

**EL JURISTA COLOMBIANO Y EL DERECHO
ISLÁMICO Y DE LOS PAÍSES MUSULMANES.
NUEVAS FRONTERAS DE LA
COMPARACIÓN JURÍDICA**

**THE COLOMBIAN JURIST AND MUSLIM AND
ISLAMIC COUNTRIES LAW. NEW FRONTIERS
OF COMPARATIVE LAW.**

**O JURISTA COLOMBIANO E À LEI ISLÂMICA E
OS PAÍSES MUÇULMANOS.
NOVAS FRONTEIRAS DA COMPARAÇÃO
JURÍDICA**

Lorenzo Ascanio^a
ascanio.lorenzo@gmail.com
Massimiliano Castellari^b
max.caste@libero.it
Universidad de Boloña /
C.I.R.C.D.E. Boloña – Italia
Recibido: 24-09-2012.
Aceptado: 18-10-2012

RESUMEN:

Entre Colombia y el mundo islámico –dos universos supuestamente tan lejanos– pueden, de veras, encontrarse varias afinidades. Este artículo propone algunos elementos históricos y jurídicos que refuerzan el interés de estudiar dicha temática: la inmigración árabe-islámica a Colombia y la contribución musulmana al Derecho español, que ha sido trasplantado en gran parte de América Latina. Con independencia de los lazos mencionados, existe una ciencia jurídica cuyo interés en interrelacionar sistemas jurídicos diferentes y lejanos no cesa nunca: la comparación jurídica. Los más eminentes comparatistas internacionales, así como los escasos juristas

a Autor de los párrafos 3, 4, 5 y 6 de la presente contribución. Lorenzo Ascanio es profesor a contrato de Islamic Law and Legal Systems – Università degli Studi di Macerata y de Derecho Musulmán y de los Países Islámicos de la Università degli Studi di Venezia – Cà Foscari. Ph.D en Derecho Comparado – Università degli Studi di Firenze. Cuanto a la terminología en idioma árabe utilizada por el Autor es este ensayo, las reglas de transliteración en caracteres latinos han sido observadas según el International Standards Organisation del 1961 (ISO/R 233/1961), excepto de la tā' marbūta en estado absoluto, que no se ha señalado con el símbolo h y del artículo alif-lām con las letras solares).

b Autor de los párrafos 1, 2 y 7 de la presente contribución. Massimiliano Castellari es abogado de la Università di Bologna, summa cum laude, con especialización en derecho internacional de la misma Universidad. En Colombia, es profesor de la Universidad del Rosario, Sergio Arboleda y U.D.C.A. Escribe para Revistas científicas en América Latina.

locales que se ocupan de la materia, no consideran que los ordenamientos latinoamericanos deban considerarse una familia distinta de la romano-germánica. Dicha aseveración –a reevaluar bajo ciertos aspectos– no puede dejar de estimular al jurista colombiano para conocer siempre más de cerca las demás familias jurídicas, entre las cuales una de las menos conocidas (por lo menos para los juristas occidentales) es la familia islámica y de los países musulmanes. La presente contribución se vale del método comparativo para presentar un análisis crítico del Derecho de tres distintos países, todos caracterizados recientemente por los movimientos de la denominada “Primavera Árabe”, Túnez, Egipto y Libia. En esos tres ejemplos, el derecho islámico es relevante al interior de los ordenamientos, pero se presenta con diferentes gradaciones, debidas a contextos culturales, históricos y políticos diferentes, que han llevado a diferentes soluciones normativas sobre las mismas materias.

PALABRAS CLAVE

Islām, Colombia, Inmigración, América Latina, Derecho Comparado, Sistema legal islámico, Derecho de los países musulmanes, Túnez, Egipto, Libia.

SUMMARY

Between Colombia and the Islamic world -two apparently distant realities– we can find indeed different analogies. This article aim to offer some historical and legal suggestions that improve the interest to the study of this issue: the Arab-Islamic immigration in Colombia and the Muslim contribution to the Spanish law, then transplanted in much of Latin America. Regardless of the above mentioned analogies, there is a juridical science that never ceases its interest in comparing different and distant legal systems: this is named comparative law. The major international comparative authors, as well as the few local experts on this matter, do not consider that the Latin American legal systems should be considered a legal family distinct from that of Roman-Germanic law. This theory -probably to be revisited in some respects- invites the Colombian jurist to know more deeply the other legal families; including one of the lesser-known (to the Western jurists) is certainly the Islamic legal system and the Muslim countries laws. This paper uses the comparative method in order to present a critical analysis of the law of three different countries; all characterized recently by the movements of the so-called "Arab Spring", Tunisia, Egypt, Libya. In these three examples, Islamic law is steeped within individual systems, but with due gradations, due to cultural, historical, political differences that led to different normative choices on the same matters.

KEY WORDS

Islām, Colombia, Immigration, Latin America, Comparative Law, Islamic legal system, Muslim countries laws, Tunisia, Egypt, Libya.

RESUMO

Entre Colômbia e do mundo islâmico - dois universos supostamente até agora - pode, de fato, ser diferentes afinidades. Este artigo oferece alguns elementos históricos e jurídicos que reforçam o interesse em estudar este assunto: árabe-islâmica de imigração para a Colômbia e contribuições muçulmanas a lei espanhola, que foi transplantado em grande parte da América Latina. Independentemente dos links acima, há um interesse em ciência jurídica relacionam diferentes sistemas jurídicos e distante nunca deixa: comparação jurídica. Os comparatistas mais eminentes internacionais e os advogados poucos locais que lidam com o assunto, não

consideram latino-americanos sistemas jurídicos devem ser considerados uma família distinta do Romano-Germânico. Esta afirmação - a reavaliar certos aspectos - não pode estimular jurista colombiano sempre mais atender às outras famílias legais, incluindo um do conhecido menor (pelo menos a ocidental juristas) é a família islâmica e países muçulmanos. Esta contribuição usa o método comparativo para apresentar uma análise crítica da lei de três países diferentes, todos recentemente caracterizada por movimientos da chamada "Primavera Árabe", Tunísia, Egipto e Líbia. Nestes três exemplos, a lei islâmica é relevante dentro dos regulamentos, mas é apresentado com diferentes gradações, devido a origens culturais, históricas e políticas, que levaram a soluções políticas diferentes sobre os mesmos assuntos.

PALAVRAS-CHAVE

o Islã, a Colômbia, a imigração, a América Latina, Direito Comparado, Direito Sistema Jurídico islâmica em países muçulmanos, Tunísia, Egipto, Líbia.

Índice: 1. Premisas. Islām y Colombia, entre historia y tradición jurídica latino americana. - 2. El método comparatista al servicio del jurista. - 3. Para volver a reflexionar sobre el diálogo entre šari‘a y qanūn. - 4. El espíritu reformista de Túnez. - 5. La experiencia de Egipto en el diálogo entre šari‘a y derecho positivo. - 6. El caso de Libia. El rol de la šari‘a en la experiencia de la Gamāhīriyya di Qa āfi. - 7. Algunas consideraciones conclusivas.

1. PREMISAS. ISLĀM Y COLOMBIA, ENTRE HISTORIA Y TRADICIÓN JURÍDICA LATINO AMERICANA

El Islām es el gran protagonista de la historia mundial del Siglo XXI. Si bien sus raíces se remontan al Siglo VII -cuando tras una vida como comerciante en la Meca, el profeta Mahoma empezó a implantar la religión que le fue revelada—, una parte radical y agresiva del Islām irrumpió en Occidente el 11 de septiembre de 2001.¹ Desde esa histórica fecha, no ha sido posible hablar de política, de derecho² o de relaciones internacionales, sin referirse a este mundo tan poco conocido.³ Además, el islamismo es la primera religión del mundo en número de adeptos⁴, y su tradicionalismo ha sido en parte sosegado a través de los medios de comunicación, con la notoria cadena de televisión “Al-Jazira”.

Recorriendo en estos días una de las vías más importantes de Bogotá, la denominada NQS, el observador queda impresionado por una gran obra en construcción: “la mezquita de Bogotá”. La misma se añadirá a la otra mezquita de Colombia, ubicada en la ciudad de Maicao (Guajira), la segunda más grande en toda América del Sur.⁵ En verdad, la emigración árabe en Colombia no es un fenómeno reciente. Algunas investigaciones soportan la idea de que la inmigración a Colombia de sirios, libaneses y palestinos haya sido entre las más numerosas e influyentes de la historia patria.⁶ Más precisamente, entre 1880 y 1890 empezaron a llegar cristianos provenientes

¹ Sobre los desafíos modernos del derecho ante la globalización y el terrorismo, desde una perspectiva latinoamericana, señalamos las Actas del Coloquio Internacional Humboldt, llevado a cabo en Montevideo en el mes de abril de 2003, en LOSANO, Mario, MUÑOZ CONDE, Francisco (coordinadores). *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

² Nos parece muy interesante la reconstrucción del derecho internacional islámico que dibuja GHOTME, Rafat: *Algunas apuntes sobre el derecho internacional islámico*. Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad, Bogotá, N°1:69-114, enero-junio de 2006, pp. 69-114.

³ El impacto del 11-S en Colombia ha sido sobrecogedor, ya que tal vez el Presidente Álvaro Vélez (elegido por primera vez en 2002, después de las fracasadas negociaciones de paz en el Caguán) fue el único mandatario de América Latina en incorporar plenamente toda la construcción ideológica anti terrorista surgida después del 11/9.

⁴ Así, AGUILERA BARCHET, Bruno, *Iniciación histórica al derecho musulmán. Seguida de un ensayo sobre la historia jurídica de Al-Andalus*, Madrid, Dickinson, 2007, p. 22.

⁵ Entrevista con el profesor Massimo di Ricco, 3 de septiembre 2012, Bogotá.

⁶ VARGAS ARANA, Pilar, *Pequeño equipaje, grandes ilusiones. La migración árabe a Colombia*. Bogotá, Taurus Historias, 2011,

del territorio sirio (aún bajo dominio otomano) y hasta los años treinta del Siglo XX, de Siria, Líbano y Palestina. En los años a seguir, siempre se mantuvo una emigración no regulada y principalmente debida a razones familiares. Si bien siempre es difícil formular estimaciones en cuanto al número exacto de emigrados permanentes,⁷ se puede presumir “a grosso modo” que entre 1890 y 1930 migraron entre 5.000 y 10.000 árabes al territorio colombiano.⁸

Hay que señalar que –en general– los números de la emigración a Colombia son muy pequeños, especialmente si se comparan con otros países latinoamericanos. En efecto, las puertas de Colombia han sido tradicionalmente cerradas a la inmigración.⁹ No ha existido una verdadera política de fomento a la inmigración, y las que se trataron de implementar no fueron efectivas.¹⁰ Esta actitud se debe a muchísimos factores: económicos, políticos y hasta filosófico-médicos,¹¹ que no podemos analizar en este espacio.

