

LA RIGIDEZ DEL DERECHO ISLÁMICO

JOSÉ FERNANDO PLATA-PUYANA¹

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. EL DERECHO ISLÁMICO
 - 1.1. La *Ḍarī'a*, o ley islámica
 - 1.1.1. La ley es la voluntad de Dios para los hombres
 - 1.1.2. La ley regula todos los aspectos del hombre
 - 1.2. Formación y evolución de las fuentes del derecho islámico
 - 1.2.1. El *Corán*
 - 1.2.2. La *sunna hadith*
 - 1.2.3. El consenso
 - 1.2.4. La analogía
 - 1.3. Las escuelas jurídicas
 - 1.3.1. Escuela hanafí
 - 1.3.2. Escuela malikí
 - 1.3.3. Escuela xafí
 - 1.3.4. Escuela hanbalí
 - 1.4. Metodología de la interpretación
 - 1.5. Cierre de las puertas del derecho islámico

2. EL ELEMENTO ESTÁTICO Y DINÁMICO DEL DERECHO
 - 2.1. Elemento estático: el derecho en la configuración y conformación de las relaciones sociales

¹ Estudiante de derecho en noveno semestre y de historia en tercer semestre de la Pontificia Universidad Javeriana.

- 2.2. Elemento dinámico: el derecho como producto histórico y cambiante
3. EL DEBATE SOBRE LA RIGIDEZ DEL DERECHO ISLÁMICO
 - 3.1. Primera crítica: el contraste entre los elementos estáticos y dinámicos
 - 3.1.1. Elemento estático
 - 3.1.2. Elemento dinámico
 - 3.2. Segunda crítica: la separación entre la teoría y la práctica

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

“El derecho islámico es el vivo ejemplo del pensamiento islámico, la más típica manifestación del modo de vida musulmán, el núcleo y el fruto del islam en sí mismo”².

INTRODUCCIÓN

La *ciencia dogmática del derecho* tiene como objeto el estudio de un ordenamiento jurídico dado en una determinada sociedad en una época determinada. De esta forma, será la finalidad de este ensayo entrar a analizar el ordenamiento jurídico del mundo musulmán en la actualidad.

El derecho islámico con más de diez siglos de haber sido creado, sigue siendo en la actualidad parte fundamental del ordenamiento social en oriente. Su ley divina: *Darí'a*, se erige como uno de los grandes legados que dejó MAHOMA producto de la revelación divina de ALLÁH, la cual ya había sido manifestada parcialmente a los judíos y cristianos, quienes lamentablemente la deformaron. Esta visión de pueblo elegido para reestablecer en su integridad la revelación divina, y para salvaguardarla de otra posible tergiversación, marcó directamente el destino del pueblo islámico hacia una estabilidad en las relaciones sociales, y por consiguiente el derecho como elemento esencial del orden social, no escapa a esta tendencia.

Para entender el estado actual del derecho islámico, se debe percibir, antes que todo, la naturaleza divina de su fundamento, en segundo lugar, se debe razonar

2 NYAZEE, IMRAN A., *Theories of Islamic Law: the Methodology of Ijtihad*, Advanced Legal Studies Institute, Islamabad, December 7, 2000, prólogo.

sobre el ámbito de la persona que éste pretende abarcar, para posteriormente entrar a analizar cuál ha sido la evolución que éste ha tenido desde sus inicios, las transformaciones y los retos ante los que se ha tenido que enfrentar durante su larga duración, para poder tener de esta manera un contexto completo sobre la esencia misma de este ordenamiento.

Es importante tener en cuenta que el equivalente a la teoría del derecho occidental en el mundo islámico es la ciencia *usul al fiqh*, la cual se erige como la reina de todas las ciencias islámicas, ya que esta es la disciplina que explica la metodología que debe seguir el jurista para descubrir y aplicar el derecho. De esta forma, corresponde a la ciencia *fiqh* todo el tema correspondiente a fuentes, sistemas de interpretación, teoría de la adjudicación, el operador jurídico y en síntesis las dinámicas internas de interpretación y argumentación en el ejercicio del derecho³. Así, es necesario, igualmente, hacer un análisis previo del tema de fuentes y sistema de interpretación, lo cual nos permitirá entender posteriormente las críticas que han realizado los académicos a este sistema de regular la vida en sociedad.

Así, una vez esbozados los elementos esenciales de la teoría del derecho islámico, el estudio se aproximará a desarrollar la crítica contemporánea de los académicos del derecho de occidente sobre el punto de la rigidez de este ordenamiento. Se sintetizará el debate en dos grandes críticas: la separación entre la teoría y la práctica, y el cierre de las puertas del *ijtihad* (método de interpretación creativo) que deja a los operadores jurídicos en incapacidad de dinamizar el derecho. Sin embargo, pese a ser el derecho islámico rígido en el presente, las herramientas para su readaptación a la movilidad social están presentes, de forma que no nos encontramos frente aun derecho rígido en su estructura, sino en su aplicabilidad actual.

1. EL DERECHO ISLÁMICO

1.1. La *Darî'a* o ley islámica

En la mentalidad islámica la legislación religiosa, civil y la teología se hallan interrelacionadas indisolublemente. La *Darî'a*, según el punto de vista tradicionalista, es eterna, universal, perfecta, se acomoda a todos los hombres de todos los tiempos en todos los lugares, precede incluso al Estado y la sociedad. Igualmente, la

3 HANNAN, SHAH ABDUL, *Usul al fiqh, Islamic Jurisprudence*, www.ymofmd.com/books/uaf/default.htm, pág. 4.

tendencia de la ley islámica es la valorización religiosa de todos los actos humanos, de forma que, sus disposiciones regulan lo concerniente a las relaciones directas del individuo con *ALLÂH*, así como lo que se refiere a la conducta del hombre con sus semejantes. De esta forma, la ley islámica se erige como la voluntad de Dios que pretende regular la vida del hombre en todos y cada uno de sus aspectos⁴.

1.1.1. La ley es la voluntad de Dios para los hombres

Para el mundo musulmán, la ley es obra de la sabiduría, gracia y misericordia de Dios, que fue dada a los hombres como luz y guía de vida, la cual, de ser cumplida, garantizará al creyente las mejores condiciones de existencia en el presente y en el futuro la recompensa de la vida eterna⁵.

Los musulmanes creen que la ley es producto del conocimiento que tiene Dios sobre las circunstancias que condicionan y determinan la vida del hombre, *ALLÂH* sabe lo débil que es la naturaleza humana, y por ello le ha dado una ley adecuada a su situación. De igual forma, creen que Dios, consciente de las limitaciones del ser humano, les ha proporcionado una ley misericordiosa que suaviza el cumplimiento de los deberes, como se evidencia en el *Corán* al señalar que: “Dios no obliga al alma sino en la medida de su capacidad” (véanse, S 2,286; 7,42)⁶.

Como expresión de la sabiduría y misericordia de Dios, la ley musulmana es la luz del camino del bien para el hombre, ya que a través de ésta, *ALLÂH* desea purificar a sus creyentes, enseñarles la justicia y proporcionarles el desarrollo de una vida plena.

“Quién siga mi dirección, ni se extraviará ni será desgraciado” (véanse, S 20,123; 20,1) menciona el *Corán*, dejando claro que la ley islámica es la norma de conducta jurídica, moral y religiosa que fundamenta la decisión y el arbitrio correcto de los hombres ante los ojos de Dios. Si bien es cierto que la ley permite distinguir al

4 HITT, PHILIP, “Jurisprudencia y teología”, en *El islam, modo de vida*, Ed. Gredos, Madrid, 1973, pág. 78; PAREJA, FÉLIX M., “La *Šarīa*, ley del islam”, en *Islamología*, Ed. Razón y Fe, Madrid, 1952, pág. 525.

