Profeta y habiendo llegado cada uno a soluciones individuales, *Abu Haneefah* tenía la libertad de elegir entre aquella opinión que pareciera más adecuada y aplicable al caso en cuestión.
- 5) Resoluciones alcanzadas mediante la utilización del *Qiyas*.

La escuela *Hanafí* fue una de las primeras escuelas del derecho islámico, como se ha mencionado antes es la heredera del pensamiento de la escuela de Kufa o del *ra’y*; se forma casi al mismo tiempo que la escuela *Malikí*, quien es la heredera de la escuela de Medina; sin embargo a diferencia de las otras dos escuelas que surgen posteriormente, uno de los rasgos que las caracteriza es el reconocimiento de fuentes suplementarias de la ley, lo que a su vez conlleva el establecimiento del principio de *istihsan* o preferencia jurídica lo que garantiza una mayor apertura y flexibilidad en el derecho:

*“La libertad y flexibilidad del razonamiento legal son la piedra angular del principio hanafi de la istihsan o preferencia jurídica y en menor grado del principio malikí de la istislah o consideración del interés público”*¹⁶³

De esta manera, la escuela *Hanafí* es conocida en el mundo islámico, por ser una de las más abiertas y flexibles en cuanto a principios jurídicos, sin embargo a la larga también resulta arbitraria y desapegada a los principios revelados, pues da demasiada independencia al jurista en un sistema en el que el papel del ulema siempre ha estado limitado de antemano.

¹⁶² “..cualquier otra fuente que contradiga al Corán es considerada inadecuada” (traducción de la autora) BILAL PHILIPHS, Abu Amenaah. Op. Cit. Pág. 90

¹⁶³ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 102

A continuación estudiaremos la segunda escuela jurídica, que es contemporánea de la escuela Hanafí y además resulta ser la heredera del pensamiento de la Escuela de Medina o de la *ahl al-hadith*: la escuela *Malikí*:

3.2.2. ESCUELA MALIKÍ:

La Escuela *Malikí* se nombra de esta manera por su fundador, el *Imam Malik ibn Anas al-Asbahi* quien nació en Medina en el año 717 d. C. Uno de los aspectos más importantes de su vida que repercute posteriormente en la formación de su escuela es el hecho de que toda su vida la pasa en Medina, a excepción de una peregrinación a La Meca; es posiblemente el hecho de haber pasado toda su vida en Medina lo que lo lleva a establecer la Costumbre de Medina como una fuente del derecho, como veremos más adelante.

Además de haber sido el fundador de una de las primeras *madh-habs* en el derecho islámico; *Malik* es considerado uno de los pioneros en estudios del *hadith*; debemos recordar que la escuela *Malikí* es heredera de la escuela de Medina o *ahl al-hadith*, cuyo principal enfoque era la recopilación de tradiciones y el apego a éstas para la toma de decisiones. Además de esto el libro *al-Muwatta* escrito por *Malik* fue el primer libro escrito después del Corán:

“This book is also the earliest work on fiqh and has in this respect marked a new chapter in the hitherto almost total preoccupation of Muslim scholars with hadith studies”¹⁶⁴

Al ser pionero y uno de los más sobresalientes estudiosos del *hadith*; su *al-Muwatta* es considerada también como una de las compilaciones más confiables y famosas de *hadiths*.

- Características de la escuela *Malikí*:

- a) Al ser una de las primeras escuelas en surgir, la *Malikí* pone mucho interés al uso de la razón, sin embargo se ve al mismo tiempo muy apegada a la tradición..
- b) El fundador de la escuela (*Malik ibn Anas*) tiene una autoridad mucho más fuerte y marcada que los imames fundadores de las otras tres escuelas.

¹⁶⁴ “Este libro es además el primer libro del Fiqh, y respecto a este hecho ha marcado un nuevo capítulo hasta ahora en respecto a la preocupación de los estudiosos musulmanes en estudios del *hadith*” (traducción de la autora) HASHIM KAMALI, Mohammad. Op. Cit. Pág. 74

c) Posteriormente a la instauración de la teoría clásica, los *malikís* también tuvieron que adaptarse y apegarse a las revelaciones, por lo tanto su énfasis y fuente principal estará encabezada por los hadiths.

d) La escuela *Malikí* establece como una fuente característica el *istislah* (interés público); el cual explicaremos de manera más detallada a continuación.¹⁶⁵

- El principio del *istislah* como característico de la escuela *Malikí*:

El desarrollo del *istislah* como fuente subsidiaria de la jurisprudencia *malikí*, resulta una de las aportaciones más importantes de dicha escuela, además de un elemento característico de la misma. La adopción de dicho principio, además, dota a la escuela *Malikí* de un dinamismo y apertura inexistente en las otras *madh-habs*.

El *istislah* consiste en la escuela *Malikí* a tomar como prueba suficiente y fuente legítima del derecho a las consideraciones del interés público; dicha práctica se encuentra íntimamente ligada con la costumbre local y es además un elemento que otorga diversidad y flexibilidad a la creación de jurisprudencia, además de que permite adaptarse a las condiciones de tiempo y espacio que cada sociedad vive. Si bien, otras escuelas como la *Hanafí* arropan en su catálogo de fuentes del derecho principios parecidos al *istislah*, es la doctrina *Malikí* la única que la considera como “prueba” o fuente legítima, sin necesidad de sustentarla en alguna otra. El principio del *istislah* es sobre todo utilizado para asuntos de gobierno y de impuestos.¹⁶⁶

Otras aportaciones importantes de la escuela *Malikí* a la evolución del derecho se encuentran por ejemplo en el aspecto procesal, al permitir el testimonio de niños. La estipulación del derecho de la mujer a divorciarse por violencia de parte del esposo; la aceptación del divorcio por acuerdo mutuo, etc.,

Malik pensaba que el hecho de pertenecer a una escuela jurídica no era limitante para la aceptación de los principios de otras escuelas, además de que negaba la existencia de una escuela común y vinculante para todos los musulmanes:

*“He felt strongly that no single Madh-hab should be binding on all Muslims in view of the fact that any single Madh-hab would exclude the many other hadiths narrated by Sahabah who had travelled to other parts of the state”*¹⁶⁷

¹⁶⁵ ZIDANE, Zeraoui. Op. Cit. Pág. 60

¹⁶⁶ HASIM KAMALI, Mohammad. Op. Cit. Pág. 76

¹⁶⁷ “El estaba convencido de que ninguna *Madh-hab* debía ser vinculante para todos los musulmanes, en vista de que ninguna *Madh-hab* podía excluir todos los otros hadiths narrados por otros maestros que habían viajado a otras partes del Imperio” (traducción de la autora) BILAL PHILIPHS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 75

Por otro lado, el método de enseñanza en la escuela *Malikí* consiste principalmente en la narración de *hadiths* y la posterior discusión sobre su significación, el contexto bajo el cual había sido mencionado, así como su adecuación a los problemas actuales de la sociedad o problemas presentados a dictaminación jurisprudencial. Al contrario de la escuela *Hanafí*, *Malik* intentaba eludir las metodologías especulativas (bajo el uso del libre razonamiento), así como el planteamiento de casos hipotéticos.

Otra importante diferencia tanto respecto a la escuela *Hanafí* como a las demás, reside en el hecho de que *Malik* no se consideraba la autoridad última en cuanto a jurisprudencia de su escuela, al respecto es famoso el siguiente dicho de *Malik*:

*"I am only a human. Maybe I am wrong and maybe I am right. So look into my opinions; if there are in agreement with the Qu'ran and Sunna, accept them, otherwise reject them"*¹⁶⁸

Ahora, analizaremos brevemente las fuentes del derecho consideradas por la escuela *Malikí*:

- 1) El Corán: *Malik* al igual que la mayoría de los maestros fundadores considera al Corán la fuente primigenia y no condiciona de ninguna manera su aplicación.
- 2) La *Sunnah*: A pesar de que para *Malik* la *Sunnah* representa la segunda fuente del derecho, al ser revelada, su postura respecto a los *hadiths* es más estricta, pues no acepta aplicar ningún *hadith* que sea contrario a la práctica de Medina; su argumento para esta explicación es el hecho de que el Profeta vivió la mayor parte de su vida como musulmán en Medina y la mayoría de sus costumbres coinciden con la costumbre local.
- 3) '*Amal* (práctica de Medina): Para *Malik* resulta tan evidente que la costumbre Medinesa es totalmente coherente con la práctica del Profeta que se instaure como tercera fuente del derecho *malikí*.
- 4) *Ijma* de los Compañeros del Profeta: Al igual que la escuela *Hanafí*, considera el consenso de los Compañeros del Profeta como el único consenso que llegará a ser vinculante para todos los musulmanes.
- 5) Opiniones individuales de los Compañeros del Profeta
- 6) *Qiyas*: Al igual que *Abu Haneefah* acepta como metodología legítima el *Qiyas*.
- 7) *Istislah* (interés público): El cual se establece como principio característico.
- 8) '*Urf* (costumbre): Considera la costumbre de los distintos pueblos que forman parte del Imperio como fuente subsidiaria, siempre y cuando no contravengan los preceptos de la *Shari'ah*.

¹⁶⁸ "Yo solo soy un humano. Probablemente estoy mal, probablemente estoy bien. Así que vean mis opiniones; si están de acuerdo al Corán y la Sunnah entonces acéptenlas, de otra manera, rechácenlas" (traducción de la autora) HASHIM KAMALI, Mohammad. Op. Cit. Pág. 77

Finalmente, es importante mencionar que si bien, la escuela Maliki nace en Medina, la ciudad de Malik, tiene su principal auge y desarrollo en Egipto y en el Magreb en general.

De esta manera, la escuela *Maliki* es predominante en los territorios de Sahara, el Cairo y el Noroeste y centro de África.

Ya hemos analizado las dos escuelas o *Madh-habs* más antiguas de la jurisprudencia islámica, la tercera de ellas surge en un intento de concentrar a las dos corrientes predominantes; por un lado el libro pensamiento encabezado por la escuela Hanafi y por otro lado a los tradicionalistas, encabezados por la escuela *Maliki*; es en este propósito que surge la tercera escuela, que es además la creadora de la teoría clásica: la escuela *Shafi'i*.

3.2.3. LA ESCUELA SHAFI'I

En el desarrollo del capítulo II de la presente investigación, nos hemos referido ya a la escuela *Shafi'i* debido a su importancia como sintetizadora de la jurisprudencia islámica y creadora de la teoría clásica, que si bien, en el mundo islámico no reviste la importancia que le atribuimos en Occidente, ha sido la forma más común de estudio del derecho islámico.

El fundador de dicha escuela es el jurista e *Imam Muhammad ibn Idris ash-Shafi'i* quien nace en Gaza en el año 769, durante su juventud viaja a Medina en donde estudia bajo la tutoría del Imam Malik, de quien aprende la ciencia del hadith; permanece con él hasta que éste muere en el año 801, es entonces cuando *Shafi'i* se muda a Yemen en donde se dedica a enseñar hasta el año 805 d.C cuando se traslada para estudiar bajo las enseñanzas de *Muhammad ibn al-Hassan*, quien había sido un destacado alumno de *Abu Haneefah*; finalmente viaja a Egipto donde desarrolla la segunda parte de su teoría. Como vemos, a diferencia de los otros dos Imames fundadores de escuelas, *Shafi'i* se caracteriza por su movilidad dentro del Imperio musulmán, lo que le permite tener una visión mucho más amplia de la aplicación del derecho

“había adquirido un profundo conocimiento de los principales problemas, pero rechazó vincularse a ninguna causa [...] fue capaz de comprender la complejidad de la situación global, con una amplitud de miras y una profundidad de percepción que dieron lugar a una dimensión completamente nueva del pensamiento jurídico”¹⁶⁹

¹⁶⁹ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 61

Además de la amplitud de la visión de *Shafi'i* es importante la época bajo la cual vive y las problemáticas que se plantean a su alrededor; es por esto que la importancia de *Shafi'i* como jurista va más allá de el hecho de haber innovado en el *Fiqh*, sino que ordeno y sistematizó aquellos preceptos existentes bajo un nuevo enfoque, logrando apaciguar las mayores diferencias entre las escuelas predominantes entonces:

“Su propósito principal era la unificación de la ley, su método para neutralizar las fuerzas de desintegración, la exposición de una firme teoría de las fuentes de las cuales se había derivado la ley”¹⁷⁰

La herencia más importante de *Shafi'i* al *Fiqh* fue la creación de su libro *Risala* redactado en El Cairo en el año 820; en él establece la teoría del *usul-al fiqh* o “fuentes del derecho”, la cual se convertirá a la larga en la teoría clásica del derecho islámico.