En cuanto a la población árabe en particular,¹² la acogida en Colombia no fue positiva, como demuestra el análisis de las informaciones periodísticas de la época.¹³ Entre los factores que más interesan aquí, nos referiremos a los jurídicos. Se puede decir que el primer acto normativo en materia de extranjería en Colombia (1823) se debe al propio Simón Bolívar, en el sentido de acoger sin reservas a los extranjeros.¹⁴ A partir de la Constitución de 1886 empezaron a aparecer en el ordenamiento colombiano disposiciones discriminatorias hacia algunos grupos de extranjeros.¹⁵

En cuanto a sirios, libaneses y palestinos, solo para dar un ejemplo, las cuotas fijadas para el año 1934 fueron apenas de 10 personas para cada una de esas nacionalidades.¹⁶ El año siguiente se mantuvieron las mismas cuotas para sirios y libaneses, y se redujo la de los palestinos; además, aparecieron las primeras restricciones para egipcios y marroquíes.¹⁷ La legislación migratoria de

p. 17. Los árabes se han destacado primariamente por su capacidad en el comercio. Sin embargo, los descendientes han logrado posicionarse en la política, tanto que uno de ellos, de apellido Turbay, fue Presidente de la República. En el mismo sentido, FAWCETT, Louise y POSADA-CARBO, Eduardo, “En la tierra de las oportunidades: los sirio-libaneses en Colombia”, en *Boletín Cultural y Bibliográfico*, # 29, Bogotá, Banco de la República, 1992, p. 9.

7 Los problemas “clásicos” son potenciados en este caso por la confusión que se hacía entre los turcos, los árabes, los sirios y hasta los mesopotámicos (sic!).

8 Solo para dar un término de comparación, en 1970 se estimaba que la población libanesa en Colombia fue compuesta por 25.000 personas aproximadamente. Para dimensionar la predominancia y el crecimiento de la comunidad árabe en la costa, se refiere que un censo adelantado por la comunidad palestina en 1995 estableció que en Barranquilla vivían por lo menos 18.000 palestinos y sus descendientes. El número es impresionante, si pensamos que en 2012, la estimación de italianos (nacidos en Italia y sus descendientes) residentes en todo Colombia es de apenas unas 14.000 personas. Lo anterior, considerando que la diáspora de italianos hacia las Américas es uno de los hechos sociales más importantes de todo el Siglo XIX.

9 Los censos relativos al Siglo XX indican que la presencia extranjera en el territorio nacional no superó el 1%.

10 Un caso emblemático de la dificultad de emigrar a Colombia es el del pueblo italiano. Mientras en otros países del área, como Argentina o Brasil, la emigración italiana fue masiva, asistida, y sus efectos son asombrosos hasta el día de hoy, en Colombia el censo consular cuenta apenas unos 14.000 individuos, entre italianos nacidos en Italia e italianos de segunda, tercera o hasta cuarta generación. Véanse CASTELLARI, Massimiliano y MELLONE, Marco, “La ciudadanía italiana y los descendientes de ciudadanos italianos emigrados en Colombia. La eliminación de una injusticia social”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13, (2), pp. 107-139.

11 Nos referimos a las teorías eugenésicas desarrolladas a mediados del Siglo XIX en Europa y Estados Unidos, que se hicieron efectivas en América Latina desde los años treinta.

12 En Colombia, se utiliza preferiblemente el término turcos para identificar a sirios, libaneses y palestinos: si bien se derive históricamente del Imperio Otomano, el término es infeliz. Véanse, por ejemplo, VILORIA DE LA HOZ, Joaquín, *Los “turcos” de Loricá. Presencia de los árabes en el Caribe colombiano 1880-1960*. Bogotá, Universidad de los Andes, Monografía 79, 2004.

13 VARGAS, Pilar, SUAZA, Luz Marina, *Los árabes en Colombia. Del rechazo a la integración*. Bogotá, Planeta, 2007.

14 Para una reseña satisfactoria de la actitud del derecho internacional americano hacia el tema de la extranjería y de las migraciones, MACKENZIE, Mauricio, *Los ideales de Bolívar en el derecho internacional americano*. Bogotá, Imprenta nacional, 1955, pp. 155-188.

15 Bajo la pretensión de conservar la religión católica, se empezó a restringir el acceso al país en contra de judíos y otras poblaciones. Sucesivamente, la población más discriminada ha sido la asiática. Además, los gitanos han sido constante objeto de restricciones.

16 Decreto 25 del 8 de enero de 1934.

17 Vargas Arana, Pilar, *op. cit.*, p. 89.

los años siguientes no modificó sustancialmente el criterio discriminatorio, acentuándolo de ser posible para libaneses, sirios, palestinos y también para marroquíes, egipcios, árabes, filipinos y mesopotámicos (sic!). La guerra mundial por supuesto no alivió las discriminaciones, añadiendo ulteriores casos de expulsión por razones "políticas". A partir del 1948 y hasta el 1980, la legislación migratoria colombiana fue burocratizándose y normalizándose, con la fijación de términos y procedimientos modernos. Cabe señalar que Colombia, hasta la Constitución de 1991, no admitía la doble ciudadanía, así que los extranjeros que se naturalizaban colombianos, perdían (o tenían que renunciar) a su nacionalidad de origen.

En épocas más recientes (2000-2004), de las 148 solicitudes de cartas de naturaleza (que constituye un número considerable ya que aplica para extranjeros con al menos 5 años de residencia ininterrumpida en Colombia, junto a la voluntad de hacerse colombiano) presentadas por parte de sirios y libaneses, el gobierno colombiano negó el 36% y archivó el 15,2%.¹⁸

Como se ha dicho: "Ironía de la historia: Colombia, el país de América que quizá menos inmigrantes recibió durante el siglo XIX, fue también el más rápido en tomar medidas antiinmigracionistas".¹⁹ No faltan además estudios sobre el impacto del mundo árabe en algunas regiones del país, y las zonas costañas en particular, ya que allí se asentaron las comunidades islámicas más grandes, como es el caso en el Departamento del Atlántico.²⁰

Considerados en términos relativos, los números de la emigración árabe (que de hecho se reduce a tres Países) a Colombia son bastante importantes, especialmente con respecto a otras poblaciones. Lo anterior principalmente porque las migraciones de sirios, libaneses y palestinos se dieron en gran parte antes de las restricciones normativas que hemos mencionado. Utilizando criterios cualitativos, el impacto de la cultura árabe en Colombia resulta aun mayor. En particular, los datos sobre árabes en la política son interesantes, sin embargo ameritarían mayor profundización.²¹ Es notorio que un apellido no hace una nacionalidad y menos una ciudadanía, máxime en un país como Colombia. Por ejemplo, como es razonable esperarse, las relaciones endogámicas prevalecían en las comunidades árabes. Además, una buena dosis de nacionalismo no faltaba en las acciones y objetivos de los integrantes de dichas comunidades.²² Por tanto, la emigración árabe a Colombia es algo que no puede pasar desapercibido; sin embargo, ameritaría estudios ulteriores.

Si bien es cierto que falta todavía mucha investigación para llegar a alguna conclusión terminante, es oportuno subrayar que las relaciones entre América del Sur y el mundo árabe no pueden limitarse al análisis de la emigración árabe entre los Siglos XIX y XX. Otro factor podría ser mucho más relevante. El modelo socio-jurídico que los españoles trajeron a América del Sur con la colonización, no es ajeno en lo absoluto al derecho musulmán. La razón histórica es la larga dominación árabe en España, que representa una indudable peculiaridad en la génesis del derecho español.

¹⁸ *Ibidem*, p. 90.

¹⁹ MARTÍNEZ, Frédéric, *El Nacionalismo Cosmopolita. La referencia europea en la construcción nacional en Colombia, 1845 - 1900*. Ediciones Banco de la República e Instituto Francés de Estudios Andinos, Bogotá, 2001, p. 476.

²⁰ Señalamos por su contundencia, DACCARETT, Enrique Yidi, DACCARETT, Karen David, LIZCANO ANGARITA, Martha, *La migración árabe en la construcción cultural del departamento del Atlántico (1905-2005)*. Barranquilla, Ediciones Uninorte, 2007.

²¹ VARGAS, Pilar, SUAZA, Luz Marina, *Los árabes en Colombia. Del rechazo a la integración*. Bogotá, Planeta, 2007, pp. 226-228.

²² Por ejemplo, el Club la Juventud de Belén en Bogotá tuvo el objetivo de promover la causa palestina.

El ejército árabe desembarcó en España en el año 711 d.C.²³ y rápidamente venció la resistencia de los visigodos.²⁴ Solo un siglo había pasado desde la predicación de Mahoma como profeta de la doctrina de Alá.²⁵ A la par de lo que había pasado con la conquista romana de Hispania²⁶, el régimen jurídico de la conquista musulmana fue distinto según las regiones. Los árabes, así como los romanos, imponían a veces la rendición o capitulación, lo que implicaba el sometimiento absoluto a las autoridades del Islam.²⁷ En otras ocasiones, los conquistadores imponían tratados de paz,²⁸ echando las bases de relaciones económico-políticas duraderas.²⁹ En cuanto al botín de guerra, la tierra en un principio no fue considerada como tal; sin embargo, con el tiempo se registraron ocupaciones de hecho que sugieren que los musulmanes se convirtieron en dueños de los territorios que ocupaban. Desaparecía entonces la Hispania romano-goda y nacía una España musulmana: Al-Andalus. El auge de este Imperio se registró con el califato de Abd al-Rahman III, quien hizo de Córdoba una de las ciudades más importantes de Occidente.³⁰ La Reconquista de España con la entrada de los Reyes Católicos en la capital española el 6 de enero de 1492, es la fecha convencional para referirse a la terminación de la dominación árabe en la península. Esa misma fecha es muy significativa, ya que pasó a la historia como la del (re)descubrimiento de América por parte de Cristóbal Colon.³¹

El impacto jurídico del derecho musulmán sobre el español, y por ende su influencia en el trasplante que de este último se hizo en América del Sur, no ha sido estudiado aun hasta sus últimas consecuencias. Algunos autores evitan el problema, al afirmar que por su carácter religioso, el derecho sería uno de los productos de la cultura musulmana que menos huellas ha dejado en la española.³² Otros reducen el derecho islámico a algo primitivo, a pesar de reconocerle -en unas pocas materias- algunos rasgos modernos.³³ En ocasiones, el jurista continental tergiversa el elemento religioso presumiendo que implique necesariamente falta de lógica y coherencia en la construcción del derecho.

Cualquiera que sea el punto de vista del intérprete, no es posible desconocer la importancia del derecho musulmán en la historia del derecho español. En efecto, es por lo menos improbable que ocho (8) siglos de presencia en la península, no hayan dejado huellas hasta tiempos modernos. Dada la (relativa) escasez de actos normativos escritos,³⁴ existen teorías según las cuales dicha influencia probablemente se produjo por vía consuetudinaria.³⁵

23 Sobre la "invasión" de España por los musulmanes, DE ARÍSTEGUI, Gustavo, *La Yihad en España*. Madrid, La Esfera de los Libros, 2005, pp. 23-49.

