

SECCION DOCTRINA

PABLO R. BANCHIO

EL SISTEMA MUSULMÁN. FUENTES DERIVADAS DEL DERECHO: EL CONSENSO (IJMA) Y LA ANALOGÍA (QUIYAS)

CONTENIDO

El Sistema Musulmán. Fuentes Derivadas del Derecho: el consenso (<i>ijma</i>) y la analogía (<i>qiyas</i>)	3
A. Introducción.....	3
B. La Ijmâ: El Consenso de los Doctores de la Ley	5
C. El Razonamiento por Analogía (<i>Qiyâs</i>).....	6
D. Comparación con el Derecho Occidental	7

A. INTRODUCCIÓN

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, 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 re establecer 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.

La concepción que gobierna el Islam es la de una sociedad esencialmente teocrática, donde el Estado sólo tiene valor si es sirviente de la religión que les ha sido revelada. **el Consenso (*ijma*) y la Analogía (*Qiyas*)**

El derecho musulmán, conocido como *Sharia*, se fundamenta en un sistema legal complejo y multifacético que, si bien tiene sus raíces en una base divina, ha evolucionado a lo largo de los siglos a través de la interpretación y el razonamiento humano. A diferencia del derecho occidental, que tiene una clara conciencia del origen humano de sus fuentes normativas, el derecho musulmán se distingue por la primacía de la ley divina. Sus fuentes principales son el *Corán* y la *Sunna*, consideradas la ley revelada por Dios, a las que se suman dos fuentes derivadas de vital importancia práctica: el *ijma* (consenso) y el *Qiyas* (analogía).

Este trabajo profundizará tanto el fascículo universitario que hemos confeccionado como el capítulo correspondiente de nuestro libro "Sistemas Jurídicos Comparados" (pp. 165-200) en estas dos últimas fuentes, destacando su rol en la interpretación y desarrollo del *Fiqh* (jurisprudencia islámica) y contrastándolas, cuando sea pertinente, con las particularidades del derecho occidental.

El derecho musulmán no es una disciplina autónoma de la ciencia. Es una de las muchas facetas de la religión del Islam, "ahí donde el derecho musulmán no se aplica no hay más Islam". El Islam no es, prima facie, un sistema de creencias, es una forma de vida integrada pues el derecho islámico es una legalidad revelada, esto es, de origen divino para los creyentes y quien lo infringe aparte de consumar un delito, *a fortiori*, comete un pecado, por eso es necesario despojarse de nuestro pensamiento occidental ya que se configura como una lógica jurídica diferente.

Arabia -donde están ubicados los santos lugares- es una vasta península del sudeste de Asia entre el Mar Rojo, el Océano Índico, el Golfo Pérsico, Irak y Jordania. Actualmente se suele dividir en seis grandes zonas: Hejaz que se extiende a lo largo del Mar Rojo, el Yemen situado al sur del Hejaz, el Hadramaut al sur, Omán se halla al sudeste, en el Golfo Pérsico se ubican el Ahsa y las Islas de Bahrein y, finalmente el Nejed se encuentra en el interior.

El Islam es practicado en Marruecos, Argelia, Túnez, Libia, Egipto y en parte del sur del Sahara. En el próximo Oriente, Arabia Saudita, Líbano, Siria, Irak e Irán, Y en parte también en Afganistán y Malasia, y, en Europa, en Albania.

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 derecho.

En la mentalidad islámica la legislación religiosa, civil y la teología se hallan interrelacionadas indisolublemente. La *Shari'ah*, 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 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 ALLÁH, 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 aspectos.

El derecho musulmán incluye por una parte un *aqida*; el *aqida* es una teología que determina los dogmas y precisa en lo que la comunidad musulmana debe creer y por otra parte la *char'i'a* (La *char'i'a* es la ley revelada tal cual resulta del Corán y de la Sunna) que

prescribe a los creyentes lo que deben hacer o dejar de hacer. La lectura de la *chari'a*, es decir, la vía a seguir en vista de su "comprensión exacta" (*fiqh*) constituye lo que se ha denominado (que resulta inapropiado) el "derecho musulmán". El *fiqh* se convirtió en una disciplina del derecho que proveía de una exacta comprensión de la *chari'a*, su respeto escrupuloso y su aplicación perfecta. El especialista de *fiqh* es un faquí.

