

DEL ORDENAMIENTO AL SISTEMA EN EL DERECHO ISLÁMICO CLÁSICO: UN ANÁLISIS EN CLAVE COMUNICACIONAL

NATALIA JIMENEZ ARROYO

Universidad Camilo José Cela

RESUMEN

El artículo explora la distinción entre ordenamiento y sistema jurídico en la Sharía a partir de la Teoría comunicacional del Derecho. El ordenamiento jurídico es una totalidad textual que en sí misma es inoperativa, pues necesita del sistema jurídico para que sus normas queden debidamente delimitadas e interpretadas. A través del surgimiento y desarrollo de la Sharía y del fiqh analizamos el desarrollo histórico a través del cual se forman los diferentes sistemas jurídicos del Islam sunní y que nos llevará a confirmar la distinción entre ordenamiento y sistema propugnada por la TCD y a concluir que existen tantos sistemas como escuelas y, por ende, tantas Sharías como escuelas.

PALABRAS CLAVE: Ordenamiento jurídico, Sistema jurídico, *Fiqh*, Doctrina islámica, Sharía, Teoría comunicacional del Derecho

ABSTRACT

The article explores the distinction between legal order and legal system in Sharia based on the Communicational Theory of Law. The legal order is a textual entirety that, in itself, is inoperative because it requires the legal system for rules to be properly delimited and interpreted. Through the emergence and development of Sharia and fiqh, we analyze the historical development through which the different legal systems of Sunni Islam are formed. This analysis leads us to confirm the distinction between legal order and system advocated by the Communicative Theory of Law, concluding that there are as many systems as there are schools, and consequently, as many Sharias as there are schools.

KEY WORDS: Legal Order, Legal System, Communicational Theory of Law, *Fiqh*, Islamic jurisprudence, Sharia

1. Distinción Ordenamiento/Sistema: ¿elucidación teórica o eje del Derecho actual?

La caracterización del ordenamiento jurídico y del sistema jurídico como conceptos de contenido y significación diferenciada es fundamental en la perspectiva constructivista y dinámica del Derecho que propone la Teoría comunicacional del Derecho.

El ordenamiento jurídico, según Robles, es el conjunto total de textos jurídicos concretos que resultan de decisiones específicas¹. Ese conjunto de textos, que se compone normalmente en los ordenamientos actuales por la constitución, las leyes, los reglamentos, etc. es el punto de partida para cualquier análisis jurídico, pero es inoperativo por sí mismo debido a sus duplicidades, incoherencias, lagunas. Debido, a fin de cuentas, a su falta de orden y de sentido concreto.

El sistema jurídico es quien se encarga de organizar y de enlazar los elementos del ordenamiento para dotarlo de coherencia y de sentido. El sistema surge a partir del ordenamiento: mejorándolo y completándolo. El sistema jurídico tiene una doble vertiente, pues puede a su vez diferenciarse entre sistemas jurídicos doctrinales y sistema jurídico propiamente dicho. Es la dogmática jurídica, quien interpreta y sistematiza los textos del ordenamiento para hacer propuestas de sistemas doctrinales. Serán los jueces y autoridades competentes quienes, apoyándose en las propuestas doctrinales, creen el sistema en sentido estricto, que supone, por lo tanto, la ordenación, la coherencia, la completitud y la interpretación del ordenamiento.

La TCD subraya que las normas no se encuentran en el ordenamiento como un texto bruto, sino que se construye a través de la interpretación de la dogmática y de su aplicación en casos concretos por parte de los tribunales². En esto se diferencia claramente Robles de la visión positivista, que tiende a identificar Derecho y Ley, mientras que la TCD afirma que el Derecho se construye y se va adaptando a través de la interpretación y de la práctica jurídica.

La estructura actual de los sistemas jurídicos occidentales puede hacer que la distinción entre ambas nociones: ordenamiento y sistema, no se pueda ver con claridad. Sin embargo, a través de la Sharía y del desarrollo de la doctrina jurídica islámica - el *fiqh*- a

¹ ROBLES MORCHÓN, Gregorio (2015) *Teoría del Derecho, Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, 6.^a ed., vol. I, Thomson Reuters Aranzadi. p. 139

² ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *Teoría del Derecho, Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Vol. I. pp. 139 y ss.

lo largo de la Edad media, podemos ilustrar la diferencia entre ambos conceptos de manera sencilla. Por ello, a nuestro entender la Sharía se erige como un ejemplo vivo de lo acertado de la distinción conceptual entre ordenamiento y sistema que propugna la TCD.

Desde la perspectiva comunicacional la Sharía puede y debe ser considerada un ordenamiento jurídico. Goza de los requisitos básicos: decisión, norma e institución, que se encuentran insertos en sus textos de base: el Corán y la *Sunna*. Cumple, también, con los dos requisitos que la TCD establece como herramientas racionalizadoras, que son: el hecho de ser considerado como ordenamiento jurídico atendiendo al lenguaje de los juristas y tener una perspectiva propia³.

El elemento crítico de la Sharía que puede hacernos dudar sobre su naturaleza como ordenamiento jurídico es la falta de autoridad y de organización efectiva pues, según Robles, el hecho de que existan los elementos de decisión, norma e institución presupone la existencia de autoridad⁴. Sin embargo, aunque el Corán establece (4;59): “*obedece a Dios, a su mensajero y a aquellos que tienen autoridad*”, al no definirse de manera concreta quien debe suceder al Profeta o mediante qué procedimiento puede determinarse quién deba sucederle, se produce un vacío en la determinación de quien debe ostentar el poder supremo. Este vacío ha supuesto y supone la falta de una organización jerárquica estructurada en el seno del Islam. El Derecho islámico da solución a esta falta de precisión sobre la autoridad apoyándose en las estructuras de las autoridades seculares, en las que encuentra en la práctica el elemento organizacional. Es de este modo que la Sharía consigue aplicarse e imponerse. La conclusión no debe ser que la Sharía carece del necesario elemento de autoridad, sino que éste se encuentra “externalizado”. No se trata, por consiguiente, de una carencia, sino de una particularidad en el modo en que se implementa⁵. Esto nos permite concluir que la Sharía sí puede ser considerada un ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no es un ordenamiento autónomo, sino dependiente, puesto que para su aplicación efectiva necesita apoyarse en las estructuras del poder civil y político. Según

³ Para obtener información detallada acerca de los requisitos necesarios para clasificar un orden normativo específico como parte del ordenamiento jurídico desde una perspectiva comunicacional, puede consultarse: ROBLES MORCHÓN, Gregorio, (2007) *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, 1a ed., Civitas

⁴ ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Teoría del Derecho, Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Vol. I, pp. 63 y ss.