24 ESCUDERO, José Antonio, *Curso de historia del derecho*, Madrid, Solana, segunda edición, 1995, p. 265.

25 Por tanto, se puede afirmar que en la etapa inicial de ocupación de la Península Ibérica, el derecho musulmán se encontraba aun en proceso de formación. En esa primera etapa, los juristas estaban sometidos al poder político: solo finalizando el Siglo X podemos señalar sobresalientes figuras del pensamiento jurídico hispano-musulmán, entre las cuales Ibn Hazm y Abd al Bakr.

26 El nombre griego para señalar a la península era Iberia. El término Hispania fue un ajuste romano a la palabra púnica Ispania, es decir "tierra de los conejos".

27 ESCUDERO, José Antonio, *op. cit.*, p. 267.

28 Esos acuerdos podrían asemejarse de alguna forma a los foedera romanos.

29 Un ejemplo es el acuerdo entre Abd al-Aziz y el conde visigodo de Murcia, Teodomiro.

30 Nos encontramos en los primeros 30 años del Siglo X d.C. Sobre el Califato: LANDRO, Fernando. *Medio Oriente. Historia, Política y Cultura*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2004, pp. 172-187.

31 WALDO, Frank, *Redescubrimiento de América*, Santiago de Chile, Editora Zig-Zag, 1942.

32 ESCUDERO, José Antonio, *op. cit.*, p. 271.

33 IRIBARREN, Juan Antonio, *Historia general del derecho*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1938, pp. 266-303.

34 No se puede, por ejemplo, desestimar la gran obra del filósofo y jurista Averroes, una de las figuras más representativas de la historia de Al-Andalus. En esa época hay que colocar también las famosas Siete Partidas.

35 AGUILERA BARCHET, Bruno, *op. cit.*, p. 241. Para la literatura sobre la influencia del derecho islámico sobre el derecho español, nos remitimos a las referencias bibliográficas del texto aquí citado.

Uno de los rasgos más característicos del derecho islámico aplicado en el Al-Andalus tiene que ver con el derecho público. Cuando al inicio del segundo milenio el título de califa desapareció, el impero musulmán en España se desintegró en pequeños reinos denominados “taifas” (trad. facción).³⁶ Ha sido observado que no es ilógico pensar que la endémica resistencia del pueblo español a un Estado unificado³⁷ pueda tener sus raíces en el atavismo constitucional de los taifas musulmanes, que aparecieron en el mapa de la historia del derecho antes de la consolidación de muchos reinos cristianos.³⁸

2. EL MÉTODO COMPARATISTA AL SERVICIO DEL JURISTA.

En los taxis y restaurantes de Nueva Delhi es posible fumar libremente; en Nueva York, se impusieron prohibiciones a los fumadores, que se extienden casi a las vías públicas también. En Italia, el derecho matrimonial prevé la obligación de vivir bajo el mismo techo; entre las tribus de los Nayar de la costa del Malabar, la vida conyugal se relaciona estrechamente con la ausencia del marido que tiene que desempeñarse en actividades de cacería y guerra, lo que obedece a una obligación familiar.³⁹ De ello se entiende que las reglas jurídicas no son análogas, ya que varían de un contexto a otro, de un país a otro⁴⁰; el conjunto de dichas analogías y diferencias conforman una ciencia jurídica específica, la comparación. Esta ofrece al estudioso una válida herramienta que facilita su entendimiento de los caracteres generales del sistema jurídico analizado; contribuye a discernir cuál es el modelo jurídico al cual referirse; educa en la comprensión y el conocimiento del derecho de otros países, como herramienta indispensable para el operador jurídico (el profesional y el juez).

El jurista está llamado a mirar más allá de sus propios confines, es decir, del Derecho positivo del Estado al cual pertenece, así como de la cultura en la cual está sumergido cotidianamente. Debe además dirigirse hacia el análisis crítico del Derecho, debe tener la capacidad de mirar al Derecho desde un punto de vista más elevado y abierto a exigencias culturales y profesionales nuevas. Este es un dato ya adquirido. El contexto internacional, con contactos continuos (políticos, sociales, culturales, antropológicos, económicos) con mundos diferentes al nuestro, obligan a dicho esfuerzo de salir de los confines propios y mirar más allá. El nuevo jurista es precisamente quien mira más allá, quien observa nuevas fronteras del Derecho que atraviesan su experiencia. En esto, la comparación jurídica es una herramienta excepcional.

Los escasos estudios en materia de comparación jurídica publicados por juristas colombianos refieren que el objeto del Derecho comparado es el estudio de los ordenamientos jurídicos, con miras a fijar esquemas dogmáticos o clases o familias del Derecho.⁴¹ Según esta concepción, el Derecho comparado hace parte en su esencia de la teoría general del Derecho. En Colombia,

³⁶ Sobre las taifas: LANDRO, Fernando. *Medio Oriente. Historia, Política y Cultura*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2004, pp. 309-327.

³⁷ *El Estado de las Autonomías instaurado por la Constitución de 1978, es el ejemplo más evidente.*

³⁸ AGUILERA BARCHET, Bruno, *Iniciación histórica al derecho musulmán. Seguida de un ensayo sobre la historia jurídica de Al-Andalus*, Madrid, Dickinson, 2007, p. 204. Otros autores concuerdan con que uno de los efectos más relevantes producido por la invasión árabe fue precisamente la ruptura de la unidad política y jurídica de España, en IRIBARREN, Juan Antonio, *Historia general del derecho*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1938, pp. 248.

³⁹ *Se tomó este último ejemplo de SACCO, Rodolfo, Antropología giuridica*, Bologna, 2007, pp. 254-255.

⁴⁰ Véanse por ejemplo las interesantes anotaciones sobre la recepción del matrimonio islámico en Chile, es decir, el País latinoamericano en el cual la comunidad musulmana alcanza quizás mayor fuerza, SALINAS ARANEDA, Carlos, “El matrimonio islámico y su reconocimiento por el derecho positivo del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II, pp. 473 – 532.

⁴¹ BARRERA MARTÍNEZ, Carlos Helvar, *Introducción al derecho comparado*, Tunja, 2011, segunda edición, p. 21. Este libro tiene la característica de ser uno de los escasos ejemplos de doctrina comparatista en Colombia. Al analizar la bibliografía, es evidente el tributo debido a la ciencia comparatista italiana.

los dos conceptos a veces se funden⁴², tal vez junto con elementos de la historia del Derecho, la introducción al Derecho o hasta la filosofía del Derecho. En efecto, son relativamente raros los textos auténticamente colombianos sobre la teoría general del Derecho comparado y las familias jurídicas como tales.

Más que la precisa categorización de la disciplina, nos interesa en esta sede enfatizar la importancia del método comparativo: esencialmente, se trata de confrontar normas, instituciones y procedimientos en los diversos ordenamientos estatales.⁴³ Lo anterior aplica tanto al Derecho vigente, como al Derecho – por así decirlo– histórico.⁴⁴

¿Por qué se utiliza el método comparativo? No estamos de acuerdo con quienes afirman que el fin de la comparación sea la búsqueda de notas comunes entre ordenamientos y, por ende, la unificación progresiva del Derecho en el mundo.⁴⁵ Antes que todo, la comparación obedece a una exigencia de orden cultural: “Ubi societates, ibi ius”. Podríamos parafrasear al contrario: donde hay derecho, hay una cultura a descubrir.

Por las razones que se vienen mencionando, la ciencia comparatista tiende a reagrupar fenómenos jurídicos comparables según rasgos comunes, lo que permite más simplicidad y menos agotamiento en la presentación de los resultados de la investigación (así como la zoología tiende a reagrupar las familias de animales).

Tradicionalmente, los grandes sistemas jurídicos son: angloamericano (common law), romano-germánico (civil law), chino e islámico.⁴⁶ Podríamos preguntarnos porque no se haya considerado una familia jurídica latinoamericana, distinta de las otras. De conformidad con muchas páginas de la literatura jurídica europea, parecería lícito generalizar sobre el Derecho latinoamericano: el Derecho privado incorporó los principios romano-germánicos, y el derecho público, aquellos norteamericanos. En otras palabras, los ordenamientos latinoamericanos no serían lo suficientemente exóticos para conformar una familia jurídica independiente.⁴⁷

Gracias a la obra de sistematización de las familias jurídicas, es posible entender también un ulterior y fundamental fenómeno, el de los trasplantes normativos.⁴⁸ La comparación jurídica favorece trasplantes que ennoblezcan el ordenamiento "donante" y respeten el ordenamiento "receptor", ya que favorece la utilización de figuras compatibles por tradición, características y/o aplicación práctica.

⁴² Lo anterior no quiere en nada desvirtuar la obra magistral de algunos juristas latinoamericanos, como es el caso del profesor López Medina. Al profesor López Medina se debe el término *Teoría Transnacional del Derecho (TTD)*, definida como "un tipo de literatura, ideas y argumentos "iusteóricos" que cruzan las fronteras nacionales mucho más fácilmente que los libros y análisis de doctrina o comentario legal-positivo", en LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2004, p. 15.

⁴³ Subraya brillantemente el Autor, López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2004, pp. 74-75, que no se trata de comparar simplemente normas, sino entender los contextos culturales en los que nace y se desenvuelve el Derecho extranjero.

⁴⁴ Barrera Martínez, Carlos Helvar, op. cit., p. 22.

⁴⁵ Umaña Luna Eduardo, *El derecho (poder, dominación, control social)*, Bogotá, Colectivo de Abogados, 1989, p. 90.

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, Losano, Mario, *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al derecho europeo y extranjero*, Madrid, Editorial debate, primera edición 1982. El Autor se refiere también al derecho de India.

⁴⁷ Marini, Giovanni, *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, en *Rivista Critica del diritto privato*, 2, 2011, pp. 163-195.

⁴⁸ La mejor literatura colombiana distingue entre trasplante teórico en las estructuras de sistemas jurídicos periféricos - posible a través del denominado *teocomp (Teoría Comparada del Derecho)* - del más conocido trasplante legal.

Existe un tercer campo de aplicación que está adquiriendo siempre más importancia, debido a la facilidad que tienen las personas (y sus familias) para desplazarse entre las diferentes regiones del globo. Me refiero a la aplicación del Derecho nacional a situaciones que incluyan por lo menos un elemento extraño a dicho ordenamiento jurídico, lo que sucede cotidianamente.

Dicho todo lo anterior, hoy en día, el Derecho internacional privado y el Derecho comparado tienen una tarea común: sortear los difíciles problemas prácticos que plantea la globalización. Esto puede implicar que un Derecho nacional (en este caso, de un país islámico) se halle aplicable frente a ordenamientos jurídicos totalmente diferentes, como podría ser el caso de Colombia.

