



INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS SINDICALES Y DE ADMINISTRACION PÚBLICA DE LA FSTSE

HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO

SISTEMA DE ENSEÑANZA ABIERTA

TEMA:

EL ISLAM Y EL DERECHO ISLAMICO

ALUMNA:

ERENDIRA ESTHER BAEZA BALLON

1er CUATRIMESTRE

CHETUMAL Q. ROO A 27 DE AGOSTO DE 2010.

INDICE

I. Introducción-----	4
II. El islam-----	5
2.1 Derecho Preislámico-----	6
2.2. Estructura del Sistema Islámico. en la era de los Califas-----	6
III. El Corán islámico-----	9
3.1 El género literario del Corán-----	10
3.2 El Corán del siglo XVIII-----	10
IV. Inseparabilidad de Religión y Derecho.-----	11
4.1 Cinco pilares de la religión Islámica.-----	12
V. Las Fuentes del Derecho Islámico-----	14
VI Escuelas de interpretación de las fuentes-----	15
6.1 Las escuelas jurídicas islámicas-----	15
VII. Derecho Musulmán-----	17
7.1 Características del Derecho Musulmán-----	18
7.2 El Derecho Musulmán y el Derecho Canónico-----	19
7.3 Adaptación del Derecho Musulmán al mundo moderno-----	20
7.4 La Costumbre-----	21
7.5 Convención-----	21
7.6 Estratagemas jurídicas y ficciones-----	22
7.7 Intervención del Príncipe-----	22
7.8 Aplicación del Derecho Musulmán en los países musulmanes-----	23
7.9 Organización Judicial.-----	23
7.10 Derecho Público-----	24

7.11 Derecho Penal-----	24
7.12 Delitos de sangre-----	25
7.13 Delitos contra la Religión-----	25
7.14 Sistema Financiero Musulmán-----	25
7.15 Clasificación de las pruebas-----	26
7.16 Organización judicial islámica-----	27
7.17 Diversidad De Los Derechos Actuales-----	27
VIII. Conclusión-----	29
IX. Bibliografía-----	30

I. INTRODUCCION

A lo largo de la historia universal el Islam ha dejado grandes huellas en el continente occidental y en el mundo entero. En torno a esta religión se han plasmado diversos valores, culturas, modismos, que hasta el día de hoy perduran. Sin embargo, a través de los años se ha ido degenerando el verdadero sentido y espíritu de esta religión en ciertos aspectos. En la modernidad, ha surgido un nuevo concepto que tiende a igualarse y a confundirse en el inconsciente de las personas, generando modelos mentales e imágenes preconcebidas del Islam, el cual claramente es erróneo, el Islamismo, que pareciera ser lo mismo. Este se define como una manifestación política que ha utilizado diversos mandatos de orden religioso como pretexto, para entregarle el carácter de legitimidad a la lucha armada o como medio para llegar al poder.

La diversidad de sistemas jurídicos en el mundo es realmente extensa, casi se puede afirmar que existen sistemas jurídicos, como países en el mundo, y por esto mismo, cada sistema jurídico tiene por ende un delimitado ámbito de vigencia espacial. Las leyes, la costumbre, los reglamentos, la doctrina y la jurisprudencia, entre otras, son las fuentes que delimitan su vigencia espacial. Debido a la globalización que se ha manifestado en el mundo entero es y ha sido necesario que los Estados apliquen una extraterritorialidad de su sistema, es decir que su sistema sobrepase su límite de vigencia espacial, para el cumplimiento de sus leyes.

Un análisis al Sistema Jurídico Musulmán, el cual resulta muy peculiar en relación a otros sistemas jurídicos contemporáneos por su tradicionalismo (en algunos aspectos radical) y su resistencia a adoptar otras corrientes jurídicas como apoyo en su sistema por considerarse paganas. Para demostrar lo anterior, abarcaremos sus antecedentes, fuentes, ordenamientos etc. Lo anterior para dar una idea de cómo se regulan las relaciones sociales de toda índole en los países islámicos,

donde su principal ordenamiento jurídico, social y moral es su libro sagrado: el Corán.

II. El islam

El islam es una religión monoteísta abrahámica cuyo dogma se basa en el libro del Corán, el cual establece como premisa fundamental para sus creyentes que “No hay más Dios que Alá y que Mahoma es el mensajero de Alá”, La palabra árabe Allah, castellanizada como Alá, significa Dios y su etimología es la misma de la palabra semítica El, por la que se nombra a Dios en la Biblia. Los eruditos islámicos definen al islam como: “La sumisión a Dios el Altísimo a través del monoteísmo, la obediencia y el abandono de la idolatría”. El libro sagrado del islam es el Corán, dictado por Alá a Mahoma a través de Yibril (el arcángel Gabriel). Los seguidores del islam se denominan musulmanes (en árabe مسلم). Atestiguan que Mahoma es el último de los profetas enviados por Dios y sello de la Profecía.

Se aceptan como profetas principalmente (pero no limitándose) a Adán, Noé, Abraham, Moisés, Salomón y Jesús. Además del Corán, los musulmanes de tradición sunnita siguen asimismo los hadices y la sunna del profeta Mahoma, que conforman el Registro histórico de las acciones y las enseñanzas del Profeta. Se aceptan también como libros sagrados la Torá (que los cristianos llaman Antiguo testamento), los Libros de Salomón y los Evangelios (que los cristianos llaman Nuevo testamento). El islam es una religión abrahámica monoteísta que adora exclusivamente a Alá sin copartícipes. Se estima que hay en la actualidad entre 1000 y 1800 millones de musulmanes en el mundo (y en crecimiento). Según el Vaticano el islam es la religión más grande del mundo, ya que recientemente ha superado el número de católicos, y la segunda religión del mundo si no se desglosa el número de seguidores del cristianismo.

2.1 El Derecho Preislámico.

El Derecho musulmán comenzó a formarse a principios del siglo VI, su base es la predicación de Mahoma, en un principio religiosa, y en seguida también política y jurídica; esta predicación puede ser resultado de una mezcla de ideas cristianas y judías con costumbres de Arabia. Los responsables de su interpretación sistematizaron las normas anteriores y otras persas, egipcias y bizantinas y formaron un sistema jurídico bastante rígido.

