

En el nombre de Dios, el Compasivo, el Misericordioso

Una exposición del Derecho Islámico

**Historia del pensamiento y
la doctrina jurídica y teoría
general de la Ley Islámica**

Tomo II

José Fernando García Cruz

Biblioteca Islámica Ahlul Bait (P)

Título: *Una exposición del Derecho Islámico*

Autor: José Fernando García Cruz

Publicación digital: Agosto de 2003

Edición digital: Biblioteca Islámica Ahlul Bait (P)

www.biab.org
correo@biab.org

Parte Segunda

Teoría General del Derecho Islámico
Principios generales y metodología de la
ciencia del *Ūṣūl*, bases doctrinales y
tradición legal

La ciencia legal. Definición, materia,
metodología

“La religión islámica ha sido construida sobre principios correctos y auténticos y contiene un código de comportamiento, así como normas para los más variados aspectos vitales. En las convicciones teológicas la imitación [del muytahid] no está permitida; no es necesaria para los actos y normas que no conciernen al ámbito de la convicción; no obstante, fuera de estas necesidades inapelables, si alguien es un muytahid -esto es, posee la capacidad de discernir sus obligaciones legales con argumentos jurisprudenciales- deberá actuar sobre la base de sus criterios dogmáticos; pero quien no esté en ese caso habrá de actuar de acuerdo con la imitación de un muytahid, u observar una extrema precaución”¹.

Hablar de una teoría de la Ley teniendo como objeto de reflexión el Islam es hablar de un complejo sistema de equilibrios y contradicciones entre lo que Pizzorusso ha dado en llamar el *Derecho abstracto o teórico* y el *Derecho vivo*², ya que el Derecho islámico es esencialmente un ordenamiento vivo tal como el jurista italiano lo entiende cuando define aquél como “*el que guarda una relación entre previsión y actuación*”; sin embargo, también es un sistema jurídico abstracto, dado que se presenta como una construcción dogmática, apéndice de un orden doctrinal. Ese matiz diferenciador, en el sistema jurídico islámico, se ubica en la distancia conceptual existente entre los *principios doctrinales o genéricos* del orden legal o *Sharîa`* y las *normas positivas o Âhkâm*, pese a la importante carga teológica que éstas conllevan en sus formulaciones.

Mediante la interpretación legal del corpus doctrinal que es el *ÿyihâd*, lo abstracto del Derecho encuentra concreción, dado que interviene la necesidad de establecer un orden jerárquico en la construcción del acto jurídico. Acto que no es otra cosa que las *opiniones* legales o *fatûa*, cuando éstas son la cristalización, la actuación, del principio teórico, descendido en forma de Revelación, como la opinión teórica desciende a la realidad legal mediante la ubicación que el jurista lleva a efecto con su análisis e interpretación del caso.

En esta concepción legal, y en definitiva, en la teoría jurídica que a partir de ella se articula, ha de jugar un notable papel la formulación normativa concreta, ya que ésta mostrará la comprensión que el teólogo-jurista posee de su dogma y de la realidad que lo circunda y, claro está, de la relación entre ambas entidades. Para el observador especializado, la comprensión de la circunstancia por la cual la norma positiva final es expresión de un orden teórico legal, ha de ser de vital importancia. Las normas explican al analista el cómo de la teoría sobre la producción jurídica, la organización legal y judicial, y tras ella la ordenación social, incluso, al fondo de todo ello, la concepción de la realidad existencial que anima este orden; por otra parte detalla los procedimientos legalistas, que a su

Una exposición del Derecho Islámico

vez expresan la prelación doctrinal de prioridades que se contienen en el dogma; y, finalmente, las normas sustanciales -contrapuestas por Pizzorusso a las procesales- ayudan a entender los derechos y deberes socio-políticos del individuo acogido al orden legal y, mediante esto, a comprender la entidad social que tal sistema elabora.

Sin embargo, con dificultad se pueden entender las normas legales de una producción jurisprudencial si, antes, no se tiene un conocimiento detallado de las tesis teóricas que articulan la producción legal; especialmente, esto es difícil si no se mantiene en la mente del observador que se trata de un pensamiento de tipo transcendentalista. Para ilustrar la necesidad de comprensión previa del marco doctrinal de las teorías jurídicas islámicas observemos un habitual error de la historiografía orientalista: no es infrecuente leer aseveraciones del tipo de “la tradición legal sunnita es abierta, y la de las escuelas *shîa`* está constreñida por una tradición paralizadora”; Goldziher escribe que “*el sunnismo es una iglesia de consenso -îyma`- y el chiísmo es una iglesia de autoridad*”³, y tras él Anne-Marie Delcambre opina que “*la dócil aceptación de la autoridad [de los Imames Infalibles] es, sin duda, la mayor diferencia entre el sunnismo, que apela a la razón y al discernimiento personal, y el shiísmo, que proclama la impotencia de la razón humana*”⁴. Nos parece evidente que quien así se explica sólo ha podido llegar a la jurisprudencia islámica mediante la limitadísima vía de las traducciones, o de los compendios reduccionistas escritos en árabe para la divulgación más burda; más parecen opiniones de *folletografía* que de una bibliografía solvente.

Quien observe el universo legal islámico en su globalidad podrá ver que el mundo sunnita está paralizado en lo que se refiere a sus elaboraciones teóricas legales, que esa libertad de la razón y el discernimiento, si lo hubo alguna vez, se quebró hace doce siglos, con la desaparición de los fundadores de las escuelas legales sunnitas, de forma que se refieren a un orden legal petrificado en su capacidad de *îytihâd*; por contra el mundo *shîa`*, que, según la pro-

fesora Delcambre, asume dócilmente una autoridad, mantiene aún hoy vigente la acción creadora de juicios y opiniones legales, lo que se evidencia con la constante reelaboración de una auténtica y compleja Teoría de la Ley.

De este ejemplo se puede extraer como conclusión, que en la comparación analítica de diferentes ordenes jurídicos es importante la correcta ubicación del objeto de estudio. En el caso del sistema legal islámico, más importante que las normas positivas, que son de interés al verificar diferencias y analogías con la tradición romana occidental, es la precisa comprensión de la *teoría de lo legal*, dado que ésta permite al analista determinar los criterios de la comparación y armonizar éstos, a fin de establecer una equiparación homologable. Así, si el estudioso occidental rastrea el equivalente islámico a la división de poderes políticos de Montesquieu, encontrará una respuesta, si no es capaz de comprender en qué medida el poder judicial islámico, es interpretador de la *sharîa`*, y no un generador neto, como habitualmente se dice, dado que el jurisprudente islámico sólo es quien concreta para el caso un sistema de *juicios* o *âhkâm*, por lo que ha de diferenciarse netamente lo que en el orden jurídico hay de Teoría legal y las consecuencias normativas de ésta.

El sistema legal islámico, en concreto el *ya`farî* se asemeja, en cierta medida, al viejo sistema latino clásico y especialmente al más moderno modelo anglosajón de jueces “creadores” de jurisprudencia para cada caso concreto, a partir de un marco dogmático muy genérico. Si para los estudiosos del fenómeno legal el sistema anglosajón enriquece a Occidente frente al encorsetamiento latino, por qué habría de pretenderse del orden islámico una aculturación legal, tendente a situar la *Sharîa`* en la lógica académica europea; en muchos casos de evidente de raíz iureista. No parece adecuado observar el fenómeno legal duodecimano, como cualquier otro de los islámicos, si no es a partir de una observación reflexiva de su propia Teoría legal, y de ésta sin conocer cómo la definen los juristas musulmanes, y qué cuestiones doctrinales subyacen bajo las

Una exposición del Derecho Islámico

diferentes definiciones que el acopio académico islámico nos puede ofrecer.

Previo a la descripción que hemos de hacer del *orden teórico* del Derecho islámico, debemos apuntar -puestos en el trance de la comparación de sistemas- que éste de alguna forma se asemeja a lo que David llamara ordenamiento judicial de *Common Law*, ya que de una u otra forma el sistema duodecimano se adapta a las pocas premisas que para este ordenamiento se enunciaron: en el sistema legal *ya`farî*, el jurista no es, un funcionario del Estado, antes bien, ha de recordarse que tradicionalmente ha suplido a cierto orden estatal; el juez islámico -duodecimano- no es un jurista simplemente, sino alguien que procede de otras áreas del saber coránico, de manera que la función enjuiciadora conlleva cierta *creatividad argumental* que excede la simple aplicación de los patrones positivos, tal como en buena parte de Europa hoy se lleva a efecto. Por otro lado, en el orden islámico, al igual que en los ordenamientos del *common law*, se prevé la existencia de otros entes que asumen competencias parajudiciales, tal es el caso de las opiniones que los juristas referentes o *maryia`-e taqlid* dan a demandas de sus seguidores, que sirven de instancia intermedia entre la norma positiva y la sentencia individualizada; la tendencia a no diferenciar, o hacer una sutil diferenciación entre el Derecho público y el privado, es una evidencia del paralelismo que defendemos; en los casos de ordenamientos del *common law*, cualquier juez puede ejercer un cierto papel político/constitucional, y de igual forma, la sentencia y la opinión o *fatûat* islámica, goza de una plena autonomía respecto al poder político, sea cual fuere éste; de hecho esta independencia legal ha supuesto una de las claves de las fricciones históricas entre los autores y juristas *shîa`* y los poderes temporales califales sunnitas. Finalmente, doctrinal o en teoría, se puede decir que en el plano formal de la judicatura, el juez duodecimano no ha sido, tradicionalmente, una figura administrativa producto de un sistema postulante u “opositor”; no hubo un acceso plenamente reglado por el poder político para la carrera judicial, sino más bien se trató de

juristas formados en otros ámbitos socio-religiosos, políticos, jurídicos, e incluso forenses, que por lo general son la enseñanza teológica o la investigación histórica, con la connotación activista que la primera posee en el mundo musulmán.

Así pues, ante el hecho jurídico duodecimano, hemos de contar con que observamos la *realidad* en su dimensión transcendente, de forma que no es posible desvincular la realidad material, que en otros ordenes sería profana, y la realidad religiosa, que en la vida práctica reglada para el individuo creyente, se orienta a un fin espiritual. En relación con esto Zubiri escribió que “*no se trata de dos ordenes de objetos, ni de una disociación entre la sagrado y lo profano, sino de dos dimensiones -la profana y la religiosa- que tiene y pueden tener toda realidad*”⁵. Esa percepción de la *realidad* será de vital importancia en el hecho legal, ya que en su dimensión metafísica adquiere connotaciones que ha de tener en cuenta el observador que compara los ordenamientos legales laicos con uno que tiene por esencia la obediencia a una doctrina transcendente; para ello puede servirnos la explicación filosófica que el propio Zubiri aporta sobre la noción de realidad cuando escribe que “*ni el monoteísmo del Islam, ni el monoteísmo israelita, ni el monoteísmo cristiano, en cuanto monoteísmos, tienen una diferencia sustancial (...) Es decir, la línea de la supremacía [en la argumentación metafísica] es concretamente la línea que va de la realidad relativamente absoluta, que es el hombre, a la realidad absolutamente absoluta que es Dios (...) Esta realidad absoluta tiene una conexión esencial con este mundo*”⁶, conexión que en el caso del Islam es la *Sharîa`*, en tanto en cuanto para el teólogo-jurista ésta es expresión de la Voluntad divina.

Habremos, también, de tener en cuenta que el *orden escolástico* islámico no es fácilmente asimilable a su homónimo occidental, especialmente en las cuestiones que conciernen a la propia esencialidad del Derecho. Kaufman⁷, por ejemplo, sostiene que la llamada *filosofía del Derecho* es Filosofía y no Derecho, puesto que la asimila a la Dogmática jurídica; por supuesto, esa dogmática

Una exposición del Derecho Islámico

está concebida mediante parámetros eminentemente kantianos, y se entiende como el procedimiento dogmático que se aplica desde la *razón pura*, sin establecer una crítica previa de la capacidad que el propio procedimiento tiene de ejercer, satisfactoriamente, el cometido para el que se llama a participar en la ciencia jurídica. Evidentemente todo tratadista sobre dogmática en Occidente parte del presupuesto de no poner en cuestión, ni establecer un examen de los principios del Dogma. Habría que ir hasta Pascal y su *Lógica de Port Royal* para entender el moderno planteamiento en que éste se enfrenta a la Dogmática por la idea, contenida en ésta, de aplicar conceptos que no hayan sido definidos previamente de forma unívoca; en realidad, a esto llama pre-juicio o pre-comprensión, y se entiende que es algo que no está permitido a la Filosofía, por inferirse que ésta no puede poseer en su espacio intelectual algo que no esté sujeto a reflexión analítica/crítica.

Si recordamos lo explicado hasta ahora sobre la importancia de las fuentes documentales islámicas, podremos observar el matiz diferencial entre la inferencia filosófica de la escolástica islámica, y la visión occidental de la cuestión. Mientras que la escolástica latina trabajó sobre fuentes indirectas, pues los propios Evangelios habían permanecido siglos ocultos, y los textos religiosos cristianos son siempre apócrifos, en el caso del Islam los exegetas coránicos sostendrán que la línea documental desde la Revelación a Muḥammad hasta la fecha actual ha sido diáfana; esto, para todo teólogo, filósofo o jurista musulmán es suficiente, dado que no se observa a los principios doctrinales procedentes del texto coránico como meros dogmas argumentales, sino como *evidencias divinas* o *Āyat Īlahî*, por lo que las reservas kantianas en torno a la dogmática jurídica no son de utilidad real en la comparación.

Kaufman, cuando observa la cuestión del objeto de la *Filosofía del Derecho*, sigue un planteamiento que puede ayudar a despejar esa diferenciación esencial entre ambas sensibilidades argumentales; él plantea la importancia en la diferencia entre objeto material y formal de la Filosofía jurídica, para lo primero entien-

de que ésta carece de objeto de reflexión, y que de ser algo es un objeto formal indefinido, posiblemente indefinible, ya que, escribe, en la filosofía el *objeto* es la totalidad del *ser* de la entidad pensada, lo que a nuestro entender supone una excepcional dispersión y una capacidad de crear un *objeto reflexivo* de difícil contención. Pensamos con Heidegger que sólo se puede aplicar este criterio, “*todo lo más sólo a la ciencia de la filosofía*”, esto es, a la *filosofía de la Filosofía*, nunca a la filosofía sobre cualquier otra ciencia. A partir de este planteamiento, que para el caso del Islam no es exactamente válido, Kaufman plantea que existen tres errores de apreciación metodológica en torno al debate sobre el *objeto* de la Filosofía del Derecho, ya que, para él no es factible pensar en quiénes se ocuparan de esta ciencia, dado que no concibe que sea obra de filósofos ni de juristas puros, y la combinación de ambos desvirtúa la esencialidad de la materia llevándola al terreno de las ciencias comparativas híbridas. En los *errores* de Kaufman, tal como los pueden percibir los juristas religiosos, se encierran las diferencias entre el orden mental occidental y el islámico, ante el Derecho de base doctrinal, ya que él dice que el primer error consiste en dar espacio al dogmatismo científico, puesto que como menciona, siguiendo a Jasper con ironía, “*que todo el mundo se considera experto en Filosofía*”, sin ser cierto; el segundo error que apunta, es el de contar con el dogmatismo filosófico, que considera un “*elitismo académico estéril*”; y en tercer lugar menciona que es un error “*aplicar acríticamente los dictados de un sistema de pensamiento*”, que suele ser obra de “*escuelas prefabricadas*” por la Filosofía del Derecho universitaria.

Por supuesto, Kaufman no parece confiar en exceso en la Filosofía de su tiempo, ya que menciona que ésta se debate entre la tendencia a enunciar “*enmarcados absolutos, invariables y universalmente válidos*”, y la tendencia a “*preservar la pureza del filosofar, renunciando a declarar valores [metodológicamente] comprometedores*”, son los casos de Weber, Kelsen, etc. Entendemos que su análisis tiene una limitación impuesta por sus propias desconfianzas; para el pensador o jurista, o en el caso islámico, para el

pensador/jurista, un orden filosófico implica un sistema dogmático que es simplemente base argumental; en el caso del Islam *revelado*, como hemos apuntado, la coherencia documental -a partir de la fe en esa Revelación- sitúa las referencias coránicas por encima de la dogmática argumental al uso; pero, aun obviando esta salvedad, ha de considerarse que no hay en él *dogmatismo científico* posible, puesto que en el ordenamiento escolar islámico, muy especialmente en el *ya`farî*, no *todo el mundo* se puede considerar un experto, de forma que la impostura intelectual es mínima; en primer lugar, porque el sistema de formación es suficientemente cauto para exponerse a la refriega escolar al uso en las universidades europeas de la actual modernidad, el sistema jurídico islámico se sabe poseedor de un espacio doctrinal y académico que no se compromete ni se conmueve con y por las críticas de los *adversarios* ideológicos, aunque pueda ser extremadamente sensible a los debates *internos*; en segundo lugar, porque la argumentación del juicio legal -ya situados en el plano operativo del pensador jurídico- se centra en el *cómo* y nunca en el *por qué* de la acción legal, de forma que el espacio destinado al dogmatismo filosófico no es especialmente problemático, dado que, en términos doctrinales, la Filosofía es un simple sistema de exposición de las evidencias de la Fe. Finalmente, respecto al tercer error que Kaufman menciona, podemos decir que el sistema de pensamiento islámico no toma en consideración la *acriticidad* de un sistema de pensamiento, sino que sopesa y considera éste a partir de la idoneidad doctrinal que, como venimos insistiendo, se apoya en la confianza absoluta que el pensador musulmán concede a la presencia del referente revelado.

En cuanto a la cuestión de la conexión del sistema legal, específicamente del aspecto documental, con la Voluntad divina hemos de observar la relevancia argumental de la *religiosidad* que se apoya en una Revelación, y la Ley que de ella emana, como expresión de aquélla, recibida mediante la *Profecía*, cuestión que analizara espléndidamente Max Weber en su *Sociología de la Religión*⁸. Este planteamiento aparecerá una y otra vez, de forma insistente, e incluso machacona, en nuestro itinerario, puesto que es el

eje fundamental de la totalidad del edificio legal islámico. Weber nos explicó⁹ que un *profeta*, en términos sociológicos, es un *procurador de salvación*, para lo cual ha de servirse del anuncio de una *doctrina*, que no es otra cosa que un *carisma*, o lo que es igual “*un don gratuito que concede Dios con abundancia a una de sus criaturas*”¹⁰, esto es una Revelación. De forma que en esa figura se aúnan dos entidades: la posición privilegiada de la criatura en relación **directa** con su Creador, que no es la situación común, y la circunstancia de la *revelación* que dota al *profeta* de un mensaje que transmitir, el cual también ha de tener un aspecto legislador, lo que nos interesa sobremanera en esta exposición.

El tipo de legislador que nos importa es aquél que Weber define cuando escribe que “*la transición de un ‘profeta’ a un ‘legislador’ es fluida (...) Se entiende por ‘legislador’ una personalidad a quien, en un caso concreto, se confía la tarea de construir y ordenar sistemáticamente un Derecho, como los aismetas griegos (Solón, Carondas, etc.)*”¹¹. Ese legislador/profeta tiene la capacidad de estructurar un sistema jurídico de nuevo cuño, respecto a lo existente anteriormente, en el ámbito en el que se produce el fenómeno profético/revelador, de forma que aquello que es por él establecido se convierte en punto de partida para el modelo legislativo posterior; por esto insistíamos anteriormente en la necesidad de aceptar, para el caso concreto del ordenamiento jurídico islámico, que la dogmática occidental a la que Kaufman apelaba no era asimilable en la observación de la *Sharîa`*. La función profética, según la sociología weberiana, consiste en procurar algo que podemos calificar como *bien jurídico transcendente*, la verdad de salvación a la que el pensador alude; la dimensión espiritual, o la estructura filosófica del mensaje, a la observación sociológica le resultan irrelevantes; sin embargo, esa dimensión de *bien-jurídico* para Weber es esencial para comprender que la revelación profética, en cualquier ordenamiento confesional, se sitúa, inevitablemente por encima de las dogmáticas mecánicas a las que los teóricos puedan llegar, pues los postulados genéricos de la orientación profética legisladora son elementos incuestionables e irrenunciables en la pro-

pia identidad y esencia del ser jurídico que el legislador/profeta aporta. Escribe Weber que “*La religión de Mahoma, con una orientación radicalmente política, y la posición de aquél en Medina, a mitad de camino entre el podestá¹² italiano y la de Calvino en Ginebra, se desarrolla, sin embargo, a partir de una misión que en su esencia es puramente profética*”¹³, y se está refiriendo a la aportación de esa *verdad de salvación* que es el bien jurídico aludido, dado que continúa explicando que “*El profeta (...) falta allí donde falta la proclamación de una verdad de salvación, en virtud de una revelación personal. Este elemento será la característica definitiva del profeta*”¹⁴.

Ahora bien, ¿Dónde está la lógica legal del mensaje profético? ¿Dónde radica la verdad de salvación como componente jurídico de la Revelación? Entendemos que se encuentran en lo que nuestro autor denomina *profecía ética*, la cual delimita cuando escribe que “*el profeta es un instrumento que por encargo de un dios proclama la existencia y la voluntad de ese dios, y en virtud de ese encargo de Profeta exige obediencia como deber ético*”¹⁵. Apelando a la ética de la profecía, Weber sitúa la cuestión legal en un plano trascendente, que se antepone a la mera dogmática metodológica del sistema jurídico que, inevitablemente, habrá de concretar el mensaje revelado. Ese *deber ético* weberiano es la ética religiosa que se plantea como *ideología*¹⁶, que no es otra cosa que la *religiosidad* a la que inicialmente apelábamos. Religiosidad que no implica necesariamente un planteamiento de acceso a la realidad por parte de las dimensiones ocultas de la realidad humana; no hay nada de crítico en esa religiosidad sino que se presenta como una codificación, si se desea apriorística, que ordena el bien jurídico que es la salvación, esto es, que establece pautas sociales de comportamiento, con una excepcional relevancia socio-política, pero siempre orientado a facilitar al creyente su salvación espiritual, a asegurarle la complacencia de la divinidad que él sabe presente en el establecimiento de los valores superior del sistema, dado que éstos intervienen en la profecía mediante la manifestación que ella es de la Voluntad divina.

Se ha visto, especialmente a partir de *La Genealogía de la Moral* de Nietzsche, en la *religiosidad*, una suerte de revancha social que el filósofo alemán explicó en su *teoría del resentimiento*, algo que, según su tesis, sirvió a los pueblos desposeídos como vía de acceso a los bienes jurídicos restringidos a los históricamente fuertes; se entiende así la religiosidad legal como una primera edición de un *pacto social* que permitía ordenar una sociedad depredadora, para lo cual se sublimaba legalmente, incluso, el sufrimiento; tal sería en caso de la elevación jurídica de los mártires por la fe, por ejemplo; sin embargo Weber desestima que el resentimiento sea una fuente argumental en la ética religiosa, evidenciando el error de percepción nietzcheriano, que tiende a asimilar la llamada a la bondad, platónica ésta, como protección institucional de la debilidad. El Islam *shîa`* es revolucionario, tiene un evidente componente pasional muy reflexivo, podríamos decir de teodicea del sufrimiento, por cuanto, se articula en torno a la promesa mesiánica de una justicia total, factible mediante la mano del Imam que ha de volver; todo ello también conlleva un sentido pesimista, e incluso vistingario dispuesto al esfuerzo y el sufrimiento, que ideológica e históricamente le resta la debilidad de la conformación o la comodidad, de forma que no hay en su percepción de la religiosidad la blandura de la denuncia nietzcheriana que desea beneficiarse con buenas palabras del privilegio que los fuertes atesoran, sino que ordena un universo legal orientado a cumplir el deber doctrinal de revolucionar el orden socialmente pactista mediante la aplicación de lo que se interpreta como Voluntad divina. Por ello, el orden jurídico que el *Fiqh* y el *Ūsûl ya`farî* establecen, se plantea, desde el primer instante de su formulación, como un sistema argumental basado en la complacencia a la divinidad¹⁷, de forma que pretender asimilarlo a las estrategias de la dogmática que Kaufman mencionaba resulta totalmente estéril. Por otra parte, Weber indica que “*los bienes de salvación son esencialmente mundanos*”¹⁸, de manera que corresponden al orden legal, a la ordenación de la realidad social, careciendo por ello de interés el planteamiento de Nietzsche de observar la cuestión desde la filosofía espe-

culativa. Dicho de esta forma: para la sociología que Weber enuncia, en las religiones reveladas el marco dogmático no es argumental sino referencial; así escribe que “*las imágenes del mundo, que son producidas por ideas, con muchísima frecuencia han definido, como guardagujas, las vías en las que se empujaban a la acción dinámica de los intereses*”¹⁹, precisamente esos intereses que concretan los bienes mundanos de salvación.