5 SOURDEL, DOMINIQUE, “La ley islámica”, en *El islam*, Ed. Oikos-tau, Barcelona, 1973, pág. 52.

6 KHOURY, ADEL, “El hombre y su camino ante Dios”, en *Los fundamentos del islam*, Ed. Herder, Barcelona, 1981, pág. 201-203.

hombre entre el bien y el mal, no siempre ocurre que el musulmán logre descubrir la finalidad benévola de la norma, situación que se soluciona en la fe⁷, como lo confirma el libro sagrado, al señalar que:

“Es posible que abominéis algo que os sea un bien, y es posible que estiméis algo que os sea un mal. Dios sabe, mientras que vosotros no sabéis” (véase, S 2,216).

1.1.2. La ley regula todos los aspectos del hombre

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.

La ley islámica y la vida religiosa se resume en la imposición divina de cinco obligaciones para el creyente, conocidos como los cinco pilares del islam, a saber: confesión de fe, oración, ayuno en el mes del ramadán, limosna legal o diezmo y la peregrinación a La Meca. Estos pilares son esenciales para el entendimiento de la devoción personal y vida interior de todo musulmán, así como para entender la forma en que éste se desenvuelve en sociedad. Por otro lado, se debe hacer mención al deber de la guerra santa (*?ihâd*), el cual no se cuenta entre las obligaciones religiosas fundamentales, pero sí se encuentra como un deber solidario de luchar por la causa de *ALLÂH* contra los infieles que se niegan a la conversión⁸.

En lo que respecta a la ley y la sociedad, se debe tener en cuenta que el sustento de la vida social islámica es la comunidad, *umma*, que se basa en los principios de fraternidad e igualdad absoluta entre los seguidores de una misma fe. Para el mantenimiento de la *umma*, la ley musulmana regula lo concerniente a la alimentación, prohíbe el uso del vino, el consumo de carne de cerdo, los juegos de azar; fija el derecho penal, clasificando los delitos y estableciendo las correspondientes penas; igualmente reglamente lo relacionado a la familia, en temas como el matrimonio, el nacimiento, la muerte, la sucesión; y además de este ambiente de vida comunitaria, la ley también ha establecido principios jurídicos precisos para la organización social:

7 KHOURY, ADEL, “El hombre y su camino ante Dios”, págs. 203-206.

8 Véanse, BAUSANI, ALESSANDRO, “La ley”, en *El islam en su cultura*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, págs. 47-78; SOURDEL, DOMINIQUE, “La ley islámica”, págs. 53-61; PAREJA, FÉLIX M., “La *Šaría*, ley del islam”, págs. 529-546.

estatus personal, sistema fiscal, régimen de propiedad y ética comercial; entre otros aspectos referentes a la relación del musulmán con su prójimo⁹.

1.2. Formación y evolución de las fuentes del derecho islámico¹⁰

El islam, a la muerte de MAHOMA, se encontraba como un edificio en construcción. Su terminación, se debe a las primeras generaciones siguientes, las cuales se vieron en la necesidad de hallar normas administrativas, políticas y religiosas suficientes para organizar la comunidad del imperio, el cual en sus inicios se circunscribía a Medina y Arabia, pero posteriormente llegó a incluir en sus fronteras vastos territorios de superior cultura, como lo fueron los persas, los egipcios, los mesopotámicos, entre otros¹¹.

1.2.1. El Corán

El primer intento de codificar la ley islámica surge desde los inicios mismos del califato bajo la iniciativa de ABÛ BAKR (632-634)¹², quien pretendió juntar todo lo que se mantenía en la tradición oral y lo que se había escrito sobre el *Corán* durante la vida de MAHOMA. Así, el libro dictado por el arcángel GABRIEL al profeta durante el 609 al 632, fue pasado a texto después de la muerte del MAHOMA, en un intento de establecer una colección completa de los dispersos fragmentos de la revelación. Sin embargo, este intento de compilación iniciado por ABÛ BAKR no llevó a la formación de una versión oficial y única del *Corán*, ya que para su período habían sido hechas otras redacciones en Damasco, Kufa, Basora y Homs, las cuales eran disímiles entre sí. De esta forma, fue en el califato de UTHMÂN (644-656) que finalmente se logró establecer el texto oficial del *Corán*, cuya autenticidad fue admitida unánimemente por todos los musulmanes¹³.

9 SOURDEL, DOMINIQUE, “La ley islámica”, págs. 61-69.

10 Es importante aclarar que la evolución del derecho a la que se hace referencia en este trabajo es el derecho sunní, que corresponde al 90% de la población islámica, en contraposición al shiismo que sólo representa el restante 10%. Para hacer una breve referencia a los elementos esenciales de este derecho, se debe destacar que rechazan la tradición del profeta o *sunna*, y en remplazo de la fuente del consenso está el poder infalible de un imán (guía religioso) —descendiente del profeta por su hija FĀTIMA y ALÍ— de determinar lo que los creyentes deben o no hacer. HITTI, PHILIP, “Jurisprudencia y teología”, pág. 84.

11 PAREJA, FÉLIX M., “La *Šarīa*, ley del islam”, pág. 511.

12 ABÛ BAKR fue el primer califa elegido después de la muerte de MAHOMA en el 632 d.C.

13 SOURDEL, DOMINIQUE, “La ley islámica”, pág. 44.

1.2.2. La sunna hadith

Con la evolución de la comunidad primitiva y la expansión del imperio árabe comenzaron a surgir nuevos problemas que ponían de manifiesto la insuficiencia del *Corán* para solucionarlos. Situación que condujo a buscar las respuestas a los vacíos legales en la forma y manera en que el profeta vivió, su conducta, sus manifestaciones y hasta sus silencios, lo que constituía una aclaración del camino de la vida de MAHOMA (tradición o *sunna*)¹⁴. La minuciosa investigación de cuanto el profeta había dicho y hecho, aprobado y rechazado fue objeto de detalle para solucionar los nuevos problemas de fuentes legales, luego se avanzó un poco y también se investigó la vida de los más cercanos compañeros de MAHOMA. Medina había sido principalmente la escena de estas actividades, y allí se acudió para continuar con la formación del derecho islámico¹⁵. El registro de una acción, sentencia, o dicho del profeta se hizo conocido técnicamente como *hadîz*, y este medio continuó como fuente legal, inmediatamente detrás del libro sagrado. Este fue el primero de los mecanismos encaminados a suavizar la rigidez e inmutabilidad de la ley divina¹⁶.

En los inicios de la aplicación de esta fuente cada vez que la comunidad se enfrentaba a una nueva controversia las partes afectadas buscaban encontrar apoyo a su posición en un *hadîz*, situación que se agravó con las frecuentes luchas de partidos y de contiendas religiosas, lo que llevó a que cada facción buscara el apoyo de su doctrina en los usos del profeta. Así, conforme a PAREJA, la “promiscuidad” en el uso de esta fuente trajo como consecuencia el registro de un gran número de falsas tradiciones, y por consiguiente, la preocupación por su autenticidad. Consecuentemente, surgió entre los académicos una nueva preocupación por establecer unos principios y desarrollar unos métodos para distinguir las tradiciones verdaderas de las falsas. En un principio algunos teólogos intentaron implementar un criterio de coincidencia con el contenido del *Corán* para determinar la autenticidad de una tradición, criterio que se consideró insuficiente y que fue complementando por la creación de la disciplina *ʿilm al-hadith*: La ciencia de la tradición¹⁷.

En virtud de esta disciplina, la coincidencia del contenido de la narración con el *Corán* debía complementarse con la credibilidad del garante. Así, para que una tradición pudiera pasar por auténtica el fiador debería acreditar su calidad moral y

14 KHOURY, ADEL, “Fuentes y escuelas principales de la religión islámica”, en *Los fundamentos del islam*, Ed. Herder, Barcelona, 1981, pág. 126.

