

Ley islámica y Derecho positivo¹

ALFONSO CARMONA GONZÁLEZ²
Universidad de Murcia

Resumen

El artículo trata sobre el proceso que conocen los países árabes, y en particular los magrebíes, de tensión dialéctica, de oposición y de equilibrio inestable entre la ley religiosa y el derecho positivo. Tal tensión procede de la política legislativa de los diferentes regímenes árabes; política que mezcla, en proporciones variables de un Estado a otro, el legado jurídico islámico propio con normas venidas del Occidente moderno, asumidas éstas últimas por el reformismo político árabe.

Résumé

L'article traite du processus, que connaissent les pays arabes et en particulier les maghrébins, de tension dialectique, d'opposition et d'équilibre instable entre la loi religieuse et le droit positif. Cette tension provient de la politique législative des différents régimes arabes; politique qui mélange, dans des proportions variables d'un État à l'autre, le patrimoine juridique islamique propre avec des normes venues de l'Occident moderne, assumées par le réformisme politique arabe.

Para mejor entender los presupuestos mentales con que llegan nuestros inmigrantes magrebíes y poder así evaluar su capacidad para integrarse en la sociedad de acogida, hay

1. Fecha de recepción: 15-octubre-1997.

2. Estudios Árabes. Facultad de Letras. Campus de la Merced. 30071 Murcia. Tlf. (968) 363150. Fax (968) 363417.



que conocer no sólo los rasgos básicos de su cultura y las características de la religión que todos ellos en mayor o menor grado practican, sino también el *marco jurídico* en que se desenvuelve la vida en sus países de origen. Es de este último punto del que voy a ocuparme en mi conferencia.

I

Se tiende a resaltar que individuos con tradiciones religiosas, familiares y jurídicas diferentes crean problemas específicos de integración o inserción. Es, por lo tanto, útil indagar cuál sea el carácter de esas tradiciones, y en qué medida algunas pueden estar dejando de ser operativas. Lo primero que hay que advertir es que los países magrebíes conocen en las últimas generaciones un proceso de tensión dialéctica, de oposición y de equilibrio inestable entre la ley islámica tradicional (que se supone de obligada aplicación en todo país de musulmanes) y el derecho positivo (el que está contenido en los códigos de cada uno de estos países). En efecto, cuando el concepto de Estado moderno acabó siendo también aceptado en el Magreb, los Estados que allí surgen se dotan de un derecho positivo que, aunque tiene a la ley islámica como referente que se supone obligado, no sólo no se puede decir que esté estrictamente sometido a ella, sino que es evidente la existencia de un proceso que va arrinconando cada vez más ciertas normas islámicas para pasar a imitar códigos occidentales.

Como resultado de ese proceso –de diferente ritmo en cada Estado–, los países del Norte de Africa, aunque todos islámicos, no comparten ya un espacio jurídico estrictamente común. Pero, en todos ellos es perceptible la dualidad que supone la *coexistencia* de leyes de inspiración extra-islámica junto con normas provenientes de la tradición jurídica del Islam (aunque tal tradición a su vez no deja de ser en cierto modo plural). Ahora bien, cuando el legislador impone un precepto no contenido en el derecho islámico clásico, por lo general no está contradiciendo abiertamente ninguna norma imperativa islámica, sino que tiende a llenar un vacío jurídico. Pero, a pesar de ello, la realidad es que con frecuencia el carácter inmutable de los textos revelados y lo explícito de ciertas normas islámicas básicas hacen muy difícil la introducción de unas leyes «homologables» con las de los países llamados occidentales.

Debemos, por consiguiente, entender ante todo cuál es el concepto de derecho islámico (*shari'a, fiqh...*). Se trata –lo sabemos– de una regulación basada en la religión (lo que para un creyente quiere decir: basada en los preceptos de Dios explicitados en la Revelación), aunque no sea exactamente un derecho religioso; y no lo es porque no contiene sólo las prescripciones que nosotros entendemos como religiosas, y porque además su cumplimiento no está incentivado sólo por el temor del castigo divino, aunque ese temor sea fundamental y se dé por sobrentendido (recuérdese el valor concedido al hecho de jurar por Dios).

La *Shari'a* niega al Estado, es decir, a la soberanía popular, el monopolio de la imperatividad. Poner la soberanía popular por encima de los preceptos de Dios no puede



ser entendido de otra forma que como paganismo; sería reconocer que hay algo superior o igual a Dios. Así pues, según esa concepción, el Estado no sólo no es la única fuente de derecho, sino que ni siquiera es estrictamente fuente de legalidad.