⁵ ROCA, María J. (2011) *¿La Sharía como ley aplicable en virtud de la libertad religiosa?*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, pp. 65-101.

la organización política actual, esas estructuras de carácter civil y político son hoy día los estados de confesión islámica. Así, según hemos visto hasta ahora, debemos constatar que tenemos un ordenamiento jurídico, aunque no sea autónomo. Debemos adentrarnos ahora en hallar cómo surge el sistema.

2. El ordenamiento jurídico musulmán antes del surgimiento de la doctrina

Para revisar el momento y el contexto en que surgió la doctrina islámica hay que echar la vista atrás y remontarse al momento en que el Corán fue revelado al Profeta; a la sociedad tribal que habitaba las tierras de Arabia y en la que la potestad de determinar las normas la tenía el conjunto de la tribu, a la que cada uno de los individuos que la componían debía lealtad. La tribu se vinculaba por reglas no escritas de carácter rudimentario y la administración de justicia se daba de manera privada por parte del individuo que hubiera sufrido la ofensa. Se trataba, por tanto, de una sociedad regida por Derecho consuetudinario. En esta sociedad había ausencia de autoridad legislativa⁶. Hay que tomar en cuenta, además, que no solamente se debía lealtad al conjunto de la tribu, sino que ésta representaba también la vía para obtener protección. Aquel individuo que quedaba proscrito de su tribu tenía pocas posibilidades de supervivencia si no era aceptado en otra tribu mediante la adopción o filiación. No hay que olvidar, además, que se trataba de una sociedad que vivía en condiciones hostiles. La Arabia en la que Mahoma nació y vivió es una zona desértica, con temperaturas extremas y escasez de alimentos. Las condiciones geográficas y climáticas condicionaban las estructuras sociales y el conjunto de sus normas y relaciones.

En este contexto surge el Corán a partir de las revelaciones que, mediante el Arcángel Gabriel, Dios transmite a Muhammad. Esta aparición, sin embargo, no supone – por lo menos desde la perspectiva sunní – una ruptura con las costumbres preislámicas y con su sistema tribal, sino una modificación y una mejora de las mismas. Cabe reseñar que, desde la óptica chií el Islam sí se construye como un sistema jurídico que se asume rupturista con el sistema jurídico anterior. En este trabajo, sin embargo, solamente vamos a abordar el análisis de la distinción ordenamiento/sistema desde la óptica del islam sunní.

El Corán es, en primer término, un libro de carácter religioso cuyo contenido es en gran medida de tipo ético-moral. Aun así, tiene partes que tienen una indudable vertiente

⁶ COULSON, Noel J. (1998) *Historia del Derecho Islámico*, Barcelona, Edicions bellaterra, p. 20

jurídica, pues regulan claramente relaciones de alteridad e incluso hay supuestos en los que se prevén sanciones claramente definidas y terrenales ante conductas prohibidas. Hay, por consiguiente, normas jurídicas en el Corán que regulan cuestiones sobre la propiedad, sobre la situación jurídico-legal en que quedan los huérfanos y el modo en que debe darse solución para su bienestar, sobre los repartos de herencias, sobre el matrimonio, sobre el divorcio, sobre los hurtos y robos, sobre el homicidio, etc. Podemos afirmar que hay cierto consenso entre los juristas islámicos, tanto clásicos como actuales, en establecer que hay más de 500 versículos de contenido jurídico en el Corán.

A raíz de la muerte del Profeta en el año 632 d.C. surgió una crisis de liderazgo en la comunidad musulmana, lo cual se tradujo en conflictos sobre quién debía suceder a Muhammad como líder político y religioso. Esta disputa llevó a la división de los musulmanes en dos grupos principales: los sunitas y los chiitas. Es en este contexto que inició su andadura el Califato Omeya en el año 661 d.C.

Durante los primeros años del Islam, a raíz de que surgiera el Corán y antes de que se recopilaran los *hadith* o existiera la *Sunna*, no existía trabajo de doctrina jurídica propiamente hablando y, por tanto, no hubo sistematización. Las circunstancias no eran favorables a ello ya que la rápida expansión del califato Omeya obligaba a gestionar nuevos territorios con culturas divergentes y problemáticas distintas⁷. Esto mantenía un clima de emergencia constante que no favorecía la reflexión profunda ni invitaba a aventurarse en lecturas de tipo teórico-filosófico.

El Califato Omeya adoptó el Islam como su religión oficial, lo que influyó profundamente en su identidad y estilo de gobierno. Los Omeyas no solo eran gobernantes políticos, sino que también desempeñaban un papel crucial en la dirección religiosa y espiritual de la comunidad musulmana. Su gobierno se basaba en la Ley islámica y su poder se legitimaba a través de su relación con el profeta Muhammad y con su descendencia. A pesar de las diferencias en las creencias y en la forma de gobierno dentro de la comunidad islámica, los Omeyas desempeñaron un papel central en la consolidación y expansión del Islam en diferentes partes del mundo, incluyendo regiones de África, Asia y Europa.