15 PAREJA, FÉLIX M., “La *Šarīa*, ley del islam”, págs. 511-512.

16 HETTI, PHILIP, “Jurisprudencia y teología”, pág. 79.

17 PAREJA, FÉLIX M., “La *Šarīa*, ley del islam”, págs. 512-513.

además presentar la cadena ininterrumpida de fiadores que estableciera el vínculo con el profeta o su compañero. Seguidamente, pasó a precisarse que todo *hadith* debería componerse de dos partes: el texto de la tradición y la cadena de testimonios que asevera la narración, a saber:

“X ha contado de Y, quien sabía por Z, que Él (el profeta) o determinado compañero dijo, o hizo, o aprobó tácitamente (...)”.

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 dudas¹⁸.

1.2.3. El consenso

Lo cierto es que hasta principios del siglo VIII la comunidad siguió rigiéndose por las prescripciones estipuladas en el libro sagrado y en la tradición recopilada del profeta, pese a la existencia de profundas contradicciones internas entre las mismas. Tanto en el *Corán* como en el *hadith* empezó a hablarse de tradiciones abrogantes y abrogadas, y sin embargo, pese a tomar la *sunna* como auxiliar del *Corán* no se llegaba todavía a alcanzar el deseado criterio infalible y universal de la ley islámica, capaz de satisfacer a la comunidad musulmana en la resolución de los puntos controvertidos¹⁹. Con el paso de los años, las disputas político-religiosas empezaron a perder sectarismos y se van formando progresivamente ciertas opiniones comunes con respecto a puntos discutidos, que van dando cabida a las posiciones más opuestas. Este fenómeno da origen a una tercera fuente de la ley, el consenso o acuerdo conocido como *igma*, cuyo antecedente se remontan a las costumbres preislámicas de las tribus árabes para solucionar sus conflictos, y que fue aplicado desde el comienzo mismo del califato al momento de elegir a ABŪ BAKR como el sucesor de MAHOMA por el consejo de ancianos.

Este nuevo criterio, tan remoto como los mismos orígenes de la cultura árabe, venía a despejar la incertidumbre teórica, sobre la interpretación y aplicación de las primeras fuentes que estaban plagadas de contradicciones entre sí. La imposición en la conciencia de la comunidad de este nuevo criterio no fue de manera alguna difícil para los juristas de la época, quienes encontraron en un *hadith* profético el

18 KHOURY, ADEL, “Fuentes y escuelas principales de la religión islámica”, págs. 127-128; SOURDEL, DOMINIQUE, “La ley islámica”, pág. 47.

19 PAREJA, FÉLIX M., “La *Šaría*, ley del islam”, pág. 517.

sustento de su doctrina, el cual decía que “*mi comunidad no concordará en un error*”²⁰. Desde los primeros momentos de su establecimiento doctrinal, el consenso se caracterizó por la lentitud de su elaboración; esto se debe a que desde el pensamiento islámico el balance dogmático y jurídico de una situación polémica sólo se puede hacer pasado un tiempo razonable, que permita analizar con calma cuáles fueron sus alcances y efectos, para así poder proceder a determinar la posición jurídica más conveniente. Así, el *igma* es el resultado de un balance, de la opinión obtenida durante un dilatado período de tiempo sobre un determinado asunto, el cual se puede dar por toda la comunidad o solamente por los más expertos jurisconsultos del momento, dependiendo de las circunstancias²¹.

Con la creación de esta nueva fuente el 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.

1.2.4. La analogía

Posteriormente, el apogeo cultural del mundo islámico que comienza a finales de la dinastía Omeya²² y que alcanza la cúspide en el período Abásida²³, llevó a que el derecho se volviera objeto de estudios profundos por parte de los intelectuales, creándose así una nueva discusión sobre la forma de aplicar el derecho y lograr reducir la rigidez de la ley coránica. Mientras que los académicos de Medina eran más ortodoxos y preferían atenerse literalmente a la tradición, las corrientes de Irak optaban por el juicio personal y uso de la razón para la deducción y aplicación de los preceptos, posición criticada por la ortodoxia islámica quienes se rehusaban a la inclusión de elementos humanos en una materia que correspondía a *ALLÁH* y no al hombre²⁴.

20 HITTI, PHILIP, “Jurisprudencia y teología”, págs. 83-84.

21 PAREJA, FÉLIX M., “La *Šarīa*, ley del islam”, págs. 517-518.

22 Dinastía que gobernó el imperio árabe del año 661 al 750, durante ese período los límites del imperio llegaron a incluir los territorios de Arabia, Siria, Egipto, Irak, Irán, Magreb y el andaluz español.

23 Los abasíes duraron en el poder del 750 al 850, una vez terminada la época de las grandes conquistas empezó en el islam el período del apogeo cultural, que se desarrolló especialmente en Irak (capital del imperio) gracias a la integración armoniosa de los aportes de las culturas árabes, persas-iranios, grecosirios y cristianos.

24 PAREJA, FÉLIX M., “La *Šarīa*, ley del islam”, pág. 514.

De estos esfuerzos académicos surgía una nueva disciplina en contraposición a la inicialmente conocida *il'm*, que se limitaba a las dos primeras fuentes, *Corán* y *sunna*; el nuevo método, *fiqh*, surgió para designar la aplicación de la actividad intelectual, *ra'ý*, a las cuestiones jurídicas. De esta forma se extendió la disciplina *fiqh*, al conjunto de decisiones legales fundadas en el empleo de la razón, ejercitado para resolver casos no previstos en el *Corán* o la *sunna*. La aplicación del juicio personal, dio lugar a la creación de una nueva fuente de derecho llamada *qiyas*, deducción por analogía, con la cual, del examen de cuestiones determinadas y ya resueltas en derecho, se obtenía la solución para otras no previstas.

1.3. Las escuelas jurídicas

Las tentativas para ordenar el derecho empezaron ya en el tiempo de los omeyas y se desarrolló en el período de los abasíes. Desde principios del siglo VIII se había comenzado a trabajar en este sentido en Medina, Siria y sobre todo en Irak, donde la actividad de los eruditos se hizo más intensa. A la labor intelectual de desarrollar el derecho islámico a partir de las cuatro fuentes de la ley —*Corán*, *hadith*, consenso y analogía— se llamó *Ijtihad*. Poco a poco se fue ampliando la noción de *fiqh* hasta designar la ciencia que de modo coordinado abraza el ámbito de los conocimientos derivados de las cuatro fuentes de la ley islámica. A raíz de las inclinaciones que cada académico mostraba en la preferencia o aplicación de determinada fuente, se dividieron los eruditos entre los más ortodoxos o partidarios de la tradición, y entre quienes daban mayor espacio a los procedimientos basados en la razón. Los resultados entre estas tensiones intelectuales fue lo que llevó a la formación de diversos sistemas jurídicos de pensamiento, de los cuales cuatro lograron sobrevivir e instituirse como escuelas de la ortodoxia islámica²⁵.

Es precisamente en este punto, que NYAZEE con sentido irónico pone de relieve el hecho que las discusiones que ocupan los teóricos del derecho en la actualidad sobre la teoría de la adjudicación, son debates ya superados por los musulmanes más de mil años atrás²⁶.

25 PAREJA, FÉLIX M., "La *Šarí'a*, ley del islam", págs. 519-520.

26 NYAZEE, IMRAN A., *Theories of Islamic Law*, pág. 12.

1.3.1. Escuela hanafí

La primera escuela fue fundada por ABÛ HANIFA (699-767) en Siria y luego en Irak, personaje de origen persa pero nacido en Irak; no fue abogado ni juez sino hombre de negocios. Esta es la escuela más liberal de las cuatro escuelas ortodoxas y la más dispuesta al uso de la opinión jurídica. Después del *Corán* y de la *sunna* admite el juicio personal en primer lugar bajo la forma del principio de la analogía, en los casos en que haya soluciones inequívocas o simplemente sugeridas que aparezcan en el *Corán* o en los *hadith*. Y en segundo lugar, dado el caso que la posición jurídica no pueda establecerse de un modo inequívoco o indicativo, el jurisconsulto podrá hacer uso del *istihsân*, que consiste en elegir la mejor solución conforme a razones de equidad y conveniencia en el momento²⁷.

