

DR 03 11

Historia del Derecho Español, guión número 13, el Derecho Musulmán. El Derecho Musulmán es objeto de una ciencia histórico-jurídica independiente que guarda íntima conexión con el resto de los estudios árabes, pero además constituye una parte bastante importante de la historia jurídica de España. Prescindiendo de la influencia que de hecho ejerció en los pueblos cristianos de la Reconquista, tenemos que ocuparnos de su estudio porque ciertamente existe una España musulmana.

Existe también, dentro de la Generalidad del Derecho Musulmán, cierto Derecho Musulmán Español, una etapa de ocho siglos dentro de la historia del Derecho General Islámico en que corresponde a España la primordial tarea creadora. Hasta la definitiva expulsión de los moriscos, permanecerán en la península determinadas instituciones jurídicas derivadas del Derecho Musulmán que serán de aplicación dentro del grupo de súbditos que sigue profesando la religión musulmana. Estas instituciones están recogidas en las llamadas Leyes de Moros.

Este Derecho Musulmán ofrece peculiaridades propias tan especiales que le hacen aparecer completamente distinto de los sistemas jurídicos romano y visigodo y de los derechos nacionales que más adelante aparecerán. Estamos acostumbrados a considerar un derecho como necesariamente circunscrito a unos límites territoriales coincidentes con los de un Estado, cuyos órganos legislativos lo producen y cuyos medios coactivos actúan para darle total efectividad. Al contrario de estos derechos, el Derecho Musulmán no está necesariamente circunscrito a los límites territoriales de un Estado, sino que, fraccionada la unidad política del imperio de los sucesores de Mahoma, conserva todo su vigor en los Estados que nacen de él.

¿Y cuáles son las características de este derecho? El Derecho Musulmán, calificado por un jurista árabe de Marsin Rivera, se diferencia profundamente del nuestro por su etimología, sus principios y sus procedimientos discursivos. El Derecho Musulmán es fundamentalmente el derecho de una sociedad religiosa. La religión y el derecho de los musulmanes son inseparables.

Se trata de un derecho revelado de origen divino para la comunidad de creyentes y cuyos principios fundamentales son tenidos por dogmas. Absorbido por la ley religiosa, incurre a veces en razonamientos pueriles. Como características del Derecho Musulmán se han señalado la uniformidad y la permanencia.

La investigación histórica ha encontrado un fondo uniforme en toda la literatura jurídica musulmana de las más distintas regiones del Islam, sin que hayan aún sido estudiadas detenidamente ciertas variedades locales que de hecho existen. La segunda característica señalada, la permanencia, se debe principalmente a la carencia de órganos legislativos. Así como en el imperio romano dictaba las leyes el emperador y entre los pueblos germánicos aparecen estas funciones legislativas en el pueblo que da leyes a través de asambleas, en el

pueblo musulmán no hay ni monarcas legisladores ni asambleas populares.

La única función creadora corresponde a la voluntad divina. Y si algún monarca ha pretendido alguna vez dar leyes con intención de obligar indefinidamente a sus súbditos, la conciencia musulmana, siempre consecuente con sus creencias, ha repudiado tal proceder y lo ha catalogado de transgresión inadmisibles. Sin embargo, el derecho musulmán, así como su religión, no es completamente original, sino que tiene influencias judaicas y cristianas.

Algún punto de contacto tendría el derecho musulmán con el romano en cuanto a su aceptación por los diversos pueblos en la Baja Edad Media y comienzos de la moderna. Pero pronto resalta, entre otras, la diferencia de la mayor amplitud del musulmán que pretende regular situaciones que el derecho romano no reputa ni remotamente sometibles a su campo de acción. Sin embargo, alguna relación guardará con otros derechos.

Por su índole interna, se aproxima bastante al derecho judío rabínico, tal como se contiene en el Talmud y en la literatura de los comentaristas y expositores del mismo, con la única diferencia de que este derecho rabínico no tuvo a su servicio, como el musulmán, tantas y tan poderosas organizaciones estatales que lo expandieron por el mundo y lo impusieron a la fuerza. En cuanto a la pretensión del derecho musulmán de obligar en conciencia a sus súbditos, podría aproximarse al derecho canónico, pero hay una notable diferencia, y es que, mientras el derecho canónico distingue perfectamente entre lo moral y lo jurídico, entre la ética y el derecho, y no se ocupa de muchos asuntos que la Iglesia no considera de su incumbencia, el derecho musulmán, por el contrario, abarca la conducta jurídica, política, moral y litúrgica, no sólo de los súbditos, sino incluso del mismo Estado. Con estas diferencias que hemos señalado, podemos acercarnos al concepto del derecho musulmán, y para ello utilizaremos la definición de López Ortiz, Catedrático de Historia del Derecho.

Lo define como regulación dimanante de la voluntad de la divinidad de toda la conducta del musulmán, aún sin esferas del todo heterogéneas a lo que hoy entendemos por jurídico, cuya transgresión es principalmente considerada como pecado, y como tal, sancionada por Dios mismo con castigos ultraterrenos, aunque sin excluir una organización de carácter estatal actuando en representación de Dios o a lo menos de su profeta, y en tal concepto, facultada y obligada a mantener en su pureza el orden querido por el supremo legislador, aplicando para ello medios coactivos apropiados. La ley, en concepto de los juristas musulmanes, pone un límite a la voluntad, límite exigido por la convivencia humana en la que los hombres dotados hipotéticamente de una esfera ilimitada de libertad se impedirían mutuamente en el ejercicio de la misma de no existir esta regulación. La ley, además de satisfacer a esta existencia, atiende a los intereses privados y generales aún precaviendo abusos de libertad nocivos a los mismos que pudieron cometerlos.

La ley es para facilitar, no para entorpecer, dijo el mismo Mahoma según la tradición. Carecemos de un estudio histórico científico del derecho musulmán, principalmente en España, pues las monografías que sobre él se han escrito son principalmente alemanas, francesas e

italianas. La investigación ha avanzado muy poco en el estudio sobre las fuentes musulmanas.

En general, para la utilización de las fuentes musulmanas, tropezamos con la dificultad del idioma y la casi imposibilidad de traducir directamente ciertos términos de la vida jurídica musulmana a la terminología técnica de nuestro derecho. Por ello, nos limitaremos a dar una visión meramente informativa de las mismas. En rigor, podemos decir que el derecho musulmán sólo tiene una fuente, la voluntad divina revelada.

Pero esta revelación se ha conservado por distintos procedimientos, bien directamente en el Corán, revelado por un procedimiento sobrenatural, o ya menos directamente, por medio de la conducta de Mahoma, Suna, o por una asistencia especial de Alá a la comunidad de creyentes, evitando que, colectivamente, caigan en el error. Es el consentimiento o Ijma. El Itiá es el esfuerzo que realizan los juristas para llevar a cabo su labor de interpretación de las fuentes reveladas.

Es, en realidad, un método de trabajo, que al proyectarse sobre el conjunto de los textos escritos y las tradiciones orales que forman la revelación, produce la ciencia del derecho o Zik. Este es el derecho musulmán y sus fuentes. El Corán, la Suna y el Ijma.