Todo esto lleva a percibir el sistema jurídico como la expresión de la cosmovisión religiosa, la *weltanschauung* o *forma de mirar el mundo* del pensamiento weberiano, que previamente Dilthey expusiera en la *Introducción a las ciencias del espíritu*, si bien para aquél ha de tenerse en cuenta la diferencia importante que se percibe entre la sensibilidad oriental y en la occidental, ya que escribe que “*ciertamente existía la contraposición de lo divino y lo humano, que en Occidente condicionó históricamente la sistematización unitaria del modo de vida, que suele llamarse personalidad ética. Pero en Asia la contraposición no fue nunca la de un dios ético y el poder del pecado, del mal radical que había que refrenarse*”²⁰. En ese Oriente weberiano, que por causa de la dicotomía postcolonial hoy se concreta en el Islam histórico, lo esencial, doctrinal y, legalmente, radica en la ordenación de una teoría legal apoyada sobre la convicción de un sistema jurídico que es intérprete, no fiel, sino veraz, de la Voluntad divina; de forma que es esencial aceptar que el planteamiento genérico de la enunciación de la Teoría de la Ley se oriente a partir del punto de origen que es la documentación revelada, puesto que a partir de ésta, todo lo demás será relativo y complementario, incluidas las posibles reservas que pueda aducir el observador, que desconfía del dogma.

Aquello que denominamos *Teoría de la Ley*, en el ámbito cultural islámico de hoy en día, como ha sido apuntado en la primera parte de nuestra exposición, no es otra cosa que el desarrollo de lo que se conoce como *Ūsûl*, disciplina que en palabras del propio Mutaharî²¹ guarda con el Derecho o *Fiqh* la relación que la Lógica formal conserva con la Filosofía general.

Es Muṭaharî quien más recientemente ha ofrecido una definición marco de estas materias, la cual permite al estudioso orientar el debate en torno a la delimitación de la ciencia del *Ūṣûl* dentro del esquema general del Derecho islámico. Él nos apunta que el Derecho islámico o *Fiqh* es “*la ciencia que se ocupa de las normas legales [shari`ît] que delimitan las obligaciones del individuo creyente, a partir de las argumentaciones [doctrinales] que las sustentan*”, sin embargo del *Ūṣûl* escribe que es “*la manera de comprender los aspectos que regulan la práctica legal islámica, a partir de los criterios metodológicos que se han desarrollado [a lo largo de la Historia legal del Islam]*”. En el primer caso nos pone ante una *disciplina* o *i`lm* y en el segundo, ante una *epistemología* o *fahm*, lo cual supone, en los términos de la nomenclatura académica islámica, que la primera noción goza de una solvencia doctrinal total -esto es, una vinculación directa con la Revelación misma-, y que la segunda entidad es un producto especulativo de los eruditos musulmanes a lo largo de la Historia.

No obstante, como se expuso en la primera parte, en la Historia intelectual islámica, el *Ūṣûl* ha devenido en Teoría general del orden legal islámico, no sólo por cuanto ha englobado esas normas legales procedentes de los argumentos²² doctrinales revelados, sino por cuanto ha puesto en relación la práctica legal real con esa doctrina, conformando un *todo* teórico que en el último siglo es la expresión, tanto técnica como doctrinal, del pensamiento jurídico del Islam *ya`farî*, con todo lo que en esta escuela se implica, en el concierto musulmán, como referente intelectual.

Expuesto esto, queremos en esta parte de nuestra explicación, dar cuenta detallada de en qué consiste y cómo se articula esa Teoría de la Ley, y pretendemos abordarla a partir de lo que es el *Ūṣûl Âl-Fiqh* desde que el *Âjûnd Âl-Jurrasânî* escribiera su célebre *Kifâiat Âl- Ūṣûl*, hace casi dos siglos. Tomamos esta referencia documental habida cuenta de que en torno a esta obra, y el posterior desarrollo erudito que en forma de comentarios, anotaciones y exposiciones críticas en torno a la misma, se ha venido construyendo todo un

corpus teórico, que es expresión del pensamiento jurídico de nuestro tiempo tal como los juristas *ya`farî* lo conciben y desarrollan. Por otra parte, la posición privilegiada de la obra de Jurrasânî en el curriculum académico de las escuelas teológicas y jurídicas duodecimanas, nos obliga a prestarle especial atención, dado que a partir de este autor y sus tesis se forman, intelectual y técnicamente, la casi totalidad de los jurisprudentes que en la actualidad ejercen algún tipo de influencia o autoridad en el ámbito legal, e incluso político, del mundo islámico; de manera que atender a la teoría del Derecho islámico tal como se expone en *Kifâiat Âl- Ūsûl*, y las obras que han glosado y desarrollado este libro, es atender a la Teoría de la Ley vigente en el espacio académico de la *Hauûza*.

Iniciaremos la exposición siguiendo el hilo argumental, e incluso el itinerario expositivo, del *âjûnd*. Éste abre su discurso -no olvidemos en qué medida este tipo de obras son el fruto de la labor profesoral del autor, y fueron concebidas como guión de las clases magistrales para las escuelas teológicas, más que como textos orientados a la publicación académica, tal como hoy se entiende ésta- delimitando el carácter científico o *i`lmî* del *Ūsûl*, de manera que se inicia la obra con una ruptura, casi programática, con la tradición previa que concebía esta materia como una simple muleta técnica del *Fiqh*, relegándola al papel de metodología complementaria del sistema normativo clásico, opinión que el propio Muṭaharî²³ perpetúa en la referencia que hemos anotado con anterioridad.

Sin embargo, nuestro autor al reivindicar sin reservas el carácter científico para la materia *ûsûlî* colocará ésta más allá del lugar donde los autores clásicos habían situado las *leyes técnicas* o *qaûûi`d* de que se valían para ordenar la argumentación normativa que, aún de forma muy mecanicista, extraían de las fuentes históricas. Jurrasânî, de esta forma, abre un espacio nuevo al Derecho islámico, por cuanto lo sitúa por encima de la inercia histórica, la cual empezaba en su tiempo a dar signos de agotamiento argumental debido a lo que de rutinario tenía el ejercicio jurídico, limitado a la recreación de las fuentes clásicas²⁴; por otra parte, ordenó y conci-

bió una metodología integral que permitirá a los jurisperitos duodecimanos posteriores a él proyectar cuestiones político-legales nuevas sobre el marco jurídico tradicional, de manera que se habilitan para ordenar doctrinal y legalmente la realidad del tiempo en el que el Islam histórico se transforma, a causa de la presencia colonial occidental en el ámbito cultural musulmán, anteriormente preservado de la aculturación globalizadora.

Escribe Jurrasânî en la primera frase de su obra²⁵ “*que toda ciencia se define y delimita como tal mediante las aplicaciones [a`ûâridih] que le dan un sentido útil...*”, de manera que “*...los elementos [masâ`l] que conforman esa ciencia son los elementos capaces de hacernos obtener el objetivo para el que se destinó esa metodología*”. El autor, a renglón seguido detalla de qué forma esos elementos determinarán los logros en la aplicación de la metodología que conforma la ciencia; para él, se habrá de tener en cuenta que el *Ûsûl* ha de observarse como la suma de los elementos, todos y cada uno de ellos, que permiten la utilización de la metodología jurídica, así como los conocimientos genéricos que la conforman, de manera que, en el inicio mismo de la obra decide mezclar en una única entidad, la ciencia que él defiende -tanto los elementos documentales del *Fiqh* clásico, que son a la vez objeto y método del estudio de la ciencia *ûsûlî*- y las formulaciones técnicas que en la periferia documental se han formado durante siglos de quehacer jurídico. Nosotros seremos de la opinión que al formular esta mezcla conceptual, Jurrasânî estaba dando lugar al nacimiento de una entidad nueva en el universo legal duodecimano, puesto que ello sobrepasa las formulaciones del *Sheîj Ânsârî*, en tanto en cuanto, éste en su *Rasâ`l* aún no asume plenamente la definitiva unión del acervo documental clásico con las tesis especulativas posteriores. De cualquier forma, Jurrasânî concederá mayor transcendencia, en la delimitación de la entidad de una ciencia legal, no tanto al objeto del estudio, que explica “*puede ser común a diversas ciencias*”, cuanto a las peculiaridades de la observación de esa materia, en la cuales, según él, reside la identidad misma de esa ciencia, esto es, y en relación con el Derecho islámico, para nuestro autor la especifi-

cidad científica del *Ūsûl* consiste en la combinación de los elementos que aplica, tanto como de qué forma se lleva a efecto esa aplicación.

Las generalidades documentales clásicas²⁶, que el autor toma en consideración para ser aplicadas a los objetos de estudio legal, esto es las bases y las fuentes que tradicionalmente han servido como referentes legales, en *Âl-Kifâiat* conforman una *summa* en la que Jorrasânî integra, siguiendo la normativa clásica²⁷, al *Qurân*, así como a las Tradiciones de los Infalibles o Hadices, unidos al Consenso o *Ïyma`* -que en su opinión ha de referirse al consenso entre los jurisprudentes o *fuaqhâ`*-, y, por supuesto en consonancia con su posición de teórico del Derecho -procedente del *Kalâm*- partidario de reconocer el *libre albedrío* para el individuo o *Ïjtîâr*, el cuarto elemento de la esta *summa* habrá de ser el *intelecto* individual o *A`ql*. Esto era denominado, desde la época clásica, los Cuatro Argumentos vinculantes o *Âl-âdilât* *Âl-A`rba`t*, a los cuales, y en la medida que la ciencia historiográfica y los compendios de hadices se hacen doctrinalmente fiables, los juristas duodecimanos unirán los actos observados a los Infalibles, tanto de forma fehaciente, como las omisiones; lo cual conforma, en el sistema documental de la escuela, un singular espacio denominado *Âl-Ta`âdilûa* *Âl-taryîh*. Todo ello constituirá, como se ha venido indicando, la base del Derecho que más adelante denominaremos *documentalmente deducido*. Sin embargo, a partir de *Ânşârî*, y muy especialmente de la obra de Jurrasânî, la Teoría de la Ley se apoyará con igual coherencia en elementos legales que no pueden ser considerados *argumentos* legalmente vinculantes o *dalîl*; pese a lo cual esta teoría no se verá mermada en nada de su eficacia, ni en su respetabilidad doctrinal, dado que estos autores confeccionarán un esquema discursivo que apoyado en la tradición legal clásica de la escuela *ya`farî*, proyectará el sistema legal más allá del finito espacio documental-; no olvidemos, y éste será uno de los argumentos del discurso innovador de ambos autores, que la escuela *shîa`* adolece de documentos historiográficos, a causa de las persecuciones políticas que los califatos *apócrifos* ejercieron sobre los Imames

Infalibles (P) y sobre sus seguidores, especialmente sobre los juristas clásicos-

A nuestro entender el debate *ûsulî* habrá de esperar desde los días de Jurrasânî hasta los nuestros, puesto que será Muḥammad Bâqir Âṣ-Ṣadr quien en su obra solventará satisfactoriamente la cuestión de la definición, y consecuentemente de la delimitación, de la moderna ciencia jurídica islámica, cuando sintéticamente escribe que se trata de “*la ciencia en torno a aquellos elementos comunes [a`nâsir al-mushtarak] que hacen posible la metodología de la deducción [îstinbât²⁸] de los juicios legales*”²⁹. Sostenemos que es satisfactoria la solución de esta definición, ya que esquiva el problema de la calificación, y, por tanto, de la clasificación, de los documentos que son referentes legales, y por cuanto da una visión plenamente integral de esta metodología que, de esta forma, supera definitivamente el conflicto clásico entre los juicios legales apoyados en evidencias doctrinales reveladas, y aquellos otros que son producto de la necesidad de la realidad histórica y que vieron la luz legal a partir de la especulación intelectual de los *fuqahâ`*. En definitiva, Ṣadr en su definición supera el debate mediante la asimilación de todos los elementos, a los que inicialmente hiciéramos alusión, a esos *comunes* o *mushtarak* que él contempla como necesarios para la deducción legal. Desde el momento en que el debate llega a este punto de encuentro de la tradición clásica con el orden metodológico moderno, que no es otro que el desarrollado a partir de las tesis de *Âl-Kifâat*, la Teoría de la Ley adquirirá una moderna madurez en el área intelectual duodecimana, que la convierte en un interesante objeto de reflexión y estudio para los especialistas en el Derecho comparado, así como para los historiadores de la evolución del pensamiento legal, y su proyección socio-política.

¿Qué relevancia puede tener esta disquisición entre ciencia o metodología para el observador que se interesa por el Derecho comparado? Bien, hemos de reiterar que la línea esencial que separa un sistema jurídico de raíz trascendente y otro consensuado por los individuos que lo avalan, se encuentra ubicada precisamente en este

Una exposición del Derecho Islámico

tipo de matices; sin embargo, todo sistema jurídico recurre en algún momento a la invocación de entidades conceptuales superiores³⁰; no obstante, es en los casos en los que un orden legal se reclama como legítimo traductor de la Voluntad divina -independientemente de cuáles sean sus credenciales documentales-, que los matices de este carácter determinan buena parte del sistema ulterior. En el caso que observamos, la relevancia que se deviene de la toma de posición del *Âjûnd*, está directamente relacionada con la lógica semántica coránica³¹, en la cual la diferencia de matiz entre *ciencia/saber* inducido, esto es *ʿilm*, y la *comprensión/deducción* intelectual o *Fahm*, es la diferencia entre la legislación de origen revelado y transcendente, doctrinalmente incontestable y de respetabilidad obligada, y la normativa socialmente consensuada y susceptible de cuestionamiento en función de los avatares históricos.

Aún a riesgo de anticipar cuestiones que habrán de surgir en el desarrollo de esta exposición, y en virtud del apoyo discursivo que nos puedan aportar algunas cuestiones que se anticiparon en la explicación en torno a la evolución histórica del sistema legal duodecimano, que constituye la primera parte de este trabajo, diremos que una forma sintética de ejemplificar la cuestión del saber/ciencia y de la comprensión intelectual y su repercusión en el orden legal islámico, se puede percibir en la cuestión del carácter de *argumento vinculante* o *Dalîl*, que más arriba anotamos, puesto que una opinión legal, en definitiva una ley, apoyada en un *dalîl* tiene ese carácter transcendente que le confiere su vinculación directa con la Revelación; sin embargo, de ello carecerá cualquier otra norma apoyada en un documento que no pueda aportar esa directa relación. La escolástica islámica clásica y el posterior sistema filológico mallasadrano han resuelto para el ordenamiento legal duodecimano esta cuestión³², de manera que, con brevedad, podemos decir que entre ambas entidades se interpone un espacio conceptual que es el que media entre lo *verdadero* o *Haqîqî* y lo *real* o *ʿUâqî ʿî*.

Ese espacio entre *realidad* y *verdad* suele aparecer en toda reflexión que se elabore en torno a los conceptos de Justicia y Derecho; Jhon Rawls en *Teoría de la Justicia* establece, prácticamente de entrada, un paralelismo paradigmático entre estas entidades cuando escribe que “*la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento*”³³; para él estos conceptos relacionados con la noción de Justicia no implican una resolución de ninguna cuestión importante de lo legal, sino que, afirma, simplemente que “*ayuda a identificar el papel de los principios de la justicia social*”³⁴; sin embargo, no hemos de olvidar en el recorrido que iniciamos sobre la noción islámica de Justicia, que al tratarse de un orden trascendente el sistema de correlación de los valores atiende a una radical orientación, de manera que el jurista *creyente* de una religión no asumirá que el objeto de la Justicia sea el que Rawls define al escribir que “*el objeto primario de justicia es la estructura básica de la sociedad,..., el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la decisión de las ventajas provenientes de la cooperación social*”³⁵. No habrá grandes reservas en aceptar *realmente* esta formulación; no obstante, en *verdad* un orden legal trascendente se orienta de forma completamente inversa, dado que asume que la Ley, especialmente su esencia si está concretada como Teoría general, tendrá por objeto adecuar las pretensiones sociales e individuales de los miembros del colectivo, que la aceptan como norma de comportamiento a un fin que excede la mera distribución de cargas y privilegios, y que toma éstos como un medio de concretar el verdadero objetivo que es la sublimación espiritual, la construcción trascendente. Por ello es importante desde el inicio mismo de esta exposición que el lector entienda en qué medida se asoma a un orden jurídico que se estructura de manera específica, ya que parte de la premisa de no aceptar una formulación como la de Rawls, al menos de forma apriorísticamente válida, por muy *realista* que demuestre ser.

Esta controversia, en realidad, guarda el germen de lo que

Dilthey entendía como *las concepciones del mundo*³⁶, ya que enfrentaba la “visión religiosa” del mundo, unilateral según él, a la percepción plurilateral que permite la concepción “laica”; debate que metodológicamente se articula entre ideología o cosmovisión, entre la percepción técnica y mecanicista de la existencia, y la pretensión de explicar ésta en su esencialidad, y a partir de ella deducir el resto de las cuestiones; de manera que ordenar la legalidad, en definitiva, entender la Justicia como realidad o como verdad, lleva aparejado el percibir la existencia con *genio religioso*, lo que según él resta comprensión del hecho social. En este sentido escribió que “*el genio religioso vive en una región en la que está exento de la vinculación social, del trabajo, de la subordinación a lo asequible dentro de los límites (...). Toda consideración de semejantes vínculos falsea su comprensión de la vida*”³⁷; pretende colocar fuera de contexto socio-político y económico la religiosidad, crítica que si bien puede valer para el caso de la legislación promovida por la escolástica religiosa en Occidente, no podemos dar por válida para el caso oriental, ya que todos los sistemas de creencias espiritualistas de Oriente, y especialmente el Islam, presentan una paradoja frente al caso de la evolución social e histórica europea, dado que los ordenes legales allí integran estos elementos -lo que Dilthey llama “*vinculación social del trabajo...*”- a partir del pensamiento que sustenta el sistema jurídico y doctrinal. No se trata tanto de un error de percepción eurocentrista, cuanto de un fallo de comprensión del hecho de la Revelación, tal como las tradiciones conservadas en Oriente la explican: el cristianismo occidental es, básicamente, obra de Pablo de Tarso y las fuentes doctrinales son indirectas; la propia Biblia es un compendio de restos documentales que hoy en día ningún teólogo defiende como materia de revelación, limitando su asunción al área de los *artículos de Fe*; sin embargo, el Islam ha conservado intacto el nexo entre el origen profético y la aplicación social de la doctrina a la realidad histórica, entre otras circunstancias por su juventud como religión de la Revelación, de forma que su cosmovisión es efectiva e integradora, mientras que en Occidente esta misma situación lleva, según Dilthey, a que se entienda la apa-

rición de las religiones como un suceso mecánico que sólo se explica en términos antropológicos, nunca metafísicos. Es lo que él considera “*la vista unilateral de la concepción religiosa del mundo*”, para lo cual da una receta que es de poca ayuda si al orden legal islámico nos asomamos, ya que sostiene que “*el avance del espíritu en la Historia tiene que buscar actitudes que no estén ligadas a las tradiciones que proceden de orígenes oscuros y problemáticos*”³⁸.

El teólogo y el jurista islámico cuenta con un origen, que le es documentalmente diáfano, y para él es materia legal de primer orden, de modo que el sistema jurisprudencial se articula no sobre una especulación meramente escolástica, sino que ésta obedece al sedimento documental de la Revelación, que las sociedades musulmanas han venido asumiendo como incontestable, y en consecuencia la percepción antirreligiosa imperante en Occidente a partir del siglo XVIII no es de utilidad para comprender las motivaciones de la cosmovisión que anima el ordenamiento jurídico islámico.

Podemos observar un ejemplo que puede aclarar ambas percepciones: mientras que para Dilthey “*todos los pueblos han pasado por un estadio de ateísmo, es decir, de completa ausencia de toda clase de ideas religiosas*”³⁹, para el pensamiento islámico, basado en el referente coránico, esta situación es una evidencia discriminatoria, pues el texto revelado presenta esa fase de la existencia histórica humana como el estadio de la *Ignorancia* o *Yahîlîah*, ya que no sólo contempla con consciencia ese estado sino que lo utiliza legalmente, de manera *contrapuntista* frente al orden doctrinalmente *Conocedor* o correcto. Lo que Dilthey llama “*la época de la representación única*” es lo que los juristas islámicos entienden por *verdad* existencial, con sus consecuencias legales concretas; no son para ellos simples elaboraciones especulativas, de manera que carece de utilidad al observar este sistema jurídico, no teniendo en cuenta la relevancia que en él se estima entre la *realidad* y la *verdad*, y el contrapunto metodológico que de todo ello se devendrá en el desarrollo de la Teoría islámica de la Ley.

Una exposición del Derecho Islámico

Para el sistema teológico islámico con la aparición de la idea religiosa surge la verdadera *cultura*, aquello que Max Weber denominara *normas y bienes de salvación*, y en consecuencia una formulación que defina la teoría legal ha de tener presente esta sensibilidad, ya que de su comprensión contextualizada depende el éxito en la observación. Valdría la pena hacer alguna reflexión, llegado este punto, sobre las diferencias que los teóricos duodecimanos perciben entre su teoría de la Verdad existencial, y una nebulosa contrapuesta a ella, que algunos sitúan en un ageográfico Occidente, ya que ellos diferencian netamente entre dos entidades intelectuales: una occidental/laica y la islámica/confesional, ambas enfrentadas ante la noción misma de *Realidad*, puesto que, dirán⁴⁰, en este último siglo la crítica de Nietzsche a la Filosofía occidental ha supuesto una revisión de las bases de todos los postulados apoyados en las doctrinas metafísicas. Bien entendido, como afirma Juan Verma⁴¹, que para Nietzsche la Metafísica en tanto en cuanto esencia de lo que se diera en llamar Filosofía, es el objeto de esa crítica, que lo es a la totalidad del pensamiento occidental, puesto que entendía el pensador alemán, que la imposibilidad de trascender de este pensamiento exigía una revisión de los conceptos de *Verdad* y de *Tiempo*, o -en términos jurídicos- de las nociones kantianas de *Ser* y *Deber ser*.

Por parte del pensamiento occidental, generado a partir de Nietzsche, el cuestionamiento de la Metafísica se dirige precisamente a la noción de *Verdad*; así dice Verma, comentando el pensamiento del alemán, que “*los principios de lo real están ya incluidos en los juicios, y por tanto no son un conocimiento, en sentido estricto, sino una creencia*”⁴². Evidentemente esa es la cuestión, pero en el caso del pensamiento jurídico islámico no se trata de descubrir ningún tipo de *finta* argumental, simplemente la teología de los pensadores duodecimanos establece desde la primera época clásica que el orden de prelación argumental, especialmente para lo legal, es el de *creencia-realidad-juicio*, así de poco ha de servir la crítica de Nietzsche, y lo que ella tiene de tesis occidental. Para el teólogo

islámico no es factible tener en cuenta la prevención de Nietzsche cuando él mismo escribe que “*La verdad no se distingue esencialmente del error (...) La verdad es la especie de error sin la cual una especie de seres vivos no podría vivir. El valor de la vida decide en última instancia*”⁴³; así pues, al jurista islámico no le es factible asumir esta crítica, por cuanto sólo evidencia, en su opinión, la primacía y dominio de lo que los *u`lâmah* suelen definir como *utilitarismo materialista*, que desde el punto de vista de la formulación de una teoría de lo legal es prácticamente irrelevante, en especial cuando se trata de orientarla a un orden trascendente, ya que el sentido de utilidad entra, inmediatamente, en colisión con el Derecho divino a ser complacido; de manera que los Derechos de los hombres o *Haq Ân-Nâs*, tienen una esfera delimitada que no puede, en ningún caso teórico, superponerse a los principios doctrinales; si bien en la práctica se haya previsto un espacio de utilidad, espacio que en ningún caso tiene una esencia metafísica, sino epistemológica.