La escuela hanafí se afirmó en Irak durante el gobierno de los abasíes, y hoy en día está en vigor en los territorios del antiguo imperio otomano, en el Asia Central, en Afganistán, en la India y en Pakistán, y puede decirse que cerca de la mitad de los musulmanes del mundo siguen esta escuela jurídica²⁸.

1.3.2. Escuela malikí

Fundada por MALIK B. ANAS (718-796) en Medina, teólogo y jurista que logró formar a su alrededor un círculo de discípulos, dando origen a la más antigua compilación de derecho en el islam sunní, *al-muwatta* o libro del camino allanado, donde se recoge la tradición de Medina, ya completamente islamizada, sobre cuestiones legales y rituales, civiles y religiosas. Esta escuela admite como fuentes de la ley, en primer lugar el *Corán* y la *sunna*, después si es necesario, el derecho consuetudinario de Medina, y finalmente la interpretación personal (*ra'y*) bajo la forma del consenso de los doctores de Medina. Posteriormente sus discípulos de MALIK, intentando mejorar el método de su maestro y en el empeño de eliminar de la aplicación del derecho todo elemento subjetivo, sometieron el juicio individual a un principio más limitado que el propuesto por la escuela hanafí, llamado *istislâh*, el cual sujeta la apreciación de lo bueno y lo conveniente sólo a los casos en que sea indudable, general y de grave necesidad su aplicación. El método malikí penetra más hondo que el método hanafí en la aplicación de la ley islámica, afectando el valor de normas jurídicas fundadas aun en el *Corán*, la *sunna* y el *igma*, mientras que el

27 SOURDEL, DOMINIQUE, "La ley islámica", pág. 49; KHOURY, ADEL, "Fuentes y escuelas principales de la religión islámica", pág. 134.

28 BAUSANI, ALESSANDRO, "La ley", pág. 44.

método hanafí no pasa de la afectación en la aplicación de la analogía, sin embargo este método malikí es de una aplicación mucho más restrictiva²⁹.

Los seguidores de esta escuela jurídica son actualmente los musulmanes del norte de África y parte de la costa de África Oriental.

1.3.3. Escuela xafí

Entre la escuela malekí basada principalmente en la tradición y la escuela hanafí fundamentada en la opinión, cabía una tercera escuela fundada por MAMAD IBN IDRIS AL-XAFI'Î (768-820). Personaje nacido en Gaza, educado en el hogar de cada una de las dos primeras escuelas, Medina e Irak, y trabajó como profesor de teología en La Meca, Bagdad y El Cairo. A esta escuela se le reconoce haber sido la fundadora de la ciencia clásica del derecho islámico, *al-fiqh*, e igualmente a su obra *al-risala* se le considera el primer estudio científico de la ley islámica³⁰.

Entre los principales avances de esta escuela se encuentra el haber sistematizado el uso de las fuentes en principal y secundarias, señalando el límite de cada una y eligiendo una vía ecléctica entre las vías extremas del uso de la razón y de la tradición. Igualmente estableció como criterio para que una fuente de ley fuera aceptada, la necesidad que ésta se derivara implícita o explícitamente de la fuente principal, el *Corán*. De esta forma, sólo consideró aceptable la *sunna* profética, pero rechazó la aplicación de todo *hadith* que derivara de los compañeros del profeta o de sus sucesores. AL-XAFI'Î aceptó el consenso como tercer fuente, y lo definió como:

“la opinión de la comunidad musulmana expresada por medio de sus juristas más instruidos”,

sin embargo fue difícil encontrar el texto coránico que permitiera esta fuente y vasto con conformarse con la legitimación basada en la *sunna*. Finalmente admite la analogía como cuarto recurso, en los casos en que no sean tratados por el *Corán*, la *sunna* ni por el consenso, y aun con limitaciones ya que AL-XAFI'Î rechaza el *istihsân* subjetivo, implantando en su remplazo el recurso de presunción jurídica,

29 PAREJA, FÉLIX M., “La *Šarīa*, ley del islam”, pág. 522; SOURDEL, DOMINIQUE, “La ley islámica”, págs. 48-49.

30 HITTI, PHILIP, “Jurisprudencia y teología”, págs. 81-82.

según el cual, si consta de la existencia de un estado de hecho en un momento determinado, se presume que tal estado perdura hasta que haya prueba en contrario³¹.

En la actualidad los seguidores de esta escuela se encuentran regados por las islas Bahrein, en el sur de Arabia, en Indonesia, en África Oriental y parte de Egipto.

1.3.4. Escuela hanbalí

Fundada por MAMAD IBN HANBAL (780-855), discípulo de AL-XAFI'Í y defensor de la corriente más ortodoxa de las cuatro escuelas jurídicas. Acérrimo defensor de la tradición, rechaza categóricamente el consenso y limita estrictamente el uso del juicio personal y la analogía a lo más ineludible, prefiriendo basar sus decisiones en los *hadith*, aunque no necesariamente sean los más confiables³².

La escuela hanbalí gozó de gran aceptación en las regiones centrales del islam, aunque posteriormente se vio relegada a algunas regiones de Arabia central, Omán y el Golfo Pérsico. En la actualidad esta escuela ha tomado fuerza en la ortodoxia *wahhâbí* de Arabia Saudita.

Aclara NYAZEE que las cuatro escuelas jurídicas no deben ser confundidas con sectas, ya que cada escuela ha sido organizada alrededor de una teoría legal que mantiene y practica una forma de derivación del derecho. Esto significa que hay por lo menos cuatro teorías del derecho al interior del sunnismo. Cada escuela con su teoría individual constituye un sistema de interpretación independiente de las fuentes, un sistema que es internamente consistente, y que significa que debe ser seguido en su totalidad sin dar lugar a ser seguido parcialmente³³.

Finalmente, en la actualidad todos los musulmanes sunnitas pertenecen a una de las cuatro escuelas ortodoxas, y tienen libertad para cambiar de adhesión de la una a la otra, pero mientras pertenezcan a una de ellas deberán seguir sus principios. Todas las escuelas tienen el mismo valor y las grandes universidades religiosas tienen representantes de cada una de ellas; los principios que las rigen son

31 HITTI, PHILIP, "Jurisprudencia y teología", págs. 81-85; PAREJA, FÉLIX M., "La Šaría, ley del islam", págs. 522-523.

32 HITTI, PHILIP, "Jurisprudencia y teología", pág. 85; PAREJA, FÉLIX M., "La Šaría, ley del islam", págs. 523-524.

33 NYAZEE, IMRAN A., *Theories of Islamic Law*, pág. 23.

fundamentalmente los mismos y las diferencias se manifiestan sobre todo en la aplicación de las reglas, reconocidas como justas a casos particulares. Cuando la doctrina de las cuatro escuelas coincide sobre un punto determinado, ese acuerdo constituye *igma*, y pasa a ser obligatorio para todos, por el contrario, cuando difieren las escuelas, las normas particulares de cada una obligan sólo a las personas que se sometieron a las reglas de esa corriente específica³⁴.

1.4. Metodología de la interpretación

Existen en la teoría del derecho islámico dos metodologías de interpretación: el *ijtihād* y el *taqlīd*. La metodología del *ijtihād* consiste en el máximo esfuerzo de interpretación realizado por un operador jurídico para derivar la regla de conducta directamente del *Corán* y de la *sunna*. No todo jurista tiene la capacidad de acceder de forma independiente a las fuentes del derecho, solamente el *mujtahid* estará en la capacidad de aplicar este método, su opinión, basada en los textos sagrados, tiene el carácter de ley y es vinculante para aquellos juristas seguidores de su escuela³⁵.

