

REFLEXIONES COMPARATIVAS DEL DERECHO OCCIDENTAL Y EL DERECHO

MUSULMAN (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La comparación del Derecho "occidental" y el Derecho musulmán muestra, de manera muy nítida, las dificultades que se presentan, de modos y en grados diversos, cuando se considera el Derecho extranjero. Los grandes obstáculos para la información se acentúan porque si se toma como vía a un jurista de nuestro propio marco existe siempre duda de mala comprensión de su parte y si se toma como senda la intervención de un jurista del ámbito de referencia se presenta constantemente el interrogante acerca de una deficiente expresión. Estas dificultades son grandes aunque se trate, como en el Derecho musulmán, de una familia emparentada con la nuestra al punto de haberse podido hablar de la "grande y duradera herejía de Mahoma" (1).

2. La comprensión comparativa de la "familia" jurídica occidental y la "familia" jurídica musulmana puede partir del reconocimiento del "puesto" que una y otra atribuyen al ser humano y a Dios. En la familia occidental el puesto del hombre en relación con Dios ha tenido una creciente independencia, hasta poder afirmarse que "Dios ha muerto"; en cambio en el Derecho musulmán hay una firme inserción del hombre en un marco encabezado por Dios (2).

Sobre todo a partir de Savigny, en el Derecho occidental hay clara conciencia del origen humano de las fuentes de las normas, en tanto en el Derecho musulmán las fuentes principales son el Corán, revelado por Dios a Mahoma a través del arcángel Gabriel, la Sunna, o sea la conducta del Profeta (constituyendo ambos la ley divina), el Ijma, consenso unánime de la comunidad en sus sectores "sabios" (que fuera relativamente "clausurado" a partir de los siglos X a XIII) y el Kiyas (razonamiento por analogía). El más "humano" Derecho occidental permite el constante descubrimiento de "principios generales del Derecho", sean éstos "positivos" o de "justicia", en tanto el Derecho musulmán tiende a una mayor inmutabilidad de sus reglas básicas a través de la referencia a la ley divina revelada en los siglos VI y VII, la relativa clausura del Ijma y la vía del razonamiento analógico, limitada de lo particular a lo particular. Las otras fuentes del Derecho musulmán (costumbre y jurisprudencia, doctrina y equidad y ley nueva), que son de cierto modo correspondientes a las occidentales, quedan en definitiva, aunque tensamente, sometidas a la ley considerada divina, mucho más que en la conciencia general de occidente.

En general el Derecho occidental es un Derecho con profunda conciencia del tiempo y proyectado especialmente al futuro; en cambio, el Derecho musulmán tiene una concepción del tiempo menos intensa y más referida al pasado. El hombre, autor del Derecho occidental, es un ser temporal y "futurizo"; en cambio, el Derecho musulmán remite la principal de sus dos grandes fuentes primigenias (el Corán) a un Autor eterno y la segunda a un momento aislado en el tiempo, la vida del Profeta. Entre las muestras de la dificultad del pensamiento musulmán para dar cuenta del tiempo se pueden referir el rechazo del préstamo a interés y de la prescripción (3); también cabe

recordar que las penas con pretensión "repersonalizante" del Derecho occidental se diferencian de las penas destructoras e irreversibles que suele sostener el Derecho musulmán, apoyado con frecuencia en mutilaciones de los condenados.

3. En cuanto a la dimensión sociológica del Derecho, la familia occidental se vale principalmente de repartos, realizadores de la conducción humana, en tanto el Derecho musulmán considera que hay sobre todo una adjudicación divina, que podría consistir, en caso de no ser tal, en un reparto del Profeta o (superados los marcos de lo previsible por el repartidor) en una distribución por influencias humanas difusas, realizadora del valor espontaneidad. En este supuesto, la posición musulmana significaría cierto hallarse "a la deriva" en las circunstancias históricas.

El Derecho occidental se encuentra en condiciones de mayor equilibrio, en todos los niveles, entre los repartos autoritarios (realizadores del valor poder) y los repartos autónomos (satisfactorios del valor cooperación); a su vez, es más integrador del plan de gobierno en marcha (realizador del valor previsibilidad) y la ejemplaridad (que satisface el valor solidaridad). En cambio, el Derecho musulmán tiene una composición más vertical, donde en los niveles superiores hay más juego de la autoridad y de la planificación que, en última instancia, son atribuidas a origen divino. En el Derecho musulmán el orden es más sólido y estable que en el Derecho occidental y no es concebible la idea de revolución respecto del régimen de origen divino.

4. En la dimensión normológica, cabe recordar, en primer término, la referencia humana de las fuentes reales del Derecho occidental, frente a la referencia divina de la fuente

real básica del Derecho musulmán. De esto surge el mayor juego de la capacidad de abstracción y propia sistematización de las fuentes de conocimiento (doctrina) del Derecho occidental, frente al condicionamiento de la ciencia jurídica musulmana por la referencia a las fuentes religiosas y a su sistema. En el Derecho occidental es más concebible la producción de carencias dikelógicas, en tanto que en el Derecho musulmán son inconcebibles, porque Dios no puede ser injusto.

El jurista del Derecho musulmán está en gran medida condenado a la interpretación y se vale con frecuencia de la exégesis (4).

El carácter más humano, cambiante y complejo del Derecho occidental hace más posible y necesario el empleo de un arsenal conceptual muy rico, en tanto el Derecho musulmán está menos requerido al respecto, por una realidad que se tiene por más divina, más permanente y simple. El menor "espesor" cultural del Derecho musulmán se evidencia, por ejemplo, en la hostilidad hacia la noción de persona jurídica.

En el Derecho occidental las relaciones verticales y horizontales entre normas están más integradas por el común origen humano, pero en el Derecho musulmán los dos sentidos están más diferenciados por el origen divino de las normas del vértice.

