

## ¿QUÉ ES LA SHARÍA? INTRODUCCIÓN SOBRE SUS MÉTODOS, HISTORIA, TRADICIÓN INTELECTUAL E INSTITUCIONES

Delfina Serrano Ruano

El término *sharí'a*, que puede traducirse por «ley sagrada de los musulmanes», ha pasado a formar parte del imaginario colectivo de cualquier español de nivel cultural medio, y más a medida que pasamos de la prensa y de la televisión a publicaciones de carácter algo más especializado sobre el islam y los musulmanes. Entre los no musulmanes, e incluso para algunos de ellos, la visión general sobre el concepto suele ser muy negativa. Sin embargo, encuestas realizadas por importantes organismos internacionales como la Gallup Organization o el PEW Forum on Religion and Public Life han confirmado la importancia que para una gran mayoría de musulmanes y musulmanas en el mundo tiene el hecho de saber que sus actos se ajustan a los dictados de la *sharí'a* como garantía de bienestar en este mundo y de salvación en el Más Allá. Para un porcentaje muy alto de los consultados la *sharí'a* debería guiar no solo la interacción social, sino las leyes y las políticas de sus respectivos países de residencia. Significativamente también quienes opinan de esta manera suelen considerarse partidarios de sistemas políticos democráticos con todo lo que ello implica de representatividad, igualdad de derechos y libertad de expresión y de conciencia.<sup>1</sup> La *sharí'a* es, pues, un concepto relevante en sociedades multiculturales modernas sobre el que conviene disponer de un conocimiento básico si se quieren evitar las manipulaciones interesadas, las distorsiones y los estereotipos reductores o negativos. Empezaré por definir de forma algo más precisa qué es la *sharí'a* y en qué se distingue de conceptos afines.

### ¿Qué es la *sharí'a*?

La *sharí'a* puede definirse como la parte normativa (es decir, los textos de los que se desprende una obligación legal o ético-moral) de las fuentes sagradas del islam (es decir, el Corán y las tradiciones del Profeta Muhammad o hadices). Para los creyentes, su cumplimiento en esta vida trae consigo el bienestar espiritual y material y garantiza la salvación en el Más Allá. Los textos con valor normativo del Corán y de las tradiciones del Profeta no siempre son unívocos y a veces se contradicen entre sí, aunque solo sea aparentemente. Para obtener a partir de esos textos un corpus de normas legales y ético-morales aplicables a situaciones concretas de la vida diaria se requiere una labor previa de interpretación por parte de expertos.

La ciencia que se ocupa de la interpretación de la *sharí'a* se denomina *fiqh*. El término *fiqh*, que puede traducirse como jurisprudencia islámica, se refiere tanto a la ciencia de la interpretación de la *sharí'a* como al resultado de su aplicación en forma de normas específicas o doctrina legal propiamente dicha. A lo largo de la historia de las sociedades islámicas, dichas normas se han ido recogiendo en compilaciones

1 Véase [http://erb.unaoc.org/wp-content/uploads/2012/09/Who\\_Speaks\\_for\\_Islam\\_Teaching\\_Guide1.pdf](http://erb.unaoc.org/wp-content/uploads/2012/09/Who_Speaks_for_Islam_Teaching_Guide1.pdf) y <https://www.pewforum.org/2013/04/30/the-worlds-muslims-religion-politics-society-overview/> [consultados el 21 de enero de 2022].

y compendios de doctrina legal, en comentarios de dichas compilaciones y compendios y en comentarios de esos comentarios. Por tanto, mientras que la *shari'a* se refiere a los textos de la revelación divina, la jurisprudencia o *fiqh* es producto del esfuerzo intelectual humano. La *shari'a* es sagrada, perfecta e inmutable. Su interpretación, sin embargo, no es infalible y puede cambiar con el tiempo y en función del contexto social, político, económico, geográfico, etc.

Para garantizar la validez de las normas legales obtenidas a partir de la interpretación de la *shari'a* es necesario seguir una elaborada y sofisticada metodología a la que se denomina con la expresión *usul al-fiqh* (fundamentos de la jurisprudencia islámica). En el ámbito *sunní* (es decir, el mayoritario), dicha metodología establece que cuando no es posible encontrar un texto en el Corán y en los hadices del Profeta aplicable a un caso legal concreto, se puede establecer una analogía con otro caso que sí tenga precedente textual. Para que se pueda establecer una analogía entre un caso contemplado por las fuentes sagradas y otro que no lo está, no basta con la semejanza o el aparente paralelismo entre ambos, sino que deben compartir la misma «razón de ley» (*ratio legis*). El ejemplo que suele ponerse para ilustrar esta situación es el de las bebidas alcohólicas. En el Corán sólo se menciona la prohibición del consumo de vino de uva. Sin embargo, por analogía con esta bebida, el *fiqh* prohíbe el consumo de cualquier bebida alcohólica obtenida a partir de otra materia prima pues la razón de la prohibición del vino de uva es que produce embriaguez. La analogía o *qiyas* se considera la cuarta de las fuentes legales islámicas después del Corán, los hadices proféticos y el consenso (*ijma'*) de los Compañeros y Seguidores de los Compañeros del Profeta Muhammad.