En lo que al aspecto jurídico se refiere, y tomando en cuenta que el Islam no tiene una estructura de tribunales propia y que se apoya en la organización del poder político, los Omeyas establecieron la figura de los cadíes, que ejercían el poder judicial y resolvían

⁷ COULSON, Noel J., *Historia del Derecho islámico*, p. 43

los casos concretos. No obstante, esta tarea la llevaban a cabo sin una fundamentación de Derecho mayormente elaborada. No existía a través de sus decisiones la creación de precedente jurídico y no se utilizaban criterios de interpretación sistemáticos. Los Omeyas consiguieron establecer un modo práctico y organizado de administración legal, pero ni pretendieron que se creara una ciencia del Derecho, ni se creó⁸. Por lo tanto, desde un punto de vista comunicacional, podemos afirmar que existía ordenamiento jurídico, pero no sistemas jurídicos doctrinales ni uniformidad en los criterios de los cadíes para delimitar el sistema propiamente dicho.

La falta de uniformidad en las decisiones de los cadíes era producto de las circunstancias que se vivían. Por un lado, en cada zona local que estaba bajo el gobierno Omeya había costumbres distintas y los cadíes respetaban el Derecho local. Como decíamos antes, el Islam no aparece para romper con las costumbres preexistentes, sino para modificarlas y mejorarlas. Por lo tanto, lo que los cadíes hacían era integrar el Corán en los derechos locales, ofreciendo soluciones que resultaran conformes al Islam y, a su vez, aceptadas por las costumbres de los súbditos a los que se aplicaban. Por otro lado, los cadíes tenían poder para decidir según su opinión personal mediante el "ra'y", que consiste en que el juez se guía por su criterio de justicia y de interpretación, pero sin un método predeterminado.

Hasta aproximadamente el siglo II de la era islámica (alrededor del año 750 d.C.), el "ra'y" implicaba un razonamiento que se basaba en la lógica y la intuición humanas, teniendo en cuenta consideraciones prácticas y de sentido común. Sin embargo, no se sustentaba en la autoridad de textos legales específicos. Posteriormente, con la aparición de métodos de interpretación más sistemáticos y mediante la consolidación de fuentes legales y religiosas, el "ra'y" gradualmente perdió su prominencia en la jurisprudencia islámica. Los enfoques más estructurados, como la derivación de leyes a partir de la *Sunna*, el consenso y la analogía, ofrecieron un marco más riguroso para la toma de decisiones legales y religiosas.

3. Surgimiento de la doctrina: El inicio del *Fiqh*

A partir del año 720 d.C. aproximadamente, el califato Omeya empieza a ser cuestionado por parte de la población en general y de los eruditos islámicos en particular, pues

⁸ COULSON, Noel J., *Historia del Derecho islámico*, p. 57

entendían que la práctica de los tribunales omeyas había fracasado en plasmar correctamente el espíritu de las leyes coránicas. Una serie de eruditos piadosos se empiezan a erigir como aquellos que representaban la verdadera ética islámica, en contraposición con las políticas llevadas a cabo por los gobernantes Omeyas, y, de este modo, surgen las primeras escuelas jurídicas.

Así, la doctrina islámica nace, no como un análisis de las prácticas llevadas a cabo por parte de los tribunales, sino como una alternativa a las mismas. Lo que hace la primera doctrina islámica es presentar una estructura legal alternativa. El hecho de que la doctrina islámica nazca alejada de la función de los tribunales y de las necesidades prácticas es considerada por algunos autores como una de sus debilidades, pues esto se traduce en falta de pragmatismo por parte de las propuestas doctrinales, que dan sus prescripciones con cierta lejanía respecto a las exigencias de la vida cotidiana⁹.

El califato Omeya, en parte también por la férrea oposición de los eruditos islámicos, sufre una caída de reputación que va acrecentándose y los súbditos muestran un rechazo hacia el califato cada vez mayor. El califato Abasí, que se propone como alternativa en la que los criterios de los eruditos debía ser un pilar fundamental, se hace con el poder tras eliminar a la dinastía Omeya y se inicia entonces un periodo en el que, bajo el liderazgo de los primeros Abasíes, se logró una integración importante entre la doctrina legal y la práctica legal de los tribunales.

Estamos, por lo tanto, ante el inicio de la doctrina islámica y del sistema jurídico islámico, que surge en modo de escuelas con un marcado eje geográfico. De las numerosas escuelas que surgen en un primer momento vamos a centrarnos, en las de Kufa y Medina¹⁰, cuyos eruditos fueron interpretando el Corán mediante el razonamiento personal, la analogía, etc. y, conforme llegaban a consensos, se fue ordenando y codificando la *Sunna*. La *Sunna* pasará a formar parte del ordenamiento jurídico islámico a partir de las aportaciones de la doctrina, lo que nos da muestra en un ejemplo fácilmente observable, gracias a la

⁹ JANIN Hunt, KAHLEMEYER André (2007), *Islamic Law: The Sharia from Muhammad's Time to Present*, North Carolina, USA: McFarland & Company, Inc. Publishers. p. 31

¹⁰ SCHACHT Joseph, (1983), *An Introduction to Islamic Law*, Reprint edition, Clarendon Press. Cabe aclarar que, según en su obra explica Schacht, el origen del *fiqh* no se encuentra en la sociedad árabe beduina en el momento de la revelación sino en las comunidades urbanas islámicas de ciudades como Kufa, la Meca, Damasco o Medina alrededor de dos siglos después de la revelación), que posteriormente se conocerán como escuela hanafí y malikí.

perspectiva que a veces ofrece la lejanía temporal, de la relación en espiral entre ordenamiento y sistema que Robles desarrolla en el plano teórico¹¹.

La *Sunna* es la segunda fuente de la Sharía y es, junto con el Corán, uno de los textos parciales que conforman la totalidad textual del ordenamiento jurídico musulmán. Su importancia y su contenido fueron evolucionando a lo largo del periodo clásico. La *Sunna* inicial se componía de relatos que cuentan palabras que se atribuyen al Profeta, normas de vida que aquél dictó, anécdotas relativas a las circunstancias personales y sociales que le rodearon, etc. Estos relatos eran conservados en el recuerdo de los discípulos y seguidores de Muhammad, que en un primer momento los conservaron oralmente y de este modo los fueron transmitiendo entre ellos.