Como muestra de ambas percepciones podemos observar la lectura que el propio Nietzsche hace de la aplicación de la Lógica, particularmente en el momento en que plantea que el principio de *no-contradicción*, que para él no tiene nada que ver con la Verdad, sino que lo entiende como algo meramente normativo. En palabras de Vermaal, este principio “*parte de la creencia de que podemos construir conceptos, de que un concepto no sólo designa lo verdadero de una cosa sino que la aprehende*”⁴⁴. Sin embargo para el caso del *Ûsûl* duodecimano -que como ya hemos apuntado y más tarde detallaremos, excluye la *analogía lógica* o *Qîâs* de su espectro metodológico⁴⁵, sobre la base argumental de un célebre hadiz del sexto Imam, Ya`far Âs-Sâdiq (P), quien lo descalificó- no se puede decir que se ordene una Teoría sobre ese tipo de conceptos *construidos*, ya que no se ocupa preferentemente de la viabilidad técnica de éstos, sino que toman el referente del citado principio revelado, que se impone sobre la reserva metodológica que el pensamiento laico occidental ha elaborado en torno a los sistemas argumentales religiosos.

Una exposición del Derecho Islámico

De ninguna manera se podrá observar la Teoría *ya`farî* de la Ley con la visión de la ética producida por el pensamiento nitzcheriano, pues el alemán, tal como lo explican los pensadores duodecimanos, no llega a comprender aquella parte de la filosofía antigua que concibe la tesis de un mundo ordenado por la inmanencia existencial, y sin embargo abunda, para ellos, en su error de apreciación cuando el pensamiento del filósofo alemán sostendrá, que “*el mundo que tiene valor; ¡lo hemos creado! y al reconocer esto, reconoceremos también que la adoración de la Verdad es ya la consecuencia de una ilusión*”⁴⁶. Poco vale lo que el lector neutro pueda pensar, en opinión de los teólogos, puesto que en su condición sólo pueden concebir que lo cierto es un orden legal orientado a satisfacer una orden de servidumbre a la *Verdad* revelada, lo cual difícilmente es observable desde otra perspectiva analítica convencional, si no es asumiendo lo que para ese orden tiene de cierta su posición. Por ello, en la definición misma de la ciencia jurídica Jurrasânî, y con él todos los pensadores que tras su obra se han ocupado de la definición del *Ûsûl*, la asunción de la diferencia esencial entre *verdad* y *realidad* será definitiva, y como tal operará en el ordenamiento metodológico que a partir de las fuentes doctrinales pueda obtener el *muytahid* duodecimano.

En el primer caso del binomio *verdad/realidad*, la norma legal positiva⁴⁷, y en consecuencia el *juicio* o *Hukm* que la soporta doctrinalmente, **corresponde con aquello que el orden teológico considera “verdad” o “auténtico”**; en el segundo caso, al tratarse de una norma basada en una interpretación o en una relación, de forma alguna, *indirecta* con la fuente trascendente, también se considera que la potencia efectiva del juicio legal es limitada o *imperfecta* -*Nâqis*, dice Jurrasânî-, por lo cual sólo se puede considerar como “*real*” la percepción que esa norma tiene de la situación que ordena, y, por tanto, vinculada, solamente, al limitado e imperfecto ámbito de las percepciones humanas. En definitiva, este segundo caso es el que corresponde a las necesidades de la práctica jurídica *real*, sobrepasada por la limitación de las fuentes directas, que según las tesis doctrinales duodecimanas son insuficientes a causa

del escamoteo que tras la muerte del Profeta (Pb) se hiciera de la autoridad legítima de sus sucesores Infalibles, por parte de los grupos tribales árabes interesados en hacer de la doctrina islámica una lanzadera política; esas tribus dañaron la cadena transmisora de la información legal revelada al no permitir que los Imames (P) recrearan, con sus comentarios sobre el *Qurân*, un corpus legal y doctrinal completo, que hubiera sido *suficiente* para generar todos los juicios *verdaderos* o *auténticos*; a falta de lo cual se ha de recurrir a los *deficientes* vínculos indirectos que permiten, por defecto, generar esos juicios *reales*⁴⁸ Como tendremos ocasión de exponer, esta tesis excede el mero ámbito especulativo, dado que tendrá en la Teoría legal islámica una proyección, concreta y metodológica, en el momento en el cual se observe la cuestión de qué hay de *general* o *genérico* -*Kullî*, en palabras del *Kifâiat*-, y qué hay de *específico* en el orden legal islámico; o lo que es igual, hasta qué punto el ordenamiento legal/doctrinal es de obligada imposición y asunción, o en qué medida es susceptible de ser obviado.

Este debate, que en la Teoría islámica de la Ley aparecerá como una cuestión en torno a la contraposición de lo *Ûm* o *genérico* y aquello que es *Jâs* o *específico*, tiene su basamento en el pensamiento escolástico que abordara, de forma similar a cómo se hiciera en la escolástica medieval latina, la cuestión de los *Universales* y la implicación de esta cuestión en la percepción legal de la realidad sensible⁴⁹, de la percepción convencional que el individuo llega a poseer sobre su entorno vital. Es evidente que la posición doctrinal imperante en el sistema legal islámico, como en cualquier orden orientado por una sensibilidad metafísica, será el primar la percepción existencial -que se define como *auténtica*- sobre la simplemente vital, sensitiva y material, en definitiva sólo *real*. La tasación del argumento documental religioso, en estos parámetros, no es más que consecuencia de un posicionamiento doctrinal, el cual obliga/vincula al jurista a primar aquello que se le presenta con el marchamo de *veracidad*, frente a las especulaciones que el colectivo de los teóricos y/o *fuqahâ* aporta al ordenamiento legal, por atractivas que éstas puedan llegar a ser.

La definición de *Ūṣūl*, pues, adquiere, en el debate sobre la ipicidad de la materia jurídica islámica en general, un carácter programático, que excede la mera nomenclatura metodológica. En el panorama académico de las disciplinas coránicas han quedado como relevantes tres posiciones, que implican tres percepciones diferentes, aunque no son necesariamente contrapuestas, de la cuestión de la definición de la Teoría legal islámica: la definición que Jurrasânî ofrece al estudio, como colofón a sus especulaciones a partir de la frase con que inicia su exposición; la que Jomeîmî incorpora a su obra *ûṣūlî* más notable, *Manâhiy Âl-Ūṣūl i`lâ I`lm Âl-Ūṣūl*⁵⁰ en la cual orienta todo el planteamiento doctrinal desde una perspectiva eminentemente *filosófica*, que a nuestro entender encorseta en exceso la formulación legal, necesitada de cierto eclecticismo pragmático, y finalmente, la definición que consideramos más adecuada a la realidad legal islámica de este último siglo, la que Âs-Sadr construye en la tercera y última de las fases de su ya citada obra, concretamente en *Durûs fi I`lm Âl-Ūṣūl*, definición que definitivamente integra todos los aspectos que el jurista islámico de esta modernidad parece necesitar para hacer su labor, de manera que llega a superar las disquisiciones escolásticas establecidas en torno a la categorización de las fuentes documentales que poseen diferentes planos de solvencia transcendente. La definición de Jurrasânî se centra en facilitar a su lector la comprensión sobre qué se puede considerar como *teoría de la ley*, ya que dice “*el Ūṣūl es la ciencia que se ocupa de las fórmulas metodológicas [Qaûâi`d Âl-Mumahhidat] que hacen posible la deducción o extracción de las opiniones [Istinbât Âl-Âhkâm] relativas a las normas legales [Âl-Âhkâm Âsh-Shari`iat]*”⁵¹. Con ella determina que las disposiciones técnicas que conforman esas fórmulas metodológicas son capaces de ubicar el camino de la deducción de los juicios legales, cuestión que no siempre fue diáfana o evidente en la práctica legal islámica; por otra parte, delimita el ámbito del *Ūṣūl*, dado que lo constriñe a la obtención de las opiniones legales, las cuales no son necesariamente normas positivas, sino referentes o parámetros para éstas, dado que a partir de la formulación de un caso, es factible la

extrapolación a muchas de las situaciones legales cuyas circunstancias sean equiparables a la planteada en la opinión referencial⁵²; y finalmente, incorpora al espacio de los argumentos vinculantes o *Huyyat* a un importante espacio documental de las fuentes legales, todas aquellas que en las Tradiciones se catalogaran como portadoras de *duda* o *Zhan*, sobre la base de su limitada solvencia histórica o de algunas de las reservas doctrinales de las disciplinas que regulan el Hadiz y el *Riyâl*, ya que a partir de esa definición Jurrasânî asimila el complejo espacio, técnicamente subsidiario de la Teoría general, conocido como *Ûsûl Practico* o *Âl-A`malî*, en un plano de pseudo-igualdad, con el *Ûsûl* global elaborado con las fuentes directas tradicionales. Todo ello, más allá de su aparente sencillez metodológica, sólo fue posible, a nuestro entender, a partir de la definitiva solución que el sistema mollasadriano da a la cuestión medieval de los *Universales*; dado que el filósofo de Shîraz solventa, en opinión de los *fuqahâ`*, este debate y les permite enfrentar la tarea legal con ojos filosóficos; así Jurrasânî, llevará a efecto la asimilación de lo tradicional y lo práctico, al encuadrar la materia legal en el *todo* o *Kullî* conceptual que permite la filosofía mollasadriana, que da prioridad a la esencialidad de la cosa sobre sus accidentes. En otras palabras, al formular la Teoría de la Ley en función de un objetivo práctico, no de la mecánica legal documental como hicieran los clásicos, Jurrasânî se encuentra en disposición de reunir en una única entidad -el *Ûsûl* resultante de su *Kifâiat*- todo el método de deducción de las normas, ya que es ese método, y no sus referencias lo que determina la ciencia legal. El *Âjûnd*, con este simple planteamiento, transforma -creemos que definitivamente- el sentido y la percepción que el moderno *muytahid* tendrá de su quehacer, de forma que desde él, lo esencial no será tanto la orientación desde la fuente, como la posición desde el método, ya que la fuente pasa de una u otra forma, a ser la materia referencial, y no la referencia por antonomasia, que ya sólo será factible desde la fuente y desde la observación metodológica de la misma.

Modernamente, y ya en este siglo, se ha retomado con fuerza

académica la cuestión de la definición del *Ūṣūl*; en especial, es interesante la posición metodológica de Jomeînî, quien en la obra que hemos referido anteriormente opta por una muy sintética definición, que en buena medida parece de compromiso respecto al debate suscitado por Jurrasânî. Aunque con anterioridad a la definición se ocupa de desplegar todo un complejo sistema de referencias, básicamente filosóficas, que le permiten dejar abierta la cuestión de la integración de la tradición documental y la especulación metodológica de los *fuqahâ*; escribe que esta ciencia “*se define mediante las normas metodológicas [qââi`dat] que hacen posible el obtener certezas en el camino que lleva a la deducción [de los juicios legales: Îstinbât]*”⁵³. De alguna forma, y en la misma línea, su hijo Mustafâ Jomeînî secunda con matices esta posición de interpretar el *Ūṣūl* como una entidad técnica, puesto que entiende que la ciencia *ûṣūlî* se apoya en tres bases formales o *Mabâdî*⁵⁴, una documental, otra especulativa y una tercera normativa, refiriéndose en este último caso a la normativización metodológica clásica, esto es, a lo que podemos denominar los *principios del Derecho*, que los autores antiguos dejaron, avalados por sus singulares prestigios intelectuales y religiosos. En ambos casos, entendemos que se observa la cuestión de manera que no se asume plenamente la posición integradora de Jurrasânî, quien optara por la integración de la disciplina -él escribe “ciencia”-, con todos sus elementos, en una unidad de objetivo; estos autores se limitan en sus definiciones a constatar la evidencia académica, sin decantarse por la defensa de la *ciencia* del *Ūṣūl* como Teoría General de la Ley; Jomeînî padre, en su definición se refiere a las normas metodológicas que conceden *certezas*, sabedor de que, en puridad, la parte de la teoría legal apoyada en la metodología especulativa queda fuera de ese espacio; por su parte el hijo, al recurrir a la explicación de los tres basamentos no parece asumir, con plena decisión, el criterio más especulativo de presentar al *Ūṣūl* como unidad, y retoma el argumento clásico, previo a *Âl-Kifâiat* de un sistema basado en diferentes *elementos*, desiguales entre ellos, dado que no se les integra en ese “*todo*” jurrasaniiano.

Definitivamente integradora es la sucinta definición con la que el Saïd Âṣ-Ṣadr da por solventado el debate en torno a la naturaleza de la materia que integra la Teoría de la Ley. En su libro el Saïd escribe que el Ūṣûl es “*el sistema de referencias comunes [Âl-A`lat Âl-Mushtarak] que aportan orientación [Âl-Îstidalâl] a los juristas*”⁵⁵. A nosotros no se nos ocurre una forma más sintética de integrar en la unidad ūṣûlî todo aquello que desde antes de Jurrasânî estaba flotando en el ambiente académico y jurisprudencial duodecimano. Por otra parte, consideramos que es mediante esta integración por lo que podemos afirmar que se ha producido un cambio sustancial en la percepción que los propio juristas musulmanes tienen, a lo largo de este siglo, del objeto de sus reflexiones, todo lo cual lleva a la superación de los hitos clásicos e históricos, que venían limitando la capacidad de respuesta del sistema legal islámico frente a la modernidad, especialmente cuando ésta les es doctrinal y culturalmente foránea.

Entendiendo el Ūṣûl como la Teoría General de la Ley, y no como una simple herramienta para el reciclado normativo islámico, Âṣ-Ṣadr, siguiendo al Jurrasânî, sitúa al jurista duodecimano en la disposición y con la habilitación para hacerse cargo de un orden jurisprudencial capaz de generar la legislación, tanto teórica como positiva, que permita gestionar una sociedad confesional y doctrinalmente implicada con el tiempo presente. Si tenemos en cuenta que, otras consideraciones aparte, los ámbitos jurídicos globalizadores -léase: occidentalizantes- han reprochado a los poderes musulmanes cierta incapacidad doctrinal para estar a la altura que su modernidad les exige, hemos de aceptar que la aportación de Âṣ-Ṣadr a un orden legal, autónomo y orientado a suplir las limitaciones que pudieran hallarse en el sistema histórico, da cierta respuesta a esas críticas y satisfaces las expectativas pendientes de su entorno intelectual.

El Derecho islámico a partir de las fuentes reveladas

El marco conceptual fundamental del sistema legal *ya`farî* a partir de los documentos históricos inculantes o la Teoría de la Ley *deducida*

***Literalidad y literalismo* ante las bases documentales islámicas**

En un sistema legal basado de forma tan esencial como sucede en el caso islámico sobre la documentación histórica, que actúa como elemento *substanciador* de los valores superiores, la reflexión en torno a los aspectos semióticos de los textos revelados, ha de ser inevitable y condición previa a la posterior elaboración de la teoría legal que ordene y articule el universo jurídico. No existiría la *Sharîa`* ni las teorías legales en torno a ella si no hubiese entre los juristas musulmanes la total convicción de que operan a partir de una Revelación divina; a causa de esta premisa ha de tener muy presente, quien a este mundo legal se aproxime, que el condicionamiento del orden jurídico desde los textos revelados es determinante, y el recurso a este aspecto aparecerá en nuestra exposición, como reflejo del discurso *ya`farî*, de manera regular y reiterada -e incluso reiterativa-, puesto que no ha existido momento ni periodo en el transcurso de la Historia intelectual islámica en el que no se hayan orientado de manera previa las exposiciones

académicas desde el aspecto más básico de las argumentaciones: sobre qué se habla y qué quiere decir el Texto coránico, que sostiene el discurso.

En torno a la *literalidad* que explica el sentido de los textos del Libro se orienta, pues, la primera parte de la exposición de la Teoría de las leyes, tal como ésta se conoce entre los pensadores y juristas islámicos. Literalidad que es analizada, en primer lugar, como mero *signo* del mensaje emitido, para posteriormente, intentar sistematizar una comprensión de los *significados*; es a causa de esta observación del signo primario, por lo que sostenemos que esta primera observación es básicamente semiótica por filosófica, para más tarde ser técnicamente semántica. Unos pocos años antes que Charles S. Peirce iniciara su exposición en torno a la Semiótica, como hoy en día se explica en las universidades occidentales, el *Âjünd Jurrasânî* introducía en su obra *ûsûlî* algunos de los criterios que en la obra del norteamericano serían la base de esta disciplina. Ambos parten de la observación de los *signos*, que denominan primarios, para articular un sistema de codificación del mensaje, y ambos sostendrán que sin esta previa sistematización es imposible avanzar en el trabajo teórico, especialmente cuando éste tiene el lenguaje por referente o instrumento. Escribía Peirce que “*Nunca ha sido posible emprender un estudio -sea cual fuere su ámbito: las matemáticas, la moral, la metafísica, (...)- sin concebirlo como un estudio semiótico*”⁵⁶ y *Jurrasânî* sitúa entre las premisas iniciales del estudio de las teorías legales, la necesidad de establecer criterios estables, si no definitivos, en torno al lenguaje de la revelación que es base argumental del sistema legal, así como sobre la codificación y nomenclatura de que dispondrá el jurista para tipificar ese sistema legal. Sus precisiones estarán dirigidas a decantar esos planos -primario, secundario, e incluso terciario- del discurso semiótico, que hace posible desentrañar la cuestión más delicada para el jurista que se apoya en un código transcendentalista: la intención verdadera del discurso, y su uso más coherente.

Jurrasânî coincide con los semióticos occidentales en la orde-

nación de las variedades de los signos del lenguaje; Peirce, y luego Saussure, establecen algunas de las variedades que en la actualidad son de corriente uso entre los lingüistas, cuando definen el *signo-tipo* o *type token* y el *signo-ocurrencia* o *legising* y *sinsing*, y por su parte el *Âjûnd* analiza el *vocablo* o *Lafz* desde la perspectiva de su diseño deliberado para el uso concreto o *Taa`îînî*, y desde la posición que concede la conformación de un sentido que el uso aleatorio consagra o *Taa`ûînî*; que no son otra cosa que la observación semiótica primaria o *representamen* del signo puro, y la secundaria u objeto que asume la relación triádica que lleva hacia el tercero de los elementos, al *interpretante*, el cual se sitúa, para Jurrasânî, en la mente del jurista, dado que él parte del esquema mollasadriano que implica, integral y directamente, al observador en la correlación entre conocimiento y objeto conocido⁵⁷.

El semiótico occidental define el *icono*, en el nivel primario, como un signo determinado por un objeto dinámico en virtud de su naturaleza interna, el *índice*, correspondiente al nivel secundario, como signo determinado por su objeto dinámico en virtud de la relación real que mantiene con él, y define el *símbolo*, elemento terciario, como ese objeto dinámico del signo, solamente ubicable en este esquema en el sentido en que será *interpretado*. Por su parte el jurista *ya`farî* que se apoya en la argumentación *ûsûlî*, observará el vocablo que le sirve de argumento legal y doctrinal, en primer lugar por su transcendencia como expresión de la revelación, lo que en términos coránicos es el signo o evidencia de la Voluntad divina o *Âîat*, para después tomar ese vocablo y enfrentarlo, en un segundo nivel, a la relación que se establece con la realidad convencional; es el *sentido* concreto que del término se conoce convencionalmente o *Maa`nâ*, para finalmente, y en el tercer nivel, se observa la relación interpretativa que de la expresión “revelada” se puede hacer; esto es la evidencia causal legal o *Dalîl* que hace que el término sea símbolo codificado de la voluntad, codificación que ya es legal, de forma que corresponderá al jurista desentrañarlo. Así pues, el *muytahid* se limita a concretar el correcto sentido de la relación/intención del mensaje con la concreción simbólica de la

aplicación. De alguna forma, se pretende conservar lo que las leyes primordiales siempre tuvieron de itinerario preestablecido, de camino espiritual, lo cual inevitablemente ha de entrar en franco y frontal conflicto con la moderna visión *globalista* que pretende que la Ley sea una entidad simplemente *políticamente correcta*, siendo lo político algo aleatorio en la ecuación legal.

Pero observemos el itinerario que Jurrasânî establece en torno a esa premisa de sus sistemas que es la delimitación de las cuestiones lingüísticas en torno a las expresiones literales de la revelación coránica. En primer lugar plantea una distinción genérica del sentido del uso de los términos revelados: el uso *genérico* que denomina *A`âm*, y otro *específico* o *Jâs*, los cuales servirán, en el segundo plano de la relación semiótica, para establecer varios tipos de relaciones causales, que permitirán al jurista dar prioridad a los tipos legales que de las ordenes y prohibiciones relevadas se deduzcan. Así prevé un uso *genérico* a partir de un término *genérico*, como en el caso de la expresión “hombre”, tomada en su sentido más globalizador y general; o un vocablo *genérico* del cual se hace un uso *específico*, así pone el ejemplo del uso concreto, referido a alguien conocido de ese término “hombre”; también tiene en cuenta el uso específico de un vocablo que es esencialmente específico, así utilizamos el nombre propio “Huseîn”, dice Jurrasânî, cuando el orador se refiere a alguien con ese nombre. Con la lógica del sistema mollasadriano, de raíz aristotélica-aviceniana, no contempla la posibilidad de un uso *genérico* a partir de un término *específico*, -por ejemplo cuando decimos “los Juan del mundo”, para significar un tipo humano, que conlleva una categorización-, dado que es una aplicación figurada, cuya categorización supone un código convenido, que no es posible contemplar para el caso revelado, y que es unívoco y deducible; esto es, sustentado sobre la base de una Voluntad unilateral, que excluye la convención para el uso de los símbolos. En los tres primeros casos el especialista *deduce* el sentido que el mensaje conlleva, de forma que sólo interviene como traductor de la Voluntad del emisor; en el último caso la relación contractual o de convención, situaría al jurista en el plano de nego-

ciar el sentido del código e incluso la intención del divino mensaje. Sin embargo, más adelante se ocupará de sistematizar ese uso figurado del término lingüístico.

Fijadas estas premisas, más filosóficas y propias de los debates de las aulas escolásticas que lingüísticas o jurídicas, Jurrasânî se ocupa de analizar la estructura sintáctica de la lengua árabe, a fin de establecer otra premisa metodológica, la que concierne a la relevancia de las palabras en las categorías legales que de su sentido se obtengan; así explica que en árabe el *sustantivo* o *Îsm* y las *formas verbales* o *Fii`l* son vocablos con un sentido propio e independiente; sin embargo, en el caso de las *partículas* o *Hurûf*, reconoce que el debate está abierto, si bien la opinión mayoritaria es que carecen de ese sentido independiente, puesto que sólo adquieren valor en el mensaje mediante su adición a otra palabra que lo posea, aunque menciona que no les falta razón a los autores que opinan que las partículas en sí mismas encierran un sentido propio de intencionalidad, el cual según Jurrasânî y varios de sus comentadores⁵⁸, siempre es pasivo y condicionado a la orientación de la otra palabra independiente que le confiere capacidad de emitir un mensaje⁵⁹.

Hechas estas matizaciones, el *Ûsûl* centra su primera atención en una serie de cuestiones que son eminentemente lingüísticas. Se abandona el tono semiótico, cargado de resonancias filosóficas, y se orienta la atención del especialista a cuestiones que son específicas de los estudios semánticos y lingüísticos, y por tanto de una dimensión metódica en la cual el tradicional conflicto entre los gramáticos⁶⁰ árabes marcará buena parte del sentido de las posiciones.

La primera de esas cuestiones filológicas concierne a la naturaleza de la palabra: ¿el vocablo *Lafzih*, tiene un origen instituido y de *convención* o *Ûadî`*, o, por el contrario, es *natural* o *Tabi`*, y por tanto innato para el individuo que lo ha de aplicar? Aunque sistemáticamente se sostiene entre los autores -tanto clásicos como modernos- que el vocablo tiene un sentido para el individuo, tanto

emisor como oyente, de origen esencialmente convencional, Jurrasânî se detiene a considerar que, antes de asumir esta tesis, ha de hacerse un previo ejercicio especulativo, ya que si se observa el asunto sobre el que se habla *-mûdû` lahu-* se puede considerar que éste, en el plano *real* o *Haqîqî*, responde a la convención genéricamente aceptada, sobre el sentido que las personas le conceden y comprenden; sin embargo, en el plano figurado o *metafórico* -*muyâz-* se hace compleja esa afirmación pues la convención en ocasiones no es evidente y más bien parece responder a muy imprecisos criterios creativos, e incluso eminentemente literarios, que deben su fortuna a criterios de idoneidad que no siempre son evidentes, y que hacen al autor de *Kifâîat* conceder un margen de respetabilidad a la tesis de quienes entienden el lenguaje como un cuestión conatural del individuo.