En contraposición, la metodología *taqlīd* significa el seguimiento por parte del jurista de la opinión de las escuelas de derecho islámico en materia de conducta. De esta forma, el *taqlīd* no es operador jurídico independiente, sus fuentes de interpretación se limitan a las reglas de conducta que han sido derivadas por el *mujtahid* de las fuentes directamente³⁶. El jurista que ejerce el *taqlīd* es conocido como el *faqih*³⁷.

Para estos operadores jurídicos, el derecho islámico se encuentra codificado en los tratados de *fiqh*, y la aplicación se realiza mediante el apoyo de manuales prácticos que resumen las disposiciones de cada escuela: el de *Jalīl* (m. 1365) para el malikismo, el de *an-Nawawī* (m. 1278) para la escuela xafí y los de *al-Jurasānī* y de *an-Nasafī* para el hanafismo. Asimismo, no les es permitido en el ejercicio de su profesión fundarse directamente en el *Corán*, ni en la tradición, ni salirse del

34 HITT, PHILIP, "Jurisprudencia y teología" pág. 85; SOURDEL, DOMINIQUE, "La ley islámica", págs. 50-51; BAUSANI, ALESSANDRO, "La ley", pág. 45; PAREJA, FÉLIX M., "La *Šarīa*, ley del islam", pág. 524.

35 Véase, NYAZEE, IMRAN A., *Outlines of Islamic jurisprudente*, Advanced Legal Studies Institute, Islamabad, December 5, 2000, págs. 31-32.

36 Algunos académicos se refieren al *Taqlīd* como el "imitador ciego" (*blind imitator*), para destacar la ausencia de ejercicio intelectual en la aplicación de esta metodología de interpretación. (Véase, SYED, IBRAHIM B., *Ijtihad*, http://www.irfi.org/articles/articles_1_50/ijtihad.htm).

37 Véase, NYAZEE, IMRAN A., *Outlines of Islamic jurisprudente*, págs. 31-32.

igma, ni aplicar directamente los métodos de deducción lógica, de forma que en casos nuevos y complicados nunca podrá hacer innovaciones sino que simplemente podrá explicar o aplicar las prescripciones de los tratados *fiqh* al caso en concreto. Todo esto se le da ya hecho en los libros de la escuela con sus innumerables glosas y comentarios, y no tienen más remedio que seguirlos al pie de la letra³⁸.

1.5. Cierre de las puertas del derecho islámico

Existe un consenso general entre los historiadores musulmanes del derecho y los académicos occidentales, al señalar que el sunnismo, en el siglo X (o quizás uno o dos siglos después), declaró cerrado el período creativo del derecho, y con ello la labor intelectual del *ijtihād*³⁹.

La causa del porqué se tomó esta decisión, ha sido objeto de estudio y no hay una conclusión única. Según SYED, algunos historiadores señalan que las puertas del *ijtihād* se cerraron como consecuencia de la amenaza de las fuerzas exteriores como las cruzadas o las invasiones de los mongoles que llevó al saqueo de Bagdad en 1258. Sin embargo, la metodología del *taqlid* fue adoptada un siglo antes de las cruzadas y trescientos años antes de la conquista mongólica⁴⁰. Por otro lado, VIKOR⁴¹ aduce como razón verdadera la intención de los líderes de las escuelas de preservar la independencia intelectual y jurídica frente a los intereses del califa. Así, con el paso del tiempo y con el aumento de las presiones políticas, el ulema (experto en derecho y teología) prefirió declarar completado el derecho y someterlo a un período de rigidez, con el fin de que éste no llegase a ser permeado por la corrupción de los gobernantes del momento. Y finalmente, se menciona la posición que sostiene que los operadores jurídicos, luego de 400 años de estudio del derecho, concibieron que todas las posibles cuestiones y situaciones habían sido exploradas y resueltas por el ulema, obviando la necesidad de nuevos juicios⁴².

38 Véanse, SOURDEL, DOMINIQUE, “La ley islámica”, pág. 51; BAUSANI, ALESSANDRO, “La ley”, pág. 45; PAREJA, FÉLIX M., “La *Šarīa*, ley del islam”, pág. 524.

39 VIKOR, KNUT S., *The development of ijtiḥād and Islamic reform, 1750-1850*. Third Nordic Conference on Middle Eastern Studies: Ethnic encounter and culture change. Finland. 1995. <http://www.hf-fak.uib.no/institutter /smi/paj/Vikor.html>

40 SYED, IBRAHIM B., *Ijtiḥād*.

41 VIKOR, KNUT S., *The development of ijtiḥād*.

42 SYED, IBRAHIM B., *Ijtiḥād*.

Pese a haber opiniones contrarias⁴³, la comprobación de que efectivamente el derecho musulmán cerró las puertas del *ijtihad* lo podemos presenciar en el gran número de eminentes tratadistas que en los últimos años han dedicado sus esfuerzos a pedir la reapertura del período creativo del derecho. Ya desde el siglo XVII MUHAMMAD ABDUH puso el tema en debate, seguido por autores como SHAH WALI ALLAH AL-DIHLAWI, MAMAD B. ALI AL-SHAWKANI, AHMAD B. IDRIS, entre otros⁴⁴.

La consecuencia de la decisión, es una rigidez del sistema de interpretación del derecho islámico, elemento que será objeto de análisis en lo que queda de este ensayo.

2. EL ELEMENTO ESTÁTICO Y DINÁMICO DEL DERECHO

2.1. Elemento estático: el derecho en la configuración y conformación de las relaciones sociales

En palabras de HENKEL el derecho se presenta

“como un orden de deber ser que regula los comportamientos en las relaciones interhumanas y en las relaciones con la sociedad”.

Con ello, se halla coordinado a la sociedad y al orden social en un sentido elemental⁴⁵. Teniendo en cuenta que la relación del individuo con el orden social se encuentra marcado por una interacción entre la *adaptación* y la *autodeterminación*, el derecho se erige como un orden de comportamiento, el cual prescribe a los sujetos que actúan dentro de la sociedad un comportamiento conforme con determinados modelos de conducta⁴⁶.

43 Para ver la posición minoritaria, véanse: WAEL HALLAQ, “Was the gate of *ijtihad* closed?”, *International Journal of Middle East Studies*, 16, I, 1984, 3-41; W. MONTGOMERY, WATT, “The closing of the door of *igtihad*” in *Orientalia hispanica, sive studia FM PAREJA octogenario dictata edenda curavit JM BARRAL*, Leiden 1974, i, 675-678; y el mismo IMRA NYAZEE en las obras analizadas en este ensayo.

44 VIKOR, KNUT S., *The development of ijtihad*.

45 Véase, HENKEL, HEINRICH, “Derecho y ser”, en *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de ENRIQUE GIMBERNAT, Ed. Taurus, Madrid, 1968, pág. 54.

46 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 50-51.

En lo respectivo a la dinámica de *adaptación*, se parte del hecho que la persona al salir de su esfera individual y penetrar la comunidad como personaje social, se enfrenta a un mundo que ya se encuentra ordenado, el cual escapa a su determinación, en el que está previamente dado y trazado una forma de comportarse, y el cual le es impuesto incluso por la vía de la coercibilidad. Así, el ser humano desde su nacimiento está expuesto como ser pasivo a un orden social preestablecido, al cual deberá adaptarse independiente de su voluntad⁴⁷.

La razón de ser de esta situación, obedece a las necesidades mismas de existencia de la comunidad, ya que todo acto de un individuo en la sociedad tiene la virtualidad de trascender y a afectar a otros, de donde deriva la exigencia de no comportarse a su arbitrio sino *social-típicamente*, ya sea de forma voluntaria, mediante la adaptación espontánea y consciente o mediante la imitación inconsciente de los modelos sociales de comportamiento predominantes, o como última posibilidad, de forma forzada, por la vía de la imposición coactiva por el uso de la fuerza. De esta forma tiene lugar una adaptación del individuo al mundo social, cuyas estructuras de orden le envuelven y le aprisionan en todas sus relaciones sociales⁴⁸.