El derecho preislámico tiene sus orígenes en Arabia antes del año 622, cuando Mahoma huye a Medina y se inicia el calendario Musulmán. En ese contexto ubicamos a las Tribus semíticas de la cuarta oleada del ultimo siglo antes de Cristo, beduinos, comerciantes, nómadas, politeístas, como los demás pueblos paganos de esa época, adoradores de la Kaaba, la piedra negra, tiene un derecho arcaico basado en la Ley del Talión (ojos por ojos, dientes por dientes) por lo que el sujeto tenía que adaptarse a las normas internas de las tribus y acatar la decisión del jefe o del grupo

Es decir existe un derecho dentro de la propia tribu y otro derecho respecto de las otras tribus. En caso de que el individuo no acatara las ordenes era despedido de la tribu y dejado a su suerte; cualquiera podía darle muerte sin que tuviera ninguna responsabilidad, puesto que el sujeto ya no era respaldado por ningún grupo propio. Cuando el individuo no pertenecía a una tribu distinta a la del miembro agredido, entonces se aplica la Ley del Talión.

2.2 Estructura del sistema islámico en la era de los califas.

El sistema islámico es una teocracia en la cual el legislador y el ejecutor es Alá, Dios.

La voluntad de Dios no puede producir más que una voluntad perfecta, ya que sus designios son perfectos y superiores a cualquier ser humano.

El primer representante de Alá en la Tierra fue le profeta Mahoma. Después de su muerte se presentó el problema de la sucesión de la cabeza del Islam, del Califato. Había que elegir el sucesor del enviado de Alá Jalifa Raskul Alla, que en principio se presentó entre los secuaces del profeta. Después el derecho al Califato fue vendido al clan de los omeyas y posteriormente se volvió hereditario; en algunos lugares rechazado éste carácter hereditario.

El poder de esta nueva religión se extendió a grandes territorios en los continentes asiáticos y africanos, España y en el Medio Oriente, adquiriendo grandes semejanzas a la de los reyes romanos, el cual concentraba todos los poderes en la persona del rey, quien era jefe religioso, político, militar, administrador de justicia e interprete de la voluntad divina.

Este tipo de Poder se otorgó a los califas, a excepción de los poderes especiales emanados de la misión profética. Este poder político administrativo fue sufriendo cambios desde la implantación del Islam en los territorios conquistados hasta la fecha, con variaciones de región en región, con influencia de la jurisprudencia, ciencia o fiqh, que por supuesto ofrece una interpretación contraria, desde los ortodoxos hasta los heterodoxos, a la desunión política y administrativa.

Las luchas por el califato se deben a que no existe un sistema sucesorio para designar nuevo califa, por lo que se ha tenido que desmembrar. El Califato generalmente se encarga de los asuntos espirituales, el sultán, jefe del ejército y de los asuntos de guerra y financieros; y el Amir supremo, de los asuntos mundanos, de la administración de justicia y las finanzas.

Existen otros gobiernos en los países islámicos, los cuales arrogan las mismas funciones que los sultanes o los emires, quienes evocan a la autoridad y al príncipe respectivamente, y son los chambelanes, que equivalen al primer ministro de los países occidentales de gobiernos democráticos.

Además de los gobiernos antes referidos, en el mundo del Islam encontramos a los visires, quienes se apoderaron de su territorio por la fuerza, dentro de un califato

que los reconoció “para evitar mayores males”. El visir pone los límites de los territorios que ocupa, de acuerdo con las fuerzas militares que lo sostienen. Cuando las provincias son muy extensas son divididas en subprovincias o distritos, entonces existe una jerarquía política entre los emires y los valis, Los primeros son jefes de las provincias y los segundos de los distritos.

El Sultán delega sus poderes en sus visires de ejecución en forma total o parcial. La primera la otorgaron los juristas del visir, en Oriente, en la época Abasi. La segunda se le concede a los visires de ejecución, quienes tiene solo determinadas funciones, en donde el príncipe se reserva la totalidad de la autoridad.

En Bagdad los visires eran jefes de los diferentes departamentos administrativos y tenían que estar de acuerdo con el hachiv o chambelán, título que otorgó el imperio cordobés a Almazor, quienes los presidían, coordinaba y era el único que despachaba directamente con el soberano.

La administración Central Musulmana la constituían un conjunto de secretaría, divan, presididas por el visir o hachiv. Las diferentes secretarías funcionaban por territorios, en donde cada provincia tiene en cada corte su oficina. Luego cada secretaría repartía el trabajo de acuerdo a la especialización del funcionario.

Los funcionarios de las diversas secretarías y oficios se han calificado según la técnica musulmana, en dos grandes ramas: los de pluma, cálibres y los de espada, militares

III. CORÁN ISLÁMICO

El Corán es el libro sagrado del Islam, que para los musulmanes contiene la palabra de Dios (Allāh, الله), revelada a Mahoma (Muhammad, محمد), quien recibió estas revelaciones por medio del ángel Gabriel (Yibril، جبريل).

Corán o Alcorán, nombre que procede del término árabe al Qur'am, que significa recitación o lectura recitada, es el nombre del libro sagrado del Islam que contiene la doctrina transmitida por Mahoma a sus seguidores, la cual le fue revelada por Alá a través del arcángel Gabriel. Esta dividido en ciento catorce capítulos, llamados azuras y cada capítulo en versículos denominados aleia, los cuales están ordenados de mayor a menor extensión. Clasificados y ordenados estos capítulos en tiempos de los califas sucesores de Mahoma, no guardan un orden cronológico, ya que según Mahoma le fueron revelados sucesivamente uno tras otro.

El Corán es la obra más importante de la cultura oriental por la belleza del estilo y por el ritmo inigualado en la lengua árabe, la cual todavía hoy, es la lengua litúrgica para los musulmanes en el mundo entero.

El Corán es un libro de dogma, es un código civil y religioso donde se regulan las prácticas de culto y las relaciones legales de los musulmanes unos con otros y con la sociedad civil, la obra contiene tradiciones judías, cristianas y árabes.

El Corán refleja directamente la voluntad divina y por lo tanto no puede ser innovado ni criticado por el hombre

Durante la vida del profeta Mahoma, las revelaciones eran transmitidas oralmente o escritas en hojas de palmeras, trozos de cuero o huesos, etc. A la muerte del profeta, en 632, sus seguidores comenzaron a reunir estas revelaciones, que durante el Califato de Utman ibn Affan (عثمان بن عفان) tomaron la forma que hoy

conocemos, 114 capítulos (azoras, سوره), cada uno dividido en versículos (aleyas, آيات).