Como hemos mencionado anteriormente, *Shafi'i* estudio durante los primeros años de su carrera jurisprudencial bajo la tutoría de Malik, de quien hereda la visión de los *hadiths* como fuente primordial del derecho islámico, su principal razón para tener éste enfoque es el hecho de crear una ley común a todas las provincias, la única manera de hacerlo era estableciendo parámetros certeros y sólidos sobre lo que “es” derecho y lo que no; es por esto que para *Shafi'i* la costumbre jamás podría pertenecer a la categoría de derecho.

.- Aportaciones más importantes de *Shafi'i*.

Al igual que las otras escuelas jurídicas, la escuela *Shafi'i* realizó importantes aportaciones al *Fiqh*:

- 1) Trató de erradicar la diversidad en cuanto a la aplicación del derecho y de ésta manera tener cierta uniformidad tanto en la doctrina como en la práctica.
- 2) Desarrolló una doctrina de la abrogación (*nashk*): la cual como hemos visto anteriormente establece que el Corán no puede abrogar a la *Sunnah* y viceversa.
- 3) Su aportación más importante es la creación de la teoría del *usul-al fiqh* o “fuentes del derecho”.

Ahora, hemos dedicado ya casi la totalidad del capítulo II al estudio de la teoría clásica, hemos visto que al aspecto que más preocupaba a *Shafi'i* era el hecho de ceñirse lo más posible a las fuentes reveladas, hemos visto también que la *Sunnah* juega un papel preponderante en la teoría clásica, que la única metodología aceptada es el *Qiyas* y que toda ésta doctrina se encuentra cubierta por la

¹⁷⁰ Ibidem. Pág. 63

legitimidad que el *Ijma* de la comunidad musulmana le otorga; sin embargo, la siguiente cita nos puede hacer entender como es que *Shafi'i* llega a la construcción de dicha teoría:

*“It tended, first, to become more and more perfected. There is, secondly, and increasing dependence on traditions [...] Thirdly, material considerations of a religious and ethical kind, which represented one aspect of the process of Islamicizing the legal subject-matter, tended to merge into systematic reasoning, and both tendencies became inextricably mixed in the result”*¹⁷¹

Si bien, en el estudio actual del derecho musulmán, la teoría clásica resulta el suceso que la llevó al anquilosamiento y uno de los aspectos más rígidos de éste, en su momento fue la respuesta correcta, sistemática y práctica de los problemas que enfrentaba entonces el derecho musulmán; veremos a continuación las características más importantes de la escuela *Shafi'i*:

- 1) Considera como fuentes del derecho únicamente aquellas que se encuentren establecidas en las dos fuentes reveladas: El Corán y la *Sunnah*.
- 2) Establece como hadiths aceptables, únicamente aquellos que se hayan establecidos por los estudiosos del *hadith* como auténticos.
- 3) Considera como único *Ijma* legítimo el de la comunidad musulmana completa, para *Shafi'i* no tiene validez el *Ijma* de los Compañeros del Profeta ni de los maestros fundadores de escuelas, ni de los *ulemas* en general
- 4) Restringe el uso del *Ijtihad* al método del *Qiyas* o razonamiento analógico,
- 5) Es el primer jurista que trata temas referentes a la metodología de estudio de las fuentes del derecho en su libro “*Risalah*”
- 6) Es el único en desarrollar una teoría de la abrogación.
- 7) Rechaza los principios Hanafí y Malikí de *istislah* e *istihsan* respectivamente, en base al siguiente *hadith*:

*“I adjudicate on the basis of what i hear”*¹⁷²

- 8) La escuela *Shafi'i* se caracteriza por haberse realizado en dos etapas: la vieja escuela desarrollada en Bagdad y la nueva escuela en Egipto; las reglas de la nueva escuela suelen ser más flexibles que las de la antigua.

¹⁷¹ “Tendía, en primer lugar a perfeccionarse más y más. En segundo lugar era sumamente dependiente de las tradiciones (hadiths). En tercer lugar, las consideraciones materiales de carácter ético y religioso; las cuales representaban un aspecto del proceso de islamizar la materia legal (jurídica), emergieron como un razonamiento sistemático, y ambas tendencias se mezclaron en dicho resultado” (traducción de la autora) SCHACHT, Joseph. Op. Cit. Pág. 41

¹⁷² “Yo juzgo en base a lo que he oído” HASHIM KAMALI, Mohammad. Op. Cit. Pág. 82

Las fuentes del derecho *Shafi'i* son de acuerdo a la teoría clásica:

- 1) El Corán como fuente primigenia.
- 2) La *Sunnah*: como fuente subsidiaria e interpretativa del Corán.
- 3) El *Ijma*: Como hemos visto; para *Shafi'i* únicamente es válido el *Ijma* de la comunidad musulmana completa.
- 4) El *Qiyas*: como único método jurisprudencial.
- 5) En casos especiales podían aceptar las opiniones individuales de los *ulemas*, siempre y cuando no contravinieran las disposiciones de las fuentes reveladas.
- 6) Si bien, rechazaba categóricamente el principio *Malikí* del interés público, podía aceptar el *Hanafí* de *istishab*, que era más un principio de “preferencia” de un precepto sobre otro en base a las circunstancias del caso.

La escuela *Shafi'i* se expandió sobre todo en el Este de África; sin embargo en la actualidad aún tiene influencia en el Bajo Egipto, el sureste de Arabia, África del Este, Indonesia, Malasia, Brunei, Palestina, Jordania y Siria.

Si bien, la intención de *Shafi'i* era terminar con la división al interior del pensamiento jurídico sunni, posteriormente al desarrollo de la teoría clásica surge una nueva escuela que pugna por el regreso al principio tradicionalista de manera más estricta que incluso la antigua escuela de Medina; esta será la escuela *Hanbalí* a la cual dedicaremos el siguiente apartado:

3.2.4. LA ESCUELA HANBALÍ.

La escuela *Hanbalí* surge en el siglo IX fundada por el *Imam Ahmad ibn Hanbal*, de manera conjunta surge el movimiento *zahirí*, ambas escuelas se caracterizan por basarse solamente en el significado literal y evidente de los textos del Corán y las tradiciones (*hadíths*).

Ahmad ibn Hanbal nace en el año 778 d. C y estudia durante su juventud con *Abu Yusuf*, un importante alumno de *Abu Haneefah* y posteriormente directamente con *Shafi'i*. *Ahmad ibn Hanbal* no cree realmente en la creación de escuelas jurídicas, razón por la que resulta incluso extraño e incoherente que exista una escuela jurídica *Hanbalí*; se opone totalmente a los racionalistas y únicamente reconoce como juristas a los de la escuela “tradicionalista”

“...su rechazo hacia la razón humana, bajo cualquiera de sus formas, como fuente de la ley y su insistencia de que todas y cada una de las normas legales pudieran encontrar su

*autoridad necesaria únicamente en la divina revelación del Corán y en la práctica del Profeta*¹⁷³

Su dogmatismo llega incluso al extremo de aceptar únicamente como válidas las fuentes reveladas del derecho, incluso si un *hadith* no se ha probado como auténtico, es preferible al uso del razonamiento humano; es por esto que otra las funciones primordiales del *Imam Ahmad* fue la compilación y estudio de *hadiths*, pues representaban la fuente directa para la resolución de problemas; es importante mencionar que además durante el tiempo en que *ibn Hanbal* desarrolló su doctrina la ciencia del *hadith* y el material existente se encontraba ya plenamente desarrollado.

Ahmad ibn Hanbal prohibía a sus estudiantes recopilar sus enseñanzas o soluciones a los problemas, por lo anterior, la escuela *Hanbalí* fue recopilada por los alumnos de los alumnos del *Imam Ahmad*¹⁷⁴

Sin embargo y a pesar del dogmatismo evidente de la escuela *hanbalí*, uno de los aspectos sobresalientes es la libertad contractual; mientras las demás escuelas se inclinan por sujetar la creación de contratos privados a lo permitido por la *Shari'ah*, la escuela *Hanbalí* es abierta y permite la inserción de cláusulas siempre y cuando no exista una clara prohibición de la *Shari'ah*; además de que dicha permisibilidad no es necesariamente pactada, sino que puede ser realizada unilateralmente, por ejemplo el derecho de la esposa a pactar la prohibición de adquirir una segunda esposa para el marido.

Es en éste aspecto que podemos ver como el hecho de ceñirse estrictamente a lo revelado en las escrituras, puede resultar al final como un elemento que otorgue mayor flexibilidad al derecho; puesto que en el Corán en mayor medida que en la *Sunnah*, únicamente se han establecido principios, la práctica y operatividad queda abierta a no contravenir dichos principios únicamente.

El *Imam Ahmad ibn Hanbal*, al igual que Malik no se establece como la autoridad última en su escuela, lo cual queda establecido en el siguiente dicho narrado por uno de sus alumnos *Abu Dawdud al-Sokostani*:

*“Do not imitate me, nor Malik, nor Thawri, nor Awza'i, but take from where we have taken”*¹⁷⁵

Podemos resumir a la escuela Hanbalí en la siguiente frase de Zidane Zeraoui:

¹⁷³ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 79

¹⁷⁴ BILAL PHILIPHS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 111

¹⁷⁵ “No me imiten a mi, ni a Malik, ni a Thawri, ni a Awza'i, pero recurran a donde nosotros hemos recurrido” (traducción de la autora) HASHIM KAMALI, Mohammad. Op. Cit. Pág. 84

“La hanbalí impone un regreso a la tradición medinesa en que el Corán y la sunna son las únicas fuentes doctrinales objetivas”¹⁷⁶

De esta manera las fuentes del derecho reconocidas por la escuela *Hanbalí* son las siguientes:

- 1) El Corán.
- 2) La *Sunnah*
- 3) El *ijma* de los Compañeros del Profeta: Considera respecto a esto el *ijma* realizado en otros tiempos como carente de legitimidad, además lo desacredita por la pluralidad y diversidad de ulemas existentes.
- 4) Opiniones individuales de los Compañeros del Profeta.
- 5) *Hadiths* débiles: Los prefiere sobre el uso del razonamiento humano
- 6) *Qiyas*: La única metodología aceptable.

En la actualidad la escuela *Hanbalí* tiene influencias sobre todo en Omán, Qatar, Bahrain y Kuwait, pero sobre todo ha sido la fuente de inspiración del movimiento *Wahabbi* en Arabia Saudita, el cual representa uno de los movimientos fundamentalista más fuertes e importantes de los últimos tiempos en el mundo islámico.

.- DESPUÉS DE LAS ESCUELAS:

Tras la muerte de los Imames fundadores de cada escuela, el desarrollo del *fiqh* se encaminó a poner el mayor énfasis en las opiniones de cada *madh-hab*, en parte por la proliferación de compilaciones de *hadiths*, el estatus que las *madh-habs* adquirieron en las cortes del sultán; de esta manera poco a poco la opinión y resoluciones de los integrantes de las escuelas fueron adquiriendo precedencia sobre las fuentes legítimas del derecho islámico; con esto la rivalidad entre escuelas fue cada vez más patente.

Si bien, a primera vista y en base a que es un mandato divino la unidad de su pueblo, el desacuerdo y rivalidad entre musulmanes se encuentra prohibido, sin embargo también aunque en un inicio parezca únicamente que las escuelas rivalizaban en aspectos meramente metodológicos, lo cierto es que se trataba también de desacuerdos filosóficos de fondo, lo que al mismo tiempo reflejaba que el uso del razonamiento, del *ijtihad* se encontraba floreciendo y alimentando a la jurisprudencia:

“Juristic disagreement among the schools is a consequence of the freedom of Ijtihad which they enjoyed”¹⁷⁷

¹⁷⁶ ZERAOUI, Zidane. Op. Cit. Pág. 61

Los principales temas en que las escuelas se encontraban en desacuerdo eran referentes a la interpretación del Corán, aceptación de hadiths y aspectos metodológicos. Es por esto que se ha descrito de manera común al derecho islámico como un sistema “diverso” y carente de unidad; al ser cada escuela o *madh-hab* un sub-sistema, siempre concordantes en cuanto a los principios, y divergentes en cuanto a los detalles.

Al desacuerdo en el derecho musulmán se le conoce como *Ikhtilaf*, sin embargo es necesario aclarar que si bien el desacuerdo o *Ikhtilaf* está permitido y se desarrolla ampliamente en el *Fiqh*, en cuestiones jurisprudenciales y metodológicas, se encuentra prohibido en cuestiones de fe.