Una segunda dinámica en la inserción del individuo en la sociedad, viene dada por la capacidad del orden social de trascender en la esfera individual del sujeto. Alcanzado este punto, los individuos empiezan a prestar una aportación personal, según sus propias capacidades, para el mantenimiento del mismo, actuando conforme al sentido y al fin organizador en todos los ámbitos de la de la vida social. Este efecto se entiende como la *autodeterminación* del sujeto al orden social⁴⁹.

Esta contribución de la persona, es lo que hace que el orden social alcance la firmeza, regularidad, previsibilidad y seguridad en el tráfico social. La estabilidad de dicho orden se basa en la expectativa de que, en ciertas situaciones y relaciones sociales, las personas van a hacer, prestar u omitir una conducta, lo cual se concretiza en una voluntad vinculante de la sociedad dirigida a un deber ser: un deber hacer u omitir al que por lo general corresponderá, en contraposición, un poder exigir o actuar⁵⁰.

47 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 51-52.

48 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 51-52.

49 Véase, HENKEL, HEINRICH, pág. 52.

50 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 52-54.

De esta forma, el derecho adquiere su elemento estático en la configuración y conformación de las relaciones sociales, ya que conlleva a la adaptación y autodeterminación de las personas conforme a las conductas preestablecidas, creando un sentimiento de seguridad que las otras personas con las cuales interactúan también se adaptarán y autodeterminarán al igual que ellos, y por consiguiente se sabrá qué esperar en el tránsito social⁵¹.

2.2. Elemento dinámico: el derecho como producto histórico y cambiante

El derecho, como elemento ordenador de la vida en sociedad, siempre acompaña a una determinada comunidad jurídica. A consecuencia de esta vinculación, el derecho está sometido al proceso histórico del destino del grupo, e igualmente, se halla sometido al destino de historicidad, es decir, a existir en un espacio y tiempo determinado, mientras que la sociedad que le dio origen persista, o mientras que la sociedad lo siga considerando útil y necesario para sus fines⁵².

Para que esto último no ocurra, el derecho debe vivir un proceso constante de transformación para adaptarse a las necesidades vitales y de orden de la comunidad, las cuales cambian según el proceso de vida de la sociedad. De esta forma, se puede señalar que existen dos fuerzas que impulsan al derecho a cambiar: *la fuerza motriz del espíritu común* y *la fuerza motriz del espíritu individual*⁵³.

1. HENKEL entiende por *espíritu común*, el acervo grupal de experiencias, de conocimientos, de pensamientos lógicos discursivos, de sentimientos valorativos y de juicios sobre lo que es adecuado y útil para la sociedad, que se va formando paulatinamente tras la convivencia con la comunidad, sobre todo lo que se refiere a los comportamientos sociales correctos en las relaciones interhumanas y en la relación con la sociedad en sí misma. Consecuentemente, siendo el derecho la materialización de esta conciencia generalizada, —la cual se desarrolla conforme según las leyes que rigen todo lo vivo: el progreso y el cambio—, deberá ser dinámico para poder adaptarse a las cambiantes realidades sociales. Esto es lo que se entiende como *la fuerza motriz del espíritu común*⁵⁴.
2. Existe una segunda fuerza que estimula al derecho a cambiar, y hace referencia a la presión interna que ejerce el operador jurídico en la sociedad, el cual según

51 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 52-54.

52 Véase, HENKEL, HEINRICH, pág. 68.

53 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 68-69.

54 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 69-70.

HENKEL, al observar los desarrollos internos en los distintos campos jurídicos con mirada minuciosa, percibe una variedad de iniciativas y de aportaciones personales que llevan a la inserción de contenidos jurídicos nuevos o transformados en la estructura del ordenamiento jurídico. Como ejemplos claros de esta *fuerza motriz del espíritu personal* se puede mencionar las obras de grandes académicos que han dado pie a cambios conceptuales y ha llevado a cambios de gran envergadura en la estructura del orden normativo; igualmente se menciona los innumerables aportes personales producidos bajo la forma de nuevos principios jurisprudenciales⁵⁵.

Es importante hacer mención a que el cambio del derecho en el tiempo tiene dos formas esenciales de manifestarse, en primer lugar se señala el cambio formal mediante la modificación de la norma jurídica o la creación de una nueva; y en segundo lugar, se puede llevar a cabo continuamente mediante la variación en la interpretación de los preceptos normativos, ya sea sobre el significado o sobre el sentido⁵⁶.

De todas estas consideraciones se desprende que el derecho se debate constantemente entre las tendencias a la permanencia y las tendencias al cambio, ambas igualmente importantes, ya que por un lado el elemento estático del derecho garantiza la estabilidad y seguridad del orden jurídico, actuando así como catalizador de las expectativas de los individuos, pero con el consecuente riesgo de retardar el proceso de vida ante la sociedad; situación ante la cual entra a actuar la irresistible tendencia al cambio, que recibe su fuerza tanto de la necesidad de adaptación del derecho a las circunstancias y necesidades sociales, como de la dinámica de autodesarrollo del *espíritu común*⁵⁷.

Teniendo en cuenta estos elementos, HENKEL concluye que para la sana constitución de una sociedad es importante que la tendencia a la permanencia y la tendencia razonable al cambio del Derecho figuren entre sí en una relación de fuerza y efecto, de forma que, al servirse de peso y contrapeso, mantengan recíprocamente un equilibrio en la balanza⁵⁸.

55 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 71-72.

56 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 72.

57 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 73-74.

58 Véase, HENKEL, HEINRICH, págs. 73-74.

3. EL DEBATE SOBRE LA RIGIDEZ DEL DERECHO ISLÁMICO

En las últimas décadas, el interés por el derecho islámico ha ido creciendo tanto en el mundo musulmán como en el exterior. La era poscolonial ha traído consigo un despertar académico por parte de los musulmanes, encaminado a motivar el cambio de los sistemas legales impuestos, por su sistema autóctono y milenario de organización social. Asimismo, esta situación ha despertado en occidente una extensa labor académica de derecho comparado encaminado a poner de relieve las bondades del sistema de organización occidental y las falencias del sistema islámico. Según palabras de NYAZEE, este esfuerzo se ha evidenciado en el creciente número de estudios sobre el tema, especialmente en ramas específicas como el derecho penal, civil y de familia. Sin embargo, la producción académica en el tema de teoría del derecho todavía es escasa, sin perjuicio que algunos debates ya estén planteados⁵⁹.

Quizá la discusión más candente en el ámbito de la teoría del derecho se ha desarrollado sobre el punto de la rigidez del derecho islámico. Las críticas de los académicos occidentales arremeten sobre el aspecto canónico de este ordenamiento, lo antiguo y desadaptado de sus raíces y en general sobre su carencia de dinamismo para adaptarse a las nuevas realidades sociales, en desconocimiento de la riqueza y variedad de sus principios⁶⁰, y de toda la historia que conlleva su aplicación.

3.1. Primera crítica: el contraste entre los elementos estáticos y dinámicos

Como bien se señaló anteriormente, el contrastar los elementos estáticos y los elementos históricos y cambiantes del derecho de una determinada comunidad, es lo que permite realizar un balance sobre el grado de dinamismo existente en un ordenamiento jurídico.

59 NYAZEE, IMRAN A., *Theories of Islamic Law*, prólogo.

60 Sobre este punto, crítica NYAZEE la posición simplista de los académicos occidentales que señalan la existencia de una teoría común en el derecho islámico, contraargumentando que no existe una sino varias teorías de interpretación en este derecho (véase *supra* 1.3). Esta multiplicidad, indica una riqueza y variedad del sistema legal sin paralelo alguno, lo cual le permite adaptarse a un gran número de distintas razas, culturas y regiones geográficas. Véase, NYAZEE, IMRAN A., *Theories of Islamic Law*, pág. 21.

3.1.1. *Elemento estático*

El análisis del elemento estático se basa principalmente en el papel que tiene el derecho de fijar la configuración y conformación de las conductas de los individuos, lo cual se mide a través de la adaptación y autodeterminación del individuo a la norma.