La doctrina primitiva dio un énfasis muy significativo a la *Sunna*, pues pretendía consolidar la idea de tradición. La *Sunna* supone el medio para legitimar las directrices que tienen su origen en el pasado. En este proceso se reivindica la autoridad del Profeta, pretendiendo a su vez desprestigiar el califato Omeya y trasladando la autoridad última a Muhammad y a su ejemplo de vida. Aquí vemos que, como sostiene Robles, la doctrina no sólo ordena y completa, sino que también interpreta y le da cierto sentido al Derecho.

La *Sunna*, por lo tanto, se erige como el material textual sobre el que los eruditos influyentes, sobre todo los de las escuelas de Kufa y Medina, cimientan sus críticas al poder político Omeya y reivindican que pueda cuestionarse la legitimidad del poder político cuando éste no sigue las directrices de los textos islámicos. En ese momento el poder político pasa a tener su poder limitado, porque deja de controlar la interpretación del Islam y pasa a ser un servidor que debe ejecutarlo.

Para el desarrollo de sus interpretaciones y de sus propuestas doctrinales, las escuelas de Kufa y de Medina partían del mismo material básico: el Corán y ciertos relatos que se habían preservado hasta entonces. Sin embargo, dado que estaban en zonas geográficas distintas y que los eruditos que conformaban cada escuela gozaban de libertad de razonamiento personal, la influencia de las costumbres locales generaba diferencias notables entre ambas escuelas. Kufa era una ciudad más abierta que Medina en términos de mentalidad, en ella había gran diversidad social y esto se traducía en la existencia de clases sociales claramente diferenciadas. Medina representaba un modelo urbano

¹¹ ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Teoría del Derecho, Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. pp. 144 y ss.

opuesto, y por ello los juristas de Medina, a imagen y semejanza de la población que residía en la ciudad, eran en gran medida conservadores y con tendencia a adherir a la tradición. La escuela de Kufa estaba animada por un espíritu de libre investigación y era receptiva a la integración de elementos de sistemas legales foráneos, prueba de ello es la permeabilidad al derecho romano que se puede observar en el modo en que delimitaron el contenido de ciertas instituciones.

Un ejemplo sobre estas diferencias entre ambas escuelas puede observarse en la intervención del tutor de la mujer para la formalización del matrimonio. Mientras que en Medina, escuela muy ligada a las leyes consuetudinarias preislámicas, se exigía la intervención del tutor de las mujeres para que el matrimonio fuera válido, en Kufa - que como decíamos era una sociedad más abierta y con una estructura de clases que distaba bastante de la estructura social tribal-, las mujeres negociaban su propio contrato matrimonial y lo formalizaban sin necesidad de ninguna intervención de ningún tutor ni de otras figuras.

Otro ejemplo de la influencia del derecho romano en la escuela de Kufa lo podemos observar en la posibilidad de que los esclavos pudieran tener propiedades. Así, mientras en Medina el esclavo podía tener propiedades e, incluso, podía tener una esclava con la que tener relaciones sexuales y que era de su propiedad, en Kufa, a imagen y semejanza del derecho romano, el esclavo no podía tener propiedades ya que todo aquello que fuera del esclavo pasaba a pertenecer a su amo¹².

Con el paso del tiempo el eje de gravedad de las escuelas fue pasando de la zona geográfica de surgimiento a la autoridad de los maestros. Este fenómeno produjo a medida que la tradición oral fue dando paso a los textos escritos y de este modo gentes y eruditos de diferentes lugares tenían acceso a los planteamientos de escuelas de otros lados. De esta manera se fue desarrollando la doctrina, ya no en función de la escuela más próxima geográficamente, sino de la adhesión a los planteamientos de unos u otros eruditos. A raíz de la escritura y de la expansión de los pensamientos de cada escuela más allá de su zona geográfica de origen, advino también un cambio de denominación y la escuela de Kufa pasó a denominarse escuela hanafí, por haber sido fundada por Abu Hanifa, mientras que la escuela de Medina pasó a ser conocida como escuela malikí, en virtud del erudito Anas Malik. En ambos casos, el nombre de las escuelas que aún en

¹² COULSON, Noel J., *Historia del Derecho Islámico*. p. 53

nuestros días está en vigor, deja patente la generosidad de algunos juristas islámicos, pues las aportaciones de algunos discípulos de Hanifa o de Malik fueron superiores a las de sus fundadores, y a pesar de ello, en una actitud de humildad y generosidad, atribuyeron los discípulos el mérito de sus planteamientos a sus maestros, que beneficiaron de tal generosidad pasando a la historia como artífices de planteamientos filosófico-jurídicos de los que no ostentan la autoría, o por lo menos no en su totalidad¹³.

4. La sistematización de ash-Shafi: La aparición de *Usul-Al-Fiqh* (Teoría del Derecho)

La dinastía Omeya fue derrocada por una rebelión liderada por los Abasíes en el año 750 d.C. En un primer momento, puesto que formaba parte del compromiso y mentalidad que los Abasíes habían mantenido, se propició la labor de los eruditos. Los Abasíes respetaban la idea de que el poder político era servidor del Islam, no viceversa. Este planteamiento desemboca, al cabo de unos años, en una gran proliferación de escuelas, cada una con distintas interpretaciones. Esta gran diversidad dificultaba la gestión del poder y llegó un momento en que el propio califato Abasí ve peligrar su continuidad como consecuencia de los mismos planteamientos que le habían llevado al poder. Urgía un proceso unificador para evitar la desintegración. Dada la gran autoridad de los eruditos y el compromiso de servidores del Islam que los Abasíes habían adquirido, tal unificación no podía tener iniciativa en el poder político, sino que debía venir de la propia doctrina. Y es entonces cuando aparece en escena el gran sistematizador del Islam que fue ash-Shafi.