Esta "ciencia" le prescribe a la comunidad islámica cómo debe según el Islam, regir su conducta sin que se pueda distinguir con claridad en el principio, las obligaciones que el musulmán tiene hacia sus semejantes (obligaciones civiles, filantropía, entre otros) de las relaciones que debe de tener con Dios (rezo, ayuno, entre otros). No obstante, los jurisconsultos musulmanes distinguen claramente los derechos de Dios de los derechos de los individuos.

Aun cuando la noción de obligación gravita en torno a las nociones de la *chari'a* y del *fiqh* existe un espacio para la noción de derecho. Por un lado, reconociendo los límites a las obligaciones ("Dios impone a cada hombre sólo aquello que puede llevar" dice el Corán) y por otro lado, precisando el contenido de los derechos reconocidos a los individuos. Su falta de observancia conlleva la aplicación de sanciones que en principio debe determinar el juez musulmán. El sistema musulmán no se estructuró exclusivamente sobre los fundamentos del Corán y de la Sunna (la tradición del Profeta MAHOMA). Una inmensa doctrina ha sido elaborada en el transcurso del tiempo por los *fouqaha* (teólogos-juristas).

El derecho musulmán no se observa en principio, más que para gobernar las relaciones entre musulmanes; los feligreses de otras religiones que viven en un país del Islam están sometidos a las reglas de la *dhimma* (protección tutelar).

En lugar de proclamar simplemente principios morales o dogmáticos, sobre los cuales las comunidades musulmanas debieron haber conformado sus derechos; juristas y teólogos islámicos han elaborado, sobre el fundamento de la revelación un derecho completo, detallado. Este derecho está íntimamente vinculado con la religión y con la civilización del Islam; el derecho musulmán únicamente puede llegar a ser comprendido a cabalidad por quien tenga nociones generales de la religión y civilización musulmana. Ningún jurista islámico, por otra parte, puede permitirse ignorar el derecho musulmán.

B. LA IJMÂ: EL CONSENSO DE LOS DOCTORES DE LA LEY

La *Ijmâ*, o consenso, es reconocida como la tercera fuente del derecho musulmán, a pesar de ser rechazada por algunas ramas chiítas. Su importancia práctica es excepcional, ya que a ella se le atribuye la posibilidad de aplicar todas las reglas del *Fiqh* en la actualidad, independientemente de su origen primario. Esta fuente del derecho se considera legítima por su profunda vinculación con el Corán y la Sunna, apoyándose en la presunta afirmación del Profeta MAHOMA: "mi comunidad no consentirá nunca sobre un error".

La *Ijmâ* surge del acuerdo unánime de los doctores de la ley (los *mujtahidûn*), y se emplea para profundizar y desarrollar la interpretación legal de las fuentes escritas (Corán y

Sunna). Es crucial entender que la validez de la Ijmâ se adquiere únicamente después de la muerte del Profeta y si se reúnen ciertos supuestos específicos.

Es importante diferenciar la *Ijmâ* de la costumbre ('orf). La unanimidad que exige la Ijmâ no es la de la mayoría de los creyentes o el sentimiento unánime de toda la comunidad; más bien, es la aquiescencia unánime de las personas competentes, los *fouqahâ* (o jurisconsultos). Su acuerdo unánime sobre una solución jurídica le confiere a esta la fuerza de ley. La Ijmâ puede ser elaborada de forma directa o tácita, si bien la Ijmâ tácita posee un valor jurídico inferior.

Las tres fuentes fundamentales del derecho musulmán —Corán, Sunna e Ijmâ— no poseen la misma jerarquía. El Corán y la Sunna son consideradas fuentes fundamentales y primarias, a partir de cuyo texto los doctores del Islam precisaron las reglas del Fiqh. En la actualidad, solo algunos grandes pensadores consultan directamente estas dos primeras fuentes, y su intervención se limita a ciertas cuestiones, haciendo difícil imaginar la emergencia de una nueva escuela teológico-jurídica en nuestros días.