La *shari`a* es una ley personal, no territorial, pues ni está circunscrita a los límites de un territorio estatal, ni es necesariamente obligatoria para todos los habitantes de un Estado, pues cada uno se regirá por el código correspondiente a su confesión religiosa. La concepción personalista del derecho no ha sido exclusiva del Islam; recordemos que tuvo vigencia entre los romanos hasta que Caracalla concedió la ciudadanía a todos en el 212, y que el criterio de personalidad fue también propio de los pueblos germánicos, aunque parece que en Hispania la legislación visigoda fue pronto de aplicación general. Ha habido que esperar hasta el siglo XIX para que un país islámico modificara el fundamento jurídico de las relaciones entre musulmanes y no musulmanes: fue el caso de Turquía cuando proclamó la igualdad de todos los súbditos del imperio, fuese cual fuese su religión, lo cual constituyó un importantísimo precedente para el resto de los países de mayoría musulmana.

El Derecho islámico carece de órganos legislativos, pues nadie sino Dios puede dictar la Ley. Los hombres no pueden hacer más que interpretarla, y, en el caso de nuevos supuestos, aplicar la analogía a partir de la fuente única de la legalidad.

Es una Ley que no admite la posibilidad de ser cambiada; ignora la evolución, es atemporal. Pero, ante la evidente insuficiencia de las fuentes, reconoce que puede y deber ser perfeccionada mediante la interpretación y la jurisprudencia, verdadero derecho supletorio. La jurisprudencia puede ayudar a paliar ese rasgo esencial de la Ley que es su anacronismo, pero no puede acomodarla totalmente al desarrollo social, es decir, a la correlación de fuerzas vigente en cada momento histórico y en cada lugar, pues el derecho islámico no se reconoce expresión de ninguna correlación de fuerzas, sino expresión de la atemporal voluntad de Dios.

Pero, advirtamos de nuevo que debemos distinguir entre ese derecho islámico clásico y el derecho positivo, interno, de los diferentes países islámicos (clasificables en función del mayor o menor grado de aplicación de la *shari`a*, ya que —como vengo diciendo— el derecho positivo de todo país de mayoría islámica tiene unos límites jurídicos provenientes de ese derecho suprapositivo de origen divino; derecho que, al haber sido dictado de una vez para siempre, tiene dificultad en reconocer nuevas necesidades sociales y económicas, lo cual le impide adaptarse a ellas).

De lo anterior se deduce que dos de los principales problemas del sistema jurídico árabe-islámico habrán de ser: por una parte, su desarrollo a partir de las fuentes religiosas primitivas que lo configuraron; y, por otra, su conflictiva adaptación al mundo contemporáneo, en el que predominan concepciones jurídicas que se diferencian a veces mucho del derecho islámico clásico; además de la dificultad que existe —dado su carácter dogmático— para proceder a un análisis racional y sistemático de sus normas.

Visto como una rémora proveniente del pasado, el *fiqh*, o jurisprudencia islámica tradicional, sufrió en el Magreb, a partir de la ocupación colonial y del choque con los valores occidentales, un retroceso y hasta casi un arrinconamiento. La reacción contra esa tendencia modernizadora o progresista ha motivado últimamente tanto las



soluciones de compromiso, de amalgama, como la exigencia de un resurgimiento del derecho islámico.

II

Por lo tanto, la situación perceptible hace unas décadas en que la heteronomía perdía fuerza y se iba abriendo camino una cierta autonomía jurídica tiene dificultades para mantenerse. Desde comienzos de la década de los ochenta, asistimos a una clara involución, a un proceso en sentido contrario (aunque lento por las muchas resistencias que está hallando): proceso que podemos llamar de islamización del derecho positivo, o –visto desde la otra perspectiva– de positivización de la ley islámica.

Tal situación en sus países de origen podría no afectar en mucho a la generalidad de los inmigrantes, por cuanto (aunque la emigración sea un fenómeno social) éstos no vienen aquí colectivamente, sino que su migración está ligada a un proyecto individual. No son comunidades las que emigran; son individuos que se desgajan de la sociedad donde se han criado. Sin embargo, la efervescencia –a veces muy violenta, lo sabemos– con que se está viviendo en el Magreb la dialéctica «ley islámica/derecho positivo» (y «tradición/modernidad», «islam/secularización», «deberes colectivos/derechos individuales»...) así como el surgimiento de un renovado orgullo de ser musulmán hacen que el debate haya llegado al colectivo emigrante y que pueda manifestarse en las relaciones de los magrebíes con la sociedad de acogida.