Durante el establecimiento del Imperio Otomano, se asume como doctrina jurídica oficial la doctrina *Hanafí*, la cual es aplicable en la mayoría de los tribunales otomanos, sin embargo las otras escuelas aún gozaban de prestigio y seguidores en el Imperio; por lo anterior resultaba difícil juzgar en base a la doctrina de cada escuela, de esta manera se busca llegar a una unificación en base a la doctrina del *Tajayyur* o “selección”, el cual consiste principalmente en:

“El primer paso consistió en considerar la legislación dominante de una de las otras tres escuelas sunníes como una alternativa posible a la ley hanafí existente”¹⁷⁸

La doctrina del *Tajayyur*, implicaba de ésta manera una apertura de las escuelas para aceptar los preceptos de las otras escuelas, dicha apertura significaba a la vez lo que es conocido en el derecho musulmán como *Talfiq*, el *Talfiq* es en cierta manera impreciso, pues abarca desde el desvío de la doctrina común de una determinada escuela, hasta el hecho antes mencionado, la aceptación de los principios de otras escuelas, que fue sin embargo una necesidad para que el derecho islámico se moviera hacia una nueva etapa:

*“El desarrollo de la ciencia del derecho a finales del siglo IX fue el factor que más contribuyó a la disminución de la tensión entre las diferentes escuelas. Con su aceptación general de un esquema básico de los *usul*, o fuentes del derecho y con la conciencia de unidad de objetivos que ello produjo, la hostilidad y la competencia dieron paso gradualmente a la mutual tolerancia, de modo que poco después la simbiosis de facto entre las distintas escuela fue reconocida y ratificada por la doctrina clásica del *ijma*”¹⁷⁹*

¹⁷⁷ “El desacuerdo jurídico entre las escuelas es una consecuencia de la libertad de usar el *Ijtihad* de la cual disfrutaban” (traducción de la autora) HASHIM KAMALI, Mohammad. Op. Cit. Pág. 93

¹⁷⁸ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 194

¹⁷⁹ Ibidem. Pág. 99

Ahora, uno de los factores que vale la pena mencionar al respecto del desarrollo de la jurisprudencia islámica es el establecimiento de la doctrina del *Taqlid*. A la muerte de los Imames fundadores de las *Madh-habs* sus alumnos asumen una postura que se dedica casi de manera predominante a “imitar” o seguir los preceptos ya establecidos en cada escuela; si bien cada *ulema* o musulmán tenía en general la libertad de pertenecer a una escuela o a otra, y a moverse libremente entre ellas, esto no implicaba la innovación de la doctrina; si bien con la adopción del *Tajayyur* se le inyectó una dosis importante de innovación, a la larga llevó al estancamiento y a la falta de adaptabilidad de los preceptos jurídicos a las nuevas situaciones y condiciones sociales.

“The prevailing characteristic of this period was that of Taqleed (the blind following of a Madh-hab) and factionalism. This degenerative trend resulted in the dropping of all forms of Ijtihad”¹⁸⁰

De esta manera, como lo hemos referido anteriormente, la adopción de la doctrina del *Taqlid* (o imitación) conlleva a lo que se conoce como “el cierre de las puertas del Ijtihad”; tanto desde la consideración a la que llegaron los diversos *ulemas* de que todos los temas jurídicos habían sido estudiados por los maestros fundadores, hasta la adopción generalizada de la idea de que el camino revelado y “la verdad” se encontraba en el seno de cada escuela.

La doctrina del *Taqlid* sin embargo, se encuentra muy lejos de las concepciones de los Imames fundadores de cada escuela, ninguno de ellos estableció realmente su autoridad como la última legítima y a la que se debía seguir; en realidad de acuerdo a las fuentes reveladas, el único al que la comunidad musulmana debe seguir es al Profeta:

“For in the declaration of one’s Islam (there is no God but Allah and Muhammad is the messenger of Allah), the Prophet is accepted as being the only person who should be followed unquestioningly since following him is equivalent to following Allah”¹⁸¹

Este período de *Taqlid* que implicó la falta de movilidad del derecho islámico, termina con el colonialismo europeo y el fin del Imperio Otomano durante la Primera Guerra Mundial; cuando el mundo islámico se divide en colonias y protectorados. De ésta manera el derecho islámico es sustituido por la adopción de códigos de corte europeo (inglés o francés según el caso); y es hasta el actual proceso de globalización cuando se busca la apertura nuevamente de las puertas del *Ijtihad*

¹⁸⁰ “La principal característica de éste periodo fue la adopción del Taqleed (el seguimiento ciego a las Madh-hab) y el faccionalismo. Esta tendencia degenerativa resultó en el abandono de todas las formas de Ijtihad”(traducción de la autora) BILAL PHILIPHS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 137

¹⁸¹ “Pues en la profesión de fe del Islam (No hay más Dios que Allah y Muhammad es su Profeta); el Profeta es asumido como la única persona que debe ser seguida incuestionablemente; pues seguirlo a él equivale a seguir a Allah” (traducción de la autora) BILAL PHILIPHS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 153

para adecuar el derecho islámico a conceptos modernos como “derechos humanos”; “ciudadanía”, etc., sin necesidad de abandonar los principios que rigen y dan identidad a la comunidad musulmana mundial.

Para finalizar el presente capítulo; se presenta a continuación el siguiente cuadro, que nos permite observar de manera esquemática las diferencias entre escuelas, así como los principios rectores de cada una de ellas:

ESCUELA	ESCUELA HANAFÌ	ESCUELA MALIKÌ	ESCUELA SHAFI'I	ESCUELA HANBALÌ
ANTECEDENTES	Escuela del Libre pensamiento “ahl al-ray” o escuela de Kufa	Escuela Tradicionalista: “ahl al-hadith” o Escuela de Medina	Punto medio entre la Escuela de Kufa y la Escuela de Medina	Escuela Tradicionalista.
FUNDADOR	Imam Abu Haneefah	Imam Malik ibn-Anas al-Asbahi	Imam Muhammad ibn-Idris al-Shafi'i	Ahmad ibn-Hanbal
FECHA DE FUNDACION	Siglo VI	Mediados Siglo VI	Siglo VII	Siglo IX
METODOLOGÌA DE ENSEÑANZA	Planteamiento de casos hipotéticos para debate y solución.	Estudio de los hadiths para su aplicación a nuevos casos	Creador del usul al-fiqh o teoría de las fuentes del derecho en el que todas las reglas se deben deducir de las “normas reveladas”	Se apega a las “normas reveladas”, considera el menor uso del razonamiento humano en la aplicación de la ley
FUENTES DEL DERECHO RECONOCIDAS	.- Corán .- Sunnah .- Ijma de Compañeros del Profeta .-Resoluciones individuales de Compañeros del Profeta .-Qiyas	.- Corán. .- Sunnah .-Práctica de Medina .- Ijma de Compañeros del Profeta .-Resoluciones Individuales de Compañeros del Profeta .-Qiyas	.-Corán .- Sunnah .- Ijma de toda la Comunidad Musulmana .- Qiyas	.- Corán .-Sunnah .- Ijma de los Compañeros del Profeta. .-Hadiths débiles .-Qiyas

		.- Istislah .-Costumbre		
PRINCIPIO CARACTERISTICO	Istisbah: Principio de preferencia de una disposición sobre otra	Istislah: O causa de interés público	El <i>usul al-fiqh</i>	Aceptación de hadiths débiles
LUGARES EN QUE PREDOMINA	Turquía, Siria, Jordania, Líbano, Pakistán, Afganistán, India	Sahara, Egipto, Noroeste y Centro de África.	Bajo Egipto, Sureste de Arabia, Africa del Este, Indonesia, Malasia, Brunei, Palestina, Jordania y Siria	Omán, Qatar, Bahrain, Kuwait; inspiración del movimiento wahabí en Arabia Saudita

IV. ESTADO Y DERECHO ISLÁMICO

Hemos llegado de ésta manera, al último capítulo de la presente investigación, resulta un capítulo conclusivo, pues aquello que hemos estudiado los capítulos anteriores y que conforma el sistema jurídico musulmán; sin embargo para que un sistema jurídico pueda ser considerado como tal y funcionar como tal, es necesario contar con la fuerza coactiva del Estado, en el caso particular del derecho musulmán, al tratarse de un derecho de corte religioso, resulta interesante ver el desarrollo que ha tenido el Estado en relación con el derecho; desde el establecimiento del Profeta en Medina y su papel como jefe de Estado, hasta la conformación de los Estados árabes tras el proceso de colonización.

En un inicio, nos enfocaremos a analizar conceptos básicos como Estado, Derecho, así como la relación intrínseca entre estos, para así llegar a analizar el establecimiento de un Estado musulmán originalmente en Medina bajo las ordenes del Profeta, su configuración en Califato, su funcionamiento durante el Imperio, su desarrollo durante el Imperio turco-otomano, el impacto que tuvo el proceso de Colonización en el mundo islámico y finalmente la conformación de Estados Nacionales.

Especialmente en el punto de la conformación de Estados Nacionales trataremos tres países musulmanes que resultan cada uno vías alternas de conformación estatal, a saber:

- .- Egipto: Que tras el proceso de colonización opto por la vía del socialismo árabe
- .- Irán: Quienes posteriormente a la Revolución de 1979 se convirtieron en un Estado Clerical Islámico.
- .- Turquía: Uno de los países musulmanes que han ido al extremo de la secularización en todos los aspectos.

La pregunta a responder al final, será relativa al grado de secularización que se puede alcanzar en un Estado preponderantemente musulmán, así como su relación consiguiente con el derecho islámico.

4.1. ESTADO Y DERECHO.

La palabra y el concepto de Estado, han tenido una evolución que va conforme a los hechos históricos vividos por la humanidad, a grandes rasgos y de conformidad con Héctor González Uribe, podemos definir Estado como:

“Estado, significa, pues, la manera de ser o de estar de un fenómeno determinado”¹⁸²

¹⁸² GONZÁLEZ URIBE, Héctor. “Teoría Política”. Ed. Porrúa. 1ª ed. México. D.F. 1972. Pág. 149

La definición de Estado que en el presente capítulo nos interesa es la que se encuentra relacionada al ámbito político, y específicamente su relación con el Derecho.

El Estado de esta manera ha sido estudiado por diversos autores en Occidente llegando al concepto de Estado como hoy lo conocemos; se ha desarrollado toda una “Teoría del Estado” que está enfocada al estudio y análisis del Estado; las definiciones de Estado a las que nos enfocaremos, será tanto aquellas definiciones de carácter jurídico, que definen al Estado de acuerdo a Kelsen como un orden jurídico completo que descansa en una norma hipotética fundamental, o bien de acuerdo a Jellinek como un sujeto u objeto del Derecho; sin embargo en esta ocasión y para los fines del presente capítulo nos ceñiremos a la definición de Sánchez Agesta:

“Una comunidad organizada en un territorio definido, mediante un orden jurídico servido por un cuerpo de funcionarios y definido y garantizado por un poder jurídico autónomo y centralizado, que tiende a realizar el bien común en el ámbito de esa comunidad”¹⁸³

De esta manera estudiaremos la manera en que a través del tiempo se han organizado los Estados musulmanes, si es que realmente se le pueden llamar Estados y su relación con un concepto que resulta de suma importancia, sobre todo posteriormente a la época colonia: el secularismo en el Estado.

Dentro de los elementos que han sido un factor importante específicamente en la evolución del Estado en los países musulmanes ha sido la religión; la religión se ha mezclado aún de manera más evidente en el Islam que en otras religiones con la política, pues el propio código jurídico por el que se rigió la vida de los musulmanes y aún ahora se rige en muchos aspectos es un código religioso: La *Shari’ah* se caracteriza por estar constituida en base a fuentes “reveladas” como hemos visto a lo largo de la presente investigación y al ser así, su carácter coercitivo es básicamente espiritual; el cual sin embargo a lo largo de la historia ha sido un elemento legitimador del poder político. En la actualidad la discusión sobre la relación entre el Islam y el Estado resulta un asunto de primer orden en la política internacional, debido a la introducción de conceptos de origen moderno como: derechos humanos, democracia, ciudadanía, etc.,

Incluso en el mundo islámico existen numerosos autores que pugnan por un Estado secular en el exista tolerancia a otras religiones, lo cual se puede lograr estableciéndolas como prácticas individuales y libres sin que el Estado influya en ellas; esto es así porque el Estado:

“The state is not an entity that can feel, believe or act by itself. It is always human beings who act in the name of the state, exercised its Powers, or operate through its organs”¹⁸⁴

¹⁸³ SANCHEZ AGESTA, Luis. “Principios de Teoría Política” Madrid, Editora Nacional, 1966 Pág. 83

Al ser el Estado una entidad no autónoma, sino sujeta a la actividad humana, resulta de por sí susceptible a estar influenciada por los intereses y creencias de sus operadores, como para encima de esto establecer una línea religiosa-política cerrada que no permita la flexibilidad e inclusión de otros grupos. Esta sería la postura defendida por los musulmanes o árabes seculares; sin embargo, como veremos en el desarrollo del presente capítulo, no es posible ignorar las condiciones bajo las que se ha desarrollado el Estado en el mundo musulmán para saber de que manera se va a enfrentar a la diversidad en un mundo globalizado como el actual.