El Corán toma muchos personajes que aparecen en los libros sagrados del judaísmo y el cristianismo (Torá y Biblia) y en la literatura devota (por ejemplo, los libros apócrifos), con muchas diferencias en detalle. Personajes bíblicos muy conocidos como Adán, Noé, Abraham, Moisés, Jesús de Nazaret y Juan Bautista aparecen mencionados como profetas islámicos.

4.1 El género literario del Corán.

El Corán mezcla la narrativa, la exhortación y la prescripción legal. Por lo general, las azoras combinan estos tres tipos de secuencias textuales y no siempre de maneras que resultan obvias para el lector, sino algunas veces de formas inexplicables. Los musulmanes señalan que el estilo único del Corán es un indicio más de su origen divino.

El Corán oscila entre la rima y la prosa. Tradicionalmente, los gramáticos árabes consideran que el Corán es un género único en sí mismo. No es ni poesía (definida como palabras con métrica y rima) ni tampoco prosa (definida esta como una conversación normal, pero sin métrica ni rima, saj").

3.2 El Corán del siglo XVIII.

Los estudiosos islámicos del Corán dividen los versículos del libro en dos partes: los revelados en La Meca y los revelados en Medina después de la Héjira. En general, las azoras más viejas, de la Meca, tienden a contar con versículos más cortos, mientras que las de Medina, que lidian con cuestiones legales, son más largas.

Contrástense las azoras de La Meca transcritas antes y unos versículos como los de “al-Baqara”, 229:

"Los divorcios se pueden llevar a cabo dos veces, después de lo cual debe reanudarse el matrimonio en forma honorable, o bien disolverse de buenas maneras. No es correcto que los hombres les quiten a sus esposas los regalos que les hayan dado, excepto cuando ambas partes teman no ser capaces de mantenerse dentro de los límites impuestos por Alá. Si los jueces realmente temen que ellos no sean capaces de mantenerse dentro de los límites impuestos por Alá, no hay culpa en ninguno de ellos si ella da algo a cambio de su libertad. Estos son los límites ordenados por Alá, de modo tal que nos los violentéis, puesto que si alguien violenta los límites de Alá, esa persona se hará daño a sí mismo y a los demás".

IV. INSEPARABILIDAD DE RELIGIÓN Y DERECHO.

Los primeros esfuerzos por Mahoma para proteger sus creencias fueron difíciles y penosas, las personas miraron con recelo las nuevas doctrinas y pronto entró el profeta en conflicto con la poderosa tribu de los Koreichitas que dominaban la ciudad de la Meca, la cual se inquietó por aquella propaganda religiosa que podía abolir los antiguos y tradicionales lazos de obediencia. Por lo tanto no solo no aceptaron la nueva religión, sino que se oponía a sus intereses.

Para pertenecer a la nueva religión, solo exigía el fundador creer en un Dios único y en Mahoma su profeta y prepararse para una nueva vida purificándose con el agua y cambiando el vestido. A medida que crecía el número de los adeptos a Mahoma aumentaba el enojo de sus adversarios.

Mahoma tuvo que soportar toda clase de insultos y oponer la fuerza de las constantes persecuciones de que fue objeto, y ante el peligro que corría se marchó a Medina en el año 622, este hecho se llamo en árabe hégira que significa huida y sirvió de base a la cronología musulmana.

La llegada de Mahoma a Medina fue un verdadero triunfo del cual se aprovechó para establecer y consolidar su poder ya que enseguida empezó a edificar una mezquita para el culto de Alá y congregar al pueblo; estableció la purificación;

predicó el ayuno del mes de Ramadán y, en una palabra dio a la nueva religión formas que han permanecidos inalterables a través de los años.

Orgullosos los habitantes de Medina con la importancia que había adquirido su ciudad albergando al fundador de una religión transmitida por Dios, le cambiaron el nombre de Yatreb que tenía por el de Medina al Nabí osea la Ciudad del Profeta.

La actividad de Mahoma en Medina se caracterizó por un esfuerzo de emancipación doctrinal islamismo respecto de las religiones monoteístas vecinas, y al mismo tiempo, con una intensa actividad militar contra los enemigos de la fe.

La obra de Mahoma quedó realizada al cabo de veinte años de predicciones, e esfuerzos y de lucha perseverante, ya que hubieron enfrentamientos bélicos entre Medina y la Meca. Si bien, ninguna de las dos comunidades tuvo un éxito militar rotundo, la Meca se sometió y permitió el retorno de los musulmanes y la ciudad se convirtió al Islam; para consagrarse el éxito, el profeta realizó una peregrinación solemne a la Meca, en donde entró triunfante y convirtió el santuario de Kaaba o de la piedra negra en el máximo templo de culto monoteísta árabe. A partir de este día proceden los ritos de peregrinación a la Meca.

A su muerte, el profeta dejó el país transformado, pues había logrado realizar la unidad política de Arabia y creando una nación fuerte, unida por el fervor de una fe común.

4.1 Cinco pilares de la Religión Islámica.

Mahoma organizó el Islam sobre la base de los siguientes cinco pilares: la profesión de fe, la oración, la limosna, el ayuno y la peregrinación. Estas son las cinco grandes obligaciones del musulmán, las cuales representan el centro de su vida religiosa, independientemente de en dónde y con quien se encuentre. La escuela chiita considera como pilar la djihad, la guerra santa.

La profesión de fe se refiere a la creencia absoluta en Dios, Alá, y su profeta, Mahoma. Esta profesión de fe es repetida en un sinnúmero de ocasiones: Alá es

Dios y Mahoma su profeta. Un parangón de esta frase lo podemos observar en los católicos cuando rezan el credo. Pero no solamente se debe repetir la frase, sino creer en que existe una ciencia de Dios y una sabiduría de Dios.

La oración se practica cinco veces al día y se tiene que realizar dirigiendo los rezos a la mezquita de la Meca, como los judíos que tienen que dirigir su posición hacia los lugares santos o el Muro de las Lamentaciones. Para llevar a cabo la oración es importantísima la niyya, la intención, sin la cual ningún acto de culto sería válido.