¿Cómo tiene que enfrentarse el ordenamiento jurídico receptor frente al derecho islámico de familia?⁴⁹ ¿Cómo, al derecho de las obligaciones⁵⁰ o a las manifestaciones religiosas que cumplan con costumbres jurídicas?⁵¹

Hemos recién tenido la ocasión de señalar el hecho de que, entre las grandes familias jurídicas mundiales, se incluya a la familia islámica; sería más correcto hablar hoy de derecho islámico y de los países musulmanes. No hay duda de que su elemento distintivo es la estricta interconexión entre reglas religiosas, morales y reglas de Derecho; en términos occidentales, se podría decir que el Derecho islámico es un derecho canónico que abarca casi todos los actos humanos: la oración, el contrato de compraventa, el derecho de familia, el derecho penal, la guerra y el Derecho internacional humanitario, el cálculo de los impuestos, los alimentos prohibidos, en fin, un mare magnum.⁵²

Sin embargo, dicha familia jurídica se caracteriza por una fuerte dicotomía entre el derecho estatal (se cuentan 57 Países que pueden considerarse islámicos) y el derecho con base religiosa (que adquiere el nombre árabe de *šarī'a*) cuyas influencias permanecen todavía en varios ámbitos de las legislaciones nacionales, si bien con las debidas matizaciones dependiendo del país; no se puede afirmar, en efecto, que la *šarī'a* se aplique uniformemente en todos los contextos geográficos y en todos los ámbitos del derecho. Tampoco podemos afirmar que la Ley Sagrada del Islām se interprete y aplique de la misma forma en sectores del saber jurídico entre Naciones vecinas.

Como se desprende del precedente acápite, la historia (del Derecho también) enseña que el mundo musulmán no es tan lejano del Continente suramericano y de Colombia, como podría suponerse. Por estos motivos, la presente contribución quiere abrir una primera ventana para introducir al jurista colombiano en el mundo jurídico islámico; le corresponde al experto jurista comparatista la compleja dialéctica que existe entre Derecho sagrado y legislaciones nacionales de los países musulmanes, en una comparación entre Túnez, Egipto y Libia.

⁴⁹Entre muchos otros aspectos, se tome el ejemplo de la *kafāla*, figura típica y única del derecho islámico que los Tribunales europeo no siempre reconocen bajo la figura jurídica correspondiente en los ordenamientos occidentales, es decir la adopción.

⁵⁰Es notoria la (teórica) prohibición de los intereses según el derecho islámico.

⁵¹Pensamos por ejemplo a la forma obligatoria del sepelio para el creyente musulmán, que no siempre se ajusta a las tradiciones occidentales. Para un breve comentario sobre el particular: Bausani, Alessandro, *L'Islam*. Milano, Garzanti, 1999, p. 65. Sobre el mismo tema, puede ser interesante leer: Cárdenas, Claudia, *Sobre la valoración jurídica de la muerte de Osama Bin Laden*, en *Revista Tribuna Internacional*, 1er Semestre, Año 1 No. 1, ISSN 0719-210X. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2012.

⁵²BAUSANI, Alessandro, *L'Islam*. Milano, Garzanti, 1999, p. 67.

Su aporte será fundamental para reconstruir llaves de lecturas correctas y oportunas, tanto en la interpretación del Derecho y su puesta en práctica, como en una óptica de “iure condendo”, garantizando el respeto de las tradiciones culturales extranjeras examinadas.

3. PARA VOLVER A REFLEXIONAR SOBRE EL DIÁLOGO ENTRE ŠARĪ‘A Y QANŪN.

El jurista comparativo interesado en el análisis de los ordenamientos islámicos se encuentra obligado a enfrentarse con el dato normativo, o sea con el derecho positivo de tales Estados. Al mismo tiempo, él está llamado a desocupar el campo de una serie de equívocos que pueden generarse por errores de perspectiva durante su actividad de observación e investigación; en particular, es necesario liberarse de la visión jurídica estereotipada que se tiene de estas sociedades, como caracterizadas por estructurar realidades estables, inmutables, conservadoras, arraigadas a concepciones religiosas inalterables y a tradiciones culturales inalienables.

Los eventos ligados con los movimientos generalmente definidos como “Primavera Árabe” representan la más visible demostración de dicho postulado; en particular en el Norte de África, los bien conocidos eventos revolucionarios han conducido (de forma diferente a aquellos de Medio-Oriente en Siria y en Bahreín, todavía en acción) a rotaciones improvistas y traumáticas de regímenes de poder ya cristalizados, como en Túnez y Egipto, y la proclamación de nuevas formas de Estado que han desatado guerras civiles, como fue en el caso de Libia.

Hoy, en estas tres realidades se empieza (o se vuelve) a discutir de la “šarī‘a” y de su rol, en la perspectiva de las reformas jurídicas post-revolucionarias que tales países han sido llamados a realizar como meta natural de los movimientos que han conducido a los cambios político-institucionales: se discute ampliamente, a través de la prensa, debates y conferencias jurídicas, confrontaciones políticas en las sedes de las respectivas asambleas constituyentes.

Este particular momento histórico, sin embargo, se encuentra todavía en una fase prodrómica en cuanto a la producción de reformas normativas que puedan meter al jurista en la condición de aclarar con certeza cuál será el futuro de los ordenamientos de los nuevos contextos del Norte de África y, en particular, cuál papel será asignado en aquellos al Derecho islámico, entendiendo este como ley religiosa que gobierna la comunidad de los fieles en el Islām.

En todo caso, la coyuntura actual representa sin duda una ocasión preciosa para volver a reflexionar sobre algunas cuestiones que han sido desde siempre objeto de estudio de los comparatistas islamólogos, los cuales siempre han mostrado interés y curiosidad por el diálogo entre šarī‘a y derecho positivo en los países musulmanes,⁵³ caracterizados por contextos de pluralismo jurídico, fenómeno debido al resultado de trasplantes jurídicos, o bien a la recepción de leyes y modelos jurídicos extranjeros que han conducido a la coexistencia de reglas preexistentes con normas nuevas.⁵⁴

⁵³ Consultar D’Emilia, Antonio, *Correlazioni fra sistemi giuridici e coscienza sociale*, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 13, 1937, p.185-196; id., *Diritto Romano e diritto musulmano*, en D’Emilia, Antonio (a cura di CASTRO, Francesco), *Scritti di diritto islamico*, Roma, 1976, p.181-192. Consultar también CASTRO, Francesco, *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei*, *Rivista di diritto civile*, 4, 1985, p.387-447 e id., *Sistema sharaitico e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei Paesi del Vicino Oriente*, *Il mondo islamico tra interazione ed acculturazione*, Roma, 1981. Ambas obras han sido recopiladas en id., *Il modello islamico*, Torino, 2007, p.87-155. Ver también Alliot, Michel, *L’acculturation juridique*, en Poirier, Jean (sous la direction de), *Ethnologie générale*, Paris, 1968; Attallah, Borham, *L’acculturation juridique dans le nord de l’Afrique (Algérie, Libye)* en W. RU (sous la direction de), *Indépendance et interdépendance au Maghreb*, Paris, 1974, p.159-200. N.J. Brown, *Sharia and State in the Modern Muslim Middle East*, en *International Journal of Middle East Studies*, 29, 3, 1997, p. 359-376.

⁵⁴ La literatura sobre el pluralismo jurídico es muy amplia. Entre otros, véanse Vanderlinden, Jacques, *Le pluralisme juridique*, *Essai de synthèse* en Gilissen, J., (sous la direction de), *Le pluralisme juridique*, Bruselas, 1972, p.19-56. Sobre el fenómeno analizado

El camino hasta ahora dibujado por la investigación jurídica en dichos aspectos, en efecto, muestra que las grandes reformas normativas acontecidas en los países musulmanes contemporáneos, entre los siglos XIX y XX, por medio del espíritu iluminado de las codificaciones, han estado caracterizadas por un complejo proceso de enriquecimiento jurídico-cultural, debido a la recepción (antes políticamente impuesta, luego voluntariamente imitada) de modelos normativos ligados a las principales experiencias europeas.

Ha empezado así un diálogo determinante e ininterrumpido entre el Derecho islámico (šarī'a) y el Derecho producido por el Estado (qanūn); interacción que no debe entenderse de forma rígida, sino que debe analizarse teniendo en cuenta los diferentes contextos culturales y sociales, así como las presiones reformistas nacidas en los distintos países musulmanes. Una relectura de las principales interacciones entre Derecho islámico y la producción normativa estatal que han ocurrido en los tres países del Norte de África, donde hoy se está preparando el terreno para futuras e importantes reformas jurídicas nacionales, podrá ser útil para encontrar unos primeros elementos sobre los cuales reflexionar.

4. EL ESPÍRITU REFORMISTA DE TÚNEZ.

Regido por el Derecho musulmán a partir del siglo VIII,⁵⁵ el país: “connaître vers le début de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle les premières tentatives de codification d'un droit tunisien”;⁵⁶ y en ese momento se inserta el diálogo, ininterrumpido durante los siglos, entre šarī'a y Derecho positivo. Cabe destacar, en efecto, que el proceso de culturización jurídica en la tierra de Túnez fue, de 1881 a 1955, producto de la penetración del modelo jurídico francés como consecuencia de la dominación establecida bajo la forma del “protectorado”.⁵⁷

En ese contexto, se ubica el caso del Código de las Obligaciones y de los Contratos (COC) de 1907 (en lengua árabe, mağalla al-iltizāmat wa al-‘uqūd), producto del trabajo ingenioso del jurista ítalo-tunecino David Santillana.⁵⁸

El Código se caracteriza por un general y formal alejamiento del Derecho islámico en lo que concierne a la jerarquía de las fuentes del Derecho; en efecto, se establece la supremacía de la ley del Estado, seguida por la interpretación analógica, quedando por últimos los principios generales del Derecho (art.535). En dicho sistema no cabe (ni siquiera en forma subsidiaria) la šarī'a, la cual sin embargo es tomada en consideración gracias al uso del Derecho de escuela

en los sistemas jurídicos islámicos, ver Dupret, B, Berger, L., Zwaini, A., *Legal pluralism in the Arab World*, Leida, 1999; El Hatimi, M. *Les sources étatiques et non étatiques du droit marocain*, *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 33, 34, 2000, p.5-23. An-Na'im, A. A., *Religious Norms and Family Law: Is it legal or normative pluralism?*, *Emory International Law Review*, 25, 2, 2011, p.785-809.

55 Ladjili, M, *Histoire juridique de la Méditerranée. Droit romain-Droit musulman*, Túnez, 1990.

56 Mezghani, R., *La codification en Tunisie*, *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, 3, 4, 1985-1986, p. 451.

57 Reformas judiciales fueron introducidas antes de la instauración del “protectorado”, a partir de 1837, durante el reino de Ajmad Bay (1837 – 1855), gracias al cual se abolió la esclavitud (en 1846), y luego implementadas por Muhammad Bay (1855 – 1859) y Air al-Din, con la creación en 1857 del Ahd al-aman, el Pacto de Salvaguardia, en 1861 de la Constitución, Qanun al-daula (Ley del Estado) y, en el mismo año de un Code civile et criminel du Royaume tunisien. Ver RAYMOND, A., *La France, la Grand-Bretagne et le problème de la réforme à Tunis (1855 – 1857)*, en *Etudes maghrébines: mélanges Charles-André Julien*, Paris, 1964, 2, p. 137-164; BROWN, L.C. *The Islamic Reformist Movement in North Africa*, en *Journal of Modern African Studies*, 1, 1964, p.55-63 y DEMEERSEMAN, A. *Doctrine de Air al-Din en matière de politique extérieure*, *IBLA*, 81, 1958, p.13-29. La etapa principal del camino de las reformas fue representada por la Convención de la Marsa de 1883, con la cual Bay se obligaba frente a Francia a agilizar el ejercicio en esta del “protectorado”, con la reorganización socio-económica del País, a través de reformas judiciales. Es precisamente en 1869 que una Comisión fue encargada de “codifier la législation civile, commerciale et pénale de la Tunisie sur le type des codes français”. Consultar *Travaux de la Commission de codification des Lois tunisiennes. Code civil et commercial tunisien. Avant Projet discuté et adopté au rapport de M. D. Santillana*, Túnez, *Avant-Propos*, I.