A continuación analizaremos el surgimiento del primer Estado que podemos llamar “islámico” y como desde entonces se configuro la relación entre religión y Estado, relación en la que el derecho ha jugado un papel intermedio y relevante desde sus inicios.

4.2. EL PRIMER ESTADO ISLÁMICO:

Como ya hemos visto, la sociedad árabe estaba regida por un sistema tribal, basado en los lazos sanguíneos y en la fidelidad a una determinada tribu y familia. Cuando Muhammad comienza a predicar la nueva religión, busca establecer un parentesco distinto al parentesco tribal: un parentesco de fe; el cual culmina de manera exitosa con el establecimiento en el año 622 de la *Umma* en la ciudad de Yatrib (Medina). La *Umma* constituye desde entonces el eje de la vida política de los musulmanes:

“Umma: comunidad musulmana, único punto de referencia a los árabes hasta principios del siglo XX cuando los términos: patria, nación, etc., penetran en el pensamiento islámico”¹⁸⁵

La *Umma* resultará desde sus inicios el principal referente de pertenencia para los musulmanes, dicha pertenencia abarca numerosos aspectos de la vida del musulmán, desde aspectos espirituales, hasta aspectos políticos y por su puesto jurídicos; pues desde el inicio, aquellos miembros que pertenecen a la *Umma* se regirán por las normas “reveladas” y aceptaran al Profeta como su principal guía. Es entonces que desde el inicio podemos ver que la comunidad islámica es una comunidad tanto religiosa como política, se configura como:

“...un estado teocrático cuyas instituciones estatales coinciden en esencia con las religiosas”¹⁸⁶

¹⁸⁴ “El Estado no es una entidad que pueda sentir, creer o actuar por sí misma. Son siempre seres humanos los que actúan a través del Estado, ejercitan su poder y operan a través de sus órganos” (traducción de la autora) AHMED AN’NAIM, Abdullahi. Op. Cit. Pág. 11

¹⁸⁵ ZERAOI, Zidane. Op. Cit. Pág. 11

Al ser un Estado teocrático, la religión adquiere un carácter fundamental en la vida estatal y no únicamente se adopta como religión oficial en el que cada miembro para pertenecer a la Umma debe ser musulmán, sino en el que la vida religiosa y la religión en si son el centro y razón de ser de la existencia y actividad del Estado.

Poco a poco, se van configurando las características de este nuevo Estado:

- 1) Exclusividad: con la sucesiva eliminación de las tribus judías que se encontraban asentadas en la ciudad de Medina, la comunidad se vuelve exclusivamente musulmana
- 2) Teocracia: como se menciono ya anteriormente el centro de la vida estatal y religiosa del Estado es la religión, además convergen las instituciones religiosas con las estatales, en el primer Estado islámico establecido por Muhammad no existe una separación entre Estado y religión.
- 3) Belicosidad: Muhammad no pregonó por una comunidad pacífica, sino que consideraba la guerra como un medio político que podía ser de utilidad a la religión, gracias a la aceptación de la guerra como una característica del Estado musulmán es que en los siglos subsecuentes se logra la expansión del Imperio islámico.¹⁸⁷

Tras el pleno establecimiento de la *Umma* en Medina, la comunidad se comenzó a expandir rápidamente, el objetivo de Muhammad siempre fue conquistar la Meca, pues ahí la religión tendría un centro que le permitiría abarcar toda Arabia, y porque ahí se encontraba la *Kaaba*, que si bien era un centro de culto pagano, también constituía un culto para los musulmanes; pues dentro de la *Kaaba* se encontraba la fuente que Ismael, el primogénito de Abraham con su esclava Agar había hecho brotar cuando fueron abandonados en el desierto.

Finalmente en el año 630 los musulmanes toman la Meca; y para cuando Muhammad muere el 8 de junio del 632 el Islam se había extendido por todo el occidente de Arabia, desde Yemen hasta Jordania.

Desde el inicio, los musulmanes asumen como su principal obligación la constitución de una sociedad que siga un modo de vida basado en la ley divina, el modo de hacer realidad esta visión y misión del propio Islam es a través de la política:

¹⁸⁶ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 650

¹⁸⁷ Ibidem. Pág. 187

“Por eso, para un musulmán devoto, la política es lo que los cristianos llamarían un sacramento. Es una actividad que debe sacralizarse para que se convierta en un canal de expresión divino”¹⁸⁸

Es importante hablar durante esta primera etapa de la comunidad musulmana, del papel que el Profeta Muhammad jugó. Como ya se ha mencionado anteriormente, Muhammad y su predicación vinieron a cambiar el paradigma de la vida social desde sus cimientos, con el establecimiento de la fe en un solo Dios; esto implicaba ya una tarea bastante complicada, pues en un inicio debía abrir los canales de comunicación para lograr la apertura de la sociedad árabe a una nueva religión:

“The Prophet’s task, therefore was to overcome that resistance and create in society a frame of mind receptive to the new religion”¹⁸⁹

Dicha tarea le costó una fuerte persecución política, pero al final lograron cambiar la percepción árabe del mundo; el Profeta y el Islam introdujeron al pensamiento árabe los conceptos de igualdad entre los hombres, conviniendo en un inicio de manera pacífica con las tribus judías y cristianas que vivían en Arabia; introdujo también un mayor respeto a la vida, para la que estableció protecciones especiales y disminuyó de manera importante la aplicación de la venganza de sangre; sin embargo, también es cierto que para lograr una verdadera reforma de la sociedad, el Profeta tuvo que respetar la costumbre tribal, como hemos visto ya durante el desarrollo del primer capítulo:

“...el Apóstol debe mitigar los excesos de sus seguidores sin revolucionar por completo sus costumbres”¹⁹⁰

Como también ya se ha visto antes, dentro de las funciones del Profeta ya como jefe de Estado, se encontraban ser el juez máximo, es durante esta época que se establecen los principios del uso del razonamiento personal, en base a la práctica del Profeta, que a pesar de estar divinamente inspirado, admite que al ser un ser humano no se le puede considerar infalible, al respecto es famoso el siguiente *hadith*:

“I am only a human being, and you bring your disputes to me, Perhaps some of you are more eloquent in their plea than other, and i judge in their favor according to what I hear from them. So whatever I rule in anyone’s favor which belongs to his brother, he should not take any of it, because I have only granted him a piece of Hell”¹⁹¹

¹⁸⁸ ARMSTRONG, Karen. Op. Cit. Pág. 72

¹⁸⁹ “La tarea del Profeta fue entonces superar esa resistencia y crear en la sociedad un campo de pensamiento que fuera receptivo a la nueva religión” (traducción de la autora) AL-ALWANI, Taha Jabir. Op. Cit. Pág. 4

¹⁹⁰ ZERAOU, Zidane. Op. Cit. Pág. 68

¹⁹¹ “Yo solo soy un ser humano, y si ustedes traen desacuerdos ante mí; tal vez alguno de ustedes es más elocuente en su planteamiento que otros, y yo juzgaré a favor de ellos de acuerdo a lo que he oído. Así que

El Profeta así, a pesar de aceptar su carácter humano, es tomado como el modelo a seguir, no únicamente en su actuar humano e incluso jurídico, sino también como jefe de Estado; en el prototipo del Estado de Medina se estableció en la figura del Profeta, una autoridad en la que convergían tanto la autoridad moral y religiosa, como la política, militar y jurídica, es por esto, porque en sus propios orígenes el Estado islámico nació como una figura religiosa que es difícil hablar de secularización en él; aunque también es cierto que tras la muerte del Profeta, ningún hombre tendrá la autoridad política con la legitimidad religiosa del Profeta; hecho que será patente con la primera designación del califa.

4.3. LA FIGURA DEL CALIFATO.

Como hemos visto anteriormente, el primer gran reto de la comunidad musulmana como conformación política, se presentó tras la muerte del Profeta Muhammad, específicamente con su sucesión, si bien existen testimonios que establecen que la designación de *Abu Bakr* como sucesor del Profeta era algo que él mismo previó; la misma se vio rodeada de controversia.

Hay que recordar que Muhammad conquista en el año 630, dos años antes de su muerte, la ciudad de La Meca, con cuya conquista concentra también todo el poder político de Arabia; pues centraliza también a las tribus de beduinos que vagan en el desierto, quienes le rinden tributo; a la muerte de Muhammad en el año 632, comienza un movimiento de defección conocido como *ridda* o apostasía del Islam, la motivación de dicho movimiento no es claramente identificable como política o religiosa; lo cierto es que las tribus, acostumbradas a un sistema de clanes, en el que se debía lealtad al jefe de la tribu, consideran que al morir Muhammad ya no existe un pacto de lealtad. Nos encontramos entonces ante el primer gran conflicto político para el Estado islámico y quien en ese momento detenta el poder, el califa.

En este punto, debemos hacer referencia a la legitimidad de la figura del califato. El ejemplo que el Profeta Muhammad deja tras su muerte, es la convergencia en una figura o en una persona de la autoridad de todo tipo: política, militar y religiosa; sin embargo, tras su muerte será imposible que en una persona confluyan en adelante estas figuras:

cualquier cosa que decrete a favor de alguien, que en realidad pertenezca a su hermano, no debe ser tomada; pues estaré otorgándole un pedazo de infierno” (traducción de la autora) BILAL PHILIPHS, Abu Ameenah. Op. Cit. Pág. 50

“The conflation/convergence ideal has been impossible to achieve since the time of the Prophet because no other human being can enjoy the Prophet’s combination of religious and political authority”¹⁹²

Es en este punto en donde resulta evidente la tensión que ha existido en el Estado Islámico por la legitimidad de sus gobernantes; especialmente en tiempos como durante la instauración del califato, en que los líderes políticos pretendían tener también una legitimidad religiosa y moral.

De esta manera, el primer acto tendiente a legitimar el poder y nombramiento de Abu Bakr se da precisamente durante la guerra del *rida*, pues en lugar de rendirse a las tribus y descentralizar el poder que Muhammad había logrado concentrar, pelea contra ellas y logra dominarlas sobre la base de un Estado islámico, tendiente a vivir bajo los preceptos dictados por *Allah* a Muhammad. *Abu Bakr* muere en el año 634 y nombra como sucesor a *Umar ibn al-Khattab*. El segundo califa, bajo el que se presenta la primer gran expansión del Islam.

Es importante mencionar, que durante los primeros califatos, estos no se designaban de manera hereditaria, pues existía un consejo de musulmanes, conformado por lo general por Compañeros del Profeta, denominado *shura*¹⁹³ quienes se encargaban de designar al sucesor en el Califato.

Ahora, el califato era una figura política que estaba encargada de la dirección del Estado, pero a su vez poseía una legitimidad religiosa proveniente de la cercanía con el Profeta y sus enseñanzas; sin embargo especialmente durante el califato de Umar, bajo el que el Islam abarca también territorios persas, tras la conquista de Siria, Irak y Jerusalén el califa adquiere una naturaleza un tanto secular; pues en los países conquistados no obliga a la población a abrazar el Islam, sino que respeta las religiones de cada población, así como los usos y costumbres e incluso añade algunas al aparato burocrático.

Tras la muerte de *Umar* se presenta en la comunidad musulmana la primera gran escisión; cuando la *shura* designa a *Utman* (miembro de una de las familias más acaudaladas de La Meca y quienes persiguieron a Muhammad en un inicio, el clan de los Omeyas) quien carece de la legitimidad moral necesaria para ser califa. Una parte de los musulmanes, toman partido por *Alí*, quien representa la persona más cercana al Profeta, por su matrimonio con la única hija de éste: Fátima.

¹⁹² “La combinación/convergencia ideal ha sido imposible de alcanzar después de los tiempos del Profeta, porque ningún otro ser humano puede juntar en si mismo la autoridad religiosa y política de que gozaba el Profeta” (traducción de la autora) AN’NAIM ABDULLAHI, Ahmed. Op. Cit. Pág. 53

¹⁹³ “Vivir la historia: En las tierras del Islam” (Editores de Time-life books). Ed. FOLIO. 1ª Edición. México, 2008. Pág. 39

Como ya se hizo anteriormente referencia al motivo de escisión entre sunníes y chiíes bastara con recordar que Utman es asesinado por un grupo de musulmanes de Egipto quienes enarbolan como líder y califa legítimo a Alí, cuando al mismo tiempo surge la oposición del clan Omeya, quienes finalmente conformaran la gran dinastía Omeya, que gobernará los siguientes siglos del Islam *sunní*, y quienes además instauraran la dinastía hereditaria en el Islam.