Los viernes asisten los musulmanes a la mezquita a realizar la jutba, predicación, lo que sería en los católicos la santa misa, obviamente sin sacramentos ni jerarquía, en donde más que un sermón de tema libre se practica en alabanzas a Alá y a su Enviado, así como exhortaciones morales. En la segunda parte se invocan las bendiciones de Dios sobre su soberano legítimo. La jutba es el signo de reconocimiento de la soberanía, suprimir el nombre del soberano en la jutba es señal de rebelión.

En la actualidad los musulmanes tienen un día de descanso, el viernes, a la manera del domingo católico, ya que en el Corán no está previsto, puesto que antes solo se contaba con el descanso de durante la plegaria. La oración en el mundo musulmán moderno ha dejado de tener la rigidez de otros tiempos, por lo que muchos musulmanes no cumplen con las cinco oraciones del día.

La zakat, limosna ritual, es una obligación contemplada en el sura, capítulo LXX, vv 22 y ss., en donde se considera característica del verdadero creyente reconocer a los pobres y a los mendigos, reconocer un derecho sobre los propios haberes, creer en el último día, ser castos, fieles a los pactos y veraces. En el Corán se denomina indistintamente sadaga y sakat, a la limosna y éste último significa término significa purificación de la propia riqueza dando una parte de ella. Pero jurídicamente se distingue entre sadaga, donación voluntaria y sakat, verdadero impuesto regulado por la ley. Poco a poco se fue convirtiendo en un verdadero diezmo o impuesto reglamentado por la ley con fórmulas precisas, aunque a un

musulmán no se le puede mencionar la palabra “impuesto” porque se le ofende. Para los productos del campo se debe dar un décimo, para el ganado las reglas varían según los tipos y la cantidad de cabezas. El oro y la plata están sometidos al zakat solo si durante el año han sido atesorados por el propietario sin usarlos para la necesidad de comercio. Estos y las mercancías pagan el dos por ciento anual, que pueden liquidarse en dinero o en especie.

El saum o siyam, ayuno, es la abstinencia de alimentos sólidos, líquidos, de fumar y de relaciones sexuales entre el alba y el ocaso en el mes de Ramadá. Lo que es muy duro para las personas que tienen que trabajar.

La peregrinación se refiere al viaje que tienen que hacer a la Kaaba, en la mezquita sagrada de la Meca, y tienen obligación de realizarla durante su vida todas las personas con recursos económicos y físicamente sanos, mayores de edad, pero pueden mandar en su lugar a otra persona que lo haga por ellos o hacerse acompañar de una persona de confianza. Al llegar a la piedra negra, que es la mano de Dios, la cual se ennegreció por los pecados de los hombres, los fieles tienen que dar siete vueltas a la Kaaba para limpiar sus pecados y ser perdonados.

Por ultimo, el sexto pilar del Islam es la djihad, la guerra santa, que literalmente significa esforzarse y en general se agrega, fi sabili'llah, en el camino de Dios.

Existe una evolución cronológica en el Corán que va desde la tolerancia no violenta, pasando por la guerra puramente defensiva, hasta la obligación personal de todos los creyentes capaces de participar en la djihad.

V. LAS FUENTES DEL DERECHO ISLAMICO.

Muerto Mahoma (632) y terminadas por consiguiente, las revelaciones divinas, el Corán resultó ser insuficiente como la norma de conducta en todas las cuestiones dogmáticas rituales y jurídicas, y se recurrió entonces a otras fuentes y a la opinión unánime vertida en una época determinada acerca de situaciones no resueltas

claramente no o contenidas en el Corán y en las tradiciones, por todos los doctores (los úlama, hombres expertos en estudios teológicos y jurídicos) intérpretes legítimos de los textos sagrados y por consiguiente, titulares del poder legislativo.

5.1 Las principales fuentes del Derecho musulmán son:

- 1.- El Corán, libro sagrado del Islam;
- 2.-La Sunna, o tradición relativa al enviado de Dios.
- 3.-El Iđma, o consentimiento universal de la comunidad musulmana; y
- 4.-El Quiyás, o razonamiento por analogía.

Las fuentes del derecho islámico son el Corán y la Sunna. Son las fuentes primarias que prevalecen hasta la actualidad en el mundo musulmán y que regulan la conducta de hasta ahora, un poco mas de 1 000 millones de musulmanes, además de regir las relaciones políticas, jurídicas y religiosas de los gobiernos islámicos y sus gobernados.

VI ESCUELAS DE INTERPRETACION DE LAS FUENTES

6.1 Las escuelas jurídicas islámicas.

La interpretación de las fuentes, cuya necesidad se había hecho patente, y la elaboración del “fiqk” se realizaron con divergencia de métodos y normas, a raíz de los distintos resultados concretos a que se había arribado en la solución de los diversos casos y por la mayor importancia que los doctores asignaban a uno u otro criterio deductivo o a alguna de las fuentes sobre las demás.

El estudio de las fuentes del derecho islámico nos lleva de la mano a revisar someramente las escuelas jurídicas islámicas, ya que en última instancia son las que se dedican al estudio de las fuentes, y son las que influyen directamente en la población para el reconocimiento de las fuentes del derecho.

Las escuelas ortodoxas que se dedican al estudio científico de las fuentes del derecho islámico son cuatro, generalmente aceptadas y oficialmente reconocidas unas por las otras. También se les llama impropiamente sectas, y menos impropiamente ritos. Éstas son la hanifita, la malikita, la shafi'ita y la hanbalita. Estas escuelas van de las mas liberales a las mas radicales en cuanto al reconocimiento de las fuentes del derecho. Mas que una explicación del trabajo de las escuelas, podemos ejemplificarlo a la manera de Alessandro Bausine: "las conductas en el derecho islámico no solo están prohibidas o permitidas como en muchos sistemas occidentales en relación con el derecho publico representado en la frase conocida de lo que no esta prohibido esta permitido, sino que existen conductas obligatorias cuya ejecución u omisión se premia o se castiga, otras conductas recomendables cuya ejecución u omisión se premia o se castiga, otras conductas recomendables cuya ejecución no se castiga pero se premia, las conductas permitidas que no se premian ni se castigan y los actos reprobables que solo tienen sanciones morales. Antes esta posibilidad de conductas, existen diferentes posturas y grados en cuanto a cada conducta y si estas tienen sanción o no, en una gama de tonos del oscuro al blanco, dependiendo de la escuela a la que pertenezca una persona. Lozano y otros autores indican que el cambio de una escuela a otra esta permitido, es lícito.