58 Consultar PAPA, M., *David Santillana. Avvocato a Londra: l'approccio di un giurista continentale al Common Law*, en «Quaderni di Diritto Musulmano e dei paesi islamici», 1, 2000, Número monográfico, *La Codificazione in Tunisia*, pp. 149-166.

malikita (con unos elementos del Derecho hanafita) como material, herramienta útil para construir algunas figuras jurídicas.

El Derecho islámico acaba siendo, en efecto, la mayor fuente de inspiración para la redacción del COC;⁵⁹ la obra de glosas hecha por Santillana en su Avant-Projet que demuestra la metódica y escrupulosa actividad de ingeniería jurídica entre distintos sistemas europeos y el derecho islámico, llevada a cabo por el inventor del Código. Se compararon fuentes tan distintas entre sí basándose en la convicción de que la *šarīʿa* tuviera una fuerte capacidad de adaptación a las nuevas y cambiantes condiciones sociales, jurídicas y políticas. Fue entonces posible encontrar una armonía y una coherencia en la arquitectura de la obra, hallando analogías impensables entre sistemas jurídicos tan lejanos en la teoría.⁶⁰ Sobre tales premisas, la estructura romanista del “código” y el uso de la metodología occidental resultaron ser herramientas muy útiles para insertar -filtrándolas- reglas de Derecho islámico acompañadas por normas de matriz romano-justiniana y de otros sistemas europeos.⁶¹

Con la transición del “beylicato” a la proclamación de la República independiente de 1957, el presidente Habīb Būrqība lanzó un amplio y articulado plan de reformas enfocadas en la modernización de la sociedad; desde el punto de vista jurídico (y para nosotros) es relevante, en particular, la promulgación del código del estatuto personal (Mağalla al-ahwāl al-šaāīya), en el cual se nota un claro y radical reformismo orientado a un significativo redimensionamiento del papel de la tradición representado por la *šarīʿa*.⁶²

Así por ejemplo, entre los casos de impedimentos matrimoniales, el Código no contempla expresamente el bien conocido impedimento coránico de la diferencia de religión, según el cual la mujer musulmana puede casarse sólo con un musulmán, mientras que este último puede contraer matrimonio con una mujer musulmana, o bien con una perteneciente a una de las religiones del Libro.⁶³

Asimismo, la figura de la poliginia está prohibida, constituye delito (art.18) y está incluida expresamente entre los matrimonios declarados nulos (art.21), a través de una lectura interpretativa (*iğtihād*) del Corán IV, 3 (“Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro; y si teméis no ser justos con ellas, entonces una sola”), y del Corán IV, 129 (“Aun si lo deseáis, no podréis ser justos con vuestras mujeres”), considerando irrealizable en la realidad la igualdad de trato entre las esposas.⁶⁴

⁵⁹ Se debía «ne parler aux arabes que dans le langage même, et pour ainsi dire par la bouche de leur jureconsultes». Avant-Propos, cit., p. XII.

⁶⁰ «Dès qu'on pénètre au fond des choses, on est surpris de voir combien les idées des grandes jurisconsultes de Médine, de Koufra, de Cordoue, offrent, avec les nôtres, d'étroites analogies. Ces analogies ne viennent pas seulement de l'identité essentielle de l'esprit humaine, à laquelle il faut assurément faire une très large part dans la recherche de ce genre. Elle tient aussi à ce que les deux systèmes de Droit, l'arabe et le notre, ont tous deux un principe commun, la bonne foi, et qu'ils procèdent, en partie du moins, d'une commune racine, le Droit Romain, infiltré dans la civilisation musulmane, et qui ait fini, insensiblement par s'incorporer». Avant-Propos, cit., p. XII.

⁶¹ Entre numerosos ejemplos, se pueden mencionar la introducción en el sistema tunecino de las teorías civilistas franceses sobre culpa y nexo de causalidad, así como las reglas de origen alemán-suizo sobre la declaración de la voluntad y la conclusión del contrato; inclusiones hechas posibles también gracias a la analogía con reglas islámicas como, por ejemplo, “pacta sunt servanda” (Cor. V.1), las teorías sobre las posibles formas de declaración de la voluntad y las normas sobre negociaciones del contrato.

⁶² ADAM, A., *Le changement culturel dans le Maghreb indépendant: acculturation ou reculturation? En «Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée»*, 19, 1975, pp. 7-15. En sentido crítico, véanse Ben Achour, S. *Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après: les dimensions de l'ambivalence*, «L'Année du Maghreb», 2, 2007, pp. 55-70.

⁶³ Consultar Ğadīrah, F. *Zawāğ al-muslima' bi-ğair al-muslim*, Túnez, 1996. Sin embargo, cabe señalar que una circular ministerial de 1973 prohibió a los oficiales de estado civil la celebración de matrimonios en violación de la norma religiosa.

⁶⁴ El interés en la tutela del principio de igualdad en favor de la mujer remonta a mucho atrás en el tiempo, en particular gracias al

Es más, la Mağalla elimina el repudio (*āalāq*), dejando de tal forma el divorcio judicial, recurrible por ambos cónyuges en régimen de igualdad, cual única forma de disolución del matrimonio.

En tema de filiación, si bien se hace expresamente referencia a la bien conocida institución de la custodia del expósito (*kafāla*), por la cual uno puede comprometerse a mantener el menor abandonado, en 1958, con ley ad hoc, se introduce la institución (prohibida por la *šarī'a*) de la adopción.⁶⁵

En un contexto caracterizado por un reformismo tan importante en materia de estatuto personal, cabe recordar finalmente que quedan siempre algunos sectores donde la “revolución cultural” de Būrḡiba no llegó a su meta, dejando lugar a los principios del Derecho islámico en tanto que considerados en ciertos ámbitos como un refugio de la tradición. Es el caso, por ejemplo, de la intocable materia sucesoria, donde las reglas de escuela malakita se encuentran casi integralmente en la Mağalla, determinando de tal forma cierta contradicción interna entre normas de protección de la mujer (prohibición de poliginia y repudio) respecto a principios basados en la *šarī'a*, como la repartición coránica de las cuotas fijas de los derechohabientes.⁶⁶

5. LA EXPERIENCIA DE EGIPTO EN EL DIÁLOGO ENTRE ŠARĪ'A Y DERECHO POSITIVO

La dialéctica entre *šarī'a* y derecho positivo encuentra su espacio, si bien con consecuencias distintas respecto al caso de Túnez, también en Egipto. En este caso, la interacción se desarrolla en tres ámbitos: el estatuto personal, el derecho civil y el derecho constitucional.

En el primer caso, el jurista occidental perteneciente a la familia de “civil law”, no puede no quedarse sorprendido por la ausencia de un código; en efecto, en el ordenamiento del país no se encuentra una codificación de los preceptos de la *šarī'a*, mientras que sí se encuentra (si bien con diferencias) en los otros Estados limítrofes del Norte de África. Egipto, por el contrario, opta para un sistema que prevé la absoluta preeminencia del derecho islámico, al cual se une una numerosa serie de textos que tienen el principal objetivo de reglamentar ciertos aspectos procesales y no sustanciales.

Así, por ejemplo, la ley n. 25/1929 permite y regula algunos aspectos relativos a la poliginia y al repudio, con ciertas disposiciones determinantes para garantizar ciertos derechos, como la obligación para el marido polígamo de declarar su estatus frente al oficial de estado civil, y la facultad para la mujer de pedir el divorcio por violación de la cláusula de monogamia o, finalmente, la obligación de pronunciar el repudio frente a notario, el cual deberá a su vez notificar el acta a la mujer repudiada.⁶⁷ La Ley n.1/2000 introduce y reglamenta unos

político āhar addād, autor entre otros del revolucionario texto sobre mujer tunecina, derecho islámico en la sociedad (Imra'atunā fi al-šarī'a wa-al-muġtama', Túnez, 1930), el cual, pese a la fuerte oposición de los doctores de Mosche de la Zaytūna, pondría las bases ideológicas de la reforma en tema de estatuto personal. Véanse también Krichen, S., L'interdiction de la polygamie, Túnez, 1979; Gafsa, N., Bourguiba et le Code du statut personnel: réflexions sur le recours à l'ijtihad, en Camau, M., Geisser, V. (sous la direction de), Bourguiba, Habib; Būraqība, al-ḡabīb. Bourguiba, Habib, la trace et l'héritage, Paris, pp. 69-78, 2004 y el reciente trabajo de Mashhour, A., Islamic Law and Gender Equality: Could There Be a Common Ground? A Study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt, «Human Rights Quarterly», 27, 2, 2005, pp. 562-596. En la literatura italiana, consultar Aluffi Beck Peccoz, R., Il matrimonio nel diritto islamico, en Aluffi Beck Peccoz, R., Ferrari, S. (a cura di), Rabello, A. M., Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti, Turin, 2006, pp. 197-198.

⁶⁵ A eso cabe agregar la Ley de 1998 sobre la atribución del patrimonio a los menores abandonados o de los cuales no se conoce la filiación.

⁶⁶ Así la esposa, de conformidad con el artículo 95 de la Mağalla, hereda un octavo del patrimonio del esposo, en presencia de hijos.

⁶⁷ Se acuerdan, asimismo, la Ley en tema de sucesiones (Ley 77 de 1943); la Ley sobre el acto de última voluntad (Ley 71 de 1946); la

importantes aspectos del repudio con retribución (ul^c), así como del régimen probatorio del matrimonio y del repudio. Más aún, la Ley 4/2005 reglamenta la custodia de los menores y su protección.⁶⁸

Semejante decisión es obviamente el resultado de una fidelidad a la tradición islámica, que no puede ser “superada”, “resumida” o hasta “revisitada” o “modernizada” con una actividad de codificación. En el caso de Egipto, es suficiente intervenir para reglamentar y –en algunos casos con éxito– simplificar los procedimientos judiciales en materia de estatuto personal, también con el fin de tutelar más la familia y al menor, sin remover aquellos elementos sustanciales y fundamentales de las instituciones basadas en la šarī'a y que rigen el matrimonio, la filiación y las sucesiones.