4.4 LA DINASTÍA HEREDITARIA EN EL ISLAM

La instauración de la dinastía Omeya, significo un importante cambio en la forma de organización política del Islam. Los Omeyas, eran una familia acaudalada de La Meca, por lo tanto, algunos de los primeros musulmanes de Medina vieron su califato con recelo; tratando de instaurar, a los descendientes de Alí como califas legítimos a través de dos guerras civiles y finalmente separándose y conformado un gran grupo secesionista: El *shíí*; sin embargo en este momento nos enfocaremos principalmente a la evolución del Estado *Sunní*.

En este primer cambio de paradigma, trataremos de explicar como es que los Omeyas se legitiman para ascender al poder.

“Hay ciertas pruebas de que los califas Omeyas reivindicaron no solo que eran sucesores del Profeta como jefes de la comunidad, sino además una suerte de delegados de Dios en la tierra e intérpretes últimos de la ley divina”¹⁹⁴

Esta legitimación religiosa que los Omeyas ostentaban o trataban de defender les permitía ejercer funciones de autoridad judicial; sin embargo en realidad a los Omeyas lo que les interesaba y su principal enfoque fue centralizar el poder político y formalizar el aparato burocrático.

Durante el Imperio Omeya se presentan los siguientes cambios en la conformación de la comunidad islámica:

- 1) Se presenta un encuentro con la cultura helénico-bizantina, lo que a la vez que permite la expansión territorial, genera también un aire fresco para la filosofía árabe.
- 2) El poder político se traslada de La Meca a Damasco en Siria, lo que permite tener un encuentro también con la cultura persa, de quien se adoptan las formas de organización administrativa y burocrática.

¹⁹⁴ HOURANI, Albert. “La Historia de los árabes” Ed. Vergara. 2ª Edición. Barcelona, España, 2007. Pág. 91

3) Se presenta una nueva expansión del Imperio árabe, el cual tras la caída de la dinastía Omeya abarca toda la península Arábiga, Persia (Irán), Egipto, El Magreb, el sur de la Península Ibérica y al Oriente hasta llegar a Transoxiana; tal como se muestra en el siguiente mapa:



195

(Toda la zona Verde fuerte y verde claro, representa la expansión del Imperio árabe durante la dinastía Omeya.)

¹⁹⁵ ROBINSON, Francis. "El mundo Islámico: Esplendor de una fe". Ed. Folio. S.A. 1ª Edición. Barcelona, España, 2006. Pág. 24

La expansión que tiene lugar genera al mismo tiempo que el principal interés de los califas Omeyas no sea precisamente la práctica de la vida religiosa, sino la dirección política y la organización de la administración. Diversos autores coinciden en que durante el período Omeya, se presenta un Estado con una clara división de funciones, en el que la religión no juega el papel central y se deja más bien al libre desarrollo de los entes privados; es por esto que durante la época del califato Omeya, surgen los píos especialistas, quienes de manera privada se dedicaron al estudio de las leyes religiosas y con el paso del tiempo darán legitimidad política y jurídica (sobre todo durante el período Abasí). Sin embargo aún bajo los Omeyas no se separa la función ejecutiva y judicial.

“El poder supremo a ambos efectos recaía sobre el califa y a través de la delegación de su autoridad, una gran variedad de funcionarios subordinados poseían competencia judicial dentro de los límites territoriales o funcionales de sus deberes administrativos”¹⁹⁶

La dinastía Omeya no se caracterizó por apegarse a las prácticas religiosas, muchos los veían como oportunistas y herejes; sin embargo bajo su mandato se presentó un avance en la formación del Estado islámico, especialmente en el hecho de su aparato burocrático. Además logran establecer la dinastía sucesoria en una región en la que la mayoría de los cargos se daba por reconocimiento al honor, a la labor comunitaria, etc., y no precisamente por ser miembro de una familia.

Dentro del Imperio Omeya se presentan también grupos opositores que más de una vez desafían la autoridad del califa, los cuales son los siguientes:

- 1) Los *Ibadíes*: Quienes sostenían que cualquier musulmán podía ser califa sin necesidad de pertenecer a la familia del Profeta; siempre y cuando siguiera al pie de la letra los designios del Corán y de los hadiths.
- 2) Los *Shiíes*: Quienes serán el principal grupo opositor de los sunníes en general y quienes reivindican en el poder a los descendientes de Alí. Tras la muerte del último nieto del Profeta se dividen en diferentes sectas, de las que los más numerosos son los *Shiíes* duodécimanos
- 3) Los *Zaidíes*: Quienes sostenían que cualquiera que descendiera de Alí y Fatima podía ser califa, este grupo se extingue al morir Hussain, el último nieto del Profeta.¹⁹⁷

Finalmente, en el año 762 la dinastía Omeya cae derrotada en Bagdad a manos de la familia Abasí, quienes afirmaban pertenecer a la tribu del Profeta y quienes instauran el Imperio Abasí, bajo el que no únicamente se gobernarán territorios árabes, sino bajo el cual se presentará una expansión hacia la India, Grecia y Turquía.

¹⁹⁶ COULSON, Noel. Op. Cit. Pág. 129

¹⁹⁷ HOURANI, Albert. Op. Cit. Pág. 94

Bajo el Imperio Abasí, se presenta un nuevo cambio en el centro del poder, quienes lo trasladan de Siria a Irak, en la ciudad de Kufa.

“Las dinastías gobernantes a menudo extraían su fuerza de las zonas rurales y algunas, incluso se originaban allí, pero podían sobrevivir solo si afianzaban su posición en las ciudades y derivaban una nueva fuerza de una unión de intereses con la población urbana”¹⁹⁸

Las ciudades sobre las que los califas establecían sus centros de poder, determinaron en todo momento la nueva autoridad que pretendían legitimizar; es por esto que tras el derrocamiento de una dinastía o el fin de un determinado paradigma, el nuevo comenzaba también en un nuevo centro de poder.

En la ascensión de los Abasíes como nuevos líderes de la *Umma* musulmana, los ulemas, quienes eran los estudiosos del derecho y dirigentes de las *madrasas* o escuelas religiosas, legitimaron el califato. Los Abasíes por su cuenta, reivindicaban la práctica del Islam como principal causa para el derrocamiento de la familia Omeya; por lo que llamaban a su gobierno “el cambio”.

Al inicio de su reinado, los Abasíes se esfuerzan por descalificar a los Omeyas, y establecerse ellos como los verdaderos legítimos, ligados a los primeros califas “bien guiados” y al propio Profeta.

Si bien, el primer califa Abasí fue *Abu al-Abbas*, su muerte repentina al inicio de su gobierno, deja al califa *al-Mansur* como el fundador y primer califa de la dinastía Abasí.

“La centralización, ya muy avanzada en la época omeya, alcanza su punto álgido”¹⁹⁹

Los califas abasíes, continúan con varias prácticas administrativas instauradas ya en la época Omeya, y además crean tres nuevos cargos cortesanos: el astrólogo de la corte, el maestro de postas y el verdugo.

Durante la época abasí se presenta el período del Islam clásico. Con sede en la ciudad de Kufa el Imperio musulmán abarca zonas que no son ya exclusivamente árabes y la propia ciudad se convierte en un centro cosmopolita en el que se reúnen personas de distintas partes del mundo, de distintas religiones y creencias. A los califas abasíes les agradaba tener en la corte discusiones con cristianos y judíos.

¹⁹⁸ Ibidem. Pág. 171

¹⁹⁹ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 147

Es también en el Imperio Abasí que la filosofía islámica se desarrolla de manera preponderante, creándose corrientes místicas como la *mu'tazila*; así mismo se desarrollan las escuelas jurídicas del Islam y se desarrollo la doctrina del Ijtihad.

Bajo los Abasíes el sistema de justicia estaba a cargo de un *cadí* o juez, que a la vez era ayudado por un muftí, quienes eran expertos en derecho que realizaban escritos a manera de resoluciones; la mayoría de los cargos de *cadí* y *muftís* fue encomendado en la época Abasí a los ulemas; situación que conlleva la pérdida del carácter privado y secular de la administración de justicia que se había alcanzado en la época Omeya; pues en muchas ocasiones los *ulemas* que eran designados para ejercer los cargos públicos, compartían la forma de pensar del califa o bien pertenecía a una escuela jurídica afín al califa.

Sin embargo, al mismo tiempo, durante la época abasí se formo en el Islam la doctrina de la *siyasa shariya*, a la cual nos enfocaremos más adelante, pero que a grandes rasgos implica la existencia de oficinas públicas seculares, sin dejar de lado los principios del gobierno islámico:

“Un gobierno islámico jamás ha significado, en la teoría o en la práctica, una jurisdicción exclusiva de los tribunales de la Sharia”²⁰⁰

Durante la época abasí se desarrollo un sistema judicial, en el que paralelamente a la existencia de los tribunales de *la Sharia*, que se ocupaban de aspectos como: derecho de familia, derecho penal, contratos, cumplimiento de las reglas *ibadat*²⁰¹ existían también tribunales seculares, los cuales dependían directamente del califa, quien en esté punto actuaba como jefe de gobierno y no como sucesor espiritual del Profeta, que estaban encargados de supervisar el funcionamiento de los tribunales de la *Sharia* y se encargan de resolver recursos de apelación en determinaciones de los cadíes.

La dinastía Abasí fue la más larga de las que gobernaron el Imperio islámico y bajo su reinado, se vivió el paradigma del Islam clásico, esto mientras Europa vivía la Edad Media; en este momento cabe reflexionar sobre la manera en que el califato tiene mucho más tintes seculares que las monarquías absolutas europeas:

“El Estado soy yo’, decía a menudo Luis XIV de Francia. Además la monarquía era vista como de origen divino. En cambio, el califa en el Islam no poseía ninguna característica divina, era considerado simplemente como el lugarteniente del Apóstol de Dios. En segundo lugar, la monarquía absoluta no veía su poder limitado por la ley. El califa, al

²⁰⁰ COULSON, Noel. Óp. Cit. Pág. 142

²⁰¹ Normas referentes al cumplimiento de los deberes religiosos

*contrario, debía regirse por la sharia, la ley musulmana interpretada por los sabios islámicos, los ulama.*²⁰²

La cita anterior, nos hace reflexionar sobre el grado de secularismo que se puede alcanzar en el Islam, discusión que se ha vuelto más complicada después de la modernidad Europea, podemos ver como tanto el Imperio Omeya como el Abasí lograron instaurar regímenes administrativos seculares y dejar el libre desarrollo de la religión en manos privadas. El hecho incluso de que el califa mismo estuviera sujeto a la *sharia* implica lo que hoy en día podríamos llamar “estado de derecho”; el problema reside en la naturaleza de ese derecho. Al ser la *Shari’a* un derecho con características divinas encuentra siempre una limitante para el secularismo; sin embargo al ser los ulemas entes sociales y humanos en los que reside la responsabilidad de interpretación, y legitimación del derecho, podemos decir que depende de la apertura de estos últimos, de la apertura de los métodos interpretativos y del mayor grado del uso del libre razonamiento generar condiciones de secularidad, bajo las que se desarrollo la figura del califato; sin embargo estas condiciones serán aún más patentes bajo el dominio turco del Islam; hecho que estudiaremos a continuación:

4.5. LA DESCENTRALIZACIÓN DEL PODER EN EL ISLAM: SULTANATOS, Y FORMACIÓN DEL IMPERIO TURCO-OTOMANO.

Bajo el Imperio Abasí, el Islam abarcaba ya todo el norte de África, la Península Arábiga, India, las islas de Sumatra y Java, Grecia, Turquía, España e Irán.

Sin embargo a finales del siglo X, comenzaron a introducirse tribus distintas al califato Abasí, quienes también reclamaban legitimidad. Para efectos de distinguir la fragmentación del poder centralizado del califato Abasí vamos a dividir al Imperio islámico en tres grandes partes.

- 1.- La parte persa del Imperio, la cual abarcaba Irán, Turquía y la región oriental de Irak en la que el dominio legítimo pertenecía a los califas Abasíes.
- 2.- La segunda área incluye Egipto, Siria y Arabia occidental, en el siglo X erigen en El Cairo la ciudad de la dinastía Fatimí, quienes gobiernan esta parte bajo un credo *Shiíta*; en el que el califa poseía un carácter divino y se le consideraba guía en aspectos espirituales; al mismo tiempo los estudiosos del derecho estaban más involucrados en las cuestiones de gobierno que en los países gobernados por un credo *sunní*.
- 3.- La zona integrada por El Magreb y la península Ibérica, en la que no existe una fuerza central, sino distintos reinos tanto árabes como bereberes.