Al consenso, con el tiempo, se le fue incorporando el consenso de los juristas a los que se considera creadores de las escuelas jurídicas (Malik b. Anas, Abu Hanifa, al-Shafi'i e Ibn Hanbal) y el de los expertos destacados de la comunidad islámica (*umma*). Aparte de lo que podríamos llamar «vacíos legales» de las fuentes sagradas y que, como hemos visto, podían resolverse mediante la analogía, el principal problema con el que se encontraron los primeros juristas musulmanes fue el de cómo resolver las distintas interpretaciones que podían derivarse de los textos normativos o las contradicciones que ocasionalmente podían darse entre unos textos y otros. El consenso sirvió para fijar la interpretación correcta en casos de duda y para mantener la actividad jurisprudencial sometida al control de la colectividad de expertos, evitando en la medida de lo posible la proliferación de interpretaciones demasiado personalistas y las divergencias injustificadas. Esto no significa que fuera posible, ni deseable, eliminar toda posibilidad de discrepancia. De hecho, las discrepancias en cuanto a métodos y resultados obtenidos mediante la aplicación de esos métodos dieron lugar al surgimiento de distintas escuelas de interpretación (*madhahib*). Cada rama del islam (*sunní*, *shí'í* y *jariyí*) generó sus propias escuelas jurídicas. Dentro del sunismo hay cuatro escuelas: la malikí, la hanafí, la shafi'i y la hanbalí. Las dos escuelas *shí'íes* más importantes son la imamí o *ya'farí*, que es la mayoritaria, y la zaydí, mientras que la rama *jariyí* dio lugar a la escuela ibadí.<sup>2</sup>

2 Sobre las escuelas jurídicas del islam véase la contribución de Maribel Fierro en este volumen.

En la práctica, a la hora de interpretar la *shari'a* intervienen otras fuentes cuya clasificación como secundarias no implica que no hayan tenido una gran relevancia en el desarrollo histórico de la jurisprudencia islámica. Se trata de los principios de necesidad (*darura*), de evitar el mayor de dos daños, de equidad (*istihsan*) y de interés público (*maslaha*) y de la costumbre local (*'urf, ada*). Estos principios pueden invocarse en determinadas ocasiones para justificar el abandono de una norma derivada de las fuentes primarias por otra alternativa o, en caso de interpretaciones divergentes sobre la base de dichas fuentes primarias, justificar la elección de una opinión frente a otra. La fuente legal que sirve de base a una norma concreta determina su posición jerárquica dentro del corpus de jurisprudencia islámica. Una norma basada en el Corán o en un hadiz del Profeta es jerárquicamente superior a otra basada en el consenso o en la analogía, mientras que una norma basada en el consenso es superior a otra basada en la analogía. Una norma basada en una fuente primaria tiene más peso legal que otra basada en una fuente secundaria. Esto es así en teoría, al menos. Por otra parte, las obras de jurisprudencia islámica cuyo contenido se acerca más a la práctica jurídica real, como por ejemplo las colecciones de fetuas y casos legales, indican que, a veces, la norma más sólida desde un punto de vista metodológico o la opinión seguida por una mayoría de juristas frente a otra divergente de menor aceptación e incluso aislada, no siempre era la que terminaba siendo aplicada por los tribunales.

Hay quienes rechazan la identificación entre *shari'a* y texto sagrado y afirman que *shari'a* es lo que los musulmanes consideran como tal. Es cierto que el criterio decisivo para determinar si una norma legal es o no *shari'a* no depende siempre o no exclusivamente de si esa norma tiene una base en los textos sagrados, sino de si ha sido incorporada al corpus de jurisprudencia islámica –elaborado, no hemos de olvidarlo, a lo largo de siglos por expertos en *fiqh* a los que en castellano podemos referirnos con el arabismo «alfaqúes»– siguiendo los métodos de razonamiento y justificación de la metodología legal islámica. Podemos decir que una costumbre cuyo seguimiento los alfaqúes consideran legítimo en unas determinadas circunstancias es parte de la *shari'a* en el sentido de que ha pasado a formar parte de una doctrina legal cuyo carácter obligatorio se justifica en el origen sagrado de las fuentes de cuya interpretación es resultado, pero no en el sentido de que es inmutable e irrefutable. Como señala el historiador del derecho islámico Knut Vikør,<sup>3</sup> si se acepta que los creyentes tienen la prerrogativa de definir el contenido de su religión y, por tanto, de la *shari'a*, esta última habría de ser definida como una manera de entender compartida entre los musulmanes en un determinado momento, sin que los no musulmanes puedan rebatir que esta comprensión compartida sea la «verdadera» expresión de sus creencias religiosas. Sin embargo, a continuación pasa a advertir de que estas comprensiones compartidas rara vez se consiguen, o al menos rara vez son universales entre los que dicen profesar una misma religión.

3 Vease Knut Vikør (2005). *Between God and the Sultan. A History of Islamic Law*. Londres: Hurst and Company, pp. 244-255.