Otra forma de señalar las diferencias entre una escuela y otra esta ejemplificada por la escuela heterodoxa extremista, dahiri, la cual rechazaba como fuentes de derechos el quiyas y el taclid, y reducía el ichma o consensos a los sahibes, compañeros de Mahoma: "La vía heterodoxa, chiita, se diferencia de la ortodoxa, sunita, por su concepción del califato, vinculado sin duda a la tradición monárquica de Persia." [8] En conclusión, las diferencias entre las escuelas solo son secundarias en cuanto a resultados concretos en la solución de los diversos casos, puesto que algunos doctores deban mayor importancia a unos criterios o algunas fuentes a expensas de las demás, como acabamos de ver. Pero los principios en los que se apoya el fiqh son los mismos.

Por ultimo, generalmente las escuelas jurídicas se encuentran repartidas en diferentes partes del mundo musulmán. La escuela hanafita de corte liberal, que acepta mas el uso del quiyas, razonamiento analógico, se encuentra en el antiguo Imperio Otomano, en Afganistán, en la India y en Pakistán; la malikita se encuentra en el norte de África, con excepción de Egipto en donde existe un gran numero de ellos, y en la costa de África oriental; la vía shafi'ita difundida en las islas Bahrein, en el sur de Arabia, en Indonesia, en África y en buena parte de Egipto; y la jurisprudencia hanbalita, tiene pocos adeptos, pero es preferida en Arabia Saudita, en Omán y en el Golfo Pérsico y restringe notablemente el uso del quiyas.

VII. EL DERECHO MUSULMÁN

El sistema de derecho musulmán es un sistema autónomo de derecho religioso propiamente dicho cuya base principal es el Corán. En un cierto número de países de tradición musulmana, ese derecho tiende, sin embargo, a limitarse al estatuto personal, el cual puede ser más bien interpretado de manera amplia.

El Derecho Musulmán, a diferencia de los derechos estudiados precedentemente, no constituye una rama autónoma del conocimiento, sino que es una de las facetas de la religión del Islam. Esta se compone, por un lado, de una teología que establece los dogmas y fija las creencias del musulmán; se compone, además, del char, que prescribe a los creyentes lo que deben o no deben hacer. Estrechamente vinculado a la religión y la civilización islámicas, el Derecho Musulmán solamente puede ser entendido por quien posea un mínimo de conocimientos de esta religión y de la civilización correspondiente. Así, ningún estudioso del Islam puede ignorar el Derecho Musulmán.

Al igual que el Judaísmo, el Islam es en esencia una religión de la ley “El Derecho Musulmán ha sido el fundamento y el factor más dinámico para la consolidación del orden social y de la vida comunitaria de los pueblos musulmanes”.

El Char' o Char'ia, es decir, “el camino a seguir”, constituye lo que se llama el Derecho Musulmán. Esta ciencia indica al musulmán cómo debe comportarse de

acuerdo con la religión, sin distinguir, en principio, sus obligaciones respecto de sus semejantes (limosna, obligaciones civiles) y sus obligaciones con Dios (plegaria, ayuno, etc.) Este derecho se centra en la idea de las obligaciones que incumben al hombre, no en la de los derechos que le puedan corresponder.

La sanción última de las obligaciones que se imponen al creyente es el pecado en que incurre su contraventor. El Derecho Musulmán apenas se preocupa, debido a ello, de la sanción de las normas que prescribe. La misma razón sirve para explicar que el derecho musulmán sea aplicable únicamente a las relaciones entre musulmanes; el principio religioso sobre el que se basa deja de actuar en presencia de no musulmanes.

La concepción islámica es la de una sociedad esencialmente teocrática, en la que el Estado sólo se justifica como servidor de la religión revelada. En vez de limitarse a proclamar los principios morales o dogmáticos a los que habrían de conformar sus derechos las comunidades musulmanas, los juristas y teólogos musulmanes han elaborado, sobre la base de revelación divina, un derecho detallado, completo, el adecuado a una sociedad ideal que se establecerá algún día, cuando todo el mundo este sometido a la religión del Islam.

7.1 Características Del Derecho Musulmán.

El hecho de que la ciencia jurídica musulmana se haya formado y consolidado durante la Alta Edad Media explica ciertos rasgos del Derecho Musulmán: El carácter arcaico de algunas de sus instituciones, su aspecto místico y su ausencia de sistematización.

No obstante, la característica esencial es la originalidad total que presenta el Derecho Musulmán, por su propia naturaleza, cuando se le compara con los restantes sistemas jurídicos, en general, y con el Derecho Canónico, en particular.

En primer lugar, originalidad en relación con los demás sistemas jurídicos, en general. Sistema fundado en el Corán, que es un libro revelado, el Derecho

Musulmán, debe considerarse totalmente independiente de los demás sistemas jurídicos, que no tienen la misma fuente.

Las semejanzas que pueda presentar en algún aspecto con otros sistemas jurídicos por lo que respecta a las soluciones ofrecidas sólo pueden ser atribuidas, según la ortodoxia musulmana, a simples coincidencias; no se trata, en ningún caso de legados recibidos por el Derecho Musulmán del pensamiento extranjero.

7.2 El Derecho Musulmán y El Derecho Canónico.

El Derecho Musulmán, como el Canónico, es el Derecho de una iglesia en el sentido original, es decir, como comunidad de creyentes. Por encima de este paralelismo existen diferencias fundamentales entre ambos derechos.

El Derecho Musulmán, hasta en sus detalles, es parte integrante de la religión islámica; participa del carácter revelado de esta, no existe, por tanto ninguna autoridad en el mundo que pueda modificarlo. Quien no obedece las normas del Derecho Musulmán, es un pecador que se expone, así apenas ultramundanas; quien discute una solución dictada por el Derecho Musulmán, es un hereje que se separa de la comunidad islámica.

Como consecuencias de todos estos rasgos, el Derecho Musulmán se opone al Derecho Canónico de las sociedades cristianas. El cristianismo se ha propagado en una sociedad con un alto nivel de civilización y dentro de la cual el Derecho gozaba de un gran prestigio. Ha proclamado dogmas y principios morales nuevos, pero no se ha interesado en la organización de la sociedad.