La persona musulmana desde que nace se encuentra sometida a un orden social que no es voluntad de los hombres, sino que es directamente voluntad de Dios, razón por la cual la adaptabilidad de su conducta se encuentra presionada directamente por los tres órdenes de comportamiento existentes: moral, religioso y jurídico, ya que en el islam estos tres órdenes confluyen en uno solo, como característica esencial del carácter holístico que predomina en éste. Lo anterior, se evidencia claramente en el contenido de los tratados *fiqh*, los cuales se han encargado de clasificar la acción del hombre entre lo permitido legalmente y lo prohibido, pasando por la degradación de los actos permitidos en obligatorios, que constituyen una trasgresión a los tres ordenes; hasta los actos recomendables y reprobables que afectan el orden religioso y moral, mas no trascienden lo suficiente al ámbito jurídico como para imponer una pena.

De esta forma vemos que la posibilidad que tiene el musulmán de actuar por su libre albedrío es mínima, ya que el derecho no sólo le impone las conductas necesarias de subsistencia de la comunidad, sino que también le impone las conductas necesarias para la subsistencia de la religión, llegando inclusive a inmiscuirse directamente en la vida privada de la persona, al imponerle conductas en su relación con Dios. Como bien señala HENKEL, una característica esencial del elemento impositivo del derecho, es que la potestad de fijar normas de conducta encuentra sus fronteras en cuanto se limita a exigencias mínimas de adaptación social para la subsistencia de la comunidad⁶¹, límite que no se encuentra presente en el derecho musulmán, el cual no busca regular mínimos sino que busca regular todos los aspectos tanto religiosos, como privados, como públicos del hombre.

Así, podemos concluir que la persona islámica se encuentra ante un mundo en el que todo está previamente trazado y ordenado, ante el cual es un ser pasivo y cuya adaptación depende directa y espontáneamente de su confesión de fe hacia MAHOMA y su profeta. El entender que la ley fue dada por ALLÁH como guía del bien para el hombre es lo que lo lleva a adaptarse *social-típicamente*.

61 HENKEL, HEINRICH, "Derecho y ser", pág. 52.

En lo que respecta al elemento de autodeterminación hacía el orden social, se hace evidente cómo el derecho musulmán trasciende en la esfera individual del sujeto, lo cual lo lleva a comportarse conforme al objeto y fin del orden social; y así no exista esta conciencia de autodeterminarse voluntariamente por la norma, está claramente la imposición de la fe, según la cual el *Corán* prescribe:

“Es posible que abominéis algo que os sea un bien, y es posible que estiméis algo que os sea un mal. Dios sabe, mientras que vosotros no sabéis” S 2,216.

De forma que el musulmán tenderá a autodeterminarse por las normas impuestas, ya sea porque haya internalizado el fin benévolo de la norma, o dado el caso contrario por la fe en que la ley islámica es producto de la sabiduría y misericordia de Dios.

Visto cómo los elementos de adaptabilidad y autodeterminación se cumplen por los individuos que se rigen por la ley islámica, es dado concluir que este derecho cumple a cabalidad con las características de estabilizador de expectativas, de firmeza y de seguridad para el orden social.

3.1.2. Elemento dinámico

En lo que respecta al elemento dinámico del derecho islámico, el resultado no es tan alentador. 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 *Sarî'a* es eterna, universal, perfecta y se acomoda a todos los hombres de todos los tiempos en todos los lugares⁶²; lo cual explica porqué los musulmanes no conciben el derecho como producto histórico y cambiante.

Consecuencia de esta visión del derecho, es difícil ver que confluyan en el mundo islámico las dos fuerzas que impulsan a cambiar el derecho. En lo que respecta a la *fuerza motriz del espíritu común*, 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. Sin embargo, podría percibirse alguna similitud entre el concepto de *espíritu común* propuesto por HENKEL, y el concepto de *igma* como tercera fuente del derecho islámico.

62 HITT, PHILIP, “Jurisprudencia y teología”, pág. 525.

El *igma*, voz de la comunidad hecha fuente de derecho, constituye para los intelectuales FÉLIX PAREJA y PHILIP HITTI, la forma como el derecho islámico alcanzó toda su flexibilidad y elasticidad al querer de la comunidad. En palabras de PAREJA:

“El *igma* 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”⁶³.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que el *igma* es el resultado de un balance de la opinión obtenida durante un dilatado período de tiempo sobre un determinado asunto, y que por consiguiente la cristalización de un consenso por lo general puede conllevar varios años.

Finalmente, en lo que respecta a la segunda fuerza que impulsa el derecho a cambiar, denominada por HENKEL como la *fuerza motriz del espíritu individual*, se debe señalar que debido a la reducida discrecionalidad que le queda al operador jurídico al aplicar la ley islámica, es muy difícil que una *fatwà* o decisión judicial logre crear nuevos principios jurisprudenciales. El efecto limitante de la fuerza motriz del operador jurídico como consecuencia del cierre del *ijtihad*, convierte al jurista en un imitador. En palabras de BAUSANI,

“la ley islámica, que en la antigüedad fue notable por su elasticidad y flexibilidad, se ha reducido ahora a la imitación de los compendios tradicionalmente aceptados”⁶⁴.

La puerta que quedaría abierta sería la posibilidad de influenciar el pensamiento común a través del ejercicio intelectual de los doctrinantes islámicos, sin embargo, surge nuevamente la misma limitante, consistente en que aún por mayor acogimiento que tenga una doctrina innovadora en el pensamiento generalizado de los musulmanes, este *espíritu común* difícilmente podría trascender a las bases mismas del derecho. Así lo demuestra la experiencia de IBN TAIMIYA (1263-1328), quien a pesar de haber logrado con su compendio sobre cuestiones religiosas una amplia acogida en la opinión islámica⁶⁵, mantuvo siempre en vida la intención de abrir nuevamente el período creativo del derecho cerrado en el siglo X⁶⁶.

63 PAREJA, FÉLIX M., “La *Ḍarī’a*, ley del islam”, pág. 518.

64 BAUSANI, ALESSANDRO, *La ley*, pág. 43.

65 Hoy en día su obra se considera un clásico en el mundo sunní.

66 SOURDEL, DOMINIQUE, “La ley islámica”, pág. 51.

Una vez analizado el derecho islámico desde sus elementos estáticos y dinámicos, y realizado un balance entre los mismos, es dable concluir que este es un derecho notoriamente estático, en donde predomina el poder fáctico normativo, es decir, en donde predomina la imposición de las conductas a la sociedad mediante el derecho, y que por el contrario, es muy reducido el poder normativo de lo fáctico, en donde el *espíritu común* que se desarrolla por las leyes dinámicas que rigen todo lo vivo no tienen la capacidad de materializarse en ley, y donde las fuerzas motrices que impulsan al derecho a ser dinámico no logran desarrollarse.

Sin embargo, debe destacarse que las herramientas para renovar la dinámica del derecho islámico se encuentran presentes, si bien es claro que sus dos primeras fuentes de ley: *Corán* y *sunna*, son inmodificables, las dos últimas fuentes subsidiarias: consenso y analogía, son lo suficientemente amplias como para que se lleve a cabo una modificación del derecho en el tiempo, por medio de la variación en la interpretación de las normas estáticas. Sin embargo, para que se lleve a cabo, se requiere que en la comunidad jurídica islámica se vuelva a abrir el período de *ijtihad*, y que se de una amplia discrecionalidad al operador jurídico permitiéndole hacer uso del juicio personal, *ra'y*, en sus apreciaciones directamente sobre las fuentes de la ley islámica, relegando los tratados *fiqh* a criterios interpretativos que sirvan de soporte para la toma de las decisiones, pero no siendo el único método que sirva para que el experto en derecho y teología (ulema) llegue a la solución de un caso en particular.