Trás la obra de Jurrasânî esta cuestión no surge en la literatura especializada duodecimana sino como el eco de lo que es un hito argumental del *Kifâîat*. Así M. Baqîr Âs-Sadr⁶¹ entra directamente a considerar las cuestiones que sobre la convencionalidad de los términos lingüísticos pueden ser de interés para el jurista, y por su parte Mustafâ Jomeînî dedica la segunda sección de su obra ya referida⁶² a la cuestión de la convención lingüística desde su aplicación en la ciencia *ûsûlî*. En definitiva, la posición más generalizada será aquélla que considera que el vocablo, en tanto en cuanto signo semiótico, es de origen convencional, de manera que en caso de desear el emisor un uso figurado, habrá de contar con la adición al mensaje directo de un elemento externo al propio vocablo, que será la entidad mental que enriquezca la relación *convencional* primaria, más plana y carente de matiz, más aún cuando ese matiz o *qarînat* es aleatorio y siempre nuevo; es decir, en cada caso será *figurado* para el vocablo y tendrá un sentido específico, mientras que en todos los usos primarios o *reales* ese mismo vocablo conllevará el sentido establecido por la convención que lo generó.

En *Âd-Durûs* de Âs-Sadr, la última reflexión da pie a que en un esfuerzo por superar este debate, cargado de lastres academicistas,

se ordene de manera directa la convencionalidad del vocablo, pensando nuestro autor en la utilidad jurídica de la cuestión; así dice él que la convención de tipo *concreta* o *taa`îmî* se efectúa de una única y sólida vez, mientras que la convención que denomináramos *aleatoria* o *taa`îunî* procede de una repetición, inopinada y siempre sin intención, de efectuar la convención, ya que ésta se produce de forma gratuita y accidental, debiendo su fortuna a un posterior uso deliberado, el cual, al ser tal, pasa supletoriamente a tener la característica esencial del primer tipo, esto es, su carácter deliberado. Es el propio *Âs-Şadr* quien, inmediatamente⁶³, nos ofrece algunas de las claves de la utilidad jurídica de este asunto, cuando precisa una sistematización jurisprudencial del vocablo y su sentido, lo que en definitiva es el aspecto esencial para el jurista que ha de tomar como referente la Revelación, esto es: la literalidad del texto coránico, para establecer las normas positivas. Para este autor se han de tener en cuenta tres tipos de relaciones vocablo-sentido: un sentido global con una aplicación también global -*ûadi` a`âm ûa mûdû` lahu a`âm-*, como se puede hallar en el caso de la palabra “hombre” en su sentido más amplio y genérico. Un segundo sentido en el que, tanto el vocablo como el sentido, son específicos -*ûadi` jâs ûa mûdû` lahu jâs-*, ejemplo de lo cual son los nombres propios referidos a personajes concretos, evidentemente el uso más específico y detallado posible de los términos, y finalmente un tercer caso en el cual se contempla la existencia de términos genéricos que reciben un uso específico -*ûadi` a`âm ûa mûdû` lahu jâs-*, para el que, valga como ejemplo, el caso de un restaurante que se llame “La Comida”. De nuevo se puede pensar en un cuarto caso de término específico con un uso genérico, pero esto, ya lo mencionamos, entraría en el ámbito del lenguaje figurado, que se contempla como un caso especial de codificación del mensaje, con una casuística específica en las ciencias jurídicas, que más adelante tendremos la oportunidad de analizar.

La utilidad jurídica de todo ello se encontrará en la discriminación que el *muytahid* pueda hacer de las fuentes documentales, al

observar el carácter del sentido de los textos, que será netamente *específico* -atendiendo a los criterios mencionados-, lo que implicará que la norma tiene un *actor* o *fâi`l* predeterminado; en otras palabras que es una norma dirigida a una situación específica, y susceptible de todas las matizaciones que conceda la propia capacidad del jurista de contemplar aspectos de esa especificidad; o será una norma de sentido *genérico*, gobernada gramaticalmente por la *estructura verbal* en la frase o *ûaznî*, que conlleva un carácter impersonal y amplio, el cual llevará, casi ineludiblemente, a normas positivas muy genéricas, que podríamos denominar de primer orden.

Así, la lógica deductiva de que en todo lo que concierne al ejercicio jurídico islámico existe la relación vocablo-sentido, en tanto en cuanto se produce un mensaje de tipo *genérico*, llevará al jurista a conclusiones categóricas y muy amplias: esos enunciados que la cultura legal y política islámica -cargada siempre de doctrina- considera irrenunciables e inherentes al ser de la propia *Sharîa`*. Conclusiones y enunciados, productos y propios de la relación vocablo-sentido de carácter *específico*, que serán los mensajes legales en los cuales la *interpretabilidad*, en el tiempo y en el lugar, por parte del jurista puntual, hará posible *crear* normas positivas con una dimensión histórica; entendiendo esto último como el tipo de normas que, no siendo teológicamente esenciales, son susceptibles de transformarse, e incluso obviarse en función de elementos tan dispares como las modas sociales o las necesidades funcionales de la política puntual de la Comunidad confesional. El observador foráneo a la lógica doctrinal islámica habrá de ser consciente, que en sus posibles reservas sobre la idoneidad o no -desde el punto de vista de lo que en la actualidad se considera como *políticamente conveniente*-, hay una parte de las cuestiones que causan fricción, a juicio de los juristas musulmanes, entre el orden legal islámico y el imperante en Occidente; por parte del primero, procede de la fidelidad legal a referencias doctrinales del tipo *genérico*, a las cuales el jurista islámico no puede dar la espalda, sin traicionar la identi-

dad misma de su sistema de valores, o al menos sin cuestionar su código tradicional de valoración de éstos.

La *literalidad* a la que hacíamos mención en el título de este apartado consiste, pues, en contemplar la relación genérica del vocablo y su sentido convencional como una entidad *doctrinalmente vinculante*, dada la amplitud de su espectro semiótico; el *literalismo* consiguiente no será, pues, otra cosa que la imperiosa necesidad - proveniente de una exigencia doctrinal categórica, que es considerar la *letra* transmitida de la Revelación⁶⁴ como expresión exacta y pura de la Voluntad contenida en el mensaje divino- de asumir como referente incuestionable aquello que se deduce de la comprensión más convencional del mensaje profético; esto es, el literalismo jurídico islámico no es sino consecuencia lógica de la identidad misma del Islam como religión que se contempla a sí misma en tanto en cuanto originada por una revelación; de ahí que uno de los lugares comunes más transitados de la escolástica islámica, sin distinción de escuelas ni tendencias, sea el considerar que el Occidente judeocristiano es libre de ignorar sus referente doctrinales documentales, puesto que la certeza en torno al origen de los textos de la Biblia no es plena, ni tan siquiera para los más radicales teólogos judíos o católicos.

Evidentemente, en términos culturales, un musulmán orientado desde su tradición, al igual que un europeo proveniente de un contexto histórico *romanista* y *judeocristiano*, puede hacer tabla rasa de estos planteamientos dirigistas y doctrinalistas, pero en ese caso sabrá que no tendrá ninguna legitimidad para denominar como “islámicas” sus reflexiones, las cuales sin ese atributo doctrinal devendrán en formulaciones plenamente laicas. Lo interesante de la cuestión, que por otra parte es el motivo de la reflexión que esta exposición plantea, estriba en que una considerable porción del mundo musulmán, y la casi totalidad de la intelectualidad tradicional de ese contexto cultural, considera que su identidad colectiva reside en conservar la seña identificativa que supone ser la islamidad, la cual puede quedar desvirtuada en el caso de no asumirse este

itinerario metodológico, que la escolástica *impone* al orden jurídico islámico de manera apriorística.

Mario Satz aporta una interesante visión de los aspectos semánticos, y de sus implicaciones religiosas en las lenguas primordiales, como es el hebreo, el sánscrito o el árabe. Dice en relación con la lengua bíblica que: “*Como el árabe, la lengua de la Biblia responde a un sistema de raíces trílteras que son como las macromoléculas de su código interno. Existen pues las raíces, sobre las que crecen tallo, yema, rama y fruto, y son estas raíces las que impulsan la savia hacia arriba, transmutando la inercia mineral en el tropismo vegetal. Las partes de ese árbol enorme que es el lenguaje, crecen y se modifican por sus sufijos, prefijos y declinaciones. Son como la superficie móvil, el follaje visible que por encima del horizonte establece diferencias mientras que la verdad última, lo indiferenciado y profundo, permanece bajo tierra, en el polvo innumerable y en la sombra*”⁶⁵. Verdaderamente en esta imagen que recrea el hecho lingüístico están algunas de las claves que pueden permitirnos explicar la función y la utilidad legal que puede tener este singular hecho, de iniciar un sistema teórico de la ley islámica mediante la reflexión en torno a la lengua, como base documental, y consiguientemente argumental, del código de valores que sustentan ese sistema.

En el caso de la lengua árabe procedente del *Qurân* hemos de asumir que la *lectura* que ha de ser referente para nuestra exposición, es la que los propios *u`lâmah* establecen. Evidentemente se han articulado, e incluso ensayado, muy diversos intentos de teorías lingüísticas. Por parte de los estudiosos occidentales el esfuerzo no ha sido poco, pero consideramos que estos ensayos padecen de la valetudinaria tendencia a asimilar a la lógica cultural/académica europea los parámetros intelectuales con que los pensadores del Islam se administran, y consecuentemente, no permiten ilustrar el estado de la cuestión lingüística/legal tal como se expone en la realidad académica de las escuelas teológicas islámicas. Así pues, hemos de atender a esta cuestión capital en la Teoría legal

duodecimana con los ojos de los jurisperitos musulmanes, que sitúan el polo o eje de la *literalidad* en la comprensión de la lengua coránica, y especialmente en la noción de *Îtlâq*⁶⁶, que no es otra cosa que el sentido *genérico* que cada vocablo tiene; es, el sentido semiótico que se espera que el oyente perciba, y que se cree ha de guardar firmemente una relación directa con la *intencionalidad* emisora del orador o *Îrâdat*.

Esta noción será base de la interpretación *signal* que el jurista islámico obtenga en su observación de las fuentes doctrinales. Observar cada vocablo como portador de un código informativo genérico, pero de sentido específico e individualizado, supone que ha de observarse cada palabra de manera individualizada, y posteriormente analizar su *función* semántica en la frase; sólo de esta forma es posible comprender el mensaje, que nunca es global *desde* la frase, sino *por medio* de ésta⁶⁷.

De la capacidad para *concretar* un mensaje, a partir de un vocablo *genérico*, el jurista obtiene la información que le *traduce* los referentes amplios de la doctrina a los casos legales más concretizados, que son las normas positivas, sean estas puntuales o de amplio espectro. Se toma como referente, semántico ya y en primer lugar, *lo que el vocablo cuenta de sí mismo* y, además, se tiene en cuenta que en tanto en cuanto *símbolo* lo es de algo, que siempre *está* en el exterior mental del orador; esto es, que no depende de él sino de la ipsidad semántica de la expresión que se aplica para el mensaje.

A partir de la primera consideración el jurista observa, pues, lo *genérico* y en el segundo nivel lo concreta, estableciendo esa relación causal que articula el mensaje. Escribe Jurrasânî: “*Es pues en la emisión o pronunciación del vocablo con sentido [o intención] de concreción -Âl-Qâ`- que el sentido genérico -Îtlâq- encuentra su concreción, al chocar con la realidad exterior a la que se dirige, y sobre la que nos habla, ahora en lo concreto*”⁶⁸.

Si embargo, no olvida el analista jurídico que ese vocablo es,

en su ámbito genérico, capaz de cubrir una amplia gama de situaciones, de tipos y grados de posibilidades, de establecer “relaciones” con las realidades externas posibles. Así, se puede decir que en el *Ūsûl* se entiende el vocablo como integralmente *genérico*, y consecuentemente habrá de ser *genérica* su aplicación al mensaje, de forma que sea el uso *concreto* lo que dé especificidad a la función semántica que de él hace el jurisprudente⁶⁹. Volviendo a la imagen botánica de Mario Satz, la lógica que anima al jurista duodecimano a observar el idioma con este prisma, no es otra que la del biólogo que para dar respuestas a la ciencia médica descompone el ADN de una criatura, de manera que conociendo su estructura esencial, es capaz de establecer las pautas del *comportamiento existencial* del ser en cuestión. El jurista metido a filólogo se hace de la apreciación más exacta posible de la lengua, lo que le sirve de materia prima teórica, con el fin de conocer la pauta previsible del devenir de la norma, que en la mente de un *muytahid* se convierte en materia viva, puesto que en cada reflexión se transforma y regenera. Sin duda alguna, es esta la causa de que los teólogos *ya`farî* nunca hayan cerrado la puerta del *Îyihâd*, frente al mundo sunnita.

Finalmente, ha de mencionarse otra de las consideraciones que esta Teoría legal asume ante la lingüística, consistente en el hecho de que el *vocablo* o *lafzh* constituye en su propia ipsidad la función de su sentido, y éste no es arbitrario. Ahora bien ¿qué se entiende por *constitución del vocablo*? Partiendo de la argumentación causal, que enfrenta el *vocablo* a su *sentido*, como primera parte y como el punto final de la relación de causalidad, se considera que el motor⁷⁰ de esta relación ha de ser el uso o la necesidad que el emisor tiene de aplicar el vocablo, al menos cuando desea que su mensaje sea comprensible. Es ahí donde encontramos la clave, de lo que venimos denominando la *literalidad* interpretativa, que el jurista duodecimano ha de establecer regularmente de sus fuentes doctrinales.

Para Avicena⁷¹ y para el *Sheîj Ât-Tûsî*⁷² el vocablo es *evidencia* -*Huyyat*- del deseo que el emisor guarda en su mensaje; ambos

Una exposición del Derecho Islámico

descartan que se trate de una elaboración con otra función, que es aprovechada para generar un signo semiótico; ambos, en tanto en cuanto padres de buena parte de la doctrina filosófica asumida en las escuelas duodecimanas, sostienen que el vocablo *es* (= existe) en tanto en cuanto se *comprende* en el mensaje.

Sin embargo, sabemos que no siempre, y no necesariamente, un mensaje refleja el deseo *auténtico* *-ḥaqîqî-* del emisor. La comprensión puede ser errónea, en tal caso la relación entre vocablo y sentido, tiene para cada extremo de la relación un diferente uso; o puede recibirse fragmentado o tergiversado, etc. La relación más deseable viene a ser:

emisión del mensaje > deseo del orador⁷³ > recepción

Sea lineal la relación, o se establezca sobre ella cualquier tipo de árbol ramificado que la haga compleja, se parte de una premisa sin verificación auténtica: que lo que el orador emite es aquello que refleja con mayor proximidad su intención de mensaje, aun para el caso de dudas sobre la corrección en la recepción, ya que para esta situación se piensa en que se suma un accidente a lo esencial del mensaje, así desde el punto de vista del uso, esto es de la asunción del código legal que se deduce del mensaje, éste será lo que formal y aparentemente se entienda, de manera que los *matices* o *qarînat*, se tratarán como sub-mensajes; o lo que en términos jurídicos sería una norma referencial y las excepciones que la corrijan o maten, algo equiparable al reglamento para desarrollar la norma referente. Nosotros tendemos a pensar que hay bastante de funcionalismo lingüístico en este planteamiento, por cuanto en el famoso triángulo, que seguidamente reflejamos, adquiere una singular relevancia la posición en que se ubique la intención del emisor. Así será:

Significado >(signo) >significante > referente

Esto es, el teólogo *ya`farî* tiende a entender la lengua de la Revelación como una entidad dotada de “funciones”, siendo la más importante, evidentemente, la comunicativa, por lo que se considera que el lenguaje se dirige hacia el significado, el cual se descubre

posteriormente por medio del *Īyihâd*; tal vez por esto se presta una singular atención a las raíces trilíteras de los términos coránicos, a las cuales se tiene a considerar como los monemas signos, en el sentido saussuriano. Si recordamos algunos de los ejemplos de Martinet, hallaremos que hay una gran coincidencia con la exposición de *Kifâiat*, y el ejemplo de *Zeîd* “el que golpeó”, pues el lingüista funcionalista observa en las frases lo que denomina monema determinante, y considera los complementos a éste, como sintagmas dependientes, algo muy similar a la lógica que los juristas duodecimanos aplican desde los días de *Tûsî*, con las previsibles variantes culturales. No obstante, podemos apreciar en la obra de *Âṣ-Sadr* una cierta tendencia a replantear este esquema, ya que presta una nueva atención al signo, que recuerda las tesis de Hjelmslev pues la fórmula:

sustancia **contenido** forma / forma **expresión** sustancia

Se parece notablemente al planteamiento que el autor de *Durûs* establece cuando diferencia entre la comprensión *concreta -taṣḍîqî-* y la comprensión *imaginal* o especulativa *-taṣâûurî-*, y es ésta la que viene a la mente del oyente de manera neutra, sin discriminación de contexto o circunstancia, de forma que el contenido es lo relevante, siendo aquélla otra divisible para nuestro autor en *comprensión primaria*, esto es, la que se establece sobre la expresión formal, y *secundaria*, que es aquélla en la que la sustancia de la expresión tiene el mayor valor, entendiéndose que es precisamente esto, aquello que el emisor desea hacer llegar al oyente⁷⁴.

Nuestra exposición parece llevar a la conclusión que no hay nada nuevo bajo el sol. Dos tradiciones intelectuales tan diversas como la lingüística europea funcionalista, y las escuelas teológicas duodecimanas llegan a planteamientos teóricos bastante aproximados; sin embargo, la aplicación que en el segundo caso se hace, está totalmente mediatizada por los postulados doctrinales, los cuales son de fidelidad a las tesis de fe, y establecen un uso *literalista* de esas teorías funcionalistas, lo que permite al jurista apoyar en el principio revelador todo su edificio normativo, a la vez que se le

permite acotar el espacio argumental en el que desarrollarlo.

A partir de lo expuesto se puede suscitar una reserva legal: ¿puede darse una explicación, por parte de la lingüística, al riesgo de un lapsus del orador? Los juristas *ûsûlî* han dado una respuesta que para nosotros no es plenamente satisfactoria, pues sostienen que desde el momento en el cual el emisor emite su mensaje, al cual nosotros y solo nosotros -por el momento- denominamos *erróneo*, éste deja de considerarse evidencia legal o pierde su carácter de *referencia* o causal -*Dilâlat*-, sobre la base de nuestra propia reserva, que de una u otra forma es interpretativa de lo que, creemos, es la intención del emisor, de manera que la sospecha de una disfunción, simplemente mina la solidez del mensaje, no como mensaje que atiende a todos los requisitos lingüísticos para ser considerado tal, sino a su condición de instrumento referencial legal. Por nuestra parte, consideramos que el conflicto que se genera ante un mensaje sobre el que se albergan reservas, o está en una disociación entre la intención y la emisión, de forma que se intuye un mal uso del vocabulario, de su selección o de su recepción, o está en la comprensión, de forma que no es evidencia de la ignorancia del emisor en la elección de vocabulario, sino de un fallo del receptor, que no logra adecuar la relación vocablo/sentido de forma coherente, lo que le lleva a la reserva sobre la corrección interpretativa -si la relación es unívoca es muy factible que se produzca una disfunción en el sistema del mensaje, por causa de una imposibilidad para la lectura de los signos que lo conforman, o para una inadecuada correlación entre intención y uso receptivo-.

En el sistema documental islámico ha de ponderarse esta concepción lingüística, sin olvidar que el texto revelado es un todo, en el que se interrelacionan sus partes, expresándose en cada frase o mensaje parcial un segmento de la intención, la cual atiende a un orden superior de emisión, aquélla que tiene un carácter supraestructural -en el sentido que se concede a esta categoría en la *ciencia del texto* moderna-, así escribe Van Dijk que “*Las supraestructuras y las macroestructuras semánticas tienen una*

propiedad común: no se definen con relación a oraciones o secuencias aisladas de un texto, sino para el texto en su conjunto o para determinados fragmentos de éste. Esta es la razón por la que hablamos de estructuras globales, a diferencia de estructuras locales o microestructuras en el nivel de las oraciones"⁷⁵. La macroestructura lingüística del *Qurân* atiende a un planteamiento de tipo *referencial*, de forma que el teólogo jurista entiende que cada mensaje forma parte de un sistema codificado integral, de manera que no es factible que haga lecturas semánticas contradictorias entre sí, puesto que la macroestructura no es fragmentable, y así la intencionalidad ha de ser única y no contradictoria; de ahí la extrema importancia que se concede, por parte de la Teoría legal islámica, a la armonía interna del mensaje coránico, y a los hadices que lo ilustran y desarrollan como tal mensaje. En definitiva sería, en cuanto a rigor semántico, una incoherencia asumir parte del mensaje revelado y obviar una porción, como lo sería, si de los hadices verificados por las *Ciencias Islámicas* se tratase, dado que ambas colecciones textuales forman parte de una unidad macroestructural, tal como entiende ésta la Teología. Llegados a este punto, ha de pensarse en que para la comprensión del texto el jurista ha de tener en cuenta lo que Van Dijk denomina *macrorreglas*⁷⁶, para las que ha de recurrirse a lo que este especialista explica como marcos de conocimientos, que en el caso *ya`farî* no es otra cosa que el acervo académico de las *Ciencias Islámicas*, las cuales interrelacionándose como disciplinas complementarias apoyan la deducción que el jurista necesita para obtener una comprensión legal del mensaje, siempre desde su *literalidad*.

Lo que subyace en el planteamiento *literalista*, inmovilista o retrógrado, es la convicción de que a partir del código de la Revelación, del código genérico que son las fórmulas legales que en el Libro se mencionan, se puede construir -o mejor dicho se **ha** de construir- un orden complejo que refleje la *mente* divina. Un planteamiento que de alguna forma se parece a la estructura de los números naturales tal como Leibniz la pensara⁷⁷, de manera que, a semejanza de la matemática, tal como este filósofo la entendía, las

Una exposición del Derecho Islámico

ideas complejas -y las formulaciones legales igualmente- no habrán de ser más que combinaciones de ideas simples, al igual que los números primos sostienen los números naturales; siguiendo el ejemplo, de igual forma que el pensador alemán proponía confeccionar un catálogo completo de todas las ideas simples, y una gramática racional que reflejara las relaciones lógicas entre las ideas, el *Ūsûl*, y más concretamente su atención a las cuestiones semánticas, pone en manos del jurista duodecimano la tabla de los *números primos* terminológicos de la Revelación, para que pueda hacerse las combinaciones legales que la lógica doctrinal permita.

Sentido *real* y sentido *figurado* en los textos doctrinales

Un orden legal condicionado, en la medida que lo está el islámico que nos ocupa, por los textos doctrinales, inevitablemente ha de enfrentarse tras la cuestión de la *literalidad* de éstos con la cuestión, importante, del sentido específico que se atribuye al mensaje. Que se deduzca que un mensaje concreto tiene un carácter *real* o *Haqîqî*, o que éste sea *figurado* o *mayâzî*, implica una determinada morfología legal u otra, a partir de esa deducción; por ello la teoría legal desarrollada por el *Ûsûl* concede una relevante atención y espacio argumental a delimitar ambas percepciones del sentido de los textos, a fin de proyectar conclusiones, en forma metodológica, sobre el ordenamiento legal.

Puesto que el fondo documental es básicamente común a todos los juristas de una determinada tendencia escolar -a excepción de las reservas técnicas que en cada caso el analista pueda plantearse en relación con un determinado documento-, la cuestión de establecer una metodología uniforme, tendente a aunar criterios en la interpretación del sentido semántico de los documentos doctrinales se hizo perentoria desde muy pronto; en efecto, ya los autores clásicos -pese a la provisionalidad que concedían a su trabajo- iniciaron un proceso de decantación de los criterios de interpretación, que con las obras de *Ânşârî* alcanzó una cierta unanimidad; no obstante, aún hoy es un debate que ocupa un extenso espacio académico, tanto en el curriculum escolar del jurista como en la atención que se concede en los cursos de especialización de las escuelas teológicas.