Como digo, la dialéctica será entre *qanún* y *shari`a*, es decir, entre lo que, por un lado, ordenan parlamentos y gobiernos y lo que, por otro, recuerdan los hombres de religión (no sólo los activistas islamistas). La controversia irá desde grandes temas alejados de lo cotidiano y quizá de lo posible –como el de la restauración del califato y la consiguiente supresión de los Estados islámicos y de sus sistemas legales diferenciados– hasta normas muy arraigadas, como lo referente al estatuto personal y al derecho de familia, fuente continua de conflictos y de debate.

Así pues, recordémoslo una vez más, cuando abordamos la cuestión del marco legal de los pueblos árabes hoy, una primera constatación se impone: no hay actualmente uniformidad jurídica en los pueblos del área de uso de la lengua árabe. En esta falta de uniformidad ha intervenido decisivamente, además de otros factores, el colonialismo. Es decir: su existencia o no en un determinado territorio en los siglos XIX y XX; su mayor o menor implantación e influencia; el carácter de los primeros regímenes post-coloniales... han sido causas principales de diferenciación. Por esa razón, no tienen el mismo ordenamiento jurídico Arabia Saudí y Túnez, pongamos por ejemplo.

Y otro dato que debemos tener en cuenta: la muerte de Náser en 1970 marca un antes y un después. Antes, la reivindicación política y jurídica utilizaba el lenguaje de la izquierda, la búsqueda de la identidad de los árabes en el mundo moderno pasaba por la denuncia de la explotación formulada en términos no estrictamente islámicos; se partía del convencimiento de que eran los trabajadores los llamados a hacer la reforma de las



leyes. Después, el argumento socio-económico fue sustituido por el de la especificidad cultural, y la denuncia fue dirigida entonces contra la despersonalización, contra la pérdida de las señas de identidad; era necesario volver a uno mismo, volver al Islam y a sus leyes. A ese Islam que había sobrevivido a los duros años del colonialismo, y a los menos duros de los regímenes árabes liberales, nacionalistas o socialistas. El Islam, como dijo el *shayh* 'Abduh, es «el asidero seguro».

Pero, si bien es verdad que no hay uniformidad jurídica en los países islámicos, sí hay un evidente sustrato legal común que los reúne y singulariza frente al resto del mundo. La razón está en la Historia: después de la desmembración del califato único y hasta el siglo XIX, estos Estados estaban administrados por dinastías que gestionaban, pero que propiamente no legislaban (es decir, sus disposiciones no alcanzaban el rango de ley), pues el poder de legislar pertenecía sólo a la religión y, oficialmente, la religión lo tenía ya todo dicho.

Sin embargo, en el último siglo, la mayoría de estos países se han dotado de constituciones y códigos, diferentes de un Estado a otro. En los prolegómenos de esas constituciones, o en sus primeros artículos, se proclama la voluntad de permanecer fieles al Islam y se reconoce la obligatoriedad de los preceptos de la religión. Lo cual puede parecer una contradicción, ya que, si es el Islam el que legisla, sobra la Constitución, pues ésta presupone un pueblo soberano legislador.

Además, si es el Islam el que legisla, ¿no estarán ya previstas todas las normas por quienes interpretan la Ley del Islam? A esta objeción se nos responde con facilidad, diciendo que la religión oficial admite que no puede dar respuesta legal nada más que a las cuestiones que históricamente se van suscitando, no a las que aún no han surgido, y que las normas del Islam son principios inspiradores y rara vez reglas detalladas. Y así, del mismo modo que la aplicación de los principios generales a la solución de nuevos problemas jurídicos generaba antaño –y sigue generando hoy– desacuerdo entre las distintas corrientes jurisprudenciales islámicas e incluso entre los alfaquíes de una misma escuela jurídica, eso mismo es lo que sucede en nuestros días entre los diversos Estados.

Ahora bien, podemos preguntarnos si las legislaciones árabes actuales no sólo enfatizan su adhesión al Islam sino que además respetan al menos las normas rotundamente expresadas en el Corán, normas que por otro lado no son muchas. La respuesta es negativa: las leyes penales, la licitud de la esclavitud y del concubinato y la prohibición del préstamo con interés no están, por ejemplo, recogidas en los códigos magrebíes, ni de otros muchos países islámicos.