²⁰² ZERAOUI, Zidane. Op. Cit. Pág. 48-49

Durante el Siglo XI y XII

- 1.- El área Oriental continua estando bajo el reinado Abasí, pero de facto es gobernada por la dinastía turca de los *selyúcidas*; quienes no ostentan el título de califa, por carecer de legitimidad religiosa, pero instauran los sultanatos, y son quienes ejercen el poder en la realidad.
- 2.- En Egipto continúan gobernando los *Fatimíes* hasta el año 1171 cuando son derrocados por Saladino, quien funda la dinastía de los *Ayubíes*, dejando atrás el régimen *shíita*.
- 3.- En Occidente continúan los reinos bereberes y el califato Omeya (el único sobreviviente de la antigua dinastía) en Córdoba se divide en pequeños reinos.

Siglos XIII y XIV:

- 1.- La zona Oriental es invadida por una dinastía mongola no musulmana proveniente de Asia oriental, con un ejército formado por tribus mongolas y turcas de Asia conquistan Irán e Irak y terminan con el califato Abasí en 1258; derrocan a los *Ayubíes* en Egipto y forman ahí una elite militar que continúa gobernando Egipto durante más de dos siglos, a la que se conoce como los mamelucos. Con la dinastía mongola se concentran nuevamente la zona oriental con la central
- 2.- La zona occidental continua bajo reinados locales.

Siglos XV Y XVI:

- 1.- Surge la dinastía turca de los Otomanos quienes derrotan al Imperio bizantino, estableciendo en Constantinopla la capital del nuevo Imperio – Estambul- Imperio que se extendió desde el sudeste de Europa y a principios del siglo XVI derrotan a los mamelucos e incorporan a su Imperio a Siria, Egipto y Arabia Occidental.
- 2.- El Magreb continúa de manera independiente al Imperio Otomano y en la península Ibérica los pueblos católicos comenzaron la reconquista cristiana.

Tras este breve recorrido histórico en el que podemos ver la manera en que el Imperio abasí se desfragmenta y da paso a una serie de imperios con la característica principal de no centralizar el poder de todos los pueblos musulmanes; se da finalmente el establecimiento de un nuevo Imperio también musulmán, si bien no árabe, que logra conquistar Constantinopla y se convierte en el último Imperio musulmán, el Imperio turco-Otomano.

El Imperio turco también adquiere su legitimidad al adherirse a la religión islámica y bajo ellos se logra también el establecimiento de un Estado regido por la Sharia:

“...en su apogeo, la idea de un Estado regido por la Sharia era profundamente satisfactoria. Este fue el logro del Imperio otomano, que obtuvo su legitimidad gracias a su adhesión a la ley islámica. El sultán era respetado por su defensa de la Sharia [...] el cadí, los muftíes y los eruditos que enseñaban jurisprudencia islámica en la madaris eran todos funcionarios estatales del Imperio otomano [...] Nunca antes la Sharia había desempeñado un papel tan importante en los asuntos del Estado como en el Imperio otomano y el éxito de los osmaníes durante el siglo XVI mostró que su fidelidad a la ley islámica los había guiado por el buen camino”²⁰³

Además de su adhesión a la *Sharia*, el Imperio Otomano asume como escuela oficial a la *Hanafi*; durante el período de reinado del Imperio Otomano, Europa comenzó a crecer después de la Edad Media, tanto política, como económicamente, lo que hizo que las relaciones entre el Imperio Otomano y el resto de Europa fueran cada vez más frecuentes; las leyes europeas se introdujeron en el Imperio Otomano en forma de capitulaciones, para regir transacciones comerciales o asuntos de ciudadanos occidentales en el Imperio.

“Todas estas consideraciones hicieron que el derecho europeo fuera ampliamente acogido en el Imperio otomano, por medio de las reformas llamadas Tanzimat, en el periodo de 1839 a 1876”²⁰⁴

Estas llamadas reformas *Tanzimat*, fueron tendientes a la adopción de códigos de naturaleza europea, para regular las relaciones entre el Imperio Otomano y el resto de Europa; para aplicar estos códigos se estableció un nuevo sistema de tribunales laicos, llamados *Nizamiya* en los que todo lo relacionado con la jurisdicción civil era competencia de ellos, excepto los asuntos de carácter personal.

Es por este motivo, que también en el Imperio Otomano se vuelve una necesidad la existencia de un código escrito en el que se establezcan los principios legales, se realiza así el llamado código *Mejelle*.

“La codificación por supuesto tenía por objeto uniformizar la aplicación de la ley, hecho que adquiere una cierta importancia si tenemos en cuenta la considerable difusión de las divergencias con respecto a las opiniones jurídicas registradas en la Sharia”²⁰⁵

El Código *Mejelle*, sin embargo, al estar fundado aún en nociones de derecho musulmán quedaba rezagado y se volvió necesario la adopción de códigos occidentales.

²⁰³ ARMSTRONG, Karen. Op. Cit. Pág. 71

²⁰⁴ COULSON, noel. Op. Cit. Pág. 161

²⁰⁵ IDEM.

A continuación analizaremos el desplome del Imperio Otomano y los efectos de la colonización europea.

4.6. EL COLONIALISMO EUROPEO:

Si bien, existe realmente una etapa a la podemos considerar como colonialismo europeo en Medio Oriente y Africa, éste resulta evidente desde antes del desmembramiento del Imperio Otomano; característica que en el campo del derecho se hace evidente desde el siglo XIX.

En Egipto, a partir de 1875 se adoptan códigos penales, comerciales y marítimos basados en el código francés; conservando solo algunas disposiciones de la *sharia*. Las relaciones comerciales y civiles entre el Islam y Europa conformaron en el campo del derecho el primer gran choque; pues las civilizaciones europeas estaban asentadas sobre nociones diferentes a la tradición islámica, surgieron tras un fuerte movimiento de modernización; los ámbitos más conflictivos entonces de la relación entre Europa y el Islam en el campo del derecho, fueron el constitucional, penal, civil y de transacciones comerciales; sobre todo, cabe mencionar, por la doctrina de los derechos humanos europea que pugna por el respeto al individuo.

En el Islam los primeros opositores de la adopción de códigos occidentales fueron los ulemas; sin embargo fue necesario la adopción de dichos códigos, hecho que se vuelve manifiesto cuando las potencias europeas colonizan de facto la mayoría de países islámicos.

En el año de 1914 una vez que ha estallado la Primera Guerra Mundial; el Imperio Otomano entra en el conflicto tras el acogimiento de barcos alemanes en sus costas. La participación de Turquía en la Primera Guerra Mundial como aliado Alemán desemboca en la derrota de Turquía a manos del Reino Unido en el año de 1915 para que finalmente Turquía se independice y se establezca como república en el año 1923.

Los demás países pasan a ser colonias de alguna de las potencias vencedoras.

Ya que para el estudio de la época poscolonial nos enfocaremos en el análisis de tres países, bastara con mencionar que: Turquía se independiza en el año 1923 estableciéndose como una República y optando por la vía secular.

Egipto pasa a ser colonia francesa para posteriormente optar por la vía socialista.

Irán continua con el reinado del *Sha Ahmad Mirza Qajar*, quien es depuesto por el *sha Reza Khan*, estableciendo la dinastía *Pahlevi*, que finalmente es derrocada en 1979 por la revolución islámica.

Serán estas tres opciones las que estudiaremos en el último apartado del presente estudio, vislumbrando las relaciones futuras del Islam con el derecho y con el poder político.

4.7. LAS VIAS POSCOLONIALES:

4.7.1. TURQUÍA: LA VÍA SECULAR:

Al ser Estambul, la capital del Imperio Otomano, se encontraban más familiarizados con las ideas occidentales, sin embargo poco a poco se fueron introduciendo reformas trascendentales para la adopción de códigos y principios modernos. En 1856 se introdujo un decreto, llamado *Hattı Humayın*, el cual concedió la plena ciudadanía a las minorías religiosas. Sin embargo el verdadero cambio vendría después de la primera guerra mundial, tras la derrota del Imperio Otomano como aliado de Alemania.

Entre el año de 1919 y 1922 *Mustafa Kemal Atatürk I* (1881-1938) lidero la guerra de independencia, que desemboco en el establecimiento de Turquía como un Estado soberano, que se encontraba gobernado de acuerdo a los principios modernos europeos:

“Así, Turquía se convirtió en la primera democracia laica en Oriente Próximo; sin embargo la identidad nacional turca se construyo también bajo un acto de limpieza étnica, tras el asesinato de los habitantes griegos y armenios en Anatolia”²⁰⁶

Atatürk se esforzó por formar un Estado turco, en el que la identidad era uno de los elementos principales, pero esta identidad tenía que estar dada en términos modernos; la república turca se comenzó a formar en bases seculares y liberales, en todos los aspectos, desde los legales, hasta los políticos y económicos. Se ordeno el cierre de todas las *madrassas* o escuelas religiosas, se impuso la vestimenta occidental; se prohibió a las mujeres el uso del velo; promulga la abolición del califato y el sultanato, suprime el cargo de clérigo supremo y suspende los tribunales de la *Shari'ah*.

Es en Turquía el lugar en el que más visiblemente los ulemas pierden su poder; pues se cierran todas las formas de organización del Islam, desde las *madrassas* hasta los tribunales; todas las propiedades de las fundaciones religiosas son confiscadas por el Estado.

Dicha reforma se realiza en base a la Constitución turca promulgada en marzo de 1921; sin embargo, es la Constitución del 20 de abril de 1924 la contiene los seis principios del kemalismo que deben convertir a Turquía en un estado moderno:

²⁰⁶ ARMSTRONG, Karen. Op. Cit. Pág. 249

- 1) Como principios de actuación; se establecen: El nacionalismo, secularismo y modernismo
- 2) Como principios organizativos; se establecen: El republicanismo, el populismo y el estatismo²⁰⁷.

En el ámbito legal, *Ataturk* implementa el código de derecho civil suizo, que es traducido por una comisión turca palabra por palabra; dicho código haber a las mujeres el derecho al divorcio, la apertura para el mundo laboral y el derecho a voto.

El Partido Popular Republicano al que pertenece *Kemal Ataturk* no deja el poder y todas las revueltas en su contra son sometidas y reprimidas con violencia, así lo hace con el levantamiento kurdo en 1925. Durante los años de gobierno de *Ataturk* se crea una nueva identidad turca, independiente de su pertenencia a una comunidad religiosa; sin embargo al hacer de lado tan agresivamente el papel de la religión en la sociedad, también priva a los individuos de una parte importante de su propia identidad

“Ataturk y los suyos no pudieron ni quisieron comprender el papel que el Islam ha desempeñado y desempeña en la identidad personal de los turcos, ya que está siempre incluye también un elemento emocional-existencial”²⁰⁸

Ataturk muere a la edad de 57 años el 10 de noviembre de 1938, convencido de que la vía secular y modernista es la vía de apertura al desarrollo de Turquía; sin embargo en el curso de la historia de Turquía, podemos observar que sin ser un Estado declaradamente islámico es uno en los que la gente practica con más fe y entusiasmo el Islam; si bien existe a través de la Dirección General de Asuntos Religiosos un “Islam estatal”, ahora existe la puerta abierta para el desarrollo del “Islam popular” con hermandades, cultos, ritos, etc.,

El gran problema de Turquía son sus esfuerzos por querer pertenecer a la Unión Europea, dicha voluntad refleja los propios conflictos bajo los que fue formada la nacionalidad e identidad turca; un país que pretende ser secular y moderno, socavando las bases de su propia identidad religiosa.

4.7.2. IRAN: LA VÍA ISLAMISTA:

Como hemos ya mencionado anteriormente, tras la Primera Guerra Mundial Irán es gobernado por el *sha Ahmad Mirza Qajar* quien es derrocado en 1921 por el general *Reza Khan Pahlawi*. *Reza Khan* cuenta con el apoyo británico y como sha una de sus primeras medidas es la prohibición del consumo de alcohol; se le puede considerar el primer monarca secularista de Irán; introduce una

²⁰⁷ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág, 488

²⁰⁸ ARMSTRONG, Karen. Op. Cit. Pág. 519

legislación penal y civil europea y trata de modernizar a Irán. *Reza Khan* toma como modelo a *Mustafá Kemal Ataruk*:

“Sin embargo existía una diferencia fundamental entre ambos, mientras que *Mustafa Kemal* contaba con una legitimidad propia de un héroe nacional, *Reza Khan* no era más que un usurpador aventurero que se enfrentaba a los prestigiosos *ulama shiitas*, encarnación de la identidad nacional iraní”²⁰⁹

A diferencia de Turquía, la identidad iraní se encontraba fuertemente ligada a los ulemas, pues además de poseer el conocimiento y autoridad religiosa, a diferencia de la rama sunni del Islam, los *shiíes* se involucran mucho más en la política. Es por esto, que las reformas de *Reza Khan* en las que prohíbe y restringe las prácticas religiosas no son aceptadas.