La opinión más generalizada, sostenida por Âl-Juî` entre otros⁷⁸, se desarrolla a partir de la noción previa de *tabâdur*⁷⁹ o *anticipación mental*, según la cual en la comprensión analítica de un mensaje opera una prioridad que tiene que ver con la proximidad del sentido real a la mente del oyente, siendo un proceso más lejano y complejo el que lleva a la relación figurada. La tesis que plantea es que si el vocablo guarda una relación directa con la realidad, lo figurado, inevitablemente, ha de tener una adición, un plus sobre esa relación, de forma que se ha de considerar que el sentido figurado se aleja de la realidad, tanto como necesite de una explicación aclaratoria para generalizar la comprensión. Sin embargo, se puede plantear una reserva a la tesis formulada en el sentido de considerar que se puede producir una situación de círculo vicioso o *Dûr* entre la realidad y ese sentido real y directo, ¿quién antecede a quien? Dado que es un debate complejo el que establece la conexión realidad-sentido-vocablo. Es fácil, y casi todo el mundo secunda la opinión de Hudson⁸⁰ de que “*el lenguaje es determinante del pensamiento*”, pero éste último, cuando es expresión de la comprensión directa de la realidad más evidente, no aclara cuándo se establece la conexión entre las formas de la realidad y las expresiones idiomáticas, siendo por supuesto, más complejo cuando de situaciones semánticas se trata.

El *Ûsûl* aporta una respuesta, tomada en préstamo a la metodología filosófica *Mashâ`*, cuando explica que ha de diferenciarse entre el conocimiento del objeto, de la observación -sentido/vocablo-, y el conocimiento previo que se establece en el *tabâdur*, que al ser una proposición mental no-elaborada, y así inicial, establece un sentido de concatenación deductiva, sin que se pueda hallar espacio para el denostable círculo vicioso. Por esta misma causa, al ignorar la intención íntima del orador, se asume la convención de considerar que el mensaje recibido y comprendido corresponde al sentido real deseado, de forma que se deja la interpretación figurada para los casos en los que se cuenta con el plus de la *qarînat* o *matiz aclarador*. A modo de fórmula esquemática se suele decir⁸¹

que la *qarînat* es al sentido figurado, lo que el *tabâdur* es al sentido real. A este planteamiento se le conoce en el ámbito *ûsûlî* como *esencialidad de lo real -Âsilât Âl-Haqîqât-*, y se aplica una sencilla máxima para ubicar la presencia del *tabâdur* en la comprensión de la relación sentido-realidad: la no-adequación -desde el punto de vista del consenso lingüístico de las gentes que usan el vocablo- de una expresión a la realidad es evidencia técnica de la presencia de un sentido *mâyâzî* o *figurado*.

Entendemos que se está enunciando el criterio conceptual que la filología occidental denomina *prototipos del lenguaje*, ya que se atribuye a la comprensión primaria que el *tabâdur* concede, el valor que Hudson atribuye a los mencionados prototipos, a los que considera como “*los términos primarios alrededor de los cuales se organizan las palabras, y que son mucho menos distintos que las áreas totales de significado que cubren esas palabras*”⁸². Esas áreas totales a nuestro entender son los espacios que el *tabâdur* libera en la comprensión, de manera que ésta es directa y diáfana sin necesidad de excesiva reflexión, puesto que la mente orienta la comprensión en función de un sentido que es esencial y primordial.

La opinión alternativa entre los juristas duodecimanos sostendrá que ha de enfrentarse el vocablo a un ejercicio de reflexión basado en verificar, y si es factible comprobar, la coherencia de su sentido, ejercicio consistente en sustituirlo por otro concepto que se considere coincidente en el sentido -de manera que se pone a prueba la relación sentido/realidad a fin de analizar si el *tabâdur* es tan esencial como sostienen los partidarios de la esencialidad de lo real-; así se dice que para explicar a Fulano se puede decir que “*es un hombre*” o “*que es un individuo*”, y no parece que se altere el sentido del mensaje, ya que la comprensión sigue siendo unívoca y directa, a esto se denomina en la terminología filosófica islámica aplicada por los juristas, *soporte primario* o *Jaml Âûâl*; de forma que para el caso figurado se hace necesaria, también en esta observación, una nueva forma de soporte, más sofisticada, de tipo *secundario* o *Jaml shâîi` âû zânî* dice el filósofo, dado que para com-

prender que en la frase “*Juan es un hombre valiente*” se puede sustituir *hombre valiente* por *león* y decir que “*Juan es un león*”, así hace falta sustituir una relación esencial con otra que conlleva un plus de explicación, en este caso la que relaciona al *león* con la *valentía* y a ésta con el individuo del que hablamos. Todo esto nos sitúa en el plano de observar el lenguaje como la traslación formal del pensamiento, y de considerarlo como cristalización del conocimiento de las cosas que el emisor posee; conocimiento que atribuye al oyente, si espera que éste deduzca correctamente la intención de su mensaje.

Goodenough⁸³ opinó que en ese conocimiento se daban aspectos básicamente antropológicos del tipo *saber cómo* y *saber qué*. Consideraba él que había que relacionar esta cuestión con el sentido antropológico de cultura, entendida ésta como “*algo que todo el mundo -en el grupo- posee*”, en definitiva “*aquello que la gente debe aprender como distintivo del grupo..., consistente en cualquier cosa que uno debe aprender o creer con el fin de comportarse aceptablemente*”, de forma que se hacía necesario observar el conocimiento -el cual mediante el *soporte primario* o *Jaml Âûâl* se relaciona con el *tabâdur-* en un plano cultural o aprendido, e incluso en un plano no-cultural pero compartido por el grupo, en el cual reside la identidad comunitaria, y la comunidad de comprensión, y en un tercer plano no-cultural y no-compartido, que por ser privativo del individuo es donde se establece las sofisticadas relaciones de lo figurado⁸⁴, las cuales el sistema filosófico islámico ubica en el soporte secundario que hemos mencionado.

Este argumento nos lleva a las tesis sobre los conceptos y el carácter de prototipo de los términos de la Revelación, que apoya los planteamientos *literalistas* del sistema jurídico *ya`farî*, el cual se apoya sobre el esquema enunciado de una relación vocablo-sentido-intención-comprensión directa que hace que sobre un criterio semántico se sostenga que el *Qurân* mismo es el polo conceptual -doctrinal y dogmático- del orden legal islámico. Para decantar esta relación de interés en la comprensión entre el sentido real y el figu-

rado, con las implicaciones útiles que para la práctica legal se pueden intuir fácilmente, el *Ūsûl* prevé una noción conceptual que concreta técnicamente ese impreciso ámbito del *tabâdur*; se trata de aceptar que existe un estado de *Îtrâd*⁸⁵, que no es otra cosa que la *prevalencia que se concede a algo*, en este caso la superioridad que la comprensión del sentido genérico sobre los matices que particularizan. Si el concepto es útil para muchos, o al menos apoya varias concreciones exteriores, y se puede establecer una unidad fehaciente entre éstas y el vocablo -mediante *Jaml âûal*-, el vocablo será de tipo real. Si no es posible conceder esa prioridad a lo genérico, y se constriñe la comprensión del mensaje a una relación particular, con una o pocas concreciones exteriores, nos hallaremos ante un uso figurado del vocablo.

Ha de mencionarse, en relación con la necesidad de *qarînat* del sentido figurado, que ese matiz opera como *tonalidad diferenciadora* o *Qeîd*; esto es, el matiz tiene una entidad especial y específica, que lo diferencia sustancialmente de lo que es genérico, si no se llegaría a la paradoja de entender que el sentido genérico en sí mismo ya es un matiz, aunque sea muy global, aquél que universaliza el sentido, o al menos el uso del vocablo, pero parece evidente que este planteamiento nos situaría en un descomunal juego de círculos viciosos que nos impedirían explicar la relación del vocablo con el uso.

Para evitar estas especulaciones, a veces académicamente gratuitas, y las consecuencias que este patrón de reflexiones tendrían sobre un sistema jurídico *literalista*, el ordenamiento teórico de este sistema legal prevé⁸⁶ una serie de *estados* para explicar el vocablo, y no se entiende que pueda haber un uso del vocablo que no esté incluido en estos estados generales. Mediante exclusión, en caso de conflicto en la comprensión del vocablo o en el caso de que éste sea ubicable en más de uno de estos estados, primará -esto es una convención previa- lo que el común del grupo considere la evidencia formal o *Zhuhûr* del vocablo. Los estados en cuestión son: *Âl-Tayûz* o sentido figurado. *Âl-Îshtirâk*, que es la relación de

dos entidades, cuando no es posible la comprensión de la una sin relacionarla con la otra, como en el caso del *padre* y el *hijo*. *Âl-Tajsis*, o *especialización*, que el uso o el acuerdo concede a lo que era un uso genérico; ejemplo cuando se enuncia la expresión “*Honra a los sabios*, “*excepto a los corruptos*”, se entiende que el término “*los sabios*”, genérico, acaba por tener el sentido específico de “*los justos y honrados*”, por cuanto en el enunciado de esta máxima habitual en la literatura legal islámica se prevé que sea equivalente decir “sabio” y querer transmitir la noción de justicia y honestidad, así un término genérico adquiere una dimensión específica que lleva al carácter de categoría legal concreta. *Âl-Naql* o sentido *trasladado*, o mejor dicho *desplazado*, ejemplo tópico del cual se da con la expresión técnica “*salaâat*”, que en el árabe originario - en el propio *Qurân*- tenía el sentido de *súplica*, y que con el tiempo ha llegado a designar la *oración* canónica. *Âl-Îdmâr* o *reserva mental* que se produce cuando se habla mediante elipsis.

Siempre, opina el sistema *ûsûlî*, uno de estos tipos será dominante sobre los demás. Explicado esto, le surge al jurista una cuestión que guarda una relación deductiva con lo hasta ahora planteado: ¿qué diferencia hay entre la *realidad del vocablo* y la *realidad legal* que para él se establece en la práctica jurídica? Si anteriormente aceptamos que el vocablo tenía un origen de tipo *taa`îmî* o de *convención concreta* -frente a una supuesta convención aleatoria-, se ha de asumir que hay una aplicación consciente y deliberada del vocablo, que como tal carece de la perentoriedad de un matiz o *qarînat*, lo que sería ajeno a ese uso deliberado y conscientemente asumido, de manera que esa *qarînat*, para la cual entendemos hay un espacio del tipo de *deseo de mensaje con una intención específica*, entraría, en su esencia, en contacto con la noción de *realidad legal*, ya que ésta, diferenciada de la realidad genérica del vocablo, es una suerte de especificidad, siempre necesitada de matización y, por tanto, alejada del origen convencional/directo que permitía decir que la *evidencia formal* o *zhuhûr* habría de ser: el sentido genéricamente asumible por el jurista a la hora de establecer la corrección de la lectura *literalista* del texto religioso.

Se considera que la presencia de una *qarînat*, inevitablemente, implica un segundo sentido -en este caso el *legal*- pues la realidad legal queda situada en el plano de subdivisión de la realidad. El jurista duodecimano que aplica las normas del *Ūsûl* responderá que en cada uso ha de tenerse presente la convención que establece la correcta aplicación del vocablo, y el plano legal no es más que un uso específico, considerarlo figurado, por ser subdivisión de la realidad genérica, no es más que un ejercicio académico, lo cierto es que la *convención* en este caso es, como en el genérico de tipo *u`rfî*⁸⁷, así su aplicación se limita a los planteamientos técnicos que se prevén para ese grado de acuerdos sociales.

Ya se explicó la preeminencia del *tabâdur*, su posición mentalmente anticipada; sin embargo, cuando el vocablo se considera observado en su realidad legal, se contempla como una particularidad -*yuz`*- que se desgaja de un estado universal más amplio, más genérico sería lo correcto, y a causa del nuevo uso -*legal*- éste sentido universal queda relegado, dándose la paradoja *lógica* de una particularidad que se impone a su generalidad, trastocando la *lógica* de la anticipación mental del *tabâdur*. El ejemplo anteriormente mencionado de la expresión “*salaûat*” ilustra esta cuestión: en un primer momento su uso fue para designar la *súplica* a la divinidad, y posteriormente expresa la *oración* legalmente estructurada; teniendo en cuenta que en esa oración canónica existe un espacio formal para la *súplica*, la expresión de la parte ha terminado por designar al todo, trastocando el orden convencional de valores que debiera ser inverso. Por ello se considera que el uso legal se impone al uso coloquial, e incluso a las etimologías, en forma de un nuevo tipo de convención que no es otra cosa que el *argot* técnico -*Râ`y*- siempre posterior a la convención *taa`înnî*, y, sin embargo, nuevo y posiblemente, en cuanto al valor idiomático, más vigente.

Ahora bien, ¿por qué sucede esto? Es de suponer que nos encontramos ante dos tipos de realidad: la del uso nuevo y legal, y la convencional; no obstante, el nuevo uso no guarda una dependencia, ni tan siquiera de imagen, respecto del uso original y de con-

vención más amplia -aunque cabría preguntarnos de dónde procede ese uso, cuál es su *etimología mental*-. Del segundo uso no se puede decir que sea plenamente figurado, sino simplemente que es *otro* uso que el sentido real de la convención; incluso si se conserva la imagen, como en el caso de la palabra *salaûat*, se da la paradoja de que el universal *-kullî-* soporta al particular *-yuz`-*. De ello se da una explicación procedente de la lógica clásica aristotélica; se argumenta⁸⁸ que la oración como universal es un *todo*, que si bien tiene *partes*, éstas no son fragmentables en individualidades, ya que la relación no es efectiva, sino que es una simple elaboración mental que construimos para el debate; aunque en la realidad práctica, la coincidencia es ocasional y la parte tiene el valor de la fuerza explicativa del mensaje mismo, siendo el sentido universal, oracional o etimológico, solo un falso telón de fondo semántico. Así pues, en el vocabulario islámico, en concreto el que es aplicado a la Teoría legal, y tras ésta a los documentos doctrinales fuentes de jurisprudencia, se pueden encontrar una serie de términos técnicos -existentes con anterioridad a las elaboraciones jurídicas- que son reutilizados con un nuevo/otro sentido, más allá del que aplica el *Qurân* mismo⁸⁹, aunque por supuesto en el texto coránico aparecen términos y expresiones que ya eran utilizadas con anterioridad al Profeta (PBd). La cuestión es: ¿cómo diferenciar, en la práctica legal, cuando un vocablo se utiliza con su sentido convencional y cuándo se trata de un sentido nuevo y legal? Los teóricos del *Ûsûl*⁹⁰ responden que la diferencia está en la *concreción exterior* o *Misðâq* del término en cuestión, esto es, cómo se conoce por los oyentes capacitados, aquello que al término se relaciona; tal vez se pueda decir que en el inicio mismo de la revelación, esa ubicación estuvo necesitada de una *qarînat* explicativa; así, en el caso de la oración se hizo necesaria la enseñanza profética para establecer el cómo formal de la acción y la consiguiente vinculación terminológica, por lo que en ese primer momento pudo haber un periodo de incertidumbre.

¿Qué sentido tiene para nosotros este debate? Digamos que si se asume el origen figurado de un término legal, aunque fuese por

un corto periodo de tiempo, la *realidad legal* quedaría en un cierto entredicho o sería de difícil ubicación, e incluso ésta podría difuminarse en el relativismo, lo que no puede ser más contrario al planteamiento literalista; así, poniendo en cuestión esa realidad legal, la realidad que podríamos denominar clásica o previa a la convención legal, competiría en relevancia por esa concreción exterior definitoria del papel legal. El *Ūsûl*, a fin de compensar este peligro conceptual, tiene en cuenta dos tiempos: el de la convención genérica y el de la conformación del nuevo uso técnico, y los armoniza, pese a la evidente independencia mecánica del segundo, considerando al tiempo de efectividad legal como el vigente, y entendiendo al primero como periclitado, de forma que la literalidad a partir de las fuentes descansará sobre la literatura legal, interpretativa en cualquier caso, más que sobre el documento histórico.

B. Russell escribió en 1918 que “*prácticamente toda la metafísica tradicional está plagada de errores, frutos de una mala gramática*”⁹¹, y no le faltaba razón, pese a su propensión a descalificar deslumbrando. Lo cierto es que en latín no se podía hacer mejor escolástica que la que él criticaba, posiblemente por falta de una reflexión previa sobre la lengua; de ahí que en el caso islámico nos parezca especialmente interesante que el eje del pensamiento musulmán, el Derecho o lo que es más exacto su Teoría general, se inicie a partir de una profunda observación del hecho lingüístico.

Tal vez, contemplar este debate ayude al observador del caso *ya farî* a comprender mejor éste. Lo cierto es que Russell con esa opinión se situó en una línea filosófica eminentemente fregeana, e inicia una suerte de revuelta contra el lógico de Jena, más en concreto, contra su distribución entre el *sentido* y la *referencia*, que de alguna forma ya estaba resuelta en la obra de Jurrasânî, y plenamente ubicada en sus comentaristas de este siglo⁹². Si se asume que el *signo* semántico es algo que designa -valga la redundancia- objetos y conceptos y que la referencia lo es, en palabras de Russell, “*siempre de algún modo*”, la reserva⁹³ de éste sobre el sistema lógico de Frege, estaba resuelta en el pensamiento mallasadriano, tal

como lo utiliza el *Ūsûl* salido de la pluma del *Âjûnd*, puesto que lo que faltaba es observar el *sentido* en su relación precisa con la *concreción exterior* de la cosa *-misdâq-*, así la imprecisa indicación de Russell sobre el *algún modo* en que se situaba la relación, en realidad lo es sobre la realidad misma tal como el observador la percibe, de forma que el problema no era exactamente gramatical, sino de reflexión semántica sobre las claves gramaticales; entendemos que no resulta ociosa la insistencia que el sistema *ûsûlî* hace a partir de la Teoría de la Ley sobre este tipo de planteamientos, y que la reserva del inglés sobre la metafísica no procede para el caso doctrinal duodecimano, que en su contexto escolástico resuelve bastante coherentemente la *carencia* fregeana.

Por otra parte, respecto a la convención de los términos y su proyección sobre el binomio realidad/figuración, las dos tendencias que hemos apuntado: la aquéllos que consideran la nomenclatura legal expresión de una realidad que se nomina a partir de un término genérico, matizado por el uso especializado, y la de aquellos otros que entienden que no es estrictamente real la utilización de los vocablos cuando de un uso técnico se trata ya que sólo se trata de un argot profesional, y en ningún caso su significación semántica está legitimada por la *etimología simbólica*. Coinciden ambas en una cuestión formal, por otra parte incontrovertible, tal es el caso de aceptar que en los usos técnicos, la expresión legal está dotada de un sentido *anexo -sârifat-* que tiene que ver con la peculiaridad del acto que definen -siendo en materia legal una muy relevante cuestión como podremos observar cuando de ubicar tipológicamente y de definir las acciones se trate; siendo ésta una cuestión de capital importancia en el área del Derecho penal-.

Por nuestra parte, entendemos que hay un debate oculto, y a veces ignorado, en la cuestión del *sentido* y el *uso*, puesto que arriar el ascua argumental al calor de la defensa de la tesis *figuracionista* -la que considera *mayâzî* el uso de expresiones genéricas en un espacio especializado- implica, casi necesariamente, el asumir que todo el edificio legal puede ser entendido como una

gran entelequia y que su relación estrecha con la divina voluntad no es más que un ejercicio voluntarista, lo cual aboca, por reacción, al laicismo más feroz; por otra parte, la tesis *integral* -la que considera enriquecido el uso legal del vocablo con el matiz técnico, sin desgajar la etimología semántica de la convención genérica- apoya su legitimismo literalista permaneciendo en su edificación legal dentro de los límites formales de la Revelación. La verdad académica es algo demasiado sujeto a las modas y contingencias temporales como para que se pueda delimitar quién está en posesión de ella. El voluntarismo creyente acabará refugiándose en el espacio casi intangible de la fe, mientras que los detractores de las revelaciones hacen lo propio⁹⁴. Lo únicamente cierto es que el sistema legal islámico, históricamente con buena parte de las bendiciones escolásticas y filosóficas, se ha mantenido en el espacio integral, que en definitiva es el que conlleva al literalismo, a esa materialidad se deben la práctica totalidad de las elaboraciones positivas, con tinte islámico, que se pueden observar en la actualidad.

**Algunas tesis lingüísticas en torno al
lenguaje doctrinal y sus consecuencias
para el ordenamiento legal**

***Realidad y veracidad en la convención
para la comprensión de los mensajes
doctrinales***

Asentadas las bases de la *comprensión -fahm-* de los términos técnicos de utilidad legal, la Teoría de la Ley se detiene en algunas consideraciones, que se presentan como auténticas tesis epistemológicas, las cuales permitirán al jurista recrearse con los vocablos de los documentos históricos de la época profética, a fin de obtener los juicios legales.

Una de las primeras preocupaciones técnicas estriba en verificar hasta qué punto el uso y la comprensión de un vocablo está generalizado entre los receptores. Pongamos un ejemplo en castellano: la palabra “gato”, designa un felino doméstico, a la vez que una herramienta mecánica que todo el mundo transporta en su vehículo; esta palabra tomada de forma individual como aconseja el análisis más primario de la semántica habría de ser equívoco; situación que en la práctica legal no se puede permitir, más aún cuando existen expresiones y términos que tomados del *Qurân*⁹⁵ mismo, con el devenir del tiempo, han visto transformado su significado coloquial o común; el jurista se puede encontrar con el problema de tomar una fuente documental correcta y trasladarla de manera

incorrecta al juicio, e incluso éste mismo puede ser erróneamente comprendido por el destinatario colectivo final.

Para ello se plantean tres medios de verificar si es realmente común y acertado el uso de aquellos vocablos para los cuales se conocen más de un significado genérico: En primer lugar, por medio de la opinión de los lingüistas y expertos en la Historia de la Lengua, que pueden despejar las diversas funciones de los usos diferentes de un único vocablo, generalmente contextualizándolo. Mediante la denominada *huella básica* o *tabâdur*, ya que se concede una preeminencia al sentido primero que decanta, por medio de la anticipación mental, cuál es el uso más genérico y el más cargado de valor de vinculación. Aunque el pretender decantar mediante este criterio un uso, implica una contradicción de la neutralidad significativa que requiere la esencia misma del *tabâdur*, puesto que en la selección, de una u otra manera, habrá de contarse con algún tipo de matiz o *qarînat* que apoye la selección.

Finalmente, se puede enfrentar el término analizado a otro alternativo, que tenga un sentido aparentemente similar; a esto el *Ūsûl* lo denomina *a`dam sihat salb*, y en nuestro ejemplo consistiría en sustituir la palabra “gato”, por la expresión “mizifú”, o “minino”, de manera que se podría entender la frase: “llamé al minino y vino”, pero no: “reparé el pinchazo de la rueda levantando el vehículo con el mizifú”, lo que evidencia que el segundo uso se distancia del tandem formado por “gato” (animal)/mizifú; en este caso se dice que “*el uso que del vocablo se hace no comporta el mismo objetivo-garad*”⁹⁶. El jurista islámico ha de asumir de entrada que los textos coránicos soportan diversas *lecturas*, algunas de múltiples interpretaciones respecto a su sentido genérico, como evidencia la aleya: “*Él es Quien te reveló el Libro, en el cual hay aleyas precisas [de sentido unívoco], las cuales son la madre [o estructura básica] del Libro, así como otras que son ambiguas [de múltiples sentidos]*”⁹⁷. Así pues el uso legal del texto revelado se ha de orientar, en primer lugar, a decantar esa parte de él que contiene una *condensación -muymal-* semiótica, que sirve de polo referencial de

la lectura, es la atención *preferente* que se debe a las aleyas unívocas. Para el resto se impone una atención *explicativa* -esto es, analítica-, lo cual lleva a la necesidad de algún tipo de *qarînat* decantadora del sentido semántico. Esa *qarînat* se hará necesaria para evitar que se haga imposible la aplicación legal del mensaje profético, dado que a partir de ella se evita la oscuridad en la comprensión; aunque no siempre es necesaria para este menester, pues se descarta sistemáticamente ante algunos de los usos que son contrarios a la lógica trascendente, o cuando se puede provocar una ambigüedad entre el sujeto receptor y el objeto del mensaje.

Por ello, se ha de partir de la premisa, que es básicamente una tesis que actúa como postulado inicial, de que ha de asumirse la obligatoriedad de aceptar ese uso genérico o común, es decir, el sentido unívoco, para algunos de los vocablos, que serán las bases de las nociones referentes del sistema de comprensión semántica, en relación con los términos restantes⁹⁸. Otra de las cuestiones básicas, en torno a la comprensión de los términos documentales, será la de establecer hasta qué grado la determinación significadora de los vocablos en singular *-muyarrad-*, y cómo éstos pueden ser aplicados a varios y diversos elementos de la cosa o acción que definen. Aparecen dos criterios muy genéricos, que posteriormente se matizan hasta llegar, en la epistemología jurídica, casi a la complementariedad: el de aquellos autores⁹⁹ que consideran que es perfectamente factible, desde el punto de vista de la construcción del sistema legal, comprender que una expresión, vocablo o término lingüístico, en singular, se entiende como significante de acciones o cosas plurales en cantidad; y la de aquellos otros¹⁰⁰ que consideran que la literalidad misma entra en colisión lógica con este planteamiento. Para enmarcar este debate es necesario anotar que se acepta que el *singular* o *muyarrad* es un tipo conformado con la *función* de definir un, y sólo un, elemento de la cosa, y que en su sentido más genérico *-îtlâq-* actúa como un “universal” de esa cosa, lo que destaca en el valor conceptual de lo individual que representa.