Así pues, vamos viendo que no es fácil para un Estado del área de procedencia de nuestros inmigrantes musulmanes ser él quien únicamente encarne la Ley. La mayoría de tales Estados son contestados desde otras fidelidades; en algunos casos, será la fidelidad a la tribu o a la etnia (fidelidad infraestatal); en muchos otros será la fidelidad al panarabismo o al panislamismo, es decir, a la vigencia de una ley global y totalizadora, igual para todos –que es el tema del que nos estamos ocupando (fidelidad supraestatal). Es decir, otras fidelidades políticas hacen la competencia a la autoridad del Estado y



entran en conflicto con él. Sin embargo, para que el modelo de Estado moderno que conocemos exista (es decir, para que haya ciudadanos, no súbditos) dicho Estado debe elevarse por encima de la religión, y ésta debe quedarse en creencia personal –incluso íntima– y ceder la autoridad a la soberanía estatal.

Mas, todo musulmán sabe que creer es obedecer a la Ley islámica. El problema lo podríamos formular así: desde el punto de vista de la ortodoxia, no hay Ley islámica procedente del Estado, sino Estado de la Ley islámica; no es admisible ninguna ley que venga del Estado, sino que el Estado debe estar al servicio de la Ley islámica. Ley –recordemos– que no sólo impone las creencias, los dogmas, sino que regula todos los hábitos sociales: ley global y totalizadora.

III

Como he apuntado antes, según esa concepción, nuestra sociedad europea, occidental, nuestro Estado moderno, sería un sustituto de la religión, donde (la soberanía de) la sociedad civil sería su propio dios. La *autofundación política*, es decir, la Constitución, es una negación del deber primigenio que el hombre, como siervo, tiene para con Dios, su Señor. Si la colectividad no se somete *colectivamente* a Dios, se somete a otros dioses, por ejemplo: al de la soberanía popular. Paganismo, en suma. Para el Islam, al menos para el Islam en su versión integral, la teología es política y la política es teológica.

Pero, esa visión de las cosas ya no es unánime. Incluso en los regímenes más «integristas», la política aspira a la autonomía. Por todas partes se ha filtrado lo profano y aparecen rasgos de laicidad. La ley positiva de los Estados islámicos (e incluso islamistas) es buena muestra de ello. Y también otros datos no estrictamente legislativos o jurídicos: la investigación científica ya no es, en muchísimos casos, la escucha paciente y atenta de los textos del pasado, ya no tiene como único objetivo la transmisión incólume del legado del saber; sin olvidar la mezcla de hombres y mujeres, y los intentos de rebelión femenina; etc.

Y allí donde la sociedad empieza a admitir ciertos rasgos de laicidad como valores, el Islam político (el islamismo, el integrismo) aparece como contra-cultura. Pero, la existencia del integrismo –como ha señalado Ben Achour– es una prueba de que la religión del fuero interno ya es posible en tierra de Islam. Incluso lo muestran, paradójicamente (es también Ben Achour quien lo afirma), las constituciones árabes cuando proclaman que el Islam es la religión del Estado, mostrando así que esos estados no son «el Estado del Islam», un Estado cuyo ideal sería el del califato, creado para aplicar la Ley no para inventarla. Pero, el califato está muerto y enterrado, aunque se hacen esfuerzos vanos por resucitarlo.

Por lo tanto (ésa es mi opinión), la fórmula «el Islam es la religión del Estado» no está necesariamente indicando la presencia del Islam en la política, sino su alejamiento. Es el principio del Estado moderno, si (tal como lo ven también otros) la expresión quiere



decir: «el Islam, tal como lo entiende esta Constitución, es nuestra religión». Repito: estamos ante el Islam del Estado, no ante el Estado del Islam. Porque ya no hay un solo Islam. El Islam de Bourguiba, por ejemplo, heredado por la Tunisia actual, es una religión que deja margen de maniobra al Estado; que no sólo le deja trabajo por hacer sino que le deja trabajar.

La parte política de la religión (o, si ustedes quieren, la religión política) está siendo transferida al Estado aunque éste no se confiese laico, e incluso nos parezca que está lejos de serlo. El cisma entre religión de la fe y religión política se está consumando: es el principio del camino que ya recorrieron los pueblos europeos y que acabó en la separación de la Iglesia y el Estado.