Al estallar la segunda guerra mundial el sha se inclina por el apoyo a Alemania, por las presiones de Inglaterra abdica en 1941 a favor de su hijo *Mohammad Reza*, quien en 1960 impulsa la llamada “revolución blanca” basada en una reforma agraria para modernizar el campo, la cual consistía en seis aspectos:

- 1) reforma agraria
- 2) venta de fábricas estatales para financiar las indemnizaciones.
- 3) Nacionalización de bosques y aguas
- 4) Mejorar el nivel de vida de los obreros
- 5) Una nueva ley electoral que concediera el voto a la mujer
- 6) Formación de grupos juveniles.²¹⁰

A pesar de que *Mohammad Reza* busca la legitimación de los ulemas se encuentra con una oposición clerical cada vez más fuerte; principalmente en el *ayatollah Borujerdi*, quien se opone a las reformas laicas propuestas por el sha; finalmente el *ayatollah* muere en 1961 y los *ulama* se dividen en tres facciones:

- 1) Conservadores: Guiados por *Shariatmadari* quienes veían la reforma agraria como un ataque a la propiedad privada y se negaban a que sus bienes fueran confiscados; los cuales no buscan la movilización política.
- 2) Centristas: Liderados por los *ayatolláhs: Mottaheri y Beheshti*; quienes estaban en contra de la educación laica y abogaban por una defensa activa; y finalmente

²⁰⁹ RODRIGUEZ, Zahar. León. “La revolución islámica-clerical de Irán 1978-1989”. El Colegio de México. 1ª Edición. México 1991. Pág. 29

²¹⁰ Ibidem. Pág. 34

3) Radicales: Quienes eran liderados por *Taleqani* y *Khomeini*; quienes criticaban fuertemente la política pro-occidental del *sha*, así como sus vínculos con Israel y Estados Unidos.

En 1963 durante la celebración de *Kerbala* (el asesinato de *Hussain* a manos de los Omeyas) *Khomeini* proclama un discurso anti-*sha* y dirige una manifestación, la cual es suprimida de manera violenta por el Estado, con un saldo aproximado de 10000 muertos.

Khomeini es expulsado de Irán en 1964 y el *sha* continua con su política pro-occidental. Durante su exilio, *Khomeini* se convierte en el *mujtahid* principal de Irán.

En el año de 1971 el *sha* lleva a cabo las festividades de Persépolis, en las que trata de rescatar la herencia persa iraní, dejando de lado su identidad islámica; hecho ante el que se prepara una gran revuelta, que culmina con la huida de *Mohammad Reza* y el regreso el 1 de febrero de *Khomeini*, el cual buscaba una islamización de la sociedad iraní, justificándolo de la siguiente manera:

*“El gobierno islámico no es ni despótico ni arbitrario, sino constitucional....constitucional en el sentido de que aquellos que gobiernan están obligados a un conjunto de disposiciones que son definidas en el Corán y la tradición del Profeta...El gobierno islámico es el gobierno de la Ley. La soberanía es de Dios y las leyes son la ordenanza de Dios. Los imames y los jurisconsultos tienen la obligación de, a través del aparato gubernamental aplicar las prescripciones diversas establecidas por un régimen justo y que sirva al pueblo”*²¹¹

El 30 de marzo de 1979 *Khomeini* proclama la república islámica. Sin embargo su régimen se caracteriza por ser sumamente violento y persecutor de toda oposición; en la política exterior se caracteriza por proclamarse abiertamente “anti yanqui”. En 1980 entra en una guerra contra Irak encabezada por *Saddam Husseini*, en la que la intervención de Estados Unidos a favor de Irak proveyéndole de armas químicas y convencionales. Dicha guerra dura ocho años que culmina en 1988.

*“El régimen iraní, anclado en lo doctrinario, permanece aislado en gran medida en el concierto internacional, puesto que incluso los regímenes árabes moderados le temen”*²¹²

Finalmente muere *Khomeini* en 1989 y de acuerdo con la Constitución, el “Consejo de Guardianes” designa al doctor en religión *Ali Jameini* líder político-espiritual de Irán.

El radicalismo iraní ha reivindicado las fuertes raíces religiosas de la población; sin embargo al mismo tiempo al no moderarse ni permitir (como si se permitió en otros países e incluso en el mismo

²¹¹ Ibidem. Pág. 42

²¹² KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 499

paradigma del Imperio musulmán) condiciones de secularización, se ha mantenido aislado; es sin embargo una respuesta agresiva, al también agresivo proceso de modernización al que han sido sometidos los países islámicos, una respuesta mediante la cual buscan reafirmar su identidad

“Frente al mundo occidental, el fundamentalismo rechaza los principios liberales y la materialización de la vida individual para replantear la esencia comunitaria del Islam”²¹³

4.7.3. EGIPTO: LA VIA SOCIALISTA

Como recordábamos anteriormente, Egipto es conquistada por Napoleón, quien la convierte en una colonia francesa; los ulemas cooperaron con el establecimiento de Francia en el gobierno y al mismo tiempo fungen una labor de mediadores entre el pueblo y el gobierno. En el año de 1801 los británicos ganan Egipto quienes intentan restaurarlo como protectorado turco; ante este hecho los egipcios encabezan una rebelión dirigida por el general *Muhammad Ali*, quien llega al poder.

“...estaba decidido a crear un Estado moderno que fuera independiente de Constantinopla. Muhammad Ali no tenía ningún interés en la revolución intelectual que había tenido lugar en Occidente...solo quería adquirir la tecnología y el poderío militar de la modernidad”²¹⁴

Es por esto, por la intención de modernizar en la práctica a Egipto, pero no en el fondo, no intelectualmente, que se da un proceso doloroso y fallido; pues *Muhammad Ali* únicamente imita a Occidente, lo que no conlleva a la modernización como tal. *Muhammad Ali* encabezó un gobierno protegido por Gran Bretaña y llevo a cabo un fuerte control económico; bajo su gobierno se desarrollo la milicia, pero el campo se vio abandonado y rezagado; además estableció impuestos incluso para los ulemas, quienes no se encontraban contentos con las reformas instauradas; los ulemas encabezaron varios levantamientos contra el secularismo impuesto por *Muhammad Ali*, hasta que finalmente lo derrocaron; tras su muerte en 1849 es sucedido por su nieto Abbas, bajo su gobierno se construye el Canal de Suez.

En 1922 tras el desmantelamiento del imperio otomano se convierte en un protectorado de Gran Bretaña y al finalizar la Segunda Guerra Mundial se retira de Egipto, excepto del Canal de Suez. En este contexto, la Organización secreta de los Oficiales Libres en el Consejo Revolucionario sitúa como primer ministro al general *Am Nagib*, quien dos años más tarde renuncia a favor del general *Gamal Abd al-Nasser*; quien instaura un régimen radical, que favorece el capital privado egipcio y prohíbe todos los partidos políticos, incluyendo al grupo islamista de los Hermanos Musulmanes.

²¹³ ZERAOUI, Zidane. Óp. Cit. Pág. 185

²¹⁴ ARMSTRONG, Karen. Op. Cit. Pág. 159

En 1956 estalla la guerra del Canal de Suez en la que se cierran las puertas a barcos israelíes, y bajo las presiones de Estados Unidos y la Unión Soviética se da marcha atrás.

Nasser apoya la descolonización africana, se une con Siria para formar la República Árabe Unida y bajo la protección de la Unión Soviética en 1964 proclama una nueva constitución tendiente a establecer el socialismo árabe.

Las líneas seguidas por *Nasser* establecen una reforma agraria, nuevas leyes laborales, un gobierno centralizado; si bien no es un régimen socialista estricto pues permite la intervención de la inversión privada en algunos sectores de la economía; es sin embargo combativo de manera violenta con toda oposición, encabezada principalmente por el movimiento fundado en 1928 de los "*Hermanos Musulmanes*"

*"Así se configura dentro de los Hermanos Musulmanes un Islam político radical que, tras la lucha contra los colonizadores y los sionistas, también arremete contra el propio régimen socialista cuando esté bajo Nasser reclama para sí el poder exclusivo del Estado"*²¹⁵

Los Hermanos Musulmanes tienen como objetivo principal un orden islámico basado en el Corán y la *Sunna* y es un movimiento que se extiende hasta Oriente Próximo, y representa la oposición más fuerte en aquellos países en que se instaura un régimen socialista.

El sucesor de *Nasser* es *Anwar as-Sadat*, quien prosigue su política, en 1973 junto con Siria lanzan un ataque sorpresa contra Israel, para finalmente y con la colaboración del Presidente estadounidense Jimmy Carter se firman en 1978 los acuerdos de Camp David en el que se establece la paz entre Egipto e Israel.

Sadat es asesinado en 1981 por militantes de los Hermanos Musulmanes durante un desfile militar siendo sucedido por *Hosni Mubarak*. Quien sigue la política de su antecesor. Dentro de los grupos predominantes en Egipto contrarios al gobierno se encuentran:

- 1) Los *salafíes*: Quienes únicamente se basan en la educación religiosa
- 2) La hermandad musulmana: Denuncia las desviaciones de la vida religiosa pero no practica la violencia.
- 3) *Yamial el-Muslimum*: Grupo radical que si considera el uso de violencia
- 4) *Al-Yihad*: quienes estiman que la lucha armada es la única vía para restaurar el Estado Islámico

²¹⁵ KUNG, Hans. Op. Cit. Pág. 499

Actualmente Egipto se encuentra en un proceso de transición política dentro del cual figuran como una de las principales fuerzas políticas los Hermanos Musulmanes, por lo que no es del todo erróneo pensar que el papel de la religión en Egipto así como en muchos países musulmanes continua siendo de primer orden, contrario a lo que el concepto de democracia secular en Occidente buscará establecer.

Si bien, hemos dejado de lado el estudio de otros países árabes que también enfrentan procesos de transición política como: Irak, Siria, quienes establecieron en su momento un régimen socialista; o bien Arabia Saudita, en donde el movimiento wahhabi deja claro la importancia de la religión y la respuesta fundamentalista al proceso de modernización, es cierto que el desarrollo de los países aquí estudiados, deja clara la complejidad de la relación entre la religión y el poder político, específicamente en el Islam.

Existen dentro de los países musulmanes en la actualidad, impulsos secularistas y democráticos, que pugnan por la apertura al diálogo, por la tolerancia interreligiosa y la libre práctica de la religión, es cierto, pero también es cierto que junto a ellos conviven grupos de musulmanes fundamentalistas que más allá de pugnar por el mero respeto a su propia religión, buscan el establecimiento de un orden político en riguroso apego a la *Shari'ah*, discurso que también adquiere tintes anti Occidentales; sin embargo me parece que es importante encontrar un punto medio con la finalidad de lograr el establecimiento de relaciones pacíficas entre Occidente y Medio Oriente; si bien en el mundo fáctico hay muchos intereses políticos, económicos y la complejidad de las relaciones sociales deja poco margen para un diagnóstico certero; desde la teoría es importante realizar propuestas tendientes a mejorar el diálogo entre estas dos partes del mundo; olvidando las pretensiones seculares extremas adoptadas en muchos países Occidentales, permitiendo que la religión juegue el papel que debe jugar en la identidad social; para esto explicaré a continuación la doctrina de la *Siyasa-Shariyyah*:

La *Siyasa-Shariya* se puede traducir en un gobierno conforme a los propósitos y objetivos de la *Shari'ah*, y se refiere principalmente a los programas implementados por el gobierno en donde la *Shari'ah* funge el papel de guía; busca regular los aspectos de la vida pública de los ciudadanos de acuerdo a los objetivos de la *Shari'ah*.

La doctrina de la *Siyasa-Shariya* surge durante el período Omeya y es ampliamente utilizada en el período Abasí; es utilizada por los califas, en su papel de jefes de Estado, para regular la organización administrativa y burocrática e introducir nuevas regulaciones políticas y administrativas en aspectos donde no existiera precedente y por su puesto siempre y cuando no fueran contrarios a la *Shari'ah*.

“Shari’ah is the government of mankind by God; siyasah is the government of mankind by man. Shari’ah without siyasah is deficient; siyasah devoid of Shari’ah is also deficient”²¹⁶

Si bien, en la antigüedad, con los primeros imperios islámicos, la doctrina de la *Siyasa* se utilizaba para cubrir aquellos aspectos en que la Shari’ah era omisa, en la actualidad se le puede dar un enfoque mucho más amplio, tendiente a pugnar por el bien común de la población.

En la actualidad uno de los países que aplican la doctrina de la *Siyasa-shariyyah* es Malasia; y el enfoque más que en la práctica o aplicación del derecho de manera estricta, se encuentra en las políticas públicas establecidas por el gobierno. Si bien, se ha establecido un sistema judicial mixto, las políticas públicas como herramienta principal del Estado se encuentran delimitadas por los principios establecidos en la *Shari’ah*.