Ash-Shafi podría ser considerado como el creador o iniciador del *Usul al-fiqh*, entendiendo el *Usul al-fiqh* como la doctrina jurídica general del Islam, como su teoría del Derecho. Dado que cuando ash-Shafi aparece, las escuelas hanafi y maliki operaban y proponían soluciones desde hacía tiempo, la afirmación que acabamos de hacer merece cierta aclaración. Así, si bien es cierto que las escuelas islámicas hacían una cierta labor intelectual, del punto de vista jurídico no eran entonces escuelas muy avanzadas. Sus planteamientos fueron significativos respecto a los aspectos religiosos del Islam, pero en lo que respecta a las relaciones de alteridad y a la resolución de conflictos entre las personas así como de los argumentos empleados para dar resolución a tales conflictos, se trata de escuelas de un nivel poco desarrollado. Ash-Shafi es quien formula y analiza los principios a través de los cuales se puede alcanzar la comprensión y la interpretación de

¹³ HALLAQ, Wael B (1997), *A History of Islamic Legal Theories. An Introduction to Sunni Usul-Al-Fiqh*, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.

la Ley¹⁴. Lleva a cabo una tarea doctrinal de verdadera entidad jurídica, mientras que las escuelas malikí y hanafí habían llevado a cabo una tarea sobre todo de tipo ético-religiosa. En este sentido, en cuanto a sistematizador del derecho islámico la labor de ash-Shafí puede ser calificada como grandiosa.

Las escuelas anteriores se movían en gran medida por patrones éticos, pero ash-Shafí dio un paso al frente como jurista ofreciendo soluciones levantadas sobre razonamientos de tipo jurídico propiamente dicho¹⁵. Sus aportaciones sobre el fondo de la ley son muy significativas, pero su gran aportación viene en una propuesta respecto al sistema de fuentes y al método de estudio al Derecho que marcará un punto de inflexión en la evolución del Derecho islámico. Es en su obra *Al-Risala* que encontramos su propuesta, cuya finalidad era unificar el sistema de fuentes para evitar la desintegración que la pluralidad de escuelas parecía traer aparejada.

De manera concreta, el ash-Shafí establece un sistema de fuentes de tipo piramidal con una estructura jerárquica en cuya cúspide se encuentra el Corán, al que atribuye una profundidad y autoridad más importante que sus predecesores. A través del versículo (4;59): “*Oh creyentes, obedezcan a Alah, al mensajero y a quienes tengan autoridad*” liga la autoridad del Corán con la de la *Sunna*, pues mediante esta aleya el ejemplo de vida del Profeta se entiende como fuente de ley subordinada sólo a la palabra de Dios. Las actuaciones de Muhammad a lo largo de su vida, sus posicionamientos y sus palabras fueron, según ash-Shafí, inspiradas por Dios. En coherencia con esto establece, pues, que la *Sunna* forma parte de la revelación por cuanto el Mensajero había sido inspirado divinamente. La *Sunna* venía, pues, a completar el Corán para fundar la Sharía¹⁶.

Antes de la sistematización y de la ordenación del sistema de fuentes llevado a cabo por ash-Shafí, las escuelas malikí y hanafí habían, en ocasiones, primado la costumbre frente a la *Sunna*, - cabe recordar que en el sunismo no se considera que el Corán rompa con el derecho consuetudinario anterior y, por lo tanto, la aplicación de la costumbre como fuente fundamental era vivida con naturalidad - pero en el esquema de ash-Shafí, ligando la autoridad de la *Sunna* directamente al Corán, se establece una clara jerarquía de fuentes en la que la costumbre debe quedar relegada. Es más, aunque la *Sunna* quedaba como

¹⁴ COULSON, Noel J., *Historia del Derecho Islámico*. p. 85

¹⁵ COULSON, Noel J., *Historia del Derecho Islámico*. p. 62

¹⁶ MERVIN Sabrina (2016) *Histoire de l'Islam*, Flammarion «Champs -Histoire», <https://www.cairn.info/histoire-de-l-islam--9782081386594.htm>.

segunda fuente respecto al Corán, dado que éste último debía ser interpretado a la luz de la *Sunna*, nos encontramos a efectos prácticos ante dos fuentes complementarias, pues la *Sunna* es en realidad una continuación natural del Corán.

Así, el Corán no puede ser abrogado por la *Sunna*, porque es mensaje de Dios, pero la *Sunna* no puede tampoco ser abrogada por el Corán, porque es explicativa del mismo¹⁷. Estos principios son la esencia del mensaje de ash-Shafi. Y este mensaje triunfa – no de un día para otro, pero va imponiéndose y con los años es aceptado unánimemente por las escuelas-, lo que conlleva que esta visión se vaya imponiendo en todos los territorios islámicos. Todas las corrientes fueron encontrando en las bases de *Al-Risala* la manera de reconciliar razón y revelación.

La importancia de la *Sunna* quedó totalmente establecida a partir del año 900 D.C. aproximadamente. Se ordenaron, clasificaron y codificaron los relatos en función de su nivel de credibilidad¹⁸. Se sistematizaron, por tanto, los textos que conformaban el ordenamiento jurídico en bruto.

Ash-Shafi establece también otras dos “fuentes del derecho”, que son: el consenso y la analogía. No obstante, en clave comunicacional no podemos considerar que en este caso se trate de fuentes del derecho porque ni son textos ni son comunes a toda la doctrina. El consenso y la analogía son, cuando desde una óptica comunicacional lo analizamos, métodos de interpretación y de construcción de Derecho, no fuentes. Y, además, no serán adoptados ni de manera igual ni de manera unánime por las escuelas jurídicas existentes.

El enfoque propuesto implicaba un uso inteligente y juicioso de la razón y de la interpretación lógica, mientras que a la vez reconocía la importancia de las fuentes históricas y de las tradiciones transmitidas en la comunidad. Ash-Shafi creía que la fusión de estas dos corrientes podía arrojar luz sobre la comprensión y sobre la aplicación de la ley islámica, al mismo tiempo que permitía reconciliar las diferencias y las disputas entre los distintos grupos de pensamiento. Además, su propuesta establecía también un camino para unificar la jurisprudencia islámica bajo un marco coherente. Por todo ello, acertadamente afirma Hallaq afirma que “*Shafi desarrolló su concepto de cómo debería formularse la ley en el contexto de una realidad completamente impregnada por el conflicto entre los tradicionalistas y los racionalistas. Su concepto constituía en efecto*

¹⁷ DUPRET Baudouin (2014) *La Charia*, Paris, France: La Découverte, p. 76

¹⁸ ZAINUDIN AHMAD IBN ABDAL LATIF AZ-ZUBAIDI, (2008) *Sahih Al-Bujari*, Granada, España: Madrasa

*una teoría rudimentaria del Derecho, una teoría que en un sentido fue causada por, y en otro fue el resultado de, ese conflicto*¹⁹.