A pesar de esta jerarquía, los juristas musulmanes se apoyan en estas fuentes primarias, junto con la doctrina, para abordar temas contemporáneos. Ejemplos de esto son la reglamentación de la procreación por vía de inseminación artificial o el trasplante de órganos humanos.

La relevancia de la Ijmâ en la práctica legal musulmana ha sido destacada por juristas como René DAVID de cuya obra tomamos:

"...No es en el Corán y en las recopilaciones de tradiciones que el juez contemporáneo va a encontrar la motivación de sus decisiones, sino en los libros donde están expuestas las soluciones consagradas por la ijmâ. El qâdî (o juez) que llegase a aventurarse a interpretar por sí mismo los pasajes del Corán o a apreciar por si sólo la probable autenticidad de la hadith cometería un acto que resulta ser tan contrario al respeto de la ortodoxia como el creyente católico que pretendiera fijar a la luz de su propia inteligencia individual el sentido de los textos invocados por la Iglesia en apoyo de sus dogmas... Esta tercera fuente del derecho musulmán, la ijmâ, tiene una importancia práctica excepcional. Es atribuible a la ijmâ que todas las reglas del fiqh, puedan aplicarse en la actualidad, cualquiera que pudiera ser su origen primario."

Esto subraya cómo la Ijmâ se convirtió en el vehículo principal para la continuidad y adaptación del derecho islámico a las necesidades cambiantes, consolidando las interpretaciones y decisiones que, de otro modo, podrían haber sido cuestionadas individualmente.

C. EL RAZONAMIENTO POR ANALOGÍA (QIYÂS)

El razonamiento por analogía (*Qiyâs*) es la cuarta fuente del derecho musulmán. Los juristas islámicos, encargados de interpretar la ley, han recurrido al Qiyâs para "combinar la revelación con la razón humana". Al igual que la Ijmâ, el Qiyâs encuentra su legitimidad en el Corán y en la Sunna.

El *Qiyâs* es fundamentalmente un modo de interpretación y aplicación del derecho, más que una fuente creadora de normas fundamentales. Aunque el derecho musulmán se fundamenta en el principio de autoridad, la admisión del razonamiento por analogía posibilitó un proceso racional de interpretación. No obstante, esta forma de razonamiento no puede crear reglas de derecho fundamentales comparables en naturaleza a las del *corpus* tradicional, elaborado en el siglo X.

En este sentido, el jurisconsulto musulmán se diferencia del *common lawyer*, quien, a través de la técnica de las distinciones, puede crear nuevas reglas de derecho. El *Qiyâs* se limita a extender una norma ya existente de un caso original (cuyo juicio está explícitamente establecido en el Corán o la Sunna) a un nuevo caso, basándose en una causa o razón común entre ambos.

D. COMPARACIÓN CON EL DERECHO OCCIDENTAL

La distinción entre el derecho musulmán y el derecho occidental es fundamental para comprender sus particularidades, marcadas por diferencias sustanciales en el origen de sus fuentes, su dinamismo, la concepción del tiempo, y sus implicancias sociológicas, normológicas y políticas.

En el origen de las fuentes, mientras el derecho occidental, especialmente desde Savigny, reconoce un claro origen humano en la creación de sus normas, el derecho musulmán se fundamenta en el Corán y la Sunna como ley divina revelada por Dios. Aunque el *Ijma* (consenso) y el *Qiyas* (analogía) implican un razonamiento humano, su legitimidad deriva directamente de estas fuentes divinas. Esta base influye en la inmutabilidad frente al dinamismo: el derecho musulmán tiende a una mayor fijeza de sus reglas básicas, al depender de la ley divina de los siglos VI y VII, de una relativa clausura del *Ijma* entre los siglos X y XIII, y de un razonamiento analógico limitado a lo particular. En contraste, el derecho occidental, al ser más "humano", permite un constante descubrimiento de "principios generales del Derecho" y un desarrollo normativo más dinámico.