A mi parecer la doctrina de la *Siyasa Shariyyah*, permite un margen de convivencia entre la religión, generando a la vez condiciones de secularidad. La política pública puede fungir en la práctica el medio para reflejar los intereses y expectativas de la sociedad en general; pero para que esto funcione así; es necesario que los gobiernos cuenten con la legitimidad de la población y que realmente sean la expresión de que las mismas quieren, sin ceder a presiones externas, sin necesidad de adoptar fingidas “democracias” que resultan incompetentes con la evolución y el desarrollo histórico de cada sociedad; solo así será posible convivir en un mundo en que las relaciones entre países y entre individuos resultan cada vez más necesarias y patentes; pero en donde a través del reconocimiento de las diferencias logremos encontrar nuestras similitudes....porque al final del día lo único que nos asemeja a toda la humanidad es que somos diferentes.

²¹⁶ “La Shari’ah es el gobierno de la humanidad por Dios; la siyasah es el gobierno de la humanidad por el hombre. La Shari’ah sin siyasah es deficiente; la siyasah evadiendo la Shari’a también es deficiente” HASHIM KAMALI, Mohammad. Op. Cit. Pág. 231

5. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El derecho islámico es un sistema jurídico diferente a todos los demás sistemas y en especial al sistema romano-germánico bajo el que nuestro propio derecho ha evolucionado; también es cierto que no existe verdadera evolución sin retroalimentación mutua. Los países y Estados no son entidades aisladas que se muevan en un universo único, sino que se encuentran en constante interacción; ya sea por vías pacíficas o por conflictos armados y la mejor manera de llegar a coincidencias en el campo jurídico y político es aprender unos de otros para mejorar las relaciones internacionales y contribuir de esta manera a un desarrollo mundial pacífico y sobre todo tolerante. Es por esto, que resulta importante estudiar los diversos sistemas jurídicos que conforman la comunidad internacional, desde sus características distintivas y desarrollo histórico.

SEGUNDA.- El mundo occidental, encabezado por Europa vivió la modernidad como el proceso histórico más trascendente de su conformación ideológica y política; como resultado generó la doctrina de los derechos humanos como eje rector de su actuar. Estados Unidos de América por su parte se integró a este proceso modernizador, evolucionando a su propio ritmo. La modernidad es un proceso imparable, totalitario y en continuo progreso, razón por la cual el menor atraso implica a futuro un rezago importante y difícil de subsanar. Aquellos países, que como el propio México, no vivieron el proceso de modernidad, la democratización y la adopción de principios como los derechos humanos de primera mano; se encontraron bajo la difícil tarea de modernizarse a marchas forzadas; en el caso de los países musulmanes, este proceso que comenzó con la colonización europea tras la Primera Guerra Mundial ha significado un proceso de despojo acelerado de su propia identidad en aras de la construcción de una nueva. Las respuestas a la modernización forzada de estos países ha sido agresiva y se ha traducido en movimientos fundamentalistas que buscan reivindicar de manera tajante la identidad musulmana, así sea en términos violentos y a final de cuentas también erróneos y contrarios a la práctica religiosa, por lo que resulta necesario estudiar los conceptos propios del mundo jurídico musulmán para poder introducirse en el

TERCERA.- Si realmente queremos que en el mundo reine el espíritu democrático, los derechos humanos, la libertad y la justicia y buscamos generar conceptos de universalidad debemos empezar con dialogar con el "otro" asumiendo su otredad no en términos negativos ni en base a nuestras propias perspectivas o hablando en nuestros términos, en nuestro idioma; si queremos ser justos en nuestros juicios.....debemos incluso aprender a leer de derecha a izquierda para encontrar que a la mitad de la lectura, son más cosas las que nos unen como humanidad que las que nos separan. Aprender que el hombre no es solo el hombre, sino todo lo que trae tras de si: familia, religión, costumbre, sentimientos....todo eso que alimenta a la propia razón y que genera como resultado la

maravilla de no encontrar en este mundo dos razones iguales, sino una amplia gama de pensamientos que alimentan los propios.

CUARTA.- *El derecho musulmán es un sistema jurídico independiente y autónomo*: El derecho musulmán cuenta con los elementos necesarios para configurarse como un sistema independiente y capaz de interrelacionarse con los demás sistemas jurídicos, mediante la generación de canales de comunicación, como el derecho internacional, siempre y cuando se consideren los principios inherentes al mismo.

QUINTA.- *“La característica esencial del derecho musulmán reside en ser un derecho revelado”*: Si bien es una de las características más importantes, también es cierto que no es exclusivamente un derecho revelado, pues su aplicación es totalmente humana, lo que le imprime un carácter sumamente casuístico, que ha sido desarrollado principalmente por los jueces y los ulemas o estudiosos del derecho, quienes a su vez han adquirido una posición elevada en las sociedades musulmanas por la legitimidad de que son sujetos.

SEXTA.- *El Corán y la Sunna constituyen fuentes primarias del derecho islámico; el Qiyas y el Ijma son métodos de interpretación de estas fuentes, sin embargo se erigen como fuentes secundarias del derecho*: Esta ha sido la clasificación que la teoría clásica del derecho musulmán ha otorgado a las fuentes; y es cierto que las fuentes primordiales del derecho son el Corán y la Sunna, y que el Qiyas y el Ijma son métodos interpretativos, esta clasificación varía de acuerdo a cada escuela jurídica, las cuales admiten diversos métodos de interpretación y sería más adecuado decir que la tercera fuente del derecho está constituida por el Ijtihad que es el libre uso de la razón humana, el cual resulta a su vez el elemento que da movilidad y adecua el derecho revelado a las condiciones de la vida humana.

SEPTIMA.- *Las escuelas jurídicas del derecho musulmán surgen como una controversia entre métodos de interpretación y asimilación de principios*: En realidad las escuelas jurídicas surgen como expresiones de diversos tiempos y espacios; sin implicar diferencias trascendentes; si bien existe diversidad en la práctica, en los principios hay bastante uniformidad.

OCTAVA.- *Abrir el campo interpretativo generaría condiciones de secularización en el derecho islámico*: En realidad más que el campo interpretativo, sería mediante la asunción de principios rectores gubernamentales que respeten los cimientos morales y religiosos de la mayor parte de la población, se permitiría dejar áreas que el derecho islámico restringe de manera sumamente cerradas más abiertas a la práctica secular.

NOVENA.- Al inicio de la presente investigación, planteo la posibilidad de aportar condiciones de secularización en el Islam tras el estudio y análisis de los elementos constitutivos de su teoría jurídica.

Lo cierto es que al estudiar las características del derecho islámico, he concluido que en campo del “derecho musulmán” no puede existir la secularización; no puede haber un “derecho musulmán secular” porque “musulmán” y “secular” son dos calificativos excluyentes; el derecho o es musulmán o es secular. Ahora si llevamos el estudio de la secularización al campo político, la secularización aparece como una posibilidad; si bien el Estado Islámico fue desde el inicio configurado de tal manera que la legitimidad religiosa se aparejara con la legitimidad política; también es cierto que su misma evolución le ha llevado a vivir en condiciones de secularidad; la figura del califato es un buen ejemplo de ello. En tiempos modernos diversos Estados con raíces musulmanas han optado por adoptar la doctrina de la *Siyasa Shariyya* como eje rector de las políticas públicas del Estado; esta doctrina permite identificar al Estado con sus raíces islámicas debido a que las políticas públicas están basadas en el espíritu de la Shari’ah sin necesidad de implementarla como ley vigente en todas sus ramas y convertirlo en un estado clerical.

DÉCIMA.- No es posible ni viable imponer en aras de la “democratización” del mundo ni un sistema político, ni un sistema estatal; pues la misma historia nos ha mostrado que cuando es impuesto tanto por la vía armada como por la vía jurídica, política o económica, no se generan condiciones permanentes ni de fondo, debemos dejar que las sociedades evolucionen al ritmo de su historia, de su ideología y contexto; que generen sus propias instituciones y definan en sus propios términos, integrándose después sin despojarse de si mismos en la vida internacional.....porque al final del día, aunque en distintos tonos y con distintos instrumentos, todos somos parte de una misma melodía.

BIBLIOGRAFIA:

LIBROS:

1. - El Corán. Berbera Editores.
2. - Hadith of Bukhari Vol. I, II, III IV, Forgotten Books. EUA. 2008
- 3.- Vivir la historia: En las tierras del Islam” (Editores de Time-life books). Ed. FOLIO. 1ª Edición. México, 2008
4. - AHMED AN-NA’IM, Abdullahi. “Islam and the Secular State”. Harvard University Press. 1a Edición. USA. 2009
5. - AL-ALWANI, Taha Jabir. “Ijtihad”. International Institute of Islamic thought. 1ª ed. Hendon, USA. 1993
- 6.- ARMSTRONG, Karen. “Los orígenes del fundamentalismo en el Judaísmo, el Cristianismo y el Islam”. Fábula Tusquets editores. 1ª edición. México 2010
7. - BILAL PHILIPHS, Abu Ameenah, “The evolution of Fiqh”. International Islamic Publishing House. 3a edición. Riyadh, Saudi Arabia. 2006
- 8.- CASTAN TOBEÑAS, José, CASTAN VÁZQUEZ José María, LOPEZ CABANA, Roberto. “Sistemas Jurídicos Contemporáneos”. Ed. Abeledo-Perrot. 1ª Edición. Buenos Aires, Argentina. 2000
- 9.- COULSON, Noel J. “Historia del derecho islámico”. Ediciones Bellaterra. 1ª Edición. Madrid, España. 1998
- 10.- FLORIS MARGADANT, Guillermo. “Panorama de los sistemas jurídicos contemporáneos”. Facultad de Derecho, UNAM. 2ª Edición. México D.F
- 11.- GONZÁLEZ URIBE, Héctor. “Teoría Política”. Ed. Porrúa. 1ª ed. México. D.F. 1972
12. - HALLAQ B. Wael. “A history of islamic legal theories”. Cambridge University Press. 1a Edición. Reino Unido. 1999

- 13.- HASHIM KAMALI, Mohammad. "Sharia Law: An introduction". Oneworld Publications. 1a Edición. Oxford. 2008
- 14.- HOURANI, Albert. "La Historia de los árabes" Ed. Vergara. 2ª Edición. Barcelona, España, 2007
- 15.- KUNG, Hans. "El Islam". Editorial Trotta. 2ª Edición. Madrid, España. 2007
- 16.- MANDIROLA BRIEUX, Pablo. "Introducción al derecho islámico". Ed. Marcial Pons. 1ª Edición. Madrid, España. 1998
- 17.- PAREJA, Félix M. Islamología. Ed. Razón y Fe. Madrid, 1952
- 18.- PEÑA VELASCO, Elizabeth. "La relación contemporánea entre el Islam y Occidente: Percepciones de conflicto y coexistencia) en "El Islam y Occidente desde América Latina" Manuel Ruiz Figueroa (coordinador). El Colegio de México. 1ª ed. México D.F. 2007
- 19.- ROBINSON, Francis. "El mundo Islámico: Esplendor de una fe". Ed. Folio. S.A. 1ª Edición. Barcelona, España, 2006
- 20.- RODRIGUEZ, Zahar. León. "La revolución islámica-clerical de Irán 1978-1989". El Colegio de México. 1ª Edición. México 1991
- 21.- SANCHEZ AGESTA, Luis. "Principios de Teoría Política" Madrid, Editora Nacional, 1966
22. - SCHACHT, Joseph. "An introduction to Islamic Law". Oxford University Press. Londres, Inglaterra. 1a Edición. 1982
- 23.- SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo "Sistemas Jurídicos Contemporáneos" Ed. Porrúa, 4ª Edición, México D.F, 2006
- 24.- VIKOR, Knut. "Between God and the Sultan: a history of Islamic law". Editorial Hurst and Company. 1a Edición. Londres, Inglaterra. 2005
- 25.- VILLORO TORANZO, Miguel. "Introducción al Estudio del Derecho". Ed. Porrúa. 1ª edición. México D.F.. 1966
- 26.- ZERAOUI, Zidane. "Islam y Política". Ed. Trillas. 4ª edición. México D.F. 2008

27.- ZWEIGER, Konrad. "Introducción al derecho comparado". Oxford University Press. 1ª Edición. México D.F

ARTÍCULOS:

1.- FANJUL, Serafín. "La comunidad de los creyentes" en Revista "Muy Interesante". Año XXVII. No. 62.

2. - HURSH, John, "The role of culture in the creation of Islamic law", en Indiana Law Journal. Vol. 84:1401

3.- MARTIN, Javier. "El Corán. Palabra de Dios" en El Islam: los misterios de una religión. Revista Muy Interesante. Año XXVII No. 62. México D.F.

4.- PLATA-PUYANA, José Fernando. "La rigidez en el derecho islámico" en Universitas Estudiantes. Pontificia Universidad Javeriana.