La iglesia no solo ha considerado inútil elaborar un Derecho cristiano sustitutivo del romano, sino que no se ha creído autorizada a hacerlo. El Derecho Canónico no es un derecho cerrado, lo mismo que no es un derecho de revelado. La violación de sus normas no expone necesariamente al cristiano a sanciones en el otro mundo.

7.3 Adaptación Del Derecho Musulmán al Mundo Moderno.

El Derecho Musulmán es inmutable y debe insistir en este aspecto del mismo. Pero ciertamente es, que al propio tiempo, le sobran recursos para hacer frente a las nuevas necesidades. Junto a su inmutabilidad, debe hacerse resaltar su flexibilidad.

Esto quiere decir que aunque es inmutable, permite el juego de la costumbre, del acuerdo de los particulares, de la reglamentación administrativa, con lo cual es posible llegar a soluciones que dan satisfacción a las necesidades de cualquier sociedad y permiten, en particular, la edificación de una sociedad moderna. Solo en modo excepcional, supuesta una organización adecuada, el carácter arcaico de ciertas instituciones o normas del Derecho musulmán supondrá un obstáculo para dicha solución.

7.4 La Costumbre.

Numerosas sociedades musulmanas, en las que se acepta como artículo la fe la excelencia y autoridad del Derecho Musulmán, vivieron durante siglos y continúan viviendo todavía bajo el imperio de la costumbre. Esta no está integrada en el Fiqh y, en términos estrictos, nunca ha formado parte integrante del Derecho Musulmán; de otro modo, hubiera habido que renunciar a uno de los caracteres fundamentales de este, esto es, su uniformidad para toda la comunidad de los creyentes. Ahora bien, el que la costumbre no esté integrada en el Fiqh no significa que esté condenada por el Derecho Musulmán.

La expansión del Islam en el mundo ha sido posible gracias a esta actitud liberal y al hecho de no exigir el sacrificio de los modos de vida consagrados por la costumbre.

7.5 La Convención.

El Derecho Musulmán contiene muy escasas disposiciones imperativas y deja un amplio margen para la iniciativa y la libertad del hombre. De este modo es posible

que quienes desean, manteniendo su fidelidad al Islam, modernizar las normas de vida social, recurran al procedimiento de la Convención. "No constituye un delito llevar a cabo convenciones al margen de lo prescrito por la ley, afirma el H'adith. Mediante las convenciones pueden introducirse cambios muy importantes en las normas que el Derecho musulmán propone, pero no impone".

En virtud de este principio, la jurisprudencia de los países musulmanes ha admitido que los esposos pueden, al contraer matrimonio, estipular validamente el autorrepudio de la propia esposa, que ejerce, así, una prerrogativa del esposo, o la atribución de esta facultad en el supuesto de que el marido no respete la monogamia pactada, etc. El estatuto matrimonial y familiar se ha modificado profundamente, especialmente en Siria, como resultados de estas convenciones. Sobre el alcance de estas derogaciones pesan ciertas ambigüedades.

En oposición a los musulmanes de rito xiïta, los sunitas no han admitido, por ejemplo, la posibilidad de estipular ciertas condiciones, tales como el carácter temporal del matrimonio o el establecimiento de un régimen de comunidad de bienes entre los esposos. Las posibilidades evolutivas del Derecho musulmán como resultado de las convenciones privadas es pese a todo, considerable. Nada más fácil y usual que suponer a los individuos una intención contractual, incluso aunque se trate de una pura ficción.

El Derecho de obligaciones inglés proporciona un ejemplo muy conocido al respecto. En ocasiones, la jurisprudencia de los países musulmanes ha actuado como la inglesa. Así, en Java, el juez religioso ha podido suponer la existencia de una sociedad comercial entre los esposos para descartar el régimen matrimonial del Fiqh y aplicar el sistema consuetudinario.

7.6 Estratagemas Jurídicas y Ficciones.

Junto a la costumbre y la convención, otra posibilidad de descartar soluciones arcaicas la ofrece el recurso de Estratagemas Jurídicas (hiyal) y las Ficciones.

La Char'ia exige el respeto a la letra de la ley, antes que a su espíritu; el Cadí sólo considera el aspecto externo y no debe preocuparse de la conciencia ni de las intenciones escondidas tras los actos que se le someten. Puede privarse muchas normas del Derecho Musulmán, sin que sea susceptible la violación de las mismas. Así el Derecho Musulmán, prohíbe el préstamo con interés; pero podrá escaparse de esta prohibición recurriendo a una doble venta, o dando al acreedor, como garantía, el goce de un bien que produzca frutos. Será posible, por otro lado, considerar que la prohibición del préstamo con interés sólo concierne a personas físicas: Los bancos, cajas de ahorros y sociedades se verán así liberados de esta norma.

7.7 Intervención Del Príncipe.

Un procedimiento constantemente empleado para adaptar el Derecho Musulmán a las condiciones de la vida moderna ha sido el de la Intervención del Gobernante. El Soberano, ya sea un monarca o un parlamento no es, en la concepción islámica, el amo, sino el Servidor del Derecho. No puede por tanto legislar, sin embargo posee un poder de policía (siyasa) y deba cuidar en particular, por la buena administración de la justicia.

El Derecho Musulmán reconoce la legitimidad de las medidas reglamentarias que pueden adoptar con tal fin las autoridades. Se ha hecho constantemente un gran uso de este poder. La ortodoxia exige, sin duda, que se ejerza dentro del marco de las normas prescritas por el derecho sagrado del Islam.

Los teólogos, si tradicionalmente se dedicaban a vituperar la impiedad de la sociedad civil, no han proclamado, sin embargo, la necesidad de rebelarse contra los gobernantes; su reacción ha sido moderada, ya que teóricamente se continuaba reconociendo la superioridad y excelencia del Derecho Musulmán

7.8 Aplicación del Derecho Musulmán en Los Países Musulmanes.

Desde Marruecos hasta Indonesia, desde la República Soviética del Asia Central y Albania a Zanzíbar y Guinea, más de 400 millones de musulmanes constituyen la mayor parte de la población en una treintena de Estado, así como minorías importantes de otros. Ninguno de esos Estados está regido de modo exclusivo por el Derecho Musulmán. En todos ellos, la costumbre o la legislación aportan complementos o derogaciones a ese derecho, aunque quede proclamada su autoridad de principio.