Como es lógicamente factible el desgranar ese universal genérico en una sucesión de elementos específicos -o mejor, *concretos*-, se produce un conflicto de coherencia en el uso, dado que lo universal no es ni puede ser equiparable a lo específico, pues son entidades diferentes que no nos es posible reunir en ningún tipo de unidad, y se produciría la integración del menor rango en el más global, y se volvería al sentido universal puro mencionado en el primer punto. Así pues, el vocablo en singular puede llevar, y de hecho así es, un sentido de uso genérico, lo que implica *que* se referirá a la acción en cantidad indeterminada, superando la singularidad por concreta, pero nunca podrá considerarse que signifique cantidad plural de la cosa o noción, si ella es determinada por un número que la concreta. Respecto a esto, ciertos autores detallan que en el primer caso -la tesis del *Mua`âlim*- hay un matiz individualizador o *qeîd* en la unidad concreta, y no genérica; y opinará el autor del *Qaûânîn* que se puede admitir que en el singular, por genérico, se contienen las formas concretas del plural y del, aún más concreto, dual. Según el criterio de Tehrânî -un moderno comentador de las tesis de Jurrasânî- en el primer caso nos encontramos con una opinión que no es más que una especulación escolástica, puesto que no encuentra un argumento lógico capaz de destacar de manera efectiva el matiz y, sin embargo, detecta un *circulo viciado causal -dâr-* en la relación de los sentidos y sus matices, y apunta: “*si el singular necesita de una precisión formal ¿qué papel juega el singular mismo en otros casos [de sentido genérico puro]?*”¹⁰¹.

Sí, considera el comentador, que es lógicamente permisible que aceptemos el que es posible un sentido retórico -que no llega a ser figurado- en ciertos usos del singular, y viceversa -por ejemplo, si para reprender a un/unos niño/s decimos: “*¡el niño bueno se comporta correctamente!*”- cuando es evidente para el emisor y el receptor el número real de individuos a los que se hace concreta referencia. Podremos asumir que es legalmente correcto tomar como referencia documental un término singular en sentido globalizante y determinante de la acción o la cosa, pero al lindar con el espacio

figurado, y en función de cuánto de éste se ocupa, hará falta tener en cuenta la presencia concretizadora de una *qarînat* -con todo lo que ello comporta-. Dicho lo cual, podemos entender que el jurista podrá contar con el uso concretizador -*yuẓ`*- de un término genérico -*kullî*- y viceversa, lo cual será de un interesante valor jurisprudencial. Veamos someramente algunos ejemplos: para los casos de ciertas órdenes coránicas, en los cuales la referencia literal es singular, y del tipo “*haced la oración*”, “*dad limosna*”, etc. Sin embargo, al tomar en cuenta el referente documental de los hadices y de la *práctica conductual habitual* de los Infallibles -*Âs-Sirat*¹⁰²-, se evidencia para el jurisprudente que la acción está determinada genéricamente, pues ellos no se limitaron a obedecer la orden revelada en una única ocasión, sino que con regularidad sistemática la cumplían, marcando una pauta de conducta vinculante para los seguidores de la práctica. También, se pueden encontrar en el texto coránico ordenes enunciadas en singular del tipo “*cumplid la peregrinación a la Casa preservada*”, indicación que el jurista, pese a que hay constancia de que la acción fue reiterada en más de una ocasión por todos los Infallibles, determina que tiene un sentido singular concreto, y en este caso obvia lo genérico del singular neto, puesto que considera válido el singular específico o individual, esto es: lee ese singular como una unidad concreta, por supuesto, mediante un juego argumental técnico que tendremos la oportunidad de contemplar en el transcurso de nuestra exposición. Sirva por el momento, el apunte de en qué medida el *muytahid* tradicional dispuso de recursos técnicos, para matizar y concretar en leyes positivas temporales las indicaciones intemporales de la Revelación. No ha de escapársenos la posterior relevancia de esta cuestión para la delimitación de los modernos tipos penales, por ejemplo, por parte del actual especialista en Derecho. Para el caso de aquellos juristas¹⁰³ que opinen que el plural, y el dual árabe, no son más que reiteraciones cuantitativas del sentido único del singular, en el *Kifâat* se indica que la forma *natural*¹⁰⁴ -gramaticalmente concreta- del plural es *otra* que la del singular, genérico y específico, de forma que solo de manera total y *concreta* se puede entender un

uso indiscriminado del plural como expresión de varios singulares.

Queda, finalmente, una cuestión colateral, que todos los autores *ûşûlî* mencionan llegado este punto: la cuestión relativa a los niveles de comprensión del mensaje, lo cual el propio *Qurân* menciona. Este asunto no guarda relación con el debate entre el *sentido singular* y los posibles *usos plurales* de los vocablos contenidos en los documentos doctrinales, sino que se refiere a los niveles de profundidad de la asimilación espiritual del mensaje. En realidad, parece tratarse de una referencia a la *sabiduría* o *Hikmat*, no al *conocimiento* o *Îlm*, de forma que la significación profunda, de más de un nivel, no implica más de un sentido semántico; por otra parte, al abandonarse en este asunto el plano de lo *formal* o *zhâhir*¹⁰⁵, la cuestión legal se hace ajena al debate sobre esa profundidad, pues su dimensión de interés, en todo caso, sólo guardará relación con aquellos aspectos de la Revelación que son de transcendencia legal mediata y contrastable, y que excluyen, por propia esencia, los considerandos espiritualistas. Aunque no sea del todo ajena a una dimensión espiritual la sistematización legal *ya`farî*, en ella el jurisprudente no tomará en cuenta aspectos de la documentación que son difícilmente *aprehensibles* en la normativa positiva, lo cual ha de suponer una cierta tendencia a inhibirse ante tipos legales de difícil rastreo en las fuentes documentales religiosas; esto llevará a un cierto mestizaje jurisprudencial, ya que la moderna legislación de los estados confesionales musulmanes, ha de complementar con aportes foráneos aquellos asuntos legales que el jurista islámico tiende a eludir por falta de referencias documentales, aun disponiendo -como más adelante exponremos- de los medios epistemológicos para no renunciar al horizonte confesionalista de una jurisprudencia integral.

La siguiente cuestión relacionada con la fijación de criterios lingüísticos, de posterior utilidad para el sistema legal islámico, consiste en el análisis de las *palabras derivadas -mushtaq*¹⁰⁶ - y su función en la lógica interna del idioma. El debate reside en averiguar si esas palabras derivadas tienen entidad suficiente, con inde-

pendencia respecto a su raíz de origen, y si disponen de capacidad para indicar un sentido global o genérico, más allá de aquél que la palabra original tuvo, o por el contrario su significación, al igual que su etimología, es derivada y dependiente del origen.

En la controversia que se establece en torno a la originalidad y la derivación, lo relevante para el jurista es la utilidad para la tipificación, puesto que los atributos que se concedan a la significación de las palabras tendrán, junto a éstas, un carácter fijo y de permanencia semántica muy aclaradora -y asimismo condicionante-, por ejemplo, no se concede a los vocablos en *singular - muyarrad-*, pese a la importancia técnica que éstos últimos tienen en la cuestión de la generalidad y el valor enunciativo de algunas palabras. Es cierto que se evidencia una tendencia por parte de los autores jurídicos a instrumentalizar la gramática, extrayendo sólo parte de su tecnología analítica y desechando las argumentaciones que interfieren en la construcción de una teoría de la comprensión legal de las fuentes, puesto que se toman los criterios de los gramáticos y se mezclan con otros tipos de planteamientos, no afines en la equiparación científica que la coherencia epistemológica requeriría, y se construye un sistema de interpretación pseudolingüística que se proyecta sobre la documentación, como una plantilla que tiende a sustituir el necesario análisis lingüístico; de ese modo el jurista *ûsûlî* se adueña de una parte de la teoría de lengua y la recicla para habilitar un medio paratécnico de *lectura* legal.

Así, se dice que en el *ûsûl* se asume que la palabra derivada está investida de la esencia de la acción o la noción que significa, siendo esta esencia el sentido a la vez que la comprensión *-fahm-*, lo que importa al jurista¹⁰⁷, pese a que de esta forma no se solventa el conflicto entre la división gramatical con las palabras originales. Lo verdaderamente útil para el jurisprudente que se acerca a estas consideraciones lingüísticas es el sentido de atributo que de estas palabras se deduce; *lo que dicen*, y en última instancia el hecho de ser la intención concreta de la voluntad del emisor para el mensaje

concreto que se toma como documento referencial. Veamos un ejemplo de una palabra con atribución, que determinará un estado legal, el cual se delimita a partir de esa misma atribución: en la palabra “*zaiy* = [hombre] *casado*”; lo que define el tipo legal es la condición de individuo masculino “*que tiene esposa*”; por tanto en el sistema de *lectura* que hemos denominado legal, el valor del atributo del significado es lo verdaderamente relevante. No obstante, se suscita una dificultad metodológica, puesto que es importante determinar si esa atribución es esencial realmente, o si se trata de una forma de accidente, con lo que éste supone desde la perspectiva de la lógica clásica. Tehrânî ofrece un paradigma en su comentario a *Kifâât*, que está relacionado con el estado de “casado” de nuestro anterior ejemplo¹⁰⁸. Dice para el caso del estado legal de *familiaridad*, sobrevenido a causa del amamantamiento¹⁰⁹, que es determinante la expresión del vocablo que designa una vinculación familiar, pues es un estado legal que sobreviene por causa de la mera nomenclatura familiar, y se extiende más allá de la relación entre nodriza y amamantado, de forma que las mujeres ascendentes y descendentes de la familia también están afectadas por el estado de atributo de familiaridad/amamantamiento¹¹⁰.

Desde el punto de vista de la práctica legal positiva, al hombre le está vedado, por ser esposo de una nodriza, el matrimonio con las mujeres de la familia del amamantado, como si de mujeres de la familia de su esposa se tratase; el atributo de casado se vincula al de amamantamiento, y éste a ambas familiaridades, siendo todos estos términos derivados, y semánticamente activados por una relación, la cual es lo que determina el valor de la significación, dado que si muere la esposa/nodriza, para muchos autores legales ese esposo puede contraer matrimonio con las mujeres de la familia del amamantado, que anteriormente le estaban vedadas; sin embargo, para algunos otros autores jurídicos¹¹¹ el estado legal permanece, aún cuando la designación de esposo (de la nodriza ya fallecida) carece de significación real. La sentencia del Segundo Mártir, en este sentido, es muy interesante; él opina que si se considera de la palabra “casado” la significación real, y no la figurada, que entien-

de vigente, por genérica, el atributo de casado continúa en vigor, cuando se le superponga la viudez, de forma que el juicio legal de no ser permisible el matrimonio con las mujeres de la familia del amamantado es también permanente. Sin embargo, si por el contrario se considerase como criterio válido la tesis de que la palabra derivada adquiere sentido, de forma dependiente de su origen, al desaparecer el origen de la nomenclatura familiar, “*el hombre ya no está casado, cuando no tiene la esposa*”, desaparece el estado que enunciara, de forma que lo que determina la significación es la noción original, no su aplicación declinada; y por tanto para el juicio legal se ha de tener en cuenta si el estado legal viene determinado por una expresión derivada, o por una palabra original de valor semántico continuo.

En el caso de los *complementos temporales* -*Îsm zamân*- se plantea una reserva en torno a la dependencia de la relación acto/tiempo de la acción, de forma que considerando la declinación como un tipo de vocablo de genérico virtual, e incluso singular -por ejemplo, para el caso de un hipotético acto unipersonal e irrepetible, y limitado a una única secuencia temporal- existe una limitación que hace dependiente esa declinación, es el hecho de estar vinculada a la instantaneidad de la acción, siendo cualquier otra observación del acto enunciado una figuración, puesto que ya no se podría mantener que existe una única, global e irrepetible relación entre ese acto y el vocablo que lo significa. Así pues, se ha de aceptar que las palabras derivadas, que se encuentren en los textos religiosos, habrán de ser analizadas en su contexto; lo que viene a ser un análisis situado en su relatividad, de forma que sus mensajes estarán cargados de aspectos que se alejan de los enunciados determinantes y categóricos, ya que serán mensajes muy condicionados por elementos de dependencia. Todo esto ha de ser de gran utilidad para sopesar la relevancia categórica, la superioridad e incuestionabilidad, en definitiva, de algunos juicios legales. Para el caso de las formas verbales, sin embargo, se aplica un criterio singular y diferente, puesto que se consideran *partes* -*yuz`*- de la forma original de su raíz, y de ésta heredan cierta esencialidad que no pierden con la

declinación, por lo que no se entiende que estén sujetas, como fuentes de información, por los parámetros temporales convencionales, más bien se les concede un carácter genérico, en virtud de esa herencia de la originalidad de la raíz. Nos parece que de esta forma el *Ūsûl ya`farî*¹¹² sitúa la temporalidad narrativa de las fuentes fuera de la temporalidad histórica global, y hace que las noticias sean intemporales, a fin de superar el peligroso historicismo que haría de las fuentes papel mojado en manos de la relatividad de las modernidades sucesivas. Otro de los aspectos gramaticales trasladados a la observación legal de las fuentes son las delimitaciones de algo que provisionalmente podemos denominar “la intencionalidad esencial de las formas verbales”, que no es otra cosa que una reflexión sobre las formas y tiempos que los verbos presentan en buena parte de los textos, especialmente en los del *Qurân*¹¹³, puesto que de la comprensión *-fahm-*, de esa *esencialidad*, dependerán algunas de las pautas técnicas del análisis legal, y consecuentemente de los juicios del *Îstinbât*.

Hay un complejo debate, a nuestro entender en cierta medida académico y casi gratuito, pues ayuda poco a la construcción de una teoría legal, en torno a la significación profunda de los verbos. La polémica se ubica entre los autores que estiman que el tiempo verbal, en definitiva el *momentum* conjugado, no tiene un auténtico sentido de tiempo efectivo, sino que se encuentra en el área semántica de lo *genérico -Îtlâq-*, puesto que, opinan, la forma conjugada trasciende al momento anecdótico de la acción, de forma que el texto de lo revelado lo entienden como una parábola de la puntualidad a la que en ocasiones se refiere; y la opinión de aquéllos que entienden que en la temporalización gramatical del *Qurân* hay una temporalidad histórica real, lo cual llevaría a la ubicación de la Revelación en un peligroso ámbito historicista, que le restaría legitimidad trascendente, y que, en suma condenaría las reflexiones del texto coránico a mera crónica del tiempo histórico en el que se dio a conocer. No abundaremos en estas cuestiones pues inmediatamente nos dispondremos a observar las reflexiones que en el *Ūsûl* se hacen en torno a los verbos en imperativo, o en forma de prohi-

bición, tan importantes para las determinaciones de ordenes legales, aspecto del debate que nos explicará la trama argumental con que habitualmente se administra el jurista *ya`farî*.

Las partículas gramaticales *-hurûf-* también son motivo de análisis, especialmente en su relación con las formas verbales; baste mencionar que en esta cuestión el debate se relaciona con la histórica porfía entre los gramáticos de Kufa y los de Basora, que mantuvieron una polémica¹¹⁴, en ocasiones cargada de bizantinismos, en torno a la significación de las partículas y el valor semiótico de estas formas gramaticales, y en según qué lugar de las frases. No nos detendremos en ello por cuanto excede la ambición de esta exposición; no obstante, posicionamiento de los juristas en estos debates ha dependido una, no despreciable, parte de los juicios legales, si bien con el paso del tiempo y la relegación, a veces por simple fijación en el consenso de algunos usos, de la importancia de estas cuestiones, el *Ûsûl* efectivo, el que facilita las opiniones legales modernas, no parece que se deje atrapar en exceso por estas polémicas que, aunque de importancia real, suelen estar cargadas de un regusto añejo, que poco facilita una jurisprudencia acorde con la actualidad.

El valor de *evidencia* doctrinal y legal o *Huyyat* del texto revelado, y el carácter *orientador* o *Îrshâdî* de los documentos históricos

En algún momento, la reflexión que las *Ciencias Islámicas* establecen, ante los textos doctrinales históricos, puede tener los visos de una construcción completamente heurística, tanto si desde fuera del contexto académico de los seminarios teológicos islámicos se observa, como si se hace desde el propio espacio confesional musulmán. En buena medida, lo que a la actualidad ha llegado como *Ūsûl*, progenitor de la legislación islámica -ya lo mencionamos en el ámbito de esta exposición en otro momento- es una elaboración relativamente reciente, y por así decirlo en pleno rodaje intelectual y práctico. Bien es cierto que ese *Ūsûl* no es ajeno, sino gran deudor, de la tradición jurídica clásica; no obstante, contiene, como se apuntara en el espacio dedicado a la evolución histórica del pensamiento legal duodecimano, elementos que, dealgún modo, son novedosos y que auguran un espacio de actualización jurisprudencial, y no solamente en lo relacionado con la normativa positiva, que puede hacer que las sociedades musulmanas elaboren en el futuro un ordenamiento legal coherente con su Tradición y sus convicciones doctrinales, sin depender del, a veces lastre, de las opiniones ancestrales.

Por nuestra parte nos aventuramos a pensar que en un futuro, relativamente próximo, el ordenamiento “islámico” actual habrá de actuar en el mundo musulmán como substrato histórico, algo similar al papel que el Derecho romano juega en algunos de los

espacios políticos, culturales y legales occidentales, puesto que la morfología jurídica tradicional está excepcionalmente cargada de vínculos históricos que impedirán la actualización -obsérvese que no decimos modernización, ni globalización- del corpus legal de los estados confesionalmente musulmanes; en consecuencia, el pensamiento legal islámico se verá abocado a la asimilación a los parámetros globalizadores al uso, tal como ya sucede en bastantes áreas legales de todo el mundo musulmán, o tenderá a una mal entendida, y posiblemente inasimilable, fidelidad a las formas legales clásicas, de la forma que es ahora la propuesta ideológica de los grupos más retrógrados, y en términos de doctrina islámica más desubicados, de entre los que pueblan el espacio socio-político islámico. En esa hipotética renovación, o al menos relectura, de la Teoría legal *ya`farî*, la noción de *Huyyat* habrá de permanecer como lo que es: un atinente esencial que vincula la ley elaborada con su origen revelado. Posiblemente, ésta sea la noción angular de todo el edificio legal islámico duodecimano, puesto que si se mantiene la vinculación entre la norma y el referente de la Revelación, las elaboraciones colaterales, siempre de origen histórico, podrán ser amoldadas al devenir de los tiempos; cuando en la lógica duodecimana el espacio que media entre la Ocultación del Imam esperado y su Parusía, es un espacio de responsabilidad exclusiva de los *muytahid*, como colectivo inteligente y orgánico, a diferencia de las tendencias sunnitas que vieron cerradas la denominada *Puerta del Îytihâd*; lo que es lo mismo que decir que poseen un orden legal *de otras épocas*, sobre el cual lo más que se pueden permitir son las recreaciones, situación que coloca a las naciones que se administraron a partir de ese principio de *Îytihâd* muerto en una total dependencia intelectual de la filosofía del Derecho de identidad laica.

Preservada la noción de la referencia legal con los textos de la Revelación, el *Fiqh ya`farî* conserva toda su vigencia legal; de ahí que en el último siglo los juristas y teólogos hayan sido los motores de buena parte de los cambios políticos. A nuestro entender han conservado demasiadas vinculaciones formales con el pasado le-

gal; no obstante, son cambios tímidos que tienen en su esencia la simiente de posibles transformaciones de relevancias sustanciales, que pueden hacer que el pensamiento legal duodecimano no sucumba ante la globalización cultural que el marco internacional de este nuevo milenio parece exigir. Posiblemente quien mejor ha fijado el debate, que en el *Ūsûl* es la piedra de toque de esta compleja cuestión, sea Muḥammad Bâqir Âṣ-Ṣadr. Se ocupa de lo que denomina el *grado categórico de la referencia doctrinal -Ḥuyyat Âl-Qaṭa`-*, cuestión que introduce a partir de una serie de reflexiones con resonancias lógicas, puesto que ordena el asunto como una tesis eminentemente de razonamiento o sentido común, por supuesto, a partir de una perspectiva netamente confesional. Este *Seîd* plantea de manera preliminar cómo el intelecto analítico asume sin reservas las obligaciones y consecuencias que devienen de “*todo aquello que se toma como cierto*”, sobre lo que llega a aceptarse como auténtico¹¹⁵. Con este planteamiento enfrenta su argumentación a las elaboraciones especulativas y consensuales, puesto que inmediatamente referirá la certeza o *qaṭa`* a la convicción en la realidad de la Revelación; no obstante, quedará al jurista el arduo itinerario hasta decantar lo que es referencialmente cierto y lo que no tiene este marchamo de coherencia doctrinal. Se plantea un itinerario hasta la *certeza* legal que se apoya en tres postulados primarios:

- A) que la certeza siempre es igual o correspondiente (Î) a lo que se puede percibir en la realidad exterior o epistemológica.
- B) que su descubrimiento y comprensión -asunción- compromete al acto que enuncia.
- C) que ese acto supone ser una fuente de comportamiento “*que hay que efectuar*”.

De esos tres aspectos de la formulación, el segundo es poco sobresaliente, y es el tercero el que tiene verdadera relevancia para el *Ūsûl*, puesto que para nuestro autor la aceptación de los dos pri-

meros no implica, necesariamente, asumir el tercero, pero éste último determina un posicionamiento legal muy concreto. A partir de ahí la formulación será:

SIGNO [*huyyat*] [*qata`*] CERTEZA
efecto legal [*ma`lûm*] causalidad [*i`laf*]

Hoy en día no se considera posible disociar este esquema, puesto que la referencia que es el *Huyyat* está indefectiblemente unida a la certeza sobre la autenticidad de la fuente. Ahora bien, para ÂṢ-Ṣadr esa certeza sólo está relacionada con las noticias/documentos de procedencia divina, esto es: aquéllas, y sólo aquéllas, que son incuestionables y que gozan de todos los parabienes técnicos para relacionarlas con la Revelación o los Infalibles, sin ningún tipo de reservas o matices metodológicos, las cuales, más allá del texto del propio *Qurân*, no son demasiadas. De forma que el *Seîd* reduce el núcleo fuerte de las esencias legales a un grupo de documentos muy bien ordenado por las Ciencias Islámicas, a la vez que lo fortalece, elevándolo a la condición de referente incuestionable e indubitable, en un planteamiento que ha blindado en sus célebres tesis sobre doctrina y escolástica¹¹⁶.

Superando la idea del *Huyyat* como simple convención técnica, tal como tradicionalmente se entendía, ÂṢ-Ṣadr está situando la cuestión en un plano moderno de reflexión metodológica que conecta con la visión que la actual lingüística puede tener del término *referencia*. Entendemos ésta como remitida desde una realidad extralingüística -el referente-; haciéndose necesaria la precisión de que la función referencial sitúa al signo -entendido como el *concepto* y la *imagen acústica* saussuriana- no en la relación con el mundo de los objetos reales -*misdâq* o *forma exterior* en la nomenclatura islámica- sino con el mundo establecido- *ûâdî`î*- por el ámbito de las formas culturales e ideológicas de una sociedad determinada, ámbito que se puede analizar mediante el triángulo ya clásico de Odgen y Richards¹¹⁷, en el cual la referencia sustituye al *concepto* o *pensamiento* saussuriano.