El segundo ámbito de diálogo entre šarī'a y derecho positivo es representado por el célebre código civil egipcio (qanūn al-madani) de 1949; dicha obra, resultado del importante trabajo del más grande jurista civil egipcio contemporáneo, ^cAbd al-Razzāq Ah mad Sanhūrī,⁶⁹ tuvo gran éxito como lo demuestra el hecho de que fue imitado en los sistemas jurídicos de muchos otros países árabes.⁷⁰

Ese jurista supo recuperar la šarī'a adaptándola a un código pensado no solamente para los egipcios sino también como modelo legislativo apto para unificar el Derecho del mundo árabe, una “vía árabe” del derecho civil. Sin lugar a dudas, el código civil egipcio representa en efecto la más relevante forma de equilibrio entre el sistema de la šarī'a y los derechos europeos vigentes, en particular los de Francia, Alemania y Suiza.

Para lograr tal objetivo, distintamente al caso tunecino, al-Sanhūrī introdujo (en el primer artículo del Qanūn al-madani) los principios de la šarī'a como fuente oficial del código, hecho de extraordinaria importancia para todo el mundo jurídico musulmán.⁷¹ ^cAbd al-Razzāq Ah mad Sanhūrī había en efecto intuido la necesidad de releer el Derecho islámico como verdadero elemento apto a refundar el Derecho civil egipcio moderno.⁷² Si bien la šarī'a remontaba a unos cuantos siglos atrás, ella era de todas formas idónea para ser actualizada según las necesidades del tiempo y de la sociedad; y debería aplicarse en armonía con la cultura jurídica internacional predominante. El objetivo final era el rescate de la tradición jurídica musulmana, expresión de la mayoría de la sociedad egipcia, para que pudiera ser utilizada por el juez como herramienta útil a la interpretación, “en sentido islámico”, de la normas del código civil, las cuales, claramente, eran en su mayor parte inspiradas en la tradición romanística, aunque caracterizadas por profundas analogías con las reglas de la šarī'a.⁷³

modificación de algunas disposiciones sobre el estatuto personal (Ley 100 de 1985). Para una visión completa de dichas normativas, véanse Aluffi Beck-Peccoz, R. (a cura di), *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Turin, 1998, pp. 14-17.

68 Sobre estas recientes reformas normativas, véase Id. (a cura di), *Personae famiglia diritti: riforme legislative nell'afrika Mediterranea: atti del convegno 26 maggio 2006*, Turin, 2006.

69 Consultar Hill, E., *al-Sanhuri and Islamic Law. The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, Egyptian Jurist and Scholar (1895-1971)*, «Arab Law Quarterly», 3, 1, 1998, pp. 33-65.

70 Por ejemplo, los códigos civiles de Siria, Libia, Somalia y Algeria, así como la familia de los códigos de la dicha “variante iraquí”, que se diferencian en parte del modelo egipcio al cual pertenecen los de Jordania, Kuwait, Emiratos Arabes Unidos, Yemen Unificado.

71 «1) La Ley reglamenta todas la materias con la letra o el espíritu de sus disposiciones; 2) Cuando falte una disposición legislativa, el juez juzgará según la costumbre y, en su defecto, según los principios del Derecho islámico. En defecto de dichos principios, el juez aplicará el Derecho natural y las reglas de equidad”. Con referencia al debate sobre dicho artículo, véase Papa, M., *L'evoluzione della Codificazione civile nei paesi arabi. Il caso dell'Egitto*, en GÖZZI, G., (a cura di), *Le prospettive europee di apertura all'Europa Orientale e ai Paesi del Mediterraneo*, Ravenna, 2002, pp. 149-162.

72 Sanhūrī, A. R., *Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien*, en *Introduction à l'étude du droit comparé*. Recueil Eduard Lambert, Vol. II, Paris, 1938, pp. 621-643.

73 Sobre la relación entre Derecho islámico y Código Civil egipcio, véase el monumental Comentario, escrito directamente por SANHŪRĪ,

El derecho islámico representaba, también, en la ideología sanhuriana, un importante elemento de “moderación”, instrumento de mitigación y estabilización, extremadamente compatible con el contexto cultural, económico y jurídico europeo del siglo XX, cuando muchos Estados nacionales intentaban moderar y mitigar principios básicos de las grandes teorías capitalistas, como el Derecho absoluto a la propiedad, la supremacía de la voluntad y la responsabilidad objetiva.⁷⁴

Tercer (no por importancia) ámbito de diálogo entre Derecho islámico y Derecho positivo concierne al Derecho constitucional. Como es bien sabido, en el transcurso de la historia del constitucionalismo egipcio, la relación entre *šarī'a* y Derecho de producción estatal vivió importantes cambios, culminados en la fuerte afirmación, producto de la revisión de 1980, y contenida en el artículo 2 de la Constitución, según la cual: “los principios del derecho islámico constituyen una fuente principal de la Legislación (*mabadi' al- šarī'a al-islāmiyya ma darun ra'isiun li-al tašri'*), el Derecho islámico se coloca como fuente suprema: “*mabadi' al- šarī'a al-islāmiyya al- ma dar al-ra'isiun li-al tašri'*”.⁷⁵

Llamada varias veces a pronunciarse sobre supuestos contrastes con tal artículo, la Corte Constitucional egipcia (*al-ma kama al-dustūryya al-‘ulyā*)⁷⁶ ha conservado en el tiempo el mismo método de interpretación, según el cual es preciso discernir los principios de la *šarī'a* entre aquellos que son inmutables, que no pueden ser objeto de interpretación o modificación (las normas generales, *al-mabādi' al-kulliyya* y las reglas absolutas y ciertas, u *ūlihā al- ābita*), y aquellos para los cuales el esfuerzo interpretativo (*iğtihād*) está permitido, siendo estas últimas normas las que varían según los cambios que ocurren en el tiempo y en el espacio.⁷⁷

En todo caso, la interpretación debe permanecer dentro del perímetro de las fuentes generales del Derecho islámico (*al-u ūl al-kuliyya*) sin violarlas. Las nuevas reglas que derivan del esfuerzo interpretativo, en efecto, deben coincidir con el fin de la realización de los objetivos generales de la *šarī'a* (*maqā id al-šarī'a al-'amma*), pensados en la defensa de la religión (*ḍīn*), integridad física (*nafs*), razón (*‘aql*), propiedad (*māl*) y estirpe (*nasab*).⁷⁸

A. R., *al-Wasīf fī šarh' al-qānūn al-madanī*, El Cairo, 1981. Véanse también BECHOR, G., *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, Leida, 2007; SHALAKANY, A., *Between Identity and Redistribution. SANHURI, A. R.: Genealogy and the Will to Islamize*, en «*Islamic Law and Society*», 8, 2, 1998, pp. 201-244; *Id.*, *Sanhuri and the Historical The Origins of Comparative Law in the Arab World (or how sometimes losing your Asalah can be Good for you)*, en RILES, A., *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2001, pp. 158-185.

74 Entre muchos ejemplos, se piensa en el abandono de teorías capitalistas extremas como la exaltación del rol de la autonomía personal y de una ilimitada libertad personal, en el nombre de la salvaguardia de la burguesía industrial, resumidas en los precedentes códigos enteramente inspirados en el modelo francés de 1804, en favor de concepciones más paternalísticas de contrato, en grado de tener una función moral de defensa del bien común y de justicia social, aunque en el respeto de derechos considerados inviolables, como el Derecho de propiedad. Una posición tan moderada no fue compatible con la idolología que produjo la revolución de 1952 de Gamāl ‘abd al-Nāṣir, que tuvo como consecuencia la extensión de los límites del orden público y la concepción de la propiedad como elemento nocivo para la sociedad egipcia. En plena contradicción con el espíritu del Código Civil, de hecho, fueron introducidas normativas, con leyes especiales, como las nuevas reglas sobre locación de vivienda y las normas sobre el Derecho laboral, de obvio origen socialista.

75 Para una síntesis eficaz sobre la *šarī'a* en el ordenamiento constitucional egipcio y sobre la interpretación de la Corte Constitucional del art. 2, consultar PAROLIN, G.P., *La šarī'a e la Corte Costituzionale egiziana*, en PAPA, M., PICCINELLI, G. M., SCOLART, D. (a cura di), *Il libro e la bilancia. Scritto in memoria di Francesco Castro*, Nápoles, 2011, pp. 929-948. Véase también ASCANIO, L., *Diritto musulmano e diritti umani; il caso dell'Egitto*, en AA.VV., *Diritti Umani e Pluralità nello spazio pubblico: sponde del Mediterraneo a confronto*, Pisa, 2010, pp. 81 ss.

76 La Corte, desde el primer caso de la Sentencia 20/1985, siempre ha observado el principio según el cual el test de constitucionalidad ex artículo 2 sería reservado solo a las nuevas leyes y a los nuevos decretos promulgados tras la modificación de 1980, con exclusión de todos los precedentes actos normativos. En caso contrario, numerosas abrogaciones por contrariedad a los principios del Derecho islámico pondrían en riesgo la estabilidad jurídica y política del País.

77 Esa operación de redefinición del ámbito de operatividad del Estado en el Derecho islámico prevé, asimismo, la libertad de la Autoridad, llamada al esfuerzo interpretativo, de no observar las reglas del *talfiq*, no teniendo que respetar opiniones mayoritarias de una u otra escuela jurídica.

78 En numerosos fallos la Corte Constitucional se pronunció en tal sentido. El primer caso donde los jueces fueron llamados a pronunciarse sobre un supuesto contraste con el art.2 y una ley promulgada posteriormente a la modificación de 1980, fue la

6. EL CASO DE LIBIA. EL ROL DE LA ŠARĪ‘A EN LA EXPERIENCIA DE LA ĞAMĀHĪRIYYA DI QAĀFĪ

En nuestro estudio, Libia representa seguramente un caso “sui generis”. Como es bien sabido, es en 1951 cuando nace el Reino de Libia por obra del senusiano Mu‘ammad ‘Idrīs al-Mahdī al-Sanusī, más conocido como ‘Idrīs Primo”, a través de la unión de tres reinos autónomos, la Cirenaica, la Tripolitana y el Fezzan; la unificación se logró por los Senusi, sobre todo gracias a la coalición de las más fuertes e importantes tribus líbicas.⁷⁹

Esa disposición hacia los clanes tribales ha sido el hilo conductor de la política elaborada por los que en el tiempo adquirieron el poder sobre el territorio; el mismo Mu‘ammar al-Qa āfī adoptará estrategias dirigidas a mantener y crear vínculos con los jefes de las tribus, por medio de la entrega de importantes cargos del gobierno y, en algunos casos, de la conclusión de acuerdos matrimoniales estratégicos. La capacidad en gobernar el territorio, entonces, ha estado siempre estrechamente ligada con la habilidad para aprovechar aquella solidaridad tribal, sentido de pertenencia al mismo clan, que se expresa en árabe con el término “‘a abiyya” (espíritu de solidaridad), elemento escogido por el historiador ibn aldūn como fundamento de su interpretación sobre la civilización del género humano.⁸⁰ En todo caso, es preciso tener en mente que este elemento tribal, en Libia, adquiere un valor muy peculiar, que no puede ser comparado con otros contextos, muchas veces equiparados al caso líbico, como el de Yemen,⁸¹ o del fragmentado pueblo de Afganistán.⁸² El ambiente humano, social y cultural de Libia se caracteriza, si bien en el ámbito de un predominante tribalismo, por su cohesión: eso es árabe, islámico, sunita.