El artífice de la Teoría del Derecho islámica aspiró de este modo a unificar la doctrina y a convertirla en una herramienta que sirviera para la resolución de casos concretos de manera uniforme, pero la realidad es que no consiguió este último propósito. Es más, las discrepancias sobre los métodos de interpretación llevarán a que se pongan de manifiesto las diferencias entre la escuela de ash-Shafi'i con las escuelas hanafi y maliki y surgirán además otras escuelas, aunque algunas de ellas fueron desapareciendo con el tiempo.

5. Breve aproximación a las 4 grandes escuelas sunnitas actuales

En el vasto panorama del pensamiento jurídico islámico, cuatro son las grandes escuelas sunnitas han desempeñado un papel fundamental en la interpretación y aplicación de la ley islámica. Cada una de estas escuelas tiene su propio enfoque, principios y metodologías para elucidar y derivar las leyes islámicas a partir de las fuentes primarias²⁰. Esto da lugar a una variedad de interpretaciones y adaptaciones de la Sharía. De hecho, podemos afirmar que hay tantas shariás como escuelas, lo que subraya la riqueza y flexibilidad del pensamiento legal islámico. Veremos como esto nos permite poner de relieve que existe un ordenamiento jurídico islámico al tiempo que, a su vez, existen varios sistemas jurídicos islámicos.

A continuación, revisaremos someramente las características fundamentales de cada una de las cuatro grandes escuelas sunnitas:

Escuela hanafi: fue fundada por Abu Hanifa y conocida en un primer momento como escuela de Kufa. Ha tenido un gran impacto histórico y territorial.

Una característica notable de la escuela hanafi, y que marca su gran ámbito geográfico de influencia, es su adopción por parte de la administración del Imperio Otomano. Esta elección no solo influyó en la formación de las leyes y sistemas legales dentro del imperio, sino que también se convirtió en un factor definitorio de la identidad legal del imperio.

Más allá de su importancia en la época del imperio otomano, la presencia geográfica de la escuela hanafi es muy significativa todavía en la actualidad. Además de su arraigo en

¹⁹ HALLAQ, Wael B, *A History of Islamic Legal Theories. An Introduction to Sunni Usul-Al-Fiqh*. p. 21

²⁰ MORALES, José (2017), *El Islam*, 4ª Edición, Madrid: Ediciones Rialp, p. 66 y ss.

Irak, la escuela se expandió a regiones como Asia Central, India y China. La adaptación de la escuela en estas regiones cuyas costumbres y tradiciones son muy diversas entre sí favoreció que se convirtiera en una escuela que se caracteriza por la flexibilidad.

Un concepto clave dentro de la escuela hanafí es la *istihsân*, que a menudo es traducido como “preferencia jurídica”. Esta doctrina consiste en enfatizar la importancia de buscar soluciones legales que sean justas y equitativas, incluso si no se encuentran explícitamente en los textos religiosos. La *istihsân* permite a los juristas hanafíes utilizar la analogía y la lógica para derivar soluciones legales que resuelvan los problemas contemporáneos, manteniendo al mismo tiempo los principios esenciales del Islam.

Escuela malikí: fue fundada por Malik ibn Anas y en un primer momento se la conocía como escuela de Medina. Una característica distintiva de la escuela malikí es su conexión con Al-Ándalus, la región islámica de la península ibérica. No solo fue la escuela a la que perteneció Averroes, el destacado filósofo, jurista y erudito andalusí, sino que también fue predominante en la región durante los casi 8 siglos que en que hubo presencia islámica en la península ibérica. El impacto de la escuela malikí en Al-Ándalus se ve reflejado en el "*Al-Muwatta*", un tratado de derecho compilado por Malik ibn Anas y que llegó a ser uno de los textos más influyentes en la jurisprudencia malikí.

Aunque ha habido muchas transformaciones a lo largo de los siglos, esta escuela sigue siendo la corriente dominante en el Magreb, en el Sahel (incluido el Sahel sudanés) y en África occidental y central. La prevalencia de esta escuela en estas regiones atestigua su duradera influencia y su capacidad de adaptación a las necesidades y contextos locales.

Uno de los conceptos esenciales promovidos por la escuela malikí es el *istishâh*, que se refiere al interés común o beneficio público. Esta doctrina permite que, en ausencia de un texto explícito en el Corán o la Sunna, los juristas puedan derivar reglas legales al considerar el interés general de la comunidad. Esta flexibilidad permite a los juristas malikís aplicar el espíritu de la ley islámica a situaciones cambiantes y a contextos diversos, lo que refleja su adaptabilidad y enfoque pragmático.

Escuela Shafí'i: Fue fundada por ash-Shafí, a cuya obra y contribución hemos dedicado espacio unas líneas más arriba.

Uno de los conceptos clave promovidos por la escuela Shafí es el *istishâb*, que implica la presunción de continuidad. Este principio legal establece que una situación o estado de

cosas que prevalece se mantiene vigente hasta que haya evidencia clara para cambiarla. En otras palabras, si no hay un cambio evidente en las circunstancias, se presume que una regla o norma establecida debe de ser mantenida. Esta presunción de continuidad ayuda a mantener la estabilidad y la coherencia en la interpretación y la aplicación de la ley islámica.

La influencia de la escuela Shafí'i se ha extendido a lo largo del tiempo y en diversas regiones. Su enfoque metódico y sus contribuciones teóricas han tenido un impacto duradero en la jurisprudencia islámica. Aunque esta escuela no es la más seguida en todas las regiones islámicas, sus legados y principios continúan siendo una parte esencial de la tradición del pensamiento legal islámico.