Es preciso no confundir el Derecho Musulmán, Derecho Religioso con los Derechos Positivos de los países musulmanes, y es preciso también, si no se quiere incurrir en confusión de evitar atribuir a los mismos el nombre de derechos musulmanes.

Al igual que ocurre en los países cristianos, las sociedades civiles no se confunden nunca en el Islam con las sociedades religiosas; han vivido siempre bajo el imperio de costumbres o de leyes que se apoyaban sobre los principios del Derecho Musulmán y que reservaban a estos un puesto importante.

7.9 Organización Judicial.

El ideal musulmán, que consiste en fundar la identidad de la comunidad de los creyentes y de la sociedad civil, nunca ha sido realizada. Un hecho nos lo prueba. En todas partes, encontramos en la organización judicial una dualidad significativa junto a la jurisdicción del Cadí, que fue creada por los omeyas, la única legítima según el Derecho Musulmán, han existido siempre uno o varios tipos de tribunales que aplicaban las costumbres profanas de los países o los reglamentos promulgados por las autoridades, y cuya jurisprudencia se alejaba en un cierto grado de las normas estrictas del Derecho Musulmán: Jurisdicción de la policía, jurisdicción del inspector de los mercados, jurisdicción de la equidad del califa o de sus delegados.

El mayor o menor alcance de la competencia asumida por estas jurisdicciones pueden servir de criterio para ver en que medida el Derecho Musulmán se aplica efectivamente en un país tal.

7.10 Derecho Público.

Lo que comúnmente conocemos como derecho público no forma parte del derecho islámico, el menos en su formulación clásica, ya que la muerte del profeta impidió incluir en el Corán, normas sobre la organización del Estado, del que era jefe religioso y político. La aparición de tratados de derecho público es por tanto tardía.

El Califa es el jefe de la monarquía islámica y puede confiar en el gobierno de algunas partes del imperio a príncipes, con el título de Sultán o Emir, otorgándoles a sus ministros poderes en los territorios respectivos, pero para el Derecho Musulmán no han sido reconocidos como legales tales situaciones y gobiernos. Considerando que en los mismos la ley revelada padece siempre notables detrimientos y ha condenado por consiguiente el fraccionamiento de la comunidad musulmana, la cual debe formar una sola nación bajo un solo gobernante.

7.11 El Derecho Penal.

El derecho penal islámico dado su carácter religioso no hace una distinción entre el pecado y el delito. El castigo del culpable sigue siendo, en el Derecho Musulmán, en parte un asunto de derecho privado. En varios casos no es la autoridad sino el propio afectado quien tiene el derecho de obtener el castigo del delincuente o de condenarle la pena o de ejecutarla personalmente (como ocurre cuando hay flagrancia).

7.12 Delitos de sangre.

Para esta clase de delitos, las penas son el talión y la composición. La pena del talión se aplica en caso de homicidio doloso y lesiones corporales dolosas. Si el talión no está admitido o si se renuncia al mismo, se pide la composición que puede ser grave o leve; en caso de homicidio, consiste en al entrega de cien

camellos y de no haber camellos disponibles, el valor correspondiente. No hay lugar a la pena del talión por falta de dolo o en caso de que la víctima sea un infiel y el autor un musulmán. Infieles, mujeres y esclavos reciben una composición inferior a la que correspondería si la víctima fuera un musulmán o un libre.

7.13 Delitos contra la religión.

Los delitos son: la apostasía o sea el acto por el cual el musulmán abjura de su fe, y la blasfemia o injuria contra dios, un ángel o un profeta; si el apóstata no se retracta, es condenado a muerte. La fornicación, esto es la relación sexual no legitimada es castigada por una pena que varía de 100 azotes a la lapidación. La calumnia (entendida como falsa imputación de fornicación de parte de una musulmana capaz) es castigada con 80 azotes. El hurto con la amputación de la mano derecha y en caso de reincidencia, amputación del pié y mano alternativamente. La ingestión de bebidas embriagantes con 40 azotes. El bandolerismo es castigado por penas que varían de la fustigación (azotes) a la pena de muerte.

7.14 El sistema Financiero Musulmán.

El Sistema financiero musulmán está basado en la limosna y en el tributo de las regiones conquistadas desde el tiempo de Mahoma. Existen dos clases de limosna para los musulmanes: la que se tiene que otorgar a los pobres y necesitados, porque Alá lo ve con buenos ojos, y la que se tiene que otorgar con fines de beneficencia comunitaria, ambas con base coránica y por tanto religiosa.

La limosna, azaque, grava los ingresos y los bienes de todos los musulmanes anualmente. El porcentaje que se aplica es de acuerdo con la especie que se grava (metales, predios, animales, etc.)

Los Tributos genéricos, mucus, gravan las mercancías del extranjero en un diez por ciento. También pagan tributo la importación o la exportación. Existe otro tipo de tributos indirectos, como los que se aplican a los bienes de consumo.

Cualquier otro tributo impuesto por el príncipe, que no tenga una base coránica es ilegal y viola el Corán, e incluso puede ser motivo de revoluciones.

El tesoro musulmán se equipara con la fortuna personal del príncipe o monarca, el que se encarga de pagar a los militares, funcionarios administrativos y judiciales, los gastos de la corte y obras públicas.

El diván era el organismo administrativo típico del Islam encargado de la administración financiera:

(El ministro de guerra se encargaba de los censos y estadísticas... otro se encargaba de los ingresos de las provincias (...) la selección del personal, en la que se designan los nombramientos de receptores (...) y la cuenta y última, se reserva a la administración financiera de los territorios reservados al califa.

7.15 Clasificación de las pruebas.

Las pruebas son clasificadas de acuerdo con la valoración que se le otorga a cada una de ellas. Las pruebas que tienen mayor valor son la prueba testimonial y la documental, la cual es extensión de la primera. Para que pueda tomarse en cuenta esta última es necesario una confirmación de los testigos. Estos, en caso de declarar falsamente, cometan un delito y son juzgados por ello.

Las pruebas pueden preconstituirse para que surtan sus efectos legales durante el juicio.

7.16 Organización Judicial Islámica.

El poder judicial otorgado por Dios a Mahoma y de éste al califa, es delegado en el juez, cadi, por medio de un contrato en el cual el califa le pone el puesto, debido a sus condiciones físicas y mentales, por haber cumplido la ley y por ser una persona honesta y respetable.