Lo anterior permite concluir que la reapertura del *ijtihad*, y por consiguiente del período creativo del derecho, es una necesidad para la inserción del derecho islámico en la sociedad moderna, lo cual no necesariamente implica la secularización del ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, como afirma SYED,

“sólo a través del *ijtihad* será posible salvaguardar el mundo islámico de la occidentalización”⁶⁷.

3.2. Segunda crítica: la separación entre la teoría y la práctica

Por otro lado, la segunda de las fuertes críticas provienen de los académicos MAX WEBER y JOSEPH SCHAFT⁶⁸, quienes plantean el debate sobre la separación entre la

67 SYED, IBRAHIM B., *Ijtihad*.

68 Véanse, SCHAFT, JOSEPH, *Introduction to Islamic law*. Oxford, 1964, citado por: NYAZEE, IMRAN A., *Theories of Islamic Law*, págs. 7-9.

teoría expuesta por los operadores jurídicos y la práctica aplicada por el Estado, que trae como consecuencia la rigidez y el estancamiento del desarrollo del derecho. Incluso autores musulmanes se han añadido a estas críticas, como es el caso de HASHIM KAMALI, quién en su obra ha planteado que:

“[L]a historia de la jurisprudencia islámica está maltratada por la polarización de intereses y valores entre el gobierno y el ulema (persona especialista en derecho y religión). La animadversión con el gobierno no motiva al ulema a participar ni a involucrarse en el posterior desarrollo del pensamiento jurídico e institucional, y esto ha desalentado en cierta forma la flexibilidad y el pragmatismo en la jurisprudencia islámica (...). El gobierno por su lado tampoco motiva la inclusión y participación del ulema en su jerarquía y se aísla de las corrientes de pensamiento jurídico y de la exposición académica del ulema. Las escuelas de jurisprudencia continúan creciendo y generando doctrina, que a pesar de ser valiosa, no es suficiente por sí misma para unir el creciente vacío entre la teoría y la práctica del derecho en el gobierno”⁶⁹.

En respuesta a esta crítica, están los estudios del académico de Pakistán IMRAN NYAZEE, quién sale a la defensa del derecho islámico señalando que lejos de existir una fragmentación entre la teoría y la práctica, lo que existe es una cooperación entre las dos esferas en que opera el derecho islámico⁷⁰. Así, subsiste conceptualmente en el derecho islámico una esfera interna y permanente que se ha derivado directamente de los textos sagrados, mientras que la otra esfera es flexible y cambia con el tiempo. De esta forma, los juristas han sido responsables del desarrollo de las leyes en la esfera interna, mientras que el Estado o el regulador realizan su función dinámica en concordancia con los principios generales y la esencia del derecho islámico. Análisis que complementa el autor TARABULUSI, estableciendo un juicio de conexidad, en donde si el regulador expide una ley que desarrolla una política conforme a la esfera interna, se le conoce como ejercicio de la administración en concordancia con la ley islámica, y dado el caso en contrario, se conocería la actuación como ejercicio tiránico de la administración⁷¹.

Si bien es cierto que es una hipótesis moderna y creativa, ésta se debe entender bajo la tendencia progresista del autor pakistaní quien tiene una posición amplia del derecho basado en la influencia del *Common law* que rigió en este territorio durante el tiempo en que fueron colonia inglesa. Sin embargo, esta es una posición de difícil recepción en las mentalidades musulmanas ortodoxas, según las cuales la *sarî‘a* (o

69 HASHIM KAMALI, MOHAMMAD, *Principles of Islamic jurisprudence*, s.c, Pelanduk Publications, 1989, XVII, Citado en, NYAZEE, IMRAN A., *Theories of Islamic Law*, págs. 27-28.

70 Véase, NYAZEE, IMRAN A., *Theories of Islamic Law*, págs. 23-29.

71 Véase, TARABULUSI, MU‘INAL-HUKKAM, *Bulāq*, n.d, 1, citado en, NYAZEE, IMRAN A., *Theories of Islamic Law*, pág. 30.

ley islámica) es eterna, universal, perfecta y se acomoda a todos los hombres de todos los tiempos en todos los lugares, e incluso precede al Estado y la sociedad⁷². En consecuencia, resulta más viable intentar buscar la movilidad del derecho islámico en sus propios dogmas sin tener que acudir a explicaciones innovadoras que puedan despertar diferencias al interior de los intelectuales, y como se expresó anteriormente, este dogma se encontraría en el despertar del *ijtihad*.

CONCLUSIONES

Una vez hecho un sobrevuelo sobre la teoría del derecho islámico, entendida por los musulmanes como la ciencia *usul al fiqh*, encontramos que el debate sobre la rigidez del derecho islámico no es sólo una sensación de los académicos occidentales, también es una necesidad percibida por los mismos musulmanes quienes ven en la metodología del *ijtihad* la forma de devolver al derecho islámico el dinamismo que lo caracterizó en sus inicios.

Igualmente, se debe hacer mención al incuestionable mérito que tiene el derecho islámico al haber perdurado como regulador de la sociedad por tantos siglos. Es precisamente esa experiencia lo que le permite buscar a los intelectuales las respuestas a los retos presentes en sus antecedentes más remotos. En los orígenes de la concepción musulmana del derecho, éste se enfrentó a las influencias culturales de los persas, griegos, egipcios, romanos, entre otros, situación que llevó a la necesidad de adoptar conceptos flexibles que fueran en lo posible adaptables a las exigencias de la razón frente a un ordenamiento religioso. En la actualidad, es precisamente esa misma solución, lo que pone de presente la esperanza de que el mundo islámico enfrente las corrientes de la occidentalización, mediante la adaptación de su ordenamiento sin tener que entrar directamente en procesos de secularización que los llevaría a perder directamente su identidad.

No estaba siendo muy optimista NYAZEE afirmando que los debates que están teniendo los teóricos de occidente en la actualidad, fueron los mismos que ellos tuvieron varios siglos atrás, y precisamente es en estos antecedentes favorables al cambio, en los que se están basando los teóricos reformistas del mundo musulmán, quienes demandan la readaptación del derecho, sin necesidad de perder sus principios esenciales.

72 HITT, PHILIP, "Jurisprudencia y teología", en *El islam, modo de vida*, Ed. Gredos, Madrid, 1973, pág. 78; PAREJA, FÉLIX M., "La *Šarīa*, ley del islam", en *Islamología*, Ed. Razón y Fe, Madrid, 1952, pág. 525.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUSANI, ALESSANDRO, *El islam en su cultura*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- HANNAN, SHAH ABDUL, *Usul al fiqh, Islamic Jurisprudence*, www.ymofmd.com/books/uaf/default.htm
- HENKEL, HEINRICH, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de ENRIQUE GIMBERNAT, Ed. Taurus, Madrid, 1968.
- HITTI, PHILIP, *El islam, modo de vida*, Ed. Gredos, Madrid, 1973.
- KHOURY, ADEL, *Los fundamentos del islam*, Ed. Herder, Barcelona, 1981.
- NYAZEE, IMRAN A., *Outlines of Islamic jurisprudence*, Advanced Legal Studies Institute, Islamabad, December 5, 2000.
- NYAZEE, IMRAN A., *Theories of Islamic Law: the Methodology of Ijtihad*. Advanced Legal Studies Institute, Islamabad, December 7, 2000.
- PAREJA, FÉLIX M., *Islamología*, Ed. Razón y Fe, Madrid, 1952.
- SOURDEL, DOMINIQUE, *El islam*, Ed. Oikos-tau, Barcelona, 1973.
- SYED, IBRAHIM B., *Ijtihad*,
http://www.irfi.org/articles/articles_1_50/ijtihad.htm.
- VIKOR, KNUT S., *The development of ijtihad and Islamic reform, 1750-1850*. Third Nordic Conference on Middle Eastern Studies: Ethnic encounter and culture change. Finland. 1995. <http://www.hf-fak.uib.no /institutter /smi/paj/Vikor.html>.