En este contexto particular nace la Ğamāhīriyya líbica (la Grande Ğamāhīriyya Árabe Líbica Popular Socialista), con la revolución de la victoria (al-fat) del primero de septiembre de 1969, por obra de Mu‘ammar al-Qa āfī, quien establece un régimen de gobierno particular, muy único entre aquellos de los países árabe islámicos.⁸³ La ideología política, jurídica y económica de Qa āfī es enunciada en su Libro Verde (al-Kitāb al-A ar) de 1977.⁸⁴ La idea es la de un Estado que

Suprema Corte Constitucional egipcia de 15 de mayo de 1993, n.22; objeto de la decisión fue el art.20 de la Ley 100 de 1985 (que modificaba algunas normas de la Ley 25 de 1929 en materia de estatuto personal), con referencia al derecho de tutela de los hijos en favor de la mujer divorciada. Otra decisión (Suprema Corte Constitucional egipcia de 15 de agosto de 1994, n.35) deliberaba sobre el derecho al divorcio de una mujer en régimen poliginico, con base en el art.25 de la Ley 100 de 1985. Asimismo, la Corte Constitucional egipcia de 18 de mayo de 1996, n.8, decidía en el tema de velo integral en las escuelas públicas. La casi totalidad de las decisiones ha confirmado el correcto ejercicio de los poderes de la Autoridad en legislar dentro de los límites permitidos por el derecho islámico, excepto en un caso de derecho de sucesiones y en otro reciente, en 2006 (Suprema Corte Constitucional egipcia de 15 de enero de 2006, n.113) con la cual el art.21 de la Ley 1/2000 ha sido declarado inconstitucional, por contraste con el art.2 de la Constitución, en la parte donde limitaba la prueba del repudio no reconocido al testimonio y a la certificación oficial, dejando así a la mujer en la imposibilidad de probar la cesación de la relación conyugal.

⁷⁹ Sobre la historia del nacimiento de la Libia contemporánea, véase Vandewalle, A., *A History of Modern Libya*, Cambridge, 2006.

⁸⁰ Se hace referencia a la célebre Introducción a la historia universal de ‘abd al-Ra ān ibn Muḥammad ibn aldūn. Consultar Cheddadi, A., *Ibn Khaldūn: l’homme et le théoricien de la civilisation*, Paris, 2006.

⁸¹ Como es bien sabido, los acontecimientos históricos llevaron a la división del Yemen del Nord, caracterizado por la moral de la escuela sciita de la ‘aidyya, con grupos tribales bien estructurados, donde el Derecho consuetudinario era el único Derecho aplicado contra la misma šarī‘a, y por el otro lado el Yemen del sur, sunita de escuela sciafita, que era caracterizado por una larga experiencia de tipo marxista y por un sistema estatal y estructuras sociales parecidas a las del mundo occidental. También después de la unificación del país (1990), dichas diferencias serán decisivas, sobre todo por lo que concierne al pluralismo confesional. Consultar Corstange, D., *Tribes and the rule of law in Yemen*, «Al-Masār», 10, 28, 2009, pp. 3-54; Zahonero, H., *Sobre la relación entre la ley islámica y el Derecho consuetudinario en el Yemen tribal*, «Estudios sobre el Mundo Árabe e Islámico Contemporáneo», 24, 2007, pp. 215-240; Cotran, E., Yamani, M., *The rule of law in the Middle East and the Islamic World: human rights and the judicial process*, Londres, 2000, pp. 124-125.

⁸² Consultar Papa, M., *Afghanistan: Tradizione giuridica e ricostruzione dell’ordinamento tra Sari’a, consuetudini e diritto statale*, Turin, 2006.

⁸³ El mismo término árabe Ğamāhīriyya, es un neologismo que significa literalmente “gobierno de las masas”, derivante también de la raíz cuadrilítera ğ-m-h-r, representante el pueblo, la multitud, al cual hace referencia el más conocido Ğumhūriyya, o sea “república”, en uso en los países confinantes.

⁸⁴ Al-qa āfī, M., *Al Kitāb al-A ar*, Tripoli, 1980.

mire hacia la transformación socialista-revolucionaria universal de toda la sociedad árabe, y que sea gobernado directamente por el pueblo. En ello encuentra su espacio la idealización de una sociedad sin clases sociales, en una visión seguramente marxista, aunque con un llamado enérgico a los valores y a la estructura de la “umma al-muslimin”, la antigua comunidad musulmana, así como a los principios igualitarios de la sanussiyya y algunos elementos de tradición tribal.

En tal contexto, el Islām tiene un papel decisivo y primario. Precisamente el 15 de abril de 1973, en efecto, Qa āfi estructurará su proyecto de “re-islamización” del ordenamiento líbico, con un discurso público dirigido a lanzar y abrir una nueva fase de su recorrido cultural e ideológico, la de la revolución popular (aūra al-ša‘b), mejor conocida con la expresión “tercera teoría universal” (naz riyya al-‘ālamīyya al- āli a). Con una concepción del mundo integralmente basada en el Corán, considerado la “revolución permanente”, el pensamiento principal, la tercera teoría, no se basa ni en el capitalismo ni en el comunismo ateo, sino en una vía islámica en la edificación de una sociedad que ve en la distribución de la riqueza la búsqueda de un valor de igualitarismo social.⁸⁵

El Islām que proclama Qa āfi es aquello del segundo Califa ‘Umar ibn al-Kha āb. En la Gran Carta Verde de los derechos del hombre de la Ğamāhīriyya de 1988, otro importante documento que colma el vacío producido por la abrogación de la Constitución de 1951, que se produjo con la Revolución al-fat del primero de septiembre de 1969, la referencia al gran Califa se hace explícita en el preámbulo, donde se menciona su aforismo según el cual un hombre no podría ser reducido a la esclavitud porque la madre lo generó libre.⁸⁶ La Gran Carta Verde de los derechos del hombre de la Ğamāhīriyya de 1988 representa el desarrollo de las teorías lanzadas con la instauración de la Ğamāhīriyya y con el Libro Verde.

Tres son los puntos fundamentales a través de los cuales Qa āfi impulsa su revolución: sobre el plan económico, el principio según el cual: “uno es socio y no asalariado” (šurakā’ lā uġarā’); se trata de la norma básica dirigida a la edificación de aquel socialismo natural basado en la obra de los trabajadores-productores, a los cuales corresponde una cuota de participación sobre las ganancias de la actividad productiva nacional, y no un salario, símbolo de la explotación de la clase trabajadora, a través de la constitución de un régimen cooperativo, inspirado en los modelos jurídicos socialistas del este de Europa.⁸⁷

Sobre el plan político, el concepto de democracia parlamentaria basada en los partidos políticos, es considerado un producto del capitalismo occidental, y es remplazado por la idea de la “democracia de la base”, donde los miembros de la Ğamāhīriyya se reúnen en “congresos populares de base”, y en los cuales son elegidos los “comités populares” que conforman el “Congreso General del Pueblo”.⁸⁸

En términos jurídicos, la revolución de Qa āfi se desarrolla a través de una “re-islamización” normativa que involucra importantes cambios en la legislación vigente. Así, en 1971, la zakāt,

85 Vandewalle, A. (ed.), *Qadhafi's Revolution 1969-1994*, New York, 1995. Ayoub, M., M., *Islam and the Third Universal Theory: the religious thought of Mu ammar al-Qadhafi*, New York, 1991. En lengua árabe, véase *Mafhūm*, M. S., *al-qabilah fī al-nazāriyya al-‘ālamīyya al- āli a*, Tripoli, 1989.

86 Nāġi, Ibrāhīm, *Ru yat al-Kitāb al-a đar li-qadīyat uqūq al-insān*, Tripoli, 2006.

87 Consultar PAPA, M., *La grande Carta Verde dei Diritti dell'uomo nella Giamahiriyya libica*, en Ungari P., e Modica, m., (a cura di), *Per una convergenza mediterranea sui diritti dell'uomo*. Roma, 1999, 2, pp. 63-64.

88 Es vigente, por tanto, el principio de la šurakratia, término inventado para identificar el poder de un sistema cuya base está constituida por la estructura originaria profética del consejo consultivo en términos islámicos (šura).

impuesto pagado voluntariamente por los miembros de la comunidad islámica, vuelve a ser introducido como impuesto obligatorio.

Entre 1972 y 1974, se introducen en el código penal (de origen formal y estructural italiano) las penas coránicas *add*, inmutables y establecidas por la ley para los delitos de fornicación (lapidación), calumnia, embriaguez (fustigación), robo y hurto (amputación del brazo).⁸⁹ En materia civil, la *Ġamāhīriyya* produce algunas importantes modificaciones al código civil de inspiración egipcia de 1953.⁹⁰ En 1971, se abrogan unas instituciones incompatibles con los principios islámicos, como las disposiciones sobre los intereses legales y convencionales y sobre los contratos aleatorios (excepto los seguros).⁹¹

El derecho de familia (*melius* de estatuto personal) es sin duda el ámbito donde el papel de la *šarī'a* adquiere más importancia, siendo esta la única fuente de referencia. La Ley de 1948 representa, de hecho, un evidente ejemplo de intento de codificación de principios y reglas de la tradición musulmana, de escuela *malikita*, en materia de Derecho matrimonial y de filiación. Encuentran de tal forma espacio en el ordenamiento nacional instituciones tales como, por ejemplo, el contrato de matrimonio y sus impedimentos (entre otros, por diferencia de religión), los medios para su disolución (el repudio *-talāq-*, falta de mantenimiento, vicios, juramento de abstinencia *-ilā'* o la comparación de la esposa a una mujer prohibida *-ihār-*), el desconocimiento del hijo por medio de juramento imprecatorio (*li'ān*), la tutela del expósito (*kafāla*) como forma de custodia del menor abandonado, siendo prohibida la adopción (*tabannī*) por el Corán, y las reglas islámicas sobre la tutela de los niños durante el matrimonio. No faltan soluciones eclécticas como la reinterpretación del número máximo de esposas consentido por la institución de la poliginia (cuatro según el Corán, dos en el caso líbico).⁹²

7. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Colombia tiene especial interés en tratar los temas objeto de este escrito. El Islām y el Continente Suramericano tienen mucho más en común de lo generalmente admitido; antes que todo, porque sangre árabe fluye en las venas de esa poliédrica y multifacética cultura, que se conoce como colombiana. Desde todo punto de vista, dicha herencia árabe debe ser todavía comprendida plenamente y valorizada. Ojalá que este ensayo pueda contribuir a infringir la barrera cultural que ve en el Islām un fanático llamado a la Guerra Santa⁹³ o al radicalismo desenfrenado. Otro factor de interés consiste en la influencia que el Derecho islámico ejerció sobre el derecho español. Tal vez por creencias preconcebidas de los juristas europeos, no se ha dado todavía el espacio suficiente a este interesante caso de mestizaje jurídico.