Por tanto, a lo máximo a lo que podemos llegar en su opinión es a establecer que una concepción particular o regla está «de acuerdo» o «en discrepancia» con la *shari'a*, no como la expresión religiosa de la «verdadera» voluntad divina o como nuestra creencia en ella, sino en el sentido de que está «de acuerdo con las fuentes de autoridad» (o lo que es lo mismo, con el *fiqh*), las cuales forman una parte fundamental de la historia de la *shari'a* y son utilizadas como puntos de referencia en las discusiones entre los musulmanes.

Como ya se ha adelantado, el concepto de *shari'a* no solo tiene una dimensión legal, sino que las obligaciones en las que consiste son también de tipo ético-moral, teológico y social (por ejemplo, las normas de comportamiento en público, la higiene, etc.). Puesto que la mística islámica busca también legitimar sus planteamientos teóricos y sus prácticas en los textos sagrados y en el ejemplo del Profeta Muhammad, puede afirmarse que también forma parte de la *shari'a*. Este carácter multidimensional constituye otra gran diferencia entre los conceptos de *shari'a* y *fiqh*. El *fiqh*, por su parte, aúna el ámbito de lo religioso y de lo legal en el sentido de que incluye no solo normas de derecho público y privado al uso (*mu'amalat*) sino también las relativas al cumplimiento de los rituales religiosos de obligado cumplimiento (*'ibadat*) como la oración, el pago del azaque o limosna legal, la peregrinación a La Meca y el ayuno del mes de Ramadán y al funcionamiento de las instalaciones religiosas como las mezquitas y cementerios.

Hoy en día, sin embargo, la utilización indistinta de los términos *shari'a* y *fiqh*, es decir, como si fueran sinónimos, es muy frecuente. Lo que es aún más problemático es la identificación entre *shari'a* y *qanun* o derecho codificado a instancias del Estado.

### ¿Quién define qué es la *shari'a*?

Tanto o más importante que el qué, es decir la pregunta sobre el contenido del término *shari'a*, es tener en cuenta quién define la *shari'a*, si los expertos en jurisprudencia y en otras ciencias religiosas islámicas –la autoridad política (califa, emir, sultán, rey, etc. en época pre-moderna; autoridad colonial, rey, presidente del gobierno o de la república, y los órganos legislativos de las naciones-Estado de población mayoritariamente islámica en la actualidad)– o el común de los musulmanes sujetos a la *shari'a*. La respuesta a esta pregunta depende en buena medida del periodo histórico al que nos refiramos.

### La *shari'a* en los periodos formativo, clásico y post-clásico temprano (hasta 1453 aproximadamente)

En este periodo, en el islam *sunni* la competencia de definir e interpretar la *shari'a* la ejercen de forma prácticamente exclusiva los ulemas. Ulema (pl. ulemas) es un arabismo del castellano que designa a los expertos en una o varias ciencias religiosas islámicas (*'ilm*, pl. *'ulum*). Las ciencias religiosas islámicas son el ya mencionado *fiqh* o jurisprudencia, el hadiz, la exégesis coránica (*tafsir*), la lengua árabe y la teología (*kalam*). Con el tiempo, sobre todo a partir del siglo XII, la mística o sufismo (*tasawwuf*) también pasó a ser aceptada como una ciencia religiosa más. Es

decir, se trata del conjunto de ciencias necesarias para poder interpretar los textos de la Revelación (Corán y tradiciones proféticas o hadices).

Un alfaquí es un ulema puesto que es experto en al menos una de las ciencias religiosas islámicas mencionadas, pero no todos los ulemas son expertos en *fiqh*. Cuando la interpretación de la *shari'a* adopta la forma de fetua o dictamen jurídico, a ese experto se le denomina muftí. Todos los muftíes tienen que ser expertos en *fiqh*, pero no todos los expertos en *fiqh* son muftíes pues de muchos de ellos no consta que ejercieran esa función y si que se dedicaran a la enseñanza, a componer obras sobre el tema o a desempeñar cargos de tipo jurídico-religioso.

El encargado de aplicar la *shari'a* en forma de sentencias judiciales es el cadí. El cadí es el juez islámico por excelencia. Los cadíes solían ser expertos en jurisprudencia islámica requisito que, superados los primeros siglos de la historia del islam, se fue imponiendo de forma generalizada. En cualquier caso, los cadíes disponían de un consejo de asesores (*maylish al-shura*), nombrados por el propio cadí, cuyo dictamen este tenía la obligación de solicitar como paso previo a la emisión de su sentencia. A estos asesores del cadí se les denominaba *mushawarun* (sing. *mushawar*). Los *mushawarun* eran, pues, los muftíes del cadí. Aparte de sus consejeros, el cadí podía consultar también con muftíes externos, en especial cuando el caso a juzgar era técnicamente muy complicado o impactaba en el ámbito de la alta política o en el interés público. La *shura* del cadí, o algunos de sus miembros, a veces actuaba también como órgano consultivo para el gobernante, mientras que los muftíes que actuaban a título individual, aparte de prestar asesoramiento a los cadíes, solían hacerlo también para los particulares que se les acercaban, oralmente o por escrito, pidiendo su consejo sobre la manera correcta de actuar en tal o cual asunto legal o religioso.

En las fetuas emitidas a petición de particulares se aprecia bien la distinción entre los ámbitos legal y ético-religioso de la *shari'a*. Como ejemplo puede citarse el de un creyente que consulta a un muftí sobre si haberse dormido unos minutos mientras realizaba una de las oraciones canónicas del islam invalida la oración y exige repetirla o no. Se trata de un asunto legal puesto que la jurisprudencia islámica exige la intención consciente de realizar el rito para clasificarlo como válido. Sin embargo, ninguna autoridad terrenal tiene capacidad para intervenir en el hecho de que el orante se haya dormido si incumple la obligación de repetir la oración en caso de que el muftí responda que hacerlo es prescriptivo. Cumplir o no con la ley sagrada en este caso es un asunto que afecta exclusivamente al fuero interno del creyente; es algo que queda entre él o ella y Dios. El incumplimiento no tiene consecuencias legales en esta vida, pero sí puede comprometer las perspectivas de salvación eterna del creyente tras su muerte.

Los particulares que pedían fetuas a los muftíes a menudo lo hacían también para que esas fetuas les sirvieran de argumento en un litigio de manera que los muftíes privados a veces terminaban actuando también como asesores y ejerciendo un papel que a veces recuerda al de los abogados.<sup>4</sup>

4 Sobre fetuas y el oficio de emisión de dictámenes jurídicos islámicos véase la contribución de Francisco Vidal Castro a este monográfico.

Además del consejo consultivo, el tribunal del cadí se componía también de un secretario, especialmente para cadíes de grandes centros urbanos o importantes demarcaciones territoriales, y de testigos profesionales, a los que hay que distinguir de los testigos que presentaban las partes en litigio. Los primeros, al igual que el secretario, también eran elegidos por el cadí, y se encargaban de dar testimonio de las distintas fases del proceso judicial. Era frecuente que estos testigos profesionales tuvieran una sólida formación jurídica que en algunos casos les permitía ganarse la vida también como redactores de actas y documentos legales para los particulares que acudían a ellos. Además, el cadí disponía de unos agentes o esbirros encargados de dar cumplimiento a las órdenes de comparecencia que emitía el cadí, de mantener el orden durante las sesiones e incluso de aplicar los correctivos y los castigos corporales dictados por el cadí. Por último, el cadí podía delegar su jurisdicción en determinados temas (por ejemplo, el matrimonio, el reparto de las aguas para riego y la regulación de los conflictos entre regantes o el reparto de herencias) en jueces delegados (*nuwwab, hukkam*).

En los sistemas de gobierno islámico la legitimidad del gobernante dependía en buena medida de su capacidad para garantizar la aplicación de la *shari'a* en el territorio bajo su soberanía. Como ya se ha adelantado, hasta el siglo XV los ulemas *sunníes* fueron bastante eficaces en monopolizar la interpretación y la definición de los límites de la *shari'a* manteniendo a la autoridad política fuera de esta actividad. El gobernante tenía, eso sí, la potestad de aplicar justicia directamente y aunque lo hacía con cierta frecuencia, lo cierto es que solía delegar esta competencia en jueces expertos, es decir, en los cadíes. La autoridad política no participaba de la actividad legislativa, pero sí podía controlarla indirectamente mediante su política de nombramientos para los principales cargos jurídico-religiosos; entre ellos el cadiazgo constituía la cima a la que aspiraban muchos expertos en jurisprudencia, pudiendo el gobernante nombrar y destituir a sus cadíes a voluntad.

El cargo de cadí llevaba implícita la obligación de juzgar de acuerdo con la *shari'a*. En teoría al menos, las decisiones del cadí gozaban de autonomía y de inmunidad frente a posibles injerencias del poder político. Sin embargo, el gobernante tenía la capacidad de presionar o controlar a los cadíes y, con ello, al conjunto de los alfaquíes que aspiraban a serlo, no sólo con la perspectiva de un nombramiento o el temor de una destitución. Podía hacerlo también encomendando funciones judiciales a agentes que podemos denominar «jueces gubernamentales» en el sentido de que respondían directamente ante la autoridad que les había nombrado, la cual tenía la capacidad de interferir en sus actuaciones y decisiones en cualquier momento, y en el de que no estaban obligados a juzgar siguiendo la *shari'a* al pie de la letra. Entre estos magistrados gubernamentales pueden citarse el jefe de policía (*sahib al-shurta*), el juez de las «injusticias» (*sahib al-mazalim*), el responsable de la seguridad y el orden público en ciudades importantes (*sahib al-madina*), el juez de los asuntos que no se podían juzgar en primera instancia (*sahib al-radd*) y el encargado de la «vigilancia de la moral y las buenas costumbres» en el zoco o fuera de él (*sahib al-hisba wa-l-suq o muhtasib*). Que estos magistrados no estuvieran sujetos a la autoridad de la

*shari'a* de la misma manera que lo estaban los cadíes no significa que la incumplieran sistemáticamente, sino que podían tomar decisiones y aplicar castigos sobre la base de procedimientos y de pruebas menos estrictas que las que establecía el *fiqh*, pero sin apartarse de sus principios fundamentales. A esta justicia más ejecutiva y más preocupada por evitar la impunidad que el castigo injusto de un inocente, pero que se reclamaba islámica y basada en los principios fundamentales de la *shari'a* (aunque no en sus detalles) se le denomina *siyasa shar'iyya*, es decir «buen gobierno islámico». La *siyasa shar'iyya* remite a un marco gubernamental de aplicación de la justicia que a veces podía funcionar de forma paralela o complementaria a la del cadí, pero no en contra de ella.

### **La *shari'a* desde la expansión otomana hasta nuestros días**

Con la expansión de los otomanos en Anatolia, y muy especialmente tras la toma de Constantinopla en 1453, se abre una etapa de transformaciones graduales, pero muy profundas en la historia de la *shari'a*, tanto en su dimensión doctrinal como institucional, cuyo impacto se deja sentir hasta nuestros días.

### **Transformación del derecho islámico bajo el imperio otomano**

Con los otomanos se inicia la transición desde un sistema legal basado en el *fiqh* a otro basado en la legislación estatal. El paso a este último sistema, sin embargo, no se produce hasta mediados del siglo XIX. Hasta entonces, lo que encontramos es un sistema legal en el que la legislación sultánica o gubernamental (*qanun*) convive con el *fiqh* y en el que se realizan una serie de importantes intervenciones en el *fiqh* que terminan transformando su posición en el conjunto del sistema legal.

Los sucesivos sultanes otomanos intervinieron en el sistema legal tanto en sus aspectos substantivos, es decir, en la doctrina legal a ser impartida por los tribunales, como en los institucionales. Las obras de jurisprudencia islámica clásica no son como los códigos legales. En la gran mayoría de los casos, las primeras consisten en compilaciones de opiniones legales ordenadas por capítulos. Que los creadores de dichas opiniones fueran juristas casi siempre pertenecientes a una misma escuela legal no significa que sus opiniones sobre una misma cuestión coincidieran; de hecho, no era infrecuente que se contradijeran entre sí; la admisión de opiniones discrepantes e incluso mutuamente excluyentes como parte del corpus de doctrina legal islámica dependía de las credenciales intelectuales y ético-religiosas de sus progenitores. La tarea de quienes consultaban estas obras para obtener un dictamen legal o una sentencia aplicable a casos concretos no era fácil e implicaba a su vez un cierto esfuerzo de reinterpretación y de selección, pero también una cierta flexibilidad pues, guiado de su prudente arbitrio, el usuario podía elegir entre una amplia variedad de soluciones para el mismo problema. Por lo general se aconsejaba, en especial a los juristas menos versados o con menos experiencia (*muqallidun*), el seguimiento de las opiniones que habían suscitado una mayoría de adhesiones. En cualquier caso, estaba permitido seguir las opiniones minoritarias

siempre que quien lo hacía pudiera justificar su elección sobre la base de argumentos metodológicos claros y objetivos.

Fue este ejercicio del prudente arbitrio que hasta entonces había caracterizado la labor de los jueces y jurisconsultos lo que los sultanes otomanos trataron de limitar. Lo hicieron conminando a sus *cadíes* a que basaran sus sentencias en la opinión dominante dentro de la escuela hanafí, que era la escuela jurídica que los otomanos adoptaron como oficial. Esta directriz llevó implícita la elaboración de una jerarquía de opiniones que, en la práctica, suponía poner límites a la discrepancia, tan característica de la jurisprudencia islámica medieval y con ello, a la flexibilidad y a la libertad de elección en la impartición de justicia. Sería exagerado decir que con esta medida el derecho se alejó de la sociedad, pues ningún sistema legal puede permitirse ser inflexible o demasiado injusto si aspira a sobrevivir, pero queda claro que permitió a los otomanos ejercer un control sobre el *fiqh* que no tenía precedentes.

Al igual que los *cadíes*, los *ulemas* fueron convertidos en funcionarios al servicio del imperio y se introdujeron jerarquías entre sus estamentos superiores que antes no existían, al menos no de manera formal. A la cabeza de los *ulemas* se situó al *Shayj al-islam* o gran muftí del imperio otomano. Su rango era superior al del gran *cadí* del imperio; sin embargo, el segundo, al contrario que el gran muftí, formaba parte del consejo consultivo del sultán.

Al mismo tiempo, desde el siglo XV en adelante comenzaron a promulgarse compilaciones de leyes sobre bienes inmuebles, fiscalidad y derecho penal con el fin de complementar las lagunas que el *fiqh* presentaba en estos aspectos. Dichas promulgaciones recibieron el nombre de *qanun* para diferenciarlas del *fiqh*. Aplicarles el tecnicismo legal de «codificación» sería incorrecto pues en esta fase aún no suponían que el sultán tuviera el monopolio de la actividad legislativa ni que el derecho promulgado por la autoridad política (*qanun*) prevaleciera sobre otros tipos de derecho como el *fiqh*. La codificación implica que la legislación promulgada por el Estado excluye a todos los otros tipos de legislación y supone un cambio fundamental en la relación entre el Estado y el derecho.

En el imperio otomano la codificación propiamente dicha comienza en el periodo conocido como de Tanzimat (1839-1876). Respondió a una voluntad de reforma y de homogeneización legal, pero también de centralización del Estado. Se tradujo en la introducción de códigos legales de inspiración occidental (por ejemplo, el código comercial y el código penal) y también de códigos legales semioficiales en los que el *fiqh* fue fijado de manera que se optó por una entre varias opiniones discrepantes y se eliminaron las reglas de carácter estrictamente religioso. Entre los principales ejemplos de este último tipo de código pueden citarse la conocida como *Mecelle* o código civil otomano, promulgado entre 1868 y 1876 y que incluía normas legales relativas a contratos de compra-venta, alquileres, seguros, obligaciones y garantías, delegación, testimonios y medios de prueba, y el código de derecho de familia de 1917.

Este proceso de codificación de la *shari'a* condujo a una pérdida en cuanto a variedad y matices de la doctrina del *fiqh* en vigor y a que los *ulemas* perdieran

relevancia pues no sólo quedaba reducida su jurisdicción, sino que el *fiqh* codificado admitía ser aplicado por no expertos. No obstante, conservaron sus funciones como asesores en el proceso de codificación del *fiqh*; su autoridad moral e intelectual resultó clave para dotar de legitimidad al proceso de reforma legal y a los códigos resultantes y, por tanto, supuso un límite a las prerrogativas legislativas de los sultanes.

### La etapa colonial

Con la ocupación colonial europea de Oriente Medio y África se continúa con el proceso de occidentalización, fijación y homogeneización del derecho iniciado por los otomanos en el XIX. Cada región adopta el modelo de la potencia colonizadora (Francia, Inglaterra, Italia, España...). Paralelamente se registra una contratendencia que aboga por un fortalecimiento de la *shari'a* mediante su reforma, bajo el lema simbólico de la «reapertura de la puerta del *ijtihad*», es decir, reinterpretando la *shari'a* más allá de los límites de las escuelas de derecho establecidas. En realidad, esa «puerta del *ijtihad*» nunca había quedado cerrada del todo pues la historia de la *shari'a* no ha dejado nunca de ser una de constante adaptación a medios cambiantes.

Fuera de este patrón quedaron países como Kuwait, Bahrain, Qatar y los Emiratos Árabes Unidos que, sólo recientemente, han adoptado la forma de Estados modernos; al llegar los británicos pasaron de un sistema judicial fuertemente regido por la costumbre preislámica –y no el *fiqh*– a uno con una organización judicial occidentalizada, pero basado mayoritariamente en versiones codificadas del *fiqh* y muy influido por la costumbre.

### La constitución de Estados-nación de mayoría islámica tras las independencias

El proceso de occidentalización masiva del derecho no se detuvo con la descolonización y la independencia. Los sistemas políticos y legales de los nuevos Estados-nación de población mayoritariamente islámica surgidos a partir de la segunda mitad del siglo XX se estructuraron de acuerdo con modelos importados de fuera con la adopción de normas de derecho sustantivo y procesal occidentales y de nociones legales occidentales. Esto, sin embargo, no trajo consigo la desaparición total de la *shari'a* como fuente de legislación y menos aún como referente ético-moral.

El papel de la *shari'a* en cada uno de esos sistemas ha dado lugar a cuatro tipologías:

1) Sistemas completamente secularizados. El ejemplo más significativo dentro de este apartado sigue siendo Turquía. Indonesia tampoco se declara estado confesional islámico y en teoría reconoce la libertad de culto, pero ha introducido recientemente la lapidación como castigo de la fornicación (*zina*). A este grupo hay que sumar a Malasia, que ha abandonado su condición de Estado islámico recientemente.

2) Sistemas dominados por la *shari'a* de los que son representativos Arabia Saudí y Yemen, por una parte, e Irán por el lado *shí'í*.

3) Sistemas en los que predomina el derecho occidental excepto en materia de estatuto personal (derecho de familia y derecho hereditario), administración de fundaciones pías (donde las hay) y regulaciones sobre la realización de los rituales islámicos. En estas áreas, sin embargo, el *fiqh* se aplica sobre la base de codificaciones, con la excepción de Egipto. Es el tipo más común.

4) Sistemas legales «reislamizados».<sup>5</sup>

### La reislamización

Los sistemas legales «reislamizados» surgieron de sistemas del tipo mixto, es decir de los de la tipología 3 mencionados en la sección anterior, después de que movimientos islamistas tomaran el poder a partir de la década de los setenta del siglo pasado. Como principales ejemplos pueden citarse los de Irán, Sudán, Libia, Pakistán, Afganistán y muchos estados de mayoría islámica del norte de la Federación de Nigeria.

En la mayor parte de los casos la reislamización se limitó a la reintroducción de los castigos corporales denominados *hudud* (sing. *hadd*), a la imposición de un código de vestimenta islámico (en especial para las mujeres) y en una vigilancia del comportamiento de los musulmanes en público muy centrada en las interacciones sociales entre hombres y mujeres, llegando incluso a la invasión del espacio privado con esta excusa por parte de la «policía de costumbres», que en algunos países se ejerce como un cargo oficial, aunque en la mayoría de los casos de forma voluntaria. Aunque los distintos regímenes han intentado también actuar en estos niveles, la «reislamización» no parece haber sido tan efectiva por lo que respecta a la sustitución de la banca tradicional por las llamadas «finanzas islámicas», a la lucha contra la pobreza y a una distribución más equitativa de la riqueza mediante el reparto de los ingresos obtenidos por el azaque o limosna legal. Los castigos *hudud* están previstos para «delitos» como la fornicación, el consumo de vino, el robo, el bandidaje o bandolerismo (*hiraba*), la apostasía y la blasfemia. Consisten en fustigación, lapidación hasta la muerte y decapitación. Estos castigos tienen una fuerte carga simbólica como marcadores de identidad islámica pues aparecen ya prescritos en el Corán y en las tradiciones del Profeta Muhammad. Los Estados que nunca han dejado de aplicarlos, como Arabia Saudí y los que los han reintroducido como resultado del proceso de «reislamización» legal que nos ocupa, como Irán, aspiran así a representar el ideal de «Estado islámico» por excelencia.

La «reislamización» supuso la reintroducción de codificaciones del derecho islámico, sobre todo en materia penal, con todas las implicaciones de la codificación del *fiqh* mencionadas anteriormente. Dada la dureza de los *hudud*, el *fiqh* clásico resulta muy estricto por lo que respecta a la prueba de los «delitos» a los que se aplican estos castigos; se diría incluso que esta doctrina fue elaborada con la intención de que no se pudiera aplicar más que cuando el acusado insistía y perseveraba

5 Para esta clasificación sigo a Ruud Peters (2002). «From Jurists' Law to Statute Law or What Happens when the *Shari'a* is Codified», *Mediterranean Politics* (special issue on Shaping the Current Islamic Reformation), 7/3, pp. 82-95.

en autoinculparse. Cuando salen a la luz informaciones sobre la aplicación de, por ejemplo, sentencias de lapidación en algún país, una se pregunta cómo ha sido posible sortear los estrictos requisitos de prueba que impone la jurisprudencia islámica clásica o cómo ha sido posible que los acusados no hayan podido acogerse a las numerosas opciones que el *fiqh* les dejaba abiertas para evitar la imposición del castigo. Obviamente porque la práctica legal en época contemporánea parece diferir sustancialmente de la práctica premoderna en un tema como este, tan crucial y con tantas repercusiones para la visión que se puede tener de la *shari'a* en nuestros tiempos desde la perspectiva de los Derechos Humanos.<sup>6</sup> De hecho, se ha señalado que la reislamización del derecho penal en los países antes mencionados ha terminado perjudicando a personas de los sectores más desfavorecidos y vulnerables de la sociedad (los necesitados, las mujeres y los niños).

Los cambios legales acarreados por la reislamización no han afectado, sin embargo, a la forma que adoptó el sistema judicial tras las independencias y, en general, no han supuesto una vuelta al sistema legal anterior a la abolición de la *shari'a* en los ámbitos en los que se pretendía reintroducirla. De hecho, el porcentaje de leyes procedentes de la *shari'a* aplicado en países que afirman haberse «reislamizado» es muy bajo.

### **En nuestros días (y a modo de conclusión)**

En nuestros días, los diferentes Estados se han arrogado la prerrogativa de determinar qué es la *shari'a*, cuáles son sus normas y a qué ámbitos se extiende su aplicación. Así pues, podemos decir que la *shari'a* ha experimentado un proceso de nacionalización: se concibe y se aplica de forma distinta dependiendo del país en cuestión.

Los ulemas han perdido el monopolio e incluso la preponderancia en la interpretación de la *shari'a*, tanto en los países donde se ha producido una revolución islámica como en los que han seguido un modelo de corte modernista y secular. En algunos casos se les acusa de haber perdido contacto con la realidad o de ser demasiado condescendientes con los poderes fácticos. Su autoridad y los métodos de interpretación en los que se han basado tradicionalmente han sido cuestionados, especialmente por los islamistas. Sin embargo, y a pesar de ello, han conseguido mantener buenas dosis de autoridad moral y de capacidad para influir en la opinión pública. Buena prueba de ello es su frecuente presencia en los medios de comunicación audiovisuales y aparte de los medios tradicionales como las publicaciones impresas, su recurso a las nuevas tecnologías y redes sociales para llegar a un público lo más amplio posible.

El devenir político, la globalización de la economía y las nuevas tecnologías han producido una serie de profundos cambios sociales y culturales que han conducido a lo que podríamos denominar una democratización de la interpretación de la *shari'a*. Los expertos no son los únicos que participan en la definición de la *shari'a*;

6 Este tema es ampliado en la contribución de Intisar A. Rabb a este monográfico.

se les han incorporado los intelectuales no religiosos, las minorías y el público en general, incluyendo por supuesto a las mujeres. Los expertos, por otra parte, ya no están obligados a organizarse en escuelas jurídicas, sino que pueden actuar de forma individual o en el marco de colectivos nacionales y transnacionales.

En un sistema de «nacionalización de la *shari'a*», la *shari'a* podrá integrarse en la configuración de un Estado o ser excluida de ella, podrá ser fuente de legislación o un mero referente normativo ideal y podrá adaptarse a las necesidades y a la voluntad reales de los que están sujetos a ella de forma ampliamente satisfactoria en la medida en que todos los actores del debate puedan participar en el libremente, sin interferencia y sin censura del gobierno de turno. Y ese debate deberá producirse en un marco que, aunque no tenga que coincidir necesariamente con el modelo de democracia occidental, tendrá que acercarse mucho al modelo de estado sometido al imperio de la ley.

## BIOGRAFÍA DE LA AUTORA

Delfina Serrano Ruano es especialista en Estudios Árabes e Islámicos y Científica Titular del Instituto de Lenguas y Culturas del Mediterráneo y Próximo Oriente del CSIC. Su trabajo de investigación se centra en el estudio de la jurisprudencia islámica (*fiqh*), y su relación con otras ciencias religiosas islámicas como el *kalam* o teología discursiva, y el sufismo. Sus publicaciones abordan estos temas en su vertiente doctrinal y práctica, y en contextos históricos concretos, incluyendo el período contemporáneo. Sus trabajos han aparecido en prestigiosas revistas académicas internacionales como *Al-Qantara*, *Der Islam*, *Islamic Law and Society*, *Bulletin d'Études Orientales*, *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée*, *Journal of Women of the Middle East and the Islamic World (Hawwa)*, *Journal of Middle East Women's Studies*, y en editoriales como el CSIC, Brill, Routledge, Oxford University Press, Harvard University Press, Brepols. Ha dirigido dos proyectos de investigación y una tesis doctoral. Forma parte del comité editorial de la revista *Al-Qantara* y ha dirigido hasta 2020 la serie editorial Estudios Árabes e Islámicos (CSIC).

## RESUMEN

En esta introducción se realiza un breve recorrido cronológico por la historia de la *shari'a* (o «charia») desde los primeros tiempos del islam y de la predicación del profeta Muhammad hasta nuestros días. Se aclara el significado de conceptos básicos como ley sagrada (*shari'a*), *fiqh* (jurisprudencia), *siyasa shar'iyya* (buen gobierno); *qanun* o derecho gubernamental y derecho codificado, *madhhab* (escuela legal), *cadí*, *muftí*, *fetua*, etc... Al mismo tiempo se identifican fases y desarrollos intelectuales que, sin haber representado una ruptura drástica con el pasado, han resultado determinantes en la evolución del concepto y del papel de la *shari'a* a lo largo de la historia de las sociedades islámicas.

## PALABRAS CLAVE

*Shari'a* (ley sagrada), jurisprudencia (*fiqh*), *siyasa shar'iyya* (buen gobierno islámico), *madhhab* (escuela jurídica), *qadī*, *muftī*, *fatwa*.

## ABSTRACT

A brief timeline is given in this introduction on the history of the *shari'a*, from the earliest times of Islam and predication by the Prophet Muhammad to the modern day. The meanings of basic concepts are clarified, including sacred law (*shari'a*), jurisprudence (*fiqh*), good governance (*siyasa shar'iyya*), governmental law and codified law (*qanun*), legal school (*madhhab*), *qadi*, *mufti*, *fatwa*, etc. Similarly, various eras in intellectual thought and other developments will be identified; without representing a drastic break with the past, they have been decisive in the evolution of the concept and role of *shari'a* throughout the history of Islamic societies.

## KEYWORDS

*Shari'a* (sacred law), Islamic jurisprudence (*fiqh*), *siyasa shar'iyya* (*shari'a* compliant governance), *madhhab* (legal school), *qadi*, *mufti*, *fatwa*.

## الملخص

تتيح هذه المقدمة عرض مسار مختصر عن التعاقب الزمني لتاريخ الشريعة منذ العصور الأولى للإسلام و دعوة النبي محمد حتى يومنا هذا. و توضح فيها معاني المفاهيم الأساسية مثل الشريعة، الفقه، السياسة الشرعية، القانون، المذهب، القاضي، المفتي، الفتوى، إلخ... و في الوقت نفسه يتم تحديد المراحل والتطورات الفكرية التي، و من دون أن تمثل انفصلاً صارماً عن الماضي، فقد كانت حاسمة في تطور مفهوم ودور الشريعة عبر تاريخ المجتمعات الإسلامية.

## الكلمات المفتاحية

شريعة، فقه، سياسة شرعية، مذهب، قاضي، مفتي، فتوى.