Existían dos instancias y dos competencias en razón de la materia: los jueces de lo civil, cadi, y de lo penal y religioso, zabaxorta, o la corte de apelación, que tenía funciones ejecutivas.

Para el caso de que comparezcan las partes con el juez y lleven sus pruebas, se puede dictar la sentencia en el mismo día. De lo contrario es necesario que se notifiquen, por medio de un ejecutor, las prestaciones del actor al demandado, y darle un término suficiente para que conteste la demanda y puede iniciarse el proceso.

El juicio termina con una ceremonia solemne en donde el juez pregunta si las pruebas se han agotado, y en caso de que todas las pruebas se hayan desahogado, dicta la sentencia ante las partes, quienes pueden obtener una copia certificada firmada y sellada.

Aunque en esta primera instancia se terminan la mayoría de los asuntos, se puede solicitar la aclaración preformación ante el mismo juez, o se puede apelar la sentencia cuando por motivos de deshonestidad del juez éste haya sido removido de su cargo por estas razones, y el nuevo juez en funciones puede conocer del asunto.

7.17 Diversidad De Los Derechos Actuales.

Los derechos positivos de los países musulmanes, en la forma en que se nos presentan actualmente, difieren grandemente entre sí debido a la muy diversa contextura de los países musulmanes y a la diversidad de tradiciones, Egipto, Mali, Sin-kiang, Pakistán, Indonesia, difieren en múltiples aspectos; Persia se muestra orgullosa de una tradición que la islamización por conquistadores de otra raza no ha hecho olvidar. Debido a ello, es muy difícil pintar un cuadro general de los derechos de los países musulmanes. Sin embargo, vale la pena subrayar algunos rasgos generales. Pueden distinguirse los siguientes grupos de países:

- a) Un primer grupo está constituido por los países de mayoría musulmana, que se han convertido en Repúblicas Socialistas: Albania, República Socialista de Asia Central (Kazakstan, Turkmenistán, Uzbekistán, Tadzhikistan, Kirghistan), en estos Estados, fundados sobre el principio del materialismo histórico de la doctrina marxista-leninista, la religión del Islam es considerada, por las autoridades establecidas, como un error. Nadie se preocupa de conservar el Derecho Musulmán, considerado como una manifestación oscurantista destinada a salvaguardar una estructura de clase ya sobrepasada.
- b) Un segundo grupo de países está constituido, a la inversa, por los Estados menos afectados, por las ideas modernas. La península arábiga (Arabia Saudita, Yemen, Adén, Emiratos del Golfo Pérsico y Afganistán, en Asia; Somalia, en África, son los representantes más típicos de este grupo. En teoría, estos países viven bajo el imperio del derecho musulmán, aunque de hecho están sometido a un derecho consuetudinario que reconoce la superioridad y la excelencia del Derecho Musulmán; pero que, en ocasiones, difiere de este.
- c) Un tercer grupo está constituido por los Estados en los que el Derecho Musulmán, más o menos amalgamado con la costumbre, sólo ha sido conservado para regular un cierto sector de la vida social, el que afecta al estatuto personal y a las fundaciones piadosas, en tanto que se ha adoptado un derecho “moderno” para regir los aspectos nuevos de las relaciones sociales.

VIII. CONCLUSION

En Conclusión el Derecho Musulmán es parte integrante de la religión islámica; es inmutable, por tanto no existe ninguna autoridad en el mundo que pueda modificarlo. Quien no obedece las normas del Derecho Musulmán, es un pecador que se expone a

penas ultramundanas; para el Derecho Musulmán el Soberano, ya sea un monarca o un parlamento no es, en la concepción islámica, el amo, sino el Servidor del Derecho. No puede por tanto legislar, sin embargo posee un poder de policía (*siyasa*) y debe cuidar en particular, por la buena administración de la justicia.

El Derecho musulmán está íntimamente ligado con la Religión, pues el ordenamiento principal en toda situación, sea moral jurídica o política es su libro sagrado el Corán. Mahoma en su predicación habló de todo de forma indistinta, su fin es la utilidad del hombre y sólo con este fin limita la libertad del hombre que la religión le concede para mitigar el rigor cristiano. El precepto jurídico se considera dictado por Alá directamente, por eso su incumplimiento es a la vez pecado e infracción jurídica y obliga sólo a los creyentes, siendo inmutable, pues Alá lo dictó para siempre.

Los preceptos jurídicos son casi todos casuísticos, sin orden y dejando numerosas lagunas que los que interpretan la norma en su labor pretendieron ordenar y llenar. Así construyeron un sistema jurídico en el que hay preceptos rituales, políticos y jurídicos, que distribuyeron en este orden: matrimonio, derecho procesal, derecho penal. El Derecho como hemos dicho se considera revelado por Dios.

Por ultimo, el Derecho Musulmán en la práctica suele resultar ineficaz debido a la serie de lagunas con las que cuenta, pues todo el Estado de Derecho está basado en El Corán, el cual no satisface las necesidades sociales en su totalidad. Ya que al considerarse los designios de Alá como perfectos, sus ordenamientos no suelen evolucionar en virtud de haber nacido de un ser superior y por consiguiente el hombre no puede modificarlos. Todo lo anterior en la práctica convierte a los países islámicos (sobre todo a los más radicales) en un Estado donde las leyes son insuficientes para las demandas sociales que requiere un país y crea diversas violaciones a los derechos humanos mínimos a los que todo gobernado tiene derecho.

IX. BIBLIOGRAFIA

Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, (Derecho Comparado), René David, Segunda Edición, Editorial Aguilar, 1973.

Diccionario Enclopédico Hispano Americano, "Alcorán", T. I, Montaner y Simon Editores, Barcelona, 1945.

Hitti, Philip K., El Islam modo de vida, Ed. Gredos, Madrid, 1973.

Montero Pablo, Arabia Saudita, Principio y presente en la Historia, Ed. Gurbal, México, 1990.

Guillermo F. Margadant, Panorama de la historia universal del derecho, 4^a. Editorial, Porrúa, México, 1991.

Enciclopedia del estudiante, Editorial Porrúa, México, fascículo 14, 1999.

Microsoft Enciclopedia Encarta 2008.

[www.el rincón del vago.com](http://www.elrincóndelvago.com)