Escuela hanbalí: Fue fundada por Ahmad ibn Hanbal y es la última en crearse. Emerge como una perspectiva legal única dentro del espectro de pensamiento islámico, pues se caracteriza por su enfoque profundo hacia la *Sunna* y los hadices. Pone el ejemplo de vida del Profeta en el centro de todos sus planteamientos y hace énfasis en una interpretación literalista de las fuentes islámicas.

Esta escuela no se embarca en la elaboración de una teoría del derecho en el mismo sentido que las otras, ya que su visión consiste sobre todo en poner el eje de gravedad en la *Sunna* y en el ejemplo de vida de Muhammad. Los hanbalitas dedican un considerable esfuerzo a comprender, autenticar y aplicar rigurosamente los dichos y acciones del Profeta, a los que considera el pilar sobre el que deben construirse la vida de las personas y la organización social.

A lo largo de la historia la escuela hanbalí no ha sido la más destacada en términos de número de seguidores, pero su importancia experimentó un renacimiento gracias al movimiento wahabí. Este movimiento reformista, que encontró afinidad con la interpretación literalista y el enfoque estricto de la escuela hanbalita, fue adoptado por la monarquía saudí y se arraigó en el Reino. El hecho de que sea la escuela oficial en Arabia Saudí le confiere un papel destacado, pues el Reino saudita, debido a su importancia económica, religiosa y moral, ejerce una influencia significativa en el Islam a nivel global.

Los hanbalitas, además de tender a adoptar una interpretación directa y literal de los textos religiosos, sin mucha extrapolación o inferencia, también limitan significativamente el

uso de la *qiyas* (analogía) y otorgan un papel restringido al consenso, aceptando sólo el de los sabios de Medina²¹.

Estas son las 4 escuelas sunnís que sobrevivieron a partir del siglo XIV y, en conjunto, llegaron a un punto, alrededor del siglo XI en que mayoritariamente consideraron que el desarrollo doctrinal de la Sharía había llegado a su culmen. A partir de entonces se generaliza la idea de que hay que cerrar las puertas al *ijtihâd*. Por decirlo de alguna manera, se entiende que con las aportaciones hechas por la doctrina hasta ese momento va a ser posible resolver cualquier conflicto o problema que pueda surgir. Se inicia entonces un periodo en que los juristas tienen que limitarse al *taqlid*, que literalmente puede traducirse como “imitación”²², que llevará a que los juristas se consagren a tareas meramente de conservación, como si el *fiqh*, el sistema, hubiera ya quedado constituido y fijado para siempre.

Esta tendencia perdura durante mucho tiempo, pues entre los siglos XI y XIX no habrán de producirse prácticamente modificaciones mayores. En ese periodo vieron la luz tratados prácticos, codificaciones sobre derecho de propiedad o sobre derecho de familia, etc. pero no hubo propuestas de teoría del derecho propiamente hablando. La flexibilidad que los juristas necesitan quedaba circunscrita a la posibilidad de cambio de escuela. Al haber 4 escuelas con aproximaciones distintas, se producían movimientos de una a otra en función de cuál ofreciera soluciones más adaptadas en cada situación. De este modo había, simplificando, varios sistemas jurídicos, tantos como escuelas, y, aunque no era posible desarrollar nuevos sistemas, si era posible elegir entre los existentes para obtener las soluciones más adaptadas.

6. Conclusión: La magnitud de las diferencias: tantas Sharías como escuelas, tantos sistemas jurídicos como escuelas

¿Las diferencias entre las escuelas son tan significativas como para que afirmemos que, aunque hubiera un solo ordenamiento jurídico en el derecho islámico clásico, había en realidad varios sistemas jurídicos? A nuestro modo de ver, la respuesta es sí.

Se afirma a menudo que las diferencias entre escuelas son poco significativas si se comparan con los acuerdos en lo esencial, pues todas las escuelas tienen la misma

²¹ HALLAQ, Wael B, *A History of Islamic Legal Theories. An Introduction to Sunni Usul-Al-Fiqh*, p. 32

²² MERVIN Sabrina, *Histoire de l'Islam*, pp. 79 y ss.

estructura fundamental y las mismas instituciones. Estas similitudes no pueden sorprender, puesto que todas las escuelas parten de un mismo ordenamiento jurídico, de una misma totalidad textual. Sin embargo, hay que destacar que las escuelas difieren tanto en su método como en su perspectiva jurídica. A título de ejemplo, en la escuela hanafí domina la libertad de especulación jurídica y atiende a las coordenadas de tiempo y lugar, mientras que en la escuela shafi'í hay un gran apego a la tradición. La escuela hanbalí limita el uso del consenso exclusivamente a los sabios de Medina y su uso de la analogía es tan restrictivo que hay autores que afirman que esta escuela en realidad incluso rechaza tal método²³.

Estas diferencias de aproximación metodológica en las diversas escuelas, además, se traducen en diferencias sobre el fondo. En lo que al divorcio se refiere, por ejemplo, en el sistema hanafí la esposa puede solicitar divorcio por vía judicial si existe incapacidad del marido para consumar matrimonio. O sea, se puede pedir divorcio por parte de la mujer exclusivamente por una causa que es un defecto *ab initio*. En escuela malikí también es posible que la mujer solicite el divorcio por esta causa, pero, además, la esposa puede solicitar divorcio por falta de manutención, por trato cruel, por impotencia sexual sobrevinida, etc. Por tanto, en esta otra escuela la esposa puede pedir el divorcio por una causa original, así como por una amplia variedad de causas sobrevinidas. Nos entramos, por lo tanto, ante regulaciones que delimitas de manera significativamente distinta los contornos de la institución matrimonial.

Otro aspecto en el que también hay diferencias remarcables en las distintas escuelas es en la importancia que se da al formalismo y a las cuestiones de tipo “moral” o “intencional”. A este respecto la escuela hanafí considera que, si se dan los formalismos establecidos en los textos, las intenciones no deben ser tomadas en cuenta. La escuela malikí, en cambio, toma en cuenta las intenciones más allá de si se producen los formalismos. Veámoslo con un ejemplo concreto: si unos esposos divorciados por repudio, luego se reconcilian y quieren volver a casarse, exige la ley islámica que ella, la mujer, debe primero haberse casado y divorciado con un tercero para poder volver a casarse con el marido “inicial”.