Una exposición del Derecho Islámico

Referencia/Pensamiento (*tafakur*)

(*mafḥûm*) significación designación (*muḏû*)

(*dalîl*) signo referente (*ḥuyyat*)

La *comprensión* del texto, tal como se desprende de la noción de *mafḥûm*, es esencialmente una *interpretación*, es decir, una adjudicación de significados a señales perceptibles. Digamos que la lectura documental que ha de llevar a cabo el jurisprudente no se justifica solo con la *recepción*, que sería sólo una forma de lograr esa comprensión, sino que ha de adjuntar a ésta los *significados*, que serán punto de partida obligados para la codificación del sistema legal. Podemos apuntar que pese a que no resulta fácil precisar en qué consiste esa *comprensión* de un documento, que será texto referencial, sí es posible afirmar que no es un proceso lineal, dado que se suelen conceptualizar fracciones del mensaje, las cuales son sistemáticamente remodeladas por la conceptualización posterior que se produce mediante la codificación jurídica, de manera que se produce una secuencia continua entre lo semántico y su devenir conceptual. Cunha¹¹⁸ sostiene que en el momento de la comprensión la lectura no ha de obtenerse más que mediante “grupos de significados”. Esta cuestión en la actualidad es más comprensible tras los trabajos de Decroly en torno al fenómeno de la “globalización”; al igual que lo es con el apoyo de la “psicología de la forma” -Gestalt-; e incluso a partir del estructuralismo genético - en concreto mediante la adquisición de esquemas operativos según los definiera Piaget-, y la moderna cibernética¹¹⁹.

Según McNeil hay cuatro supuestos¹²⁰ en los que se puede definir la comprensión textual. En todos ellos se puede observar la función del *mafḥûm* tal como lo aplica el *Ūsûl* a la investigación documental jurídica. En esa línea se puede entender la comprensión del texto como una suerte de proceso de generación de un *modelo mental*, que sirve para la interpretación de los hechos descritos en el documento, con la consiguiente proyección en la ulterior asimilación. Estos modelos mentales son más fáciles de asumir/recordar que las proposiciones lingüísticas, y, por otra parte,

incorporan una considerable cantidad de conocimientos del contexto cultural, de cosmovisión, los cuales no aparecen explícitamente en el texto, y que son dinámicos en tanto en cuanto progresan en la mente del lector/oyente a la par que la recepción del documento se hace efectiva. En realidad esa comprensión implica, necesariamente, un juego de inferencias, que no son otra cosa que aquel tipo de actividades cognitivas de las cuales el sujeto analista obtiene informaciones nuevas, a partir de las ya disponibles en su mente¹²¹.

A nosotros nos parece de utilidad, para entender el proceso de concordia que se contiene en el concepto de *mafhûm*, la sistematización de Van Dijk¹²² en relación con los enunciados lingüísticos, tanto orales como de escritura, que sustentan la *comprensión textual*. Para él ésta se sustenta en cuatro principios: *Segmentación*, puesto que todo individuo es capaz de segmentar señales de flujo continuo de la lengua. De hecho en la escritura se produce mecánicamente esa segmentación: las letras y las palabras se separan unas de otras en forma de unidades de comprensión. *Categorización*, proceso que se realiza a gran velocidad, y sólo de manera consciente en contadas ocasiones, y que se refiere a formas de palabras y a sus categorías sintácticas correspondientes. Este principio de categorización se puede corresponder con la vertiente paradigmática de la lengua. *Combinación*, porque los fonemas y los morfemas se yuxtaponen. El hablante conoce los principios de combinaciones posibles que la lengua ofrece, es decir, sus estructuras sintagmáticas. *Interpretación*, puesto que a las formas de las palabras, y a las oraciones se les asigna a un *significado* establecido.

Así pues, la comprensión que se concede a la noción del *mafhûm ûsûlî* se apoya sobre todo en un sentido *interpretativo*, es decir, en la adjudicación de significados a los elementos perceptibles -signos- codificados, ya que esa penetración en el sentido del mensaje sólo es posible como consecuencia de operaciones mentales previas: segmentación, categorización, combinación de aquello percibido del mensaje. No obstante, entendemos que la aplicación de

estos principios no es necesariamente sucesiva, dado que contrariamente a la gramática, tanto la producción como la comprensión de la lengua pueden tener lugar en varios niveles simultáneamente. Lo esencial ha de ser que el observador analítico aplique estos principios con la mayor eficacia; para ello se tendrá que valer de lo que algunos autores¹²³ denominan estrategias: de entre ellas podemos destacar la presuposición, que no es otra cosa que el establecimiento de una hipótesis sobre el propio texto, que, en la medida que se confirme, facilita enormemente la correcta comprensión del mensaje.

En definitiva, y consecuentemente con las consideraciones lingüísticas expuestas, para su comprensión, el texto original se ve sometido a un proceso que contará al menos de los siguientes pasos, cuyo grado de complejidad será creciente. Transformación, que ya es interna, de las estructuras léxico-sintácticas en representaciones lógico-semánticas únicas, que permitirán al jurista acceder al contenido de los documentos. Entendido ese contenido como la utilidad para asentar argumentalmente la norma legal deducible.

El segundo paso es, posiblemente, el más importante, y le conducirá, mediante una *transformación generativa* desde los sistemas semánticos hasta las llamadas “*estructuras profundas -EP-*”, traspasando el umbral de la lingüística y desembocando en el plano de los conceptos. Es lo que algunos lingüistas denominan conceptualización, y que en la aplicación legal que los jurisprudentes pueden hacer, supone el establecimiento de auténticas categorías jurídicas que, apoyadas unas en otras, habrán de delimitar un sistema que acabará por presentarse como comprensivamente orgánico, y que se asemeja bastante a lo que los analistas documentales denominan *unidades de significación -US-*.

A nosotros, observadores de la noción de *Huyyat*, lo que nos interesa es el *referente* en tanto en cuanto es una realidad que supera el espacio lingüístico y que está solamente evocado por el signo, al que supera en dimensión transcendente. En realidad lo entendemos a la manera de Jakobson¹²⁴ como “la situación o el espacio al

que nos *envía* o *remite* el mensaje”. Esto es, para la ciencia del *Ūsûl* el *Huyyat* es el lugar -legal- al que nos exporta la Revelación, así el edificio que allí se puede desarrollar, está determinantemente orientado por el mensaje revelador, por el transcendentalismo que el hecho religioso supone; en ese espacio legal las elaboraciones especulativas meramente consensuales dejan de tener consistencia, por cuanto carecen de la relación privilegiada *signal* con lo que se entiende como Voluntad divina. Este planteamiento aparecerá en toda reflexión jurídica islámica de forma recurrente y reiterada, como ya indicáramos, hasta el punto de convertirse en un aspecto monocorde y monotemático que puede llevar a confundir su transcendencia argumental como la idea de que no existe ningún otro planteamiento en el discurso teórico islámico; lo cierto es que la relevancia de la *noción referencial -huyyat-* determina casi absolutamente los demás aspectos del edificio legal musulmán, de ahí que este planteamiento, de ahora en adelante, y en esta exposición, en tanto en cuanto reflejo de los textos académicos duodecimanos más conspicuos, sea un elemento recurrente hasta la extenuación expositiva, lo cual deseamos que el lector asuma como una peculiaridad del objeto de estudio que nos ocupa, al cual pretendemos ser fieles, especialmente en lo atinente a la cadencia e itinerario argumental.

Por *difícil* que sea este planteamiento para un pensador legal laico, se habrá de asumir que tiene plena coherencia argumental, por cuanto al igual que en la literatura de ficción se considera que se carece de *referente* real -esto es que Otelo o Don Quijote no existieron nunca- y que la lectura literaria lleva a un simple sistema de intercomprensión, en el caso legal la existencia referencial de la norma -aunque se trate de una elaboración condicionante, no condicionada por la significación referencial- distancia al jurista de caer en el mero determinismo doctrinal. Para nosotros lo que subyace en la noción de *Huyyat* es el fundamento de los conceptos que serán básicos en las formulaciones doctrinales y legales islámicas. En definitiva, son aquellos términos e ideas prototípicas que articularán el edificio socio-jurídico que permitirá a los *u`lâmah* con-

feccionar un orden integral a partir de los textos religiosos.

En ese sentido la opinión de Sapir sobre el papel relevante de las elaboraciones gramaticales como proyección de las estructuras mentales e ideológicas puede ayudarnos a ubicar la cuestión, dice: *“...el sistema lingüístico subyacente, en otras palabras, la gramática de cada lengua no es simplemente un instrumento para pronunciar las ideas, sino que es en sí mismo el **modelador de las ideas**, programa y guía de la actividad mental del individuo, en su análisis de las impresiones, en la síntesis de su almacén mental. La formulación de las ideas no es un proceso independiente, estrictamente racional en el sentido antiguo, sino que es parte de una gramática determinada, y difiere, de ligera a extraordinariamente, entre las distintas gramáticas. Diseccionamos la naturaleza según las líneas que nos marcan nuestra lengua nativa. Las categorías y clases que aislamos del mundo de los fenómenos, no los encontramos ahí porque aparezcan así ante cada observador; por el contrario, el mundo se presenta en un flujo de impresiones que tiene que ser organizado por nuestras mentes. Y esto se significa en gran parte por los sistemas lingüísticos de nuestras mentes. Hacemos cortes en la naturaleza y la organizamos en conceptos,. Adscribimos significados tal como los hacemos, en gran medida porque somos parte interesada en un acuerdo por organizarlo de esta forma, un acuerdo que se extiende a través de nuestra comunidad lingüística y es codificado en las estructuras de nuestra lengua. El acuerdo [la *ûadîa`* del sistema *ûsûli*] es, evidentemente, un acuerdo implícito y no expreso, pero en términos absolutamente obligatorios. No podemos hablar en absoluto sin suscribir la organización y la clasificación de los datos que el acuerdo decreta... Así, pues, nos hallamos introducidos en un nuevo principio de relatividad, que mantiene que no todos los observadores están guiados por la misma evidencia física hacia un mismo panorama del universo, a no ser que sus orígenes sean similares, o puedan de algún modo compararse...”¹²⁵.*

El carácter de modelador de las ideas del lenguaje religioso

devenido de la *lectura* legal a partir del *Qurân*, tendrá por eje esta noción de la referencia que es lo *Huyyat*; así, el decir de algo que es “*harâm*”, o cualquiera otra de las tipificaciones procedentes de la lengua legal apoyada en el texto revelado, marcará con un plus referencial de tipo doctrinal y espiritual cualquier tipología legalista. Para Âs-Sadr la asunción legal de lo que se considera referencia de la Voluntad divina revelada no puede implicar una aceptación irreflexiva o mecánica, sino que se impone una depuración tanto ideológica como metodológica, dado que actuando de otra forma el jurista construiría un juicio pusilánime, según dice nuestro autor: “*como el común de las gentes que se deja llevar por cualquier condicionamiento exterior*”¹²⁶. Considera que la obediencia ante las noticias divinas implica una ubicación vital; concretamente en aquello sobre lo que se logra la certeza, pues actuar sin referente es para el *Seîd* un acto de pobreza espiritual, de primitivismo cultural, ya que el **referente** es aquello que lleva a la obediencia a Dios, o mejor a Su derecho a ser obedecido o *Haq Âl-Îtâ a`t*, la expresión doctrinal de mayor grado de humanidad, la *servidumbre* total o *Âl-U`budîat*.

Hay que situar esta cuestión en el contexto de toda una tradición espiritualista que pretende hacer del ejercicio legal un compromiso místico. Sólo así es factible comprender que para este autor al individuo, especialmente el jurista formulador del orden legal, no le sea posible hallar espacio para la *disculpa* desobediente¹²⁷ frente a la Voluntad de Dios, que es disculpa sobre la ignorancia de cuál es Su voluntad o de cuál es el orden legal adecuado a ella. Si se acepta, nos dice, la existencia de un mandato concretado en la Revelación, e incluso la actuación y la formulación legal a partir de la duda doctrinal -y en la duda entrará la relativización laicista de estas cuestiones, el agnosticismo mismo- será una forma de desobediencia, de transgresión de la norma trascendente, que para el teólogo *existe*, sólo a falta de la simple develación jurídica. Esa desobediencia *transgresora -Ât-Tayarrî-*, que enfrentará en todos los ordenamientos doctrinales y culturales a los partidarios de la construcción laica de la sociedad con los militantes religiosos, será

parte fundamental en la formulación del moderno *Ūsûl*. Por ello, *Âṣ-Sadr* condenando la *disculpa* o *Mua`dhirât*, condena la opción no-doctrinal para el orden político/legal.

Técnicamente, la frontera entre éstas *obediencia* y *desobediencia* de la Voluntad divina se rehace en función de la certeza *-qaṭ`-* que soporta la lógica de lo *Huyyat*, por ello esta referencia cierta es esencial para delimitar la corrección o incoherencia doctrinal de los juicios legales, lo cual prolonga algo de lo que mencionamos sobre la *realidad* y la *autenticidad* de esos mismos juicios legales. Buena parte del moderno pensamiento legal islámico se formula entre aquellos jurisprudentes *-muytahid-* que como *Âṣ-Sadr* opinan que la transcendencia del acto -y tras él del juicio legal- se mide por la asunción de la propia certeza, la cual está delimitada por la intelección -reflexiva, y analítica, pero no especulativa- que devela el mensaje guardado en los referentes de la Revelación, en el lenguaje y la construcción gramatical del propio *Qurân*, en definitiva, que descansa sobre la lectura *literal* de lo recibido de la tradición histórica, que es el contenedor indubitable tanto del discurso legal como de su proyección metodológica.

El carácter *orientador* o *Îrshâdî* de los textos doctrinales se relaciona con la capacidad que éstos tienen de determinar el *Taklif*^{A28} o *condicionamiento* para el acto que el individuo adquiere mediante la comprensión del mensaje. Pese a tratarse de una noción relativa al individuo legal, procede del campo semántico de la Revelación, pues es la comprensión literal misma la que determina la vinculación entre el individuo y el deber ser legal de sus acciones; por ello se considera que la característica positiva primera del mensaje es la orientación del oyente en el sentido de condicionar su actuación en función de la voluntad del emisor.

El campo *literal* es donde mejor se puede comprender cómo se opera la asunción de las significaciones, ello se encuentra en la orden, la antigua *dispositio* romana, habida cuenta que es una fórmula gramatical muy frecuente en la literatura revelada, casi siempre con el consiguiente soporte verbal. Así, el *imperativo* o *Âmr* es

objeto en el *Ūṣūl* de un exhaustivo análisis, puesto que una considerable cantidad de textos del *Qurân* y del *Hadiz* aparece en este tiempo gramatical. La cuestión en tomo a la fórmula verbal imperativa es: ¿comporta siempre obligatoriedad del acto que enuncia o no? Para responder a esta pregunta, se dice que hay dos tipos de considerandos en torno a la orden:

- Quién ordena teniendo el derecho o la facultad de hacerlo.
- Quién efectúa el acto de ordenar, sin otra consideración.

En este segundo caso nos encontramos ante la manifestación de un *deseo* que el orador hace patente. En el primer caso, sin embargo, la orden estaba relacionada con el *sentido* de la autoridad, que nos lleva a otras consideraciones, ya que si bien esa orden es expresión del deseo del emisor, se le añade un atributo de suficiencia en el acto que conduce a que dicho deseo sea atendido de forma diferente.

Esencialmente y de forma genérica, se atribuye al imperativo un sentido básico de *espera* y *procura* (*talabah*) de la acción referida. Sin embargo, en el *Ūṣūl*, siempre en el ámbito lingüístico árabe, se hace mención a otros aspectos o sentidos que también pueden encontrarse en la forma verbal imperativa. Así se citan: **desear** de forma evocadora, **esperar** sin fundamento que suceda lo esperado, **impotencia**, **ordenar** contra la voluntad del sujeto oyente, **expedir** o consecución mecánica de la acción.

No obstante, según la opinión de Muḥammad Bâqir Âṣ-Ṣadr, sólo es real y efectivo el sentido previamente indicado, siendo los otros sentidos referidos variaciones formales en la aplicación, como por ejemplo el sentido de *expedir*, en el caso de alguien enfadado que dice a otro: “¡Apártate!” o “¡Vete de aquí!”. Según este autor no se puede deducir de ese imperativo más que una intención retórica, no siendo comprensible esperar necesariamente que se trate de una aspiración real del orador el que su interlocutor ejecute efectivamente su orden. Por lo cual el estudioso del *Ūṣūl* y el *muytahid* ante una orden llegada a él mediante un argumento legal proceden-

te del *Qurân* o el *Hadiz*, ha de despejar, en primer lugar, la incógnita de la intención del orador en el mensaje que esa orden encierra. Para ello se parte de la tesis por la cual, a falta de matiz *-qarinat-* o de información complementaria, lo que dice el mensaje es, con literalidad, lo que se deduce como el deseo manifestado del orador.

Finalmente, apuntaremos que en estrecha relación con el imperativo y las consideraciones que sobre él se hacen en las disciplinas del *Ūsûl*, se encuentra también la *prohibición -Nahî-* que en principio es una orden, en imperativo, pero en el sentido negativo respecto a la acción. Aunque hay espacio para una compleja discusión respecto a qué tipo de orden es la prohibición, ya que el jurisprudente puede entender que se espera la omisión o abandono de la acción con motivo de la orden, o puede esperar que, como consecuencia de la misma prohibición, dicha acción se refrene. En este segundo caso, se utiliza para las situaciones en que la prohibición se efectúa respecto a una acción, sin otra consideración -la cual *ha de ser necesariamente* omitida-, de que se prohíba en un contexto en el cual haya otras consideraciones, como puede ser la incitación o tentación a transgredir, en cuyo caso no basta con prohibir, sino que la orden de prohibir también es buena para el acto; esto es, no sólo se anula la acción, sino que se crea por causa de la prohibición un cordón normativo explícito de aislamiento respecto del acto.

El juego de equilibrios conductuales entre los aspectos positivos y negativos de las acciones, tanto si son ordenes de actuar, como de omitir, o prohibiciones de omitir o de actuar, aparentemente podría ser motivo de error, pues, convencionalmente, es indiferente ordenar no hacer algo que prohibir hacerlo; no obstante, en la tipificación penal del comportamiento estos aspectos habrán de vincularse a las nociones de *valor* y *disvalor*, aspecto técnico que acompleja la realidad cotidiana, de forma que podría establecerse un cuadro de tasación conductual como el que ofrece Gimbernat¹²⁹ :

Comportamiento

Comportamiento activo

Diferencia específica frente a su *genus proximus*: Manejo activo de procesos casuales

Acción desvaliosa

Diferencia específica frente a su *genus proximus*: Juicio axiológico negativo

Acción típica

Diferencia específica frente a su *genus proximus*: Juicio axiológico negativo jurídico-penal

Comportamiento pasivo

Diferencia específica frente a su *genus proximus*: Manejo pasivo de procesos casuales

Omisión

Diferencia específica frente a su *genus proximus*: Juicio axiológico negativo

Omisión típica

Diferencia específica frente a su *genus proximus*: Juicio axiológico negativo jurídico-penal

Aunque en la observación efectiva del acto típico, como tendremos ocasión de observar, el sistema penal islámico es netamente *causalista*, ello no impide que el análisis legal contemple las acciones con un criterio “activo” o “negativo” respecto de la norma, y de ésta respecto a su fuente referencial, de forma que no se hace baldía una reflexión diferenciada en torno a la consecuencia motivacional del actor frente a la orden imperativa o prohibitiva, más allá de la concreción conductual específica.

Algunos elementos básicos para la Teoría del Ordenamiento legal *ya`farî*

La acción legal a partir de la *orden* revelada y el sistema de *prohibiciones*

De la lingüística y la semántica a la norma positiva legal

De la ubicación conceptual, en primera instancia, de estas dos entidades gramaticales como son: la orden y la prohibición, ambas imperativas, han de depender algunas de las formulaciones dogmáticas del orden legal *ûşûlî*. En opinión de Jurrâsânî ambas entidades han de ser tomadas en la Teoría legal como categorías *universales -kullî*¹³⁰, lo que supone que las dos, por sí mismas, son independientes y autónomas, pese a tratarse de formulaciones verbales normativas y de carácter preceptivo, aspecto éste que podría llevar a pensar que se han de observar como entidades deducidas y dependientes de su referente, así pues accidentales o *yuzî*.

Para nosotros esta diferenciación tiene el atractivo, en el momento del análisis, de indicar un pensamiento *metajurídico*, ordenador de la disparidad *quidditativa* entre la prohibición -que evidentemente es común a todos los órdenes legales, por cuanto en ellos se suelen establecer los límites finales y periféricos de las posibles acciones humanas, y se dejan los espacios intermedios, normativamente *infrautilizados*- y las órdenes activas, que entendemos como evidencias de una sensibilidad dispuesta para articular un modelo de sociedad, el cual no tanto marca los límites, cuan-

to que se ocupa del *cómo* -el *Deber ser* kantiano- de las acciones que en otro contexto habrían de ser dejadas al libre albedrío de la individualidad.

La matización del autor parece que tiene como pretensión, a juicio de algunos de sus comentaristas como es el caso de A`rafi¹³¹, destacar en qué medida la orientación de una sistematización teórica del Derecho es algo esencialmente establecido sobre las ordenes activas o imperativos *puros*¹³², lo que implica un modelo *formador* de la sociedad, que no puede ser asimilado a un sistema que tiende a limitar su intervención a un mecanismo de contención, delimitando aquello que no es posible hacer, pese a la incuestionable legitimidad y coherencia de este planteamiento programático. En el primer caso el Derecho se *diseña* para la construcción activa del orden social -lo que implica una colectividad intervenida, e incluso podríamos escribir: *cerrada* sobre un programa de acción, más allá de las connotaciones historicistas que esto puede plantear; y en el segundo caso ese hipotético orden social está interiormente *abierto* a la voluntad individual, la cual se asume como capaz de establecer qué desea hacer, siempre que no transgreda el límite determinado por la norma.

Pongamos un ejemplo que, a fin de ser ilustrativo, puede resultar aparentemente elemental: cualquier orden legal pondrá límites al robo o a cualquier otro delito, tal como apunta A`rafi en su comentario, lo cual implica una atención del imperativo verbal que lo es por su carácter de *negante del acto* -“no matar, no robar, etc.”-, de manera que con la formulación gramatical imperativa/negativa se delimitan las acciones y se determinan los actos que se excluyen del espacio de lo legalmente legítimo. Sin embargo, un sistema legal que además de esto destaca, como base esencial de su identidad dogmática, un conjunto de preceptos superiores, vinculantes para todo individuo¹³³, inevitablemente estará evidenciándose como un orden legal determinado a controlar una buena parte de las acciones de los seres que administra; más allá de las que pueden enunciarse como ordenes o prohibiciones simples, de forma que a

la norma gramatical se atribuye un carácter de expresión *metajurídica*, que se relaciona con las bondades espirituales del correcto orden trascendente. Por lo que una orden proveniente de un texto de la Revelación no es simplemente una enunciación normativa, sino que además es un *perfil* del espacio moral -cerrado en sí mismo- que en definitiva es toda confesión; así pues, no robar o matar en el caso de la orden coránica, no es sólo abstenerse de esos actos, sino considerarlos despreciables por sí mismos, aspecto éste que sólo es perceptible si se considera que la carga semántica de las revelaciones se ha de vincular con la sensibilidad espiritual de la sociedad que queda dotada de la norma puntual.

Históricamente, en especial desde esta Europa liberal y laica, este tipo de planteamientos se suelen calificar tan apresurada como desfavorablemente, por cuanto la historia religiosa cristiano-occidental está marcada por una serie de *traumas* culturales y políticos que previenen contra las formulaciones voluntaristas y dirigentes sobre el ser individual y privatista. No obstante, la línea o vía religiosa, que una considerable parte de la población mundial parece estar determinada a sostener, pese a la presión tendente a la asimilación -ya no diremos el eufemismo de la globalización-, tiene lo que podemos calificar como cierta suerte de *pujanza y vigencia*, que no permite cuestionarla, con la ligereza que Popper lo hiciera a mediados del siglo XX en su crítica de las sociedades cerradas y la ingenua defensa de las colectividades supuestamente “abiertas”. Este planteamiento pronto se evidenció como un descarado reduccionismo más voluntarista que real, dado que no se correspondía necesariamente con la realidad puntual e histórica de muchos países y sociedades, que han encontrado en las fórmulas *metafísicas* un orden vital capaz de preservar -en primera instancia- sus propios valores culturales y además, en muchos casos, algo más impreciso, y que legalmente ha de ser estimable, como es todo un universo tradicional con sus interrelaciones suprapersonales.