La concepción del tiempo también es un punto clave. El derecho occidental tiene una profunda conciencia del tiempo y se proyecta hacia el futuro, viendo al hombre como un ser temporal y "futurizo". Por el contrario, el derecho musulmán posee una visión del tiempo menos intensa y más anclada en el pasado; el Corán remite a un Autor eterno, y la Sunna a un momento histórico específico, la vida del Profeta. Esta dificultad para integrar el tiempo se refleja en prácticas como el rechazo musulmán al préstamo con interés y a la prescripción, así como en penas que, a menudo, son destructoras e irreversibles, a diferencia de las penas "repersonalizantes" del derecho occidental.

En su dimensión sociológica, el derecho occidental busca la justicia a través de repartos que reflejan la conducción humana. En cambio, el derecho musulmán se rige por una adjudicación divina predominante. Los repartos que no provienen directamente de Dios pueden ser del Profeta o, si superan lo previsible, distribuciones por influencias humanas difusas que satisfacen el valor de la espontaneidad, lo que a veces puede interpretarse como una "deriva" en las circunstancias históricas. Respecto a la estructura y el orden, el

derecho occidental busca un equilibrio entre repartos autoritarios y autónomos, integrando mejor la planificación de gobierno y la ejemplaridad. Sin embargo, el derecho musulmán presenta una composición más vertical, donde los niveles superiores están dominados por la autoridad y la planificación de origen divino, lo que resulta en un orden más sólido y estable, haciendo inconcebible la idea de revolución contra un régimen de origen divino.

La dimensión normológica evidencia que las fuentes reales del derecho occidental, al tener una referencia humana, permiten una mayor capacidad de abstracción y sistematización de su doctrina. La ciencia jurídica musulmana, en contraste, está condicionada por su dependencia de las fuentes religiosas. Esto implica que, si bien en el derecho occidental pueden surgir carencias dikelógicas (de justicia), en el musulmán son impensables, ya que Dios no puede ser injusto. Por ello, el jurista musulmán está principalmente condenado a la interpretación y la exégesis. Esta diferencia se extiende a la naturaleza conceptual: el derecho occidental, más humano y complejo, exige un rico arsenal conceptual; el derecho musulmán, al considerarse más divino y simple, requiere menos complejidad, lo que se exemplifica en su hostilidad hacia la noción de persona jurídica.

Las relaciones entre normas en el derecho occidental están más integradas vertical y horizontalmente por su origen humano común. En el derecho musulmán, estos sentidos están más diferenciados por el origen divino de las normas en la cúspide. En cuanto a la codificación, el carácter humano del derecho occidental permite una codificación amplia y dinámica. El derecho musulmán, por su parte, posee una "codificación" de origen divino, pensada para las necesidades de una época pasada, cuyas posibilidades dinámicas se limitan al ya restringido recurso al *Ijma* y al razonamiento por analogía.

Finalmente, en su dimensión dikelógica, el derecho occidental se centra en la justicia y la utilidad, con un aumento creciente de esta última. El derecho musulmán se vincula con la realización de la justicia ligada a la santidad. A pesar de que el derecho musulmán quizás ha conservado más la referencia al amor, la presencia de este valor es más profunda en el pensamiento cristiano occidental, como se ve en el contraste entre el talión musulmán y la idea occidental de repersonalización del delincuente. El derecho occidental también puede superar la justicia asimétrica mediante la moneda y el interés, mientras que el musulmán se apoya más en la simetría.

En términos de humanismo y totalitarismo, podemos decir siguiendo a CIURO CALDANI que la mayor referencia humana del derecho occidental tiende, a largo plazo, a la democracia, mientras que el origen divino del derecho musulmán sirve de base a la aristocracia y, sobre todo, a la organización teocrática. El derecho occidental se enfoca en proteger al individuo contra el régimen; en el musulmán, esta referencia es menos significativa, priorizando la protección del individuo frente a otros individuos y a sí mismo.

Todas estas diferencias demuestran cómo la posición reconocida al ser humano es crucial para entender las características distintivas de cada sistema legal.