Pero, por ahora, en todo país islámico hay dos ámbitos jurídicos: el de la ley islámica y el del derecho positivo. Se suele decir que la ley religiosa es la contenida en el Corán y en la Sunna, pero ello no es del todo exacto. El Corán es, eso sí, la fuente de toda normativa; precisemos: el Corán junto con la Tradición o Sunna, en la medida en que esta última aclara o completa el Corán. Fuente de toda norma para todos los lugares y todos los tiempos, lo que implicará necesariamente, a mi modo de ver, ductilidad en la aplicación de la norma. Y ahí es donde interviene la exégesis y la jurisprudencia. Así lo comprendieron los musulmanes de los tres primeros siglos, quienes mediante el esfuerzo intelectual llamado *ichtihad* ejercieron la iniciativa doctrinal.

De porqué «se cerró la puerta del *ichtihad*» y de los resultados del consiguiente anquilosamiento sería interesante hablar ahora, pero no tenemos tiempo. Señalemos, no obstante, una consecuencia al menos: hoy los movimientos integristas proclaman como ley religiosa (*shari`a*) primigenia lo que en realidad no es más que el *fiqh*: un corpus que empieza a elaborarse en los siglos VIII y IX, pero no exactamente en el siglo VII que es cuando nace el Islam. Pero, además, el *fiqh* no es un código. Los libros de *fiqh* están llenos de opiniones divergentes, todas ellas válidas y aplicables (aunque en la práctica prevaleciera la costumbre local que se inclinaba por una u otra opinión), pues todas ellas están apoyadas en autoridades jurídicas. La codificación del *fiqh*, por lo tanto, no es fácil, ya que su carácter plural ha continuado hasta nuestros días; por ejemplo, es bien preceptible la falta de homogeneidad de las opiniones jurídicas emitidas por los sabios de al-Azhar.

¿Qué política legislativa han venido siguiendo los diferentes regímenes árabes? Una mezcla, en proporciones variables, de adopción de normas extranjeras y de asunción (muchas veces reformista) del propio legado jurídico, pero proclamando invariablemente su adhesión a las fuentes de su cultura jurídica tradicional. Sin embargo, esa política legislativa está siendo contestada hoy: así, la Constitución baasista fue revisada en Siria en 1973; después, en 1980, fue modificada la Constitución egipcia; y un poco más tarde, en 1983, la del Sudán. Y ahora están las propuestas legislativas del FIS argelino. Y toda esta contestación va en el sentido de reislamizar el derecho de esos pueblos.

El discurso islamista ha puesto en evidencia la fragilidad de los sistemas jurídicos árabes actuales, que no han podido hacer otra cosa que tomar prestado de la cultura jurídica europea, ofreciendo un fácil blanco a la crítica integrista y demostrando que no



han sabido ofrecer alternativas a ese sistema occidental. Al menos tres factores han intervenido en la debilidad de los sistemas jurídicos árabes: 1) el estancamiento de la creación legislativa a partir del propio derecho islámico original (el «cierre de la puerta del *ichtihad*»); 2) las reformas empezadas en el siglo XIX que crearon una dualidad conflictiva, al mantener juntos el orden antiguo parcialmente conservado y nuevas instituciones sociales generalmente exógenas; y 3) la penetración europea, vivida como agresión, que creó esferas separadas, incapaces de actuar una sobre otra: la una se encerraba en un conservadurismo estéril mientras que la otra tiraba por la borda valores muy arraigados a cambio de préstamos jurídicos no suficientemente meditados.

Concluamos: Desde el último tercio del siglo XIX hasta mediados del XX, en lo jurídico los países árabes han vivido una etapa que algunos –como Hourani– han llamado «edad liberal». Dos corrientes la atraviesan: el reformismo islámico, por un lado, y, por otro, la asimilación de los modelos extranjeros con vistas a desarrollar un derecho positivo propio de cada Estado árabe. A partir de los años 50 los nacionalismos cambian sus planteamientos y evalúan las posibilidades del *fiqh* para crear un nuevo orden jurídico al servicio del progreso económico y social.

Tales planteamientos han acabado motivando una evidente y creciente revalorización del derecho tradicional. Un pequeño ejemplo: de los 53 libros de derecho publicados en Egipto en 1986, veinte son estudios de *fiqh*, cantidad muy superior a la de principios de esa misma década. Por otra parte, casi todos los estudios de derecho positivo contienen una sección sobre las disposiciones del derecho islámico tradicional sobre esa materia.