Creemos que para cualquier analista que pretenda ser leal con su objeto de reflexión, en especial para el observador de los fenó-

menos religiosos, cualquier tipo de maximalismo, si descalifica a un colectivo importante, ha de ser motivo de prevención. El orientalismo de todo tipo ha tendido con demasiada frecuencia a descalificar las tesis doctrinales no-occidentales como retrógradas; si bien es cierto que cualquier antropólogo o estudioso social, sabe que es prácticamente imposible precisar dónde se haya la corrección en las convicciones y acciones humanas; dicho esto desde el punto de vista de la efectividad legal. No ignoraremos que en las sociedades *cerradas* por un sistema de ordenes activas -los imperativos doctrinales-, que mediatizan la individualidad al destacar el papel transcendente de las implicaciones de los actos sobre el colectivo social, hay un continuo riesgo para el fascismo más burdo, pero también nos parece evidente que este tipo de sociedades, si en origen están *bien ordenadas* -lo que tienen que ver, al menos en primer lugar, con el número de adeptos sinceros dispuestos a sostener la bondad y la transcendentalidad de esas bases doctrinales-, establecen unos muy contundentes medios de prevención sobre esas actitudes perniciosas, por la propia lógica intervencionista sobre la individualidad, puesto que no sólo prohíben las actitudes opresoras del individuo y el colectivo, sino que suelen obligar a tomar parte activa en la defensa del *Orden*, en cuanto que valor superior y si se encuentra en su estado *ideal*, de forma que suele tratarse de ámbitos doctrinales donde la utopía de otros ordenes es la norma existencial que los identifica; posiblemente, a causa de esa dimensión utópica, el riesgo de fracaso puntual y la pervivencia idealista pese a todo, son tan elevados como la cotidianeidad nos muestra. Las concepciones que estamos denominando *abierta* y *cerrada* en el sistema de lectura de la *literalidad ûşûlî* para *Âjûnd Jurrâsânî* han de ser ubicadas en torno a la diferencia que él mismo establece, a efectos metodológicos, entre la *efectividad* de la orden pura -positiva del acto- y el carácter *defectivo* de la prohibición. Según Jurrâsânî lo que es destacable para el jurista ha de ser la orientación y el *objetivo* de la voluntad imperativa -*Garad*-¹³⁴, espacio en el cual nosotros percibimos el color doctrinalista que se guarda en la matización del *Âjûnd*, que no es otro que el propósito de ser cohe-

rente con la literalidad metafísica, y que se determina para responder a la Orden revelada con una voluntad tan legal como litúrgica. Puesto que buscar la diferencia entre nociones que simplemente podrían ser consideradas imperativas, y consecuentemente graduar la relevancia de la respuesta en función de la asunción de la orden y de la prohibición, supone primar confesionalmente el sentido activo e implicado con la recreación del orden interno, frente a las nociones contractuales que tenderán a considerar que la mera delimitación de lo *socialmente correcto* es marco suficiente para la habitabilidad del orden jurídico; entre ambas nociones se establece el impreciso y arduo espacio que media entre la militancia doctrinal y la ciudadanía responsable, pero doctrinalmente pasiva.

Donde se puede percibir hasta qué grado es determinante la observación trascendente de las órdenes divinas, como los juicios sobre actos que aparecen tipificados de forma contradictoria según las fuentes. Evidentemente el problema jurídico habría de estar en determinar qué información es la auténtica si sobre una determinada cuestión el jurista se encuentra con dos o más referencias contradictorias, de lo cual se ocupan muy concienzudamente las ciencias especializadas en las Tradiciones y en las transmisiones de éstas. No obstante, hay ocasiones en las cuales la azarosa evolución documental islámica -muy especialmente en el caso de la historia duodecimana- no ha permitido determinar con total certeza cuál es la información veraz¹³⁵, en esos casos -que por otra parte están previstos en la metodología del *Úsûl*- la cuestión que hemos apuntado con anterioridad de la transcendencia de la orden se pone de manifiesto en su nivel más elevado, ya que lo que ha de establecer el jurista en su normativa es cómo satisfacer esa Voluntad que se ubica tras la noticia revelada o transmitida, habida cuenta que no se trata simplemente de determinar *qué hacer* sino *qué se ha de hacer*.

Cuando al jurista se le presentan dos órdenes documentadas que guardan una relación similar con la acción a tipificar, se suceden tres situaciones todas ellas técnicamente factibles, pero tam-

bién excluyentes en lo que a su valor transcendental se refiere: Ambas pueden aparecer como obligaciones no complementarias sino contrapuestas, de forma que obviar una de ellas no sea posible. También una de ellas puede aparecer como evidentemente obligatoria, de forma que la segunda sólo tenga un carácter de acción preferible o meritoria, en cuyo caso el conflicto es menor, siempre y cuando no sean acciones contrapuestas. Finalmente, puede suceder que siendo acciones diferentes y obligatorias no se interfieran, de manera que se haga posible el satisfacer ambas órdenes sobre una misma acción.

Evidentemente, cuando se trata de atender una Voluntad transcendente, estas situaciones, si la documentación no es uniforme, son muy frecuentes, y en esa frecuencia estriba una de las virtualidades de los sistemas metafísicos, ya que lo relevante no es el cómo ni el qué de la acción o la norma, sino los porqués de éstas. Para cualquier mente lógica la respuesta no puede ser otra que la aparentemente sencilla que proponen los autores del *Ūsûl*, quienes sostienen que entre dos opciones relacionadas con una obligación de actuar, se ha de elegir una de ellas y actuarla, de manera que la otra quede obviada, en todas sus dimensiones; esto es, una vez optado un camino actor, la segunda opción no se considerará dotada de ningún tipo de consideración de las que como opción posible pudiera haber tenido: el tipo legal de la primera ignorará las categorías legales que la segunda opción pudiera tener.

La ignorancia de la segunda opción es una interesante cuestión que por el momento apartaremos de nuestra atención, dado que lo que nos llama a la reflexión es aquello que Jurrâsânî justamente considera como los “*parámetros de la actuación*”, que no es otra cosa que los presupuestos con que se optará entre ambas órdenes, cuestión nada baladí en un ámbito literalista. Para él¹³⁶ lo relevante en la cuestión es el establecimiento de un máximo y un mínimo en la obligatoriedad que vincula la actuación a satisfacción de la orden transmitida por las fuentes documentales, de forma que para el *Âjûnd* en esos casos el jurista que determina la corrección de la

tipificación del acto ha de centrar su atención en el mínimo de la obligatoriedad que supone la orden imperativa; para él, ese mínimo define la obligatoriedad misma, todo lo demás en relación con el acto; hasta llegar a la acción considerada máxima, no la considerará como obligación legal, sino como acción de mérito espiritual. Se puede objetar a su tesis que puede resultar que en el punto máximo pueda estar la clave de la obligación, y que el espacio inferior puede ser defectivo para con la orden, pero nuestro autor refuerza su opinión indicando que esa observación no goza de coherencia lógica, pues los elementos del mínimo, si son defectivos no serán expresión para una obligación, y por tanto carecerán de relevancia argumental. Se muestra seguro en decir que no es posible, en el contexto documental islámico, encontrar una diferencia entre dos órdenes de estas características, salvo que se puedan asimilar los mínimos y los máximos de obligatoriedad, y que éstos pongan en dificultad su formulación, ya que en su proyección lógica estos tipos de ordenaciones de los valores de *imperatividad* no son comparables, si se pretende optar tanto por el máximo como por el mínimo, por lo que ambos conceptos han de acabar por difuminar la dualidad entre ordenes, de manera que alguno de entre ellos -el máximo o el mínimo- siempre habrá de ser superior a la que queda como segunda opción.

Con todo esto, los autores que ordenan el *Ūsŭl* ofrecen al jurista islámico la posibilidad de decantar su juicio desde la más estricta *literalidad*, puesto que lo que hasta ahora observamos no es más que las posibilidades técnicas con las que el *muytahid* se puede enfrentar a la documentación confesionalmente vinculante. También es posible entender en qué medida la *literalidad* está sujeta a la interpretación semántica, especialmente en el caso de las exigencias legales que se concretan en normas que no implican en su obligatoriedad a todos los actores posibles. Es éste el caso de las *obligaciones selectivas* o *Ūâyib Kifâi*, que se produce en el caso de una orden oída por un grupo, la cual obliga a todos los oyentes, hasta el punto en que uno o varios de ellos la implementa, momento en el

cual esa obligación se diluye para el resto, de forma que la pasividad efectiva deviene en una liberación de la obligación.

Aparentemente, esa situación puede resultar una singular paradoja; no obstante, es una figura jurídica nada infrecuente en el orden legal islámico, que tiene un espacio muy coherente con el tipo de órdenes que se orientan a un colectivo, en el que, en ocasiones, lo individual queda eclipsado por las acciones comunitarias, o al menos, públicas, dado que este tipo de obligaciones selectivas vinculan al grupo como tal, así la individualidad particularizante solo es relevante en su aplicación, ya que el mérito de la ejecución es esencialmente social, como social es el demérito por el incumplimiento de la obligación, pese a que en este caso la repercusión individualizada por miembros de la colectividad está más definida. Para Jurrâsânî, de nuevo, la relevancia ante la orden imperativa que se concreta en la obligación selectiva-colectiva, radica esencialmente en el hecho de aparecer un *objetivo* único -*garad-*, el cual es genérico como imperativo, y en consecuencia en su obligatoriedad, hasta el punto que quién sea el actor carece de relevancia en la acción, pues si bien la obligación vincula a todos los oyentes, todos ellos están igualmente sólo obligados en el hipotético caso de que todos decidieran llevar, completa y simultáneamente, la acción a efecto, siendo éste el caso en el que obligatoriedad y beneficio es del mismo grado para todos.

Otro caso posible será el de aquellas obligaciones que tienen un referente, por ejemplo temporal, de forma que son tal obligación, en tanto en cuanto guardan alguna relación con la referencia. En este caso la noción de tiempo de realización del acto determina el valor legal de toda la formulación, aunque se pueden establecer dos visiones de la cuestión: la primera cuando la acción tiene un tiempo determinado, y la segunda para aquellos actos que se ordenan y cuyo momento de ejecución se considera su tiempo, y pasado éste la orden carece de virtualidad, para ambos casos, especialmente para el segundo, que, pese a lo aleatorio de su ubicación, pierde la oportunidad. Ambas situaciones poseen una temporalidad, pero

sólo el primero de los casos o visiones planteados evidencia una vinculación directa a un referente de temporalidad para la obligatoriedad.

Lo que interesa en este caso es hasta qué grado el carácter genérico de las ordenes literales está mermado en su trascendentalidad a causa de los posibles elementos legales colaterales, que pueden mostrar que un orden jurídico sustentado por una doctrina revelada no está exento de accidentalidades en sus bases doctrinales; por cuanto si una orden genérica está a merced de un elemento de relevancia inferior, como puede ser la mera temporalidad, su vigencia y pervivencia no siempre será tan *consistente* como a veces se opina, lo que representará que el orden metafísico está orientado, como el *contractualista*, desde aspectos de puntualidad anecdótica, que pueden condicionar, de manera determinante, no sólo la normativa positiva concreta, sino la formulación en su ipsidad. En el caso de la vigencia de la obligatoriedad¹³⁷, cuando está relacionada con su temporalidad -y es igual en este caso, que en cualquier otro supuesto de accidente como puede ser el espacio, etc.-, se observa por parte del jurista la condición de posibilidad u oportunidad para la realización del acto tipificable legalmente, así pese a la trascendencia de la orden, la falta de oportunidad -con lo que en esto pueda haber de subjetividad analítica- implica el decaimiento de la obligatoriedad misma.

Finalmente, mencionaremos que con relación a la cuestión más específica de las órdenes de prohibición de los actos legales, el razonamiento que el *Ūsûl* aplica es el mismo parámetro lingüístico que observáramos para el caso de las ordenes positivas, por entender que se trata de un imperativo convencional, pese a que la orden sea de pasividad en la acción; así pues su valor semántico es de *procura* o *talaba*, lo que supone que se relaciona la recepción del mensaje ordenado con la voluntad del emisor. La función de esta estructuración de la prohibición, como pasividad en la acción, se vincula a la lógica filosófica heredada del avicenismo, que plantea como dualidad la realidad existente en *existenciación* e inexisten-

cia; la pasividad de la acción será un tipo de inexistencia o *a`dam* de la acción misma. Esta reflexión sirve a buena parte de los modernos autores del *Ūṣūl*¹³⁸ para plantear dos opciones argumentales que han de servir para abordar jurídicamente la documentación, puesto que se puede plantear la prohibición como un simple no-hacer el acto, esto es, observarlo con pasividad, o no-hacer como acción negativa. Para ambas situaciones la consecuencia es la misma, no obstante, en el primer caso la pasividad es una acción positiva -se hace el no-hacer-, y en el segundo caso la acción es negativa, puesto que hay algo que simplemente no se lleva a efecto. Este planteamiento habrá de tener consecuencias en la observación de los tipos legales, especialmente en el ámbito penal facilitará la tipificación de las responsabilidades. No olvide el lector que en un orden confesional, con condicionantes para la asunción activa de los postulados, y de sus consecuencias, delimitar la obligatoriedad del individuo implica una previa delimitación de los actos, tanto factibles como eludibles.

También es relevante la observación de la *formulación verbal* o *ṣīgat*, puesto que se considera como una expresión gramatical dotada de carácter genérico; más allá de la anécdota que signifique su uso en un momento u oportunidad concreta, se habrá de entender en el sentido de que su valor semántico es atemporal, y en la norma legal habrá de considerarse como un referente global y permanente. La atemporalidad de esta forma se habrá de relacionar con la voluntad de que la acción sea omitida de manera genérica, como tal acción, no tanto que el oyente puntual no-haga en ese momento la acción. No obstante, esta cuestión guarda relación con el complejo debate entre lo que tiene carácter genérico y lo que es esencialmente específico en las fuentes documentales islámicas, debate al cual habremos de prestar seguidamente nuestra atención analítica.

Puede ser muy ilustrativo de la relación establecida entre la semántica de la revelación y las normas positivas que a partir de ella se concretan, el estado de las cuestiones jurídicas que se susci-

ta cuando llegan hasta el jurisprudente dos tipos de órdenes relacionadas con un único juicio, que son -ambas- imperativas, aunque la primera se presenta como positiva -un imperativo puro, o convencional del tipo que Corriente denomina “agentivo”- y la segunda es una negación del acto, esto es, una prohibición directa; de manera que se presentan dos aspectos netamente diferenciados, pero ambos dentro de una misma pauta para la actuación¹³⁹. En realidad, si se presta atención observaremos que previamente hemos dado la explicación *ûsûlî* a este tipo de situaciones, puesto que el jurista en ellas ha de observar el objetivo o *garad* de la acción, y comprobará que para cada orden es diferente, ya que la supuesta unión de las entidades agentivas, positiva y negativa, es bastante ficticia, ya que si se sostiene que la prohibición es un abstenerse de actuar, no habrá conflicto posible, entre la orden del acto y la negación del mismo. En la más elemental lógica aviceniana la entidad existencial prevalece sobre la negación¹⁴⁰; en todo caso, parece evidente desde la lógica argumental al uso en el *Ûsûl* que la prohibición, en tanto en cuanto es una entidad vinculada a la inexistencia, es indicación de algún *defecto -fasâd-* de la cosa legislada, pues el jurista siempre se aproximará a ella con cierta prevención, especialmente si ha de enfrentarla a una orden, puesto que en caso de tener ambos imperativos la misma categoría documental la opción positiva de la acción habrá de ser dotada de una prima. Por otra parte, no olvidemos que si bien es intelectivamente factible especular sobre la reunión de dos entidades contrapuestas, desde el punto de vista de la *convención social* -con la relevancia que el *u`rf* veces posee en el contexto legal islámico- estas situaciones repugnan a la juridicidad misma, pues ésta se ve afectada en su funcionalidad cuando al actor no jurisprudente se le presentan ambas opciones, con la adición de un alambicado sistema de exclusiones; lo coherente es que se conceda, por parte del fijador de la norma, la primacía argumental a la acción positiva, que siempre gozará de mejor beneplácito que la negación, fácil de atraer escrúpulos teóricos, lo que en un medio confesional no es irrelevante.

De lo apuntado hasta aquí se deducen dos posiciones de la

Teoría General de la Ley: las órdenes tienen un carácter semántico complejo que se proyecta sobre las normas, especialmente cuando aquéllas interfieren en éstas, pues en los conflictos relacionados con la prelación documental el sistema legal islámico se dota de un mecanismo, eminentemente metodológico, que solventa los defectos históricos que en el corpus referencial puedan presentarse; así la *abstención* o *Ítinâ'* de una de las referencias será frecuente, pese a que se pueda considerar que un sistema literalista está obligado por sus fuentes, aún más allá de la coherencia misma. Lo cierto es que el *Ūsûl* consciente de los problemas históricos relacionados con la conservación y transmisión de las fuentes, se acompaña de este sencillo mecanismo de cautela a fin de hacer fluida la norma, aún a costa del espíritu de la fuente, que habría de ser su razón última de ser. Por tratarse de un ordenamiento *literalista*, al menos en este plano que relaciona la norma con la Revelación, el jurista recurrirá a diferenciar la esencialidad de la transmisión de las fuentes, y las concreciones externas de esa esencialidad, de forma que una vez más los planteamientos propios de la mecánica filosófica aparecen como rescatadores de la epistemología jurídica tradicionalista, especialmente cuando permiten a ésta matizar las entidades; por ello en el desarrollo de la exposición sobre la evolución de la historia del pensamiento jurídico duodecimano sostuvimos que la elaboración del *Ūsûl*, tal como en la actualidad soporta la teoría legal islámica, es un evento novedoso dentro de esa evolución, y posiblemente el punto de llegada de la propia legalidad islámica.

La noción de *Entes legales* o *Mafâhîm* y su proyección en los principios teóricos del Derecho

Estado de la cuestión

Lo genérico y lo específico en la norma legal

La permanencia de un debate clásico

Ha de introducirse la cuestión explicando al lector ajeno al lenguaje seminarista que el *Mafhûm*, del que con anterioridad explicamos su estructura, es un concepto comodín en las *Ciencias Islámicas*; gramaticalmente designa *lo comprendido*, puesto que es complemento directo o *ma fûl* de la raíz fa-ha-ma, que tiene por sentido genérico “comprender”, “asimilar”. Para la aplicación que en el sistema jurídico se hace de esta noción nos quedaremos con la somera definición de un de los comentaristas de la obra de Âḡ-Sadr, quien escribe que “*se trata del juicio [u opinión intelectual] que sobreviene a la mente del oyente analítico a partir de las especificidades y peculiaridades idiomáticas que deduce del discurso, como expresión de la intención que el orador pretendiera para su mensaje*”¹⁴¹.

En definitiva, el *mafihûm* es lo que se entiende de un documento, o mejor expresado: lo que se considera que ese texto pretende transmitir, lo cual no es la evidencia del texto sino la intención más extensa de éste. En el caso de las palabras y expresiones idiomáticas

aisladas viene a ser el sentido o *ma`nâ*, pero cuando se observan frases, ese sentido ha de ser fijado más allá de la simple apariencia gramatical, pues la frase será un mensaje con un valor referente en el plano jurídico; de forma que su carácter de fuente obliga a determinar, con convención, qué valor técnico, y qué decodificación aplicarle, a fin de acomodar el mensaje a la elaboración de opiniones legales, en definitiva, a cristalizarlo o subanciarlo en forma de norma legal.

Cuando el sentido es evidente o *zhâhir*, como ya tuvimos ocasiones de explicar, no se presentan graves dificultades para la ubicación del sentido legal que ha de atribuirse al texto, no obstante, en la mayoría de las frases doctrinales hay relaciones causales cuyas preposiciones amplían el sentido del mensaje, e implican una reflexión a fin de determinar qué pretende hacer llegar ese mensaje¹⁴².

El caso más explícito de *mafâhûm* es aquél que se produce mediante la inversión de las frases que tienen un sentido condicional, dado que se puede obtener de la relación entre los elementos condicionadores -propuesta y consecuencia- un más complejo sentido, ya que invirtiendo la propuesta, se amplía la consecuencia; aunque ha de tenerse presente que será *otro* diferente ese nuevo sentido condicional, concretamente uno con carácter excluyente. El debate estriba en la legitimidad o no de esa deducción que excede la evidencia del mensaje; o expresado de otra forma: ¿hasta qué punto es coherente interpretar como intención del mensaje lo que éste no dice directamente? La cuestión radica en el valor atribuible a aquello que deduce el jurista de ese segundo sentido condicional, siendo como es algo que tiene una cierta debilidad como referente legal, dado que es una entidad comprendida y no deducida, y que no es tan directamente y literalmente comprensible, sino que es la mente especulativa del analista lo que la sitúa en el sistema legal, en paridad con la Revelación misma. Al igual que en el caso de las frases con condición, en los imperativos sucede algo similar, ya que es posible plantear si sucederá que en la no-asunción del acto

ordenado se invierta la consecuencia de la orden¹⁴³. Parece evidente que establecer un espacio metodológicamente preciso se hace indispensable para un sistema jurídico apoyado doctrinalmente en la obediencia a un mensaje confesional, por cuanto la literalidad pura se hace insuficiente, ya que el intelecto más simple reclama la proyección de la comprensión del mensaje a esas otras zonas semánticas tácitas, y consecuentemente no *literalmente* expresadas.

Las consecuencias para el diseño de la normativa legal son evidentes en uno u otro caso, pues se acompañan con la literalidad procedente de la evidencia formal del mensaje, y con ésta acompañada, a su vez, de esa deducción. En la casuística normativa tradicional aparece un caso paradigmático de la problemática del *mafhûm*, que tiene que ver con la orden coránica de “*ayunar hasta la puesta del Sol*”; todos los autores que de ello se han ocupado a lo largo de la Historia jurídica islámica han tenido que vérselas con esa comprensión extensa de la indicación imperativa de la Revelación, puesto que el *mafhûm* de la frase en cuestión indicaría que no se puede abandonar el ayuno sin la evidencia de la puesta solar; planteamiento metodológico que proyectado, por ejemplo, sobre el sistema penal, llevaría a que las prohibiciones puedan tener una limitación tan nítida que podrían sobrellevar el rigor de lo categórico, y tal vez en el caso de las pruebas, a un grado de minuciosidad casi inoperante¹⁴⁴ para la práctica jurídica efectiva, que en definitiva es el objetivo de toda esta reflexión para-jurídica.

Técnicamente se establece desde el *Ūsûl* una reflexión que se toma de la mecánica gramatical árabe, ya que se observan las frases causales con la metodología que la filología clásica las analizara. Por ejemplo, en el caso de las condicionales, a la segunda parte de la proposición, en la que se encuentra la consecuencia -siendo ésta la parte del mensaje verdaderamente útil para la práctica de la legalidad-, se le observa como *secuela* lógica, y como tal es examinada, ya que habitualmente la Filología arábiga, desde muy antiguo,¹⁴⁵ sostenía que la voluntad o intencionalidad directa del emisor del

mensaje estaba ubicada en la primera parte de la proposición, y que la consecuencia era una entidad obvia que el mensaje colocaba a modo de colofón, que no se podía vincular con esa voluntad emisora, sino que era meramente una información, que se produciría sin el concurso del orador, como mera necesidad gramatical, y que no era imputable -directamente -a su voluntad. Así en una frase del tipo: “*si no estudias, suspenderás*”, los gramáticos árabes, popularmente, han observado la voluntad del orador a instar al estudio, siendo el resto de la frase la expresión meramente enunciativa de ese resultado, más allá de su voluntad como emisor. La Teoría legal elaborada a partir de este tipo de planteamientos -considerando esa *secuela* lógica como un elemento autónomo y diferenciado de la primera parte de la frase- se permite generar más de una comprensión del mensaje; esto es, se da así misma la facilidad técnica para -creando una perspectiva de tipo filológico frente a la primera voluntad del orador: la manifestada en el mensaje de la primera parte de la frase- obtener tantas conclusiones deducidas como observaciones sean factibles. Con este sencillo medio el *Ūsûl* hace viable al jurista obtener más de un *mafûm* de aquellas frases que sean fragmentables en proposición y consecuencia y, con ello, amplía considerablemente la literalidad extensa del corpus documental que le sirve de referente legal.

Hay, pues, opiniones que rechazan estos criterios analíticos de las fuentes reveladas; especialmente contundentes y críticas son las opiniones de los literalistas más rigurosos que cuestionan este tipo de criterios deductivos, por entender que las lecturas comprendidas por medio del *mafûm* se exceden en la interpretación de los textos revelados; es el caso de las tesis de los autores denominados *Ājbarûn*, quienes, en su esfuerzo por contener la interpretación de las fuentes, no consideran coherente ninguna comprensión que se obtenga más allá de la lectura lineal y evidente del documento.

Cometen, en opinión de los partidarios del *Ūsûl*, un error metodológico de considerable transcendencia legal puesto que no llevando la explicación filológica clásica a sus consecuencias más

previsibles