²³ No compartimos la consideración, habitual en parte de la doctrina islamóloga, de que la escuela hanbalita rechace la *qiyas* como método de interpretación. Es cierto que da gran importancia a los hadices y que entiende que éstos, incluso los catalogados como débiles, deben ser priorizados antes de usar la analogía, pero no hay a esta última un rechazo frontal, simplemente se la pone en un segundo plano. Una prueba evidente la encontramos en la prohibición de todo tipo de alcohol y drogas por parte de la escuela hanbalita pues, en efecto, el Corán se limita a prohibir el vino y no es sino a través de la analogía que la escuela hanbalita, como las demás escuelas, entiende que el Corán prohíbe el consumo de todo tipo de bebidas alcohólicas y de sustancias psicotrópicas.

La ley malikí, que atiende a la voluntad, analizará en tal caso si el matrimonio con tercero se ha llevado a cabo con la sola finalidad de poder volver a casarse con el marido inicial. Si se determina que la única finalidad de ese “matrimonio intermedio” era poder volver a casarse con el marido “inicial”, se considerará que el matrimonio intermedio no es válido. La escuela hanafí, en cambio, considera que no debe entrar a valorar las intenciones de los esposos y da por bueno el matrimonio intermedio, permitiendo nuevo matrimonio con el marido inicial, exigiendo meramente el cumplimiento de los requisitos formales. Observamos, claramente, como la escuela hanafí es más apegada a los formalismos mientras que la escuela malikí presta atención a las intenciones. En este sentido, podríamos considerar que la escuela malikí tiene una aproximación más holística del sistema jurídico, pues no valora tanto el cumplimiento estricto de una norma concreta sino la consecución del espíritu del conjunto del ordenamiento.

Según lo que venimos exponiendo, cuando hablamos de Sharía como ordenamiento, podemos hacerlo en singular, hay un ordenamiento jurídico de referencia en el que todas las escuelas se reflejan y que se conforma por los textos del Corán y de la *Sunna*. Sin embargo, si hablamos de la Sharía como sistema jurídico debemos hacerlo en plural, porque tal como se expresa a través de las escuelas, la Sharía no es un bloque homogéneo. Hay una pluralidad de formas en las que el ordenamiento jurídico islámico se vuelve sistema doctrinal y, dado que las decisiones de los jueces se ven condicionadas a su vez por la escuela que sigan, hay varios sistemas doctrinales y, asimismo, varios sistemas propiamente dichos.

¿El hecho de que, a pesar de que haya un solo ordenamiento, este se desarrolle en una pluralidad de sistemas, supone un inconveniente? Del punto de vista teórico no, es más, en clave comunicacional nos resulta útil para distinguir los conceptos. Sin embargo, el Derecho está al servicio de las personas y de las sociedades y, por lo tanto, lo que hay que valorar es, sobre todo, si la existencia de una pluralidad de sistemas derivados de un único ordenamiento resta eficacia a las soluciones que puedan ofrecerse para resolver conflictos.

En el caso concreto del Islam durante la época clásica esta pluralidad en algunos momentos generó tensiones, pero desde hace siglos se entiende como una oportunidad para la flexibilidad. El ordenamiento jurídico islámico no puede modificarse, pues es de origen divino y, por lo tanto, es inmutable. Sin embargo, gracias a la pluralidad de sistemas los fieles pueden encontrar cobijo en la escuela que mejor se adapte a su manera

de entender el camino hacia Dios. Se ha ligado esta pluralidad de sistemas a las propias palabras del Profeta, a quien se le atribuye haber dicho: “*hay no menos de 360 senderos hacia la verdad eterna*” o bien ““*La diferencia de opinión en el seno de mi pueblo es un signo de la generosidad de Dios*”. La propia *Sunna*, por tanto, legitima la pluralidad de sistemas y funciona a modo de validación de todos ellos como posible reflejo correcto del ordenamiento en bruto.

En síntesis, la Sharía no solo ilustra la distinción entre ordenamiento y sistema, sino que también ejemplifica cómo la diversidad de sistemas no es simplemente teórica, sino que se materializa en la práctica cuando varias interpretaciones, basadas en el mismo ordenamiento jurídico – en la misma totalidad textual –, se aplican y coexisten como versiones mejoradas y coherentes del mismo.

Bibliografía

- COULSON, Noel J. *Historia del Derecho Islámico*. Barcelona: Edicions bellaterra, 1998.
- DUPRET Baudouin. *La Charia*. Paris, France: La Découverte, 2014.
- . *La Charia Aujourd’hui*. Paris, France: La Découverte, 2012.
- HALLAQ, Wael B. *A History of Islamic Legal Theories. An Introduction to Sunni Usul-Al-Fiqh*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 1997.
- JANIN Hunt, KAHLEMEYER André. *Islamic Law: The Sharia from Muhammad’s Time to Present*. North Carolina, USA: McFarland & Company, Inc. Publishers, 2007.
- MERVIN Sabrina. *Histoire de l’Islam*. Flammarion «Champs -Histoire», 2016.
<https://www.cairn.info/histoire-de-l-islam--9782081386594.htm>.
- MORALES, José. *El Islam*. 4ª Edición. Madrid: Ediciones Rialp, 2017.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*. 1a ed. Civitas, 2007.
- . *TEORÍA DEL DERECHO, Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. 6.ª ed. Vol. I. Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- ROCA, María J. «¿La Sharía como ley aplicable en virtud de la libertad religiosa?»
Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 92 (agosto de 2011): 65-101.
- SCHACHT Joseph. *An Introduction to Islamic Law*. Reprint edition. Clarendon Press, 1983.

ZAINUDIN AHMAD IBN ABDAL LATIF AZ-ZUBAIDI. *Sahih Al-Bujari*. Granada,
España: Madrasa, 2008.