La globalización y la confrontación en el terreno de culturas diferentes –este es el caso de la emigración– plantea problemas que el Derecho puede contribuir a solucionar. Sin embargo, el jurista tiene que estar preparado a la confrontación también en terreno ajeno. El rasgo característico del Derecho islámico es la síntesis ancestral entre lo divino y lo jurídico. El

⁸⁹ Mahmood, T., *Legal System of Modern Libya: Enforcement of Islamic Penal Laws*, en Mahmood, T. (ed.), *Criminal Law in Islam and the Muslim World: A Comparative Perspective*, Nuova Delhi, 1996; Mayer, A. E., *Reinstating Islamic Criminal Law in Libya*, en Duyer, D. H. (ed.), *Law and Islam in the Middle East*, New York, 1990, pp. 100-115. En idioma italiano, consultar Minganti, P., *Ricezione di pene 'add nella legislazione della repubblica di Libia*, en «Oriente Moderno», 4, 1974, pp. 123-132.

⁹⁰ 'abd al-Razzāq Aḥmad Sanhūrī fue invitado a componer y presidir la Comisión instituida para la redacción del Código Civil. En un contexto puramente *malikita*, en 1953, fue promulgado entonces el *Qanūn al-madani al-Libi*.

⁹¹ Sulaymān, A., *Šarḥ al-qānūn al-madani al-libi*, Qar Yunis Benghazi, 1978.

⁹² Layish, A., *Divorce in the Libyan Family*, Jerusalem, 1991; Mahmood, T., *Libya in Statutes of Personal Law in Islamic Countries*, New Delhi, 1995.

⁹³ Es difícil pensar que el precepto principal de una religión, como el Islam, que significa "paz", pueda ser la Guerra Santa.

sistema de fuentes del Derecho que resulta de esa fusión, es simplemente único.⁹⁴ El análisis del Derecho islámico según la teoría del Derecho occidental es un ejercicio estéril, sin el apoyo de la ciencia comparativa.⁹⁵

Desde los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, muchos autores musulmanes y europeos concebían al islámico como un Derecho en vías de extinción.⁹⁶

Los eventos de los últimos 60 años han demostrado lo contrario. La cultura islámica, cuyo entendimiento por parte del mundo occidental está vergonzosamente atrasado, no deja de sorprender, como es el caso de la reciente “Primavera Árabe”.

No existe “comparatista” que desconozca la unicidad y sublime construcción de la familia jurídica islámica; además, contrariamente a lo que se pueda pensar, en lugar de retroceder ante la Modernidad, se está consolidando, como se puso de presente, en la investigación presentada por el profesor Ascanio, entre los ordenamientos de Túnez, Egipto y Libia. En particular, emergió que la *šarī'a* hace parte, por lo general, de varios sectores de los ordenamientos analizados; ello se hace Derecho viviente en su interacción con las normas estatales; el fenómeno de la secularización del Derecho islámico tiene una importancia extraordinaria en la historia contemporánea de los países musulmanes, si bien con las debidas matizaciones heredadas de las peculiaridades culturales y sociales de los respectivos contextos nacionales, tal y como se evidencia en el presente escrito.

La *šarī'a*, como se ha visto, una vez declamada en el papel, tiene que ser interpretada en su aplicación concreta. Debe ser contextualizada y actualizada, en relación y en conformidad con el tiempo y el espacio en los cuales funciona, al interior de los principios y de los objetivos que propone lograr; se trata de una actividad muy humana, en un terreno “divino”.

Dicha dinámica hace complejo y articulado el análisis del comparatista, el cual es llamado a descubrir constantemente las varias formas que el Derecho islámico puede adquirir, “trasladándose” de un Estado a otro. Por ejemplo, pensamos en la figura de la poligamia, su abolición en la experiencia tunecina, su tolerancia en la egipciaca y su original transformación en la libia. Lo mismo puede decirse del repudio, prohibido en Túnez, recogido y reglamentado en Egipto por medio de procedimientos aptos a matizar sus rasgos más ásperos, mantenido en su forma arcaica en Libia. Es menester señalar la diferente posición frente a los contratos aleatorios entre la experiencia del código civil egipcio y el líbico, si bien el segundo deriva casi del primero.

Por estos motivos, podemos afirmar: bienvenidas sean las futuras investigaciones sobre este tema.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AGUILERA BARCHET, Bruno, *Iniciación histórica al Derecho musulmán. Seguida de un ensayo sobre la historia jurídica de Al-Andalus*, Madrid, Dickinson, 2007.
- ALLIOT, M., *l'acculturation juridique*, en J. Poirier (sous la direction de), *Ethnologie générale*,

⁹⁴ *Sobre el sistema de las fuentes del Derecho en la familia jurídica islámica, entre muchos otros: Bausani, Alessandro, L'Islam. Milano, Garzanti, 1999, p. 37 y ss.*

⁹⁵ *Solo en esos términos, puede entenderse el concepto islámico, por ejemplo, de los derechos humanos. Mikunda, Franco Emilio, Derechos humanos y mundo islámico. Sevilla, Ed. Universidad de Sevilla, 2003.*

⁹⁶ *Losano, Mario, op. cit., p. 254.*

- Paris, 1968.
- ALUFFI BECK PECCOZ, R., *Il matrimonio nel diritto islamico*, en ALUFFI BECK PECCOZ, R., FERRARI, S. (a cura di), RABELLO, A. M., *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Turin, 2006.
 - ALUFFI BECK PECCOZ, R. (a cura di), *Persone famiglia diritti: riforme legislative nell'africa Mediterranea: atti del convegno 26 maggio 2006*, Turin, 2006.
 - AN-NA IM, A. A., *Religious Norms and Family Law: Is it legal or normative pluralism?*, *Emory International Law Review*, 25, 2, 2011.
 - ASCANIO, L., *Diritto musulmano e diritti umani; il caso dell'Egitto*. En AA.VV., *Diritti Umani e Pluralità nello spazio pubblico: sponde del Mediterraneo a confronto*, Pisa, 2010.
 - AYOUB, M. M., *Islam and the Third Universal Theory: the religious thought of Muḥammad al-Qadhdhafi*, New York, 1991.
 - BARRERA MARTÍNEZ, Carlos Helvar, *Introducción al Derecho comparado*, Tunja, 2011.
 - BAUSANI, Alessandro, *L'Islam*. Milano, Garzanti, 1999.
 - BECHOR, G., *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, Leida, 2007.
 - CASTELLARI, M. y MELLONE, M., *La ciudadanía italiana y los descendientes de ciudadanos italianos emigrados en Colombia. La eliminación de una injusticia social*, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13, (2).
 - CASTRO, F., *Il modello islamico*, Torino, 2007.
 - COTRAN, E. y YAMANI, M., *The rule of law in the Middle East and the Islamic World: human rights and the judicial process*, Londres, 2000.
 - D'EMILIA, A., *Diritto Romano e diritto musulmano*, en A. D'EMILIA (a cura di CASTRO, F.), *Scritti di diritto islamico*, Roma, 1976.
 - DACCARETT, Enrique Yidi, DACCARETT, Karen David, ANGARITA LIZCANO, Martha, *La migración árabe en la construcción cultural del departamento del Atlántico (1905-2005)*. Barranquilla, Ediciones Uninorte, 2007.
 - DUPRET, B., BERGER, L., ZWAINI, A., *Legal pluralism in the Arab World*, Leida, 1999.
 - ESCUDERO, José Antonio, *Curso de historia del derecho*, Madrid, Solana, segunda edición, 1995.
 - FAWCETT, Louise y POSADA-CARBO, Eduardo, *En la tierra de las oportunidades: los sirio-libaneses en Colombia*, en *Boletín Cultural y Bibliográfico*, # 29, Bogotá, Banco de la República, 1992.
 - GHOTME, Rafat, *Algunas apuntes sobre el derecho internacional islámico*. *Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad*, Bogotá, N°1:69-114, enero-junio de 2006.
 - DE ARÍSTEGUI, Gustavo, *La Yihad en España*. Madrid, La Esfera de los Libros, 2005.
 - HILL E., *al-Sanhuri and Islamic Law. The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, Egyptian Jurist and Scholar (1895-1971)*, «*Arab Law Quarterly*», 3, 1, 1998.
 - IRIBARREN, Juan Antonio, *Historia general del derecho*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1938.
 - LADJILI, M., *Histoire juridique de la Méditerranée. Droit romain-Droit musulman*, Túnez, 1990.
 - LANDRO, Fernando. *Medio Oriente. Historia, Política y Cultura*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2004.
 - LAYISH, A., *Divorce in the Libyan Family*, Jerusalem, 1991.
 - LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2004.
 - LOSANO, Mario, *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al derecho europeo y extranjero*, Madrid, Editorial debate, primera edición 1982.
 - LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco (coordinadores), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

- MACKENZIE, Mauricio, Los ideales de Bolívar en el derecho internacional americano. Bogotá, Imprenta nacional, 1955.
- MAHMOOD, T., Libya in Statutes of Personal Law in Islamic Countries, New Delhi, 1995.
- MARINI, Giovanni, La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano, en Rivista Critica del diritto privato, 2, 2011.
- MARTÍNEZ, Frédéric, El Nacionalismo Cosmopolita. La referencia europea en la construcción nacional en Colombia, 1845 – 1900. Ediciones Banco de la República e Instituto Francés de Estudios Andinos, Bogotá, 2001.
- MASHHOUR, A., Islamic Law and Gender Equality: Could There Be a Common Ground? A Study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt, «Human Rights Quarterly», 27, 2, 2005.
- MEZGHANI, R., La codification en Tunisie, Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération, 3, 4, 1985-1986.
- PAPA, M., Afghanistan: Tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra Sari'a, consuetudini e diritto statale, Turin, 2006.
- PAPA, M., L'evoluzione della Codificazione civile nei paesi arabi. Il caso dell'Egitto, en GOZZI, G. (a cura di), Le prospettive europee di apertura all'europa Orientale e ai paesi del Mediterraneo, Ravenna, 2002.
- PAPA, M., La grande Carta Verde dei Diritti dell'uomo nella Giamahiriyya libica, en UNGARI, P. y MODICA, M. (a cura di), Per una convergenza mediterranea sui diritti dell'uomo. Roma, 1999, 2.
- SACCO, Rodolfo, Antropologia giuridica, Bologna, 2007.
- SALINAS ARANEDA, Carlos, El matrimonio islámico y su reconocimiento por el derecho positivo del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II.
- SANHÜRÍ, A. R. A., Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien, en Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil Eduard Lambert, Vol. II, Paris, 1938.
- VANDEWALLE, A. (ed.), Qadhafi's Revolution 1969-1994, New York, 1995.
- VANDEWALLE, A., A History of Modern Libya, Cambridge, 2006.
- VARGAS ARANA, Pilar, Pequeño equipaje, grandes ilusiones. La migración árabe a Colombia. Bogotá, Taurus Historias, 2011.
- VARGAS, Pilar y SUAZA, Luz Marina, Los árabes en Colombia. Del rechazo a la integración. Bogotá, Planeta, 2007.
- VILORIA DE LA HOZ, Joaquín, Los "turcos" de Loricá. Presencia de los árabes en el Caribe colombiano 1880-1960. Bogotá, Universidad de los Andes, Monografía 79, 2004.