El carácter humano reconocido a las normas del Derecho occidental permite una codificación más amplia y dinámica. El Derecho musulmán tiene, en cambio, una especie de "codificación" de origen divino, referida a las necesidades de una época pasada, que posee sus principales posibilidades dinámicas a través del ya limitado recurso al Ijma y al hilo de la analogía.

5. La referencia a la dimensión dikelógica requiere partir

de la relación principal del Derecho occidental con los valores justicia y utilidad, con creciente incremento de ésta, y la referencia principal del Derecho musulmán está vinculada con la realización de la justicia ligada con la santidad. Aunque quizás en el Derecho musulmán la referencia al amor haya sobrevivido más, la presencia de este valor en el pensamiento cristiano "occidental" es más profunda: basta recordar el recurso musulmán al talión y la idea occidental de la repersonalización del delincuente.

El Derecho occidental puede superar más las relaciones de justicia asimétrica, principalmente en base a la simetrización que permite la moneda; en cambio, el Derecho musulmán necesita apoyarse más en la simetría. Así, por ejemplo, el Derecho occidental se arriesga a simetrizar los momentos del tiempo a través del interés.

Sobre la base de su referencia especialmente humana, el Derecho occidental tiende a desarrollar una vocación humanista abstencionista, que puede desbarrancarse en el oculto "totalitarismo" individualista; por su referencia divina el Derecho musulmán brinda más base a un humanismo intervencionista, con el riesgo de desviarse en el totalitarismo (social)(5).

La mayor referencia humana del Derecho occidental conduce, en mucho, a que a largo plazo impere la democracia, en tanto el origen del Derecho musulmán en lo dispuesto por la divinidad sirve de sustento relativamente válido a la aristocracia y, sobre todo, a la organización teocrática. La referencia divina, a la que se pueden remitir con más fuerza todos los valores, es un sustento importante para la organización aristocrática.

En el Derecho occidental el medio de realización del régimen de justicia considerado con atención más específica es la protección del individuo contra el régimen; en el Derecho

musulmán esta referencia es mucho menos significativa. Por su parte, el derecho musulmán brinda más consideración a la protección del individuo frente a los demás individuos y él mismo.

6. En el marco político general, el Derecho occidental se relaciona sobre todo con la política económica y, en cambio, el Derecho musulmán se remite a la política religiosa. Puede decirse que el Derecho occidental ha desarrollado con nitidez un sistema de carácter capitalista y el Derecho musulmán tiene más afinidad con el régimen feudal (6).

Se evidencia, así, cómo el "puesto" reconocido al hombre resulta altamente explicativo de muchas de las características del Derecho respectivo. Para el Derecho occidental, que se caracterizó por el amor del hombre a sí mismo y lo llevó a despliegues narcisistas, de cierto modo "incestuosos" (llegando a padecer el "castigo" correspondiente en la desorientación frente al mundo) el estudio del Derecho musulmán, como una variedad relativamente afín pero distinta del fenómeno jurídico y humano, debe resultar de especial interés.

(*) Notas de una disertación en el curso de "Elementos de Derecho Comparado" del Doctorado en Derecho Internacional Privado que se dicta en la Universidad Notarial Argentina en Córdoba.

(**) Investigador del CONICET.

(1) BELLOC, Hilaire, "Las grandes herejías", trad. Pedro de Olazábal, 3a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1966, págs. 61 y ss.

En cuanto a la importancia del Derecho musulmán, cabe se

ñalar, por ejemplo, su significación histórica y su relativamente destacada vitalidad actual. También corresponde indicar, v. gr., que el Islam es para algunos occidentales una respuesta válida para las frecuentes ansias de religión insatisfechas que se experimentan en nuestra familia cultural. Además, frente a la superficialidad, la descomposición y la disolución materialista con que el pensamiento contemporáneo (v.gr. a través de la radicalización del "análisis" y la "crítica") contribuye a la formación de un imperio cada vez más mundial, el estilo de vida musulmán, más "profundo", integral y espiritual, presenta una esperanza -acertada o anacrónica- para muchos.

- (2) Nos referimos a la familia occidental en general, sin desconocer las diferencias significativas que en cuanto a algunas perspectivas separan a las "sub-familias" "romano-germánica" y del "common law". Acerca del tema abordado, puede c., por ej., ESTEVEZ BRASA, Teresa M., "Derecho Civil musulmán", Bs. As., Depalma, 1981; DAVID, René, "Les grands systèmes de droit contemporains", Paris, Dalloz, 1969, págs. 461 y ss.; LOSANO, Mario, "Los grandes sistemas jurídicos", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, págs. 230 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, págs. 191/192; EL SHAKANKIRI, Mohammed, "Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam", en "Revue internationale de droit comparé", 33e. année, págs. 767 y ss.
- Hay, sin embargo, en el Islam, cierta tensión entre ley humana y ley divina. Cabe tener presente que suele cuestionarse la expresión Derecho "musulmán".

Nos inspiramos, para la comparación, en las líneas que surgen de la teoría trialista del mundo jurídico (v. al respecto, por ej., GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, FIJ, 1982-84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ, 1986).

- (3) Introducida, sin embargo, de manera relativamente oculta, a través de la admisión de la posesión como medio de prueba de la propiedad.
- (4) Acerca de las diferentes líneas doctrinarias, puede c.,v. gr., EL SHAKANKIRI, op. cit.
- (5) La influencia religiosa en el Derecho musulmán es mayor en el Derecho de familia, disminuye en el Derecho vinculado con la economía y es menor en el Derecho Público. La perspectiva principal del Derecho musulmán es el Derecho Civil.
- (6) Un ejemplo de las "trabas" feudales al desarrollo económico es la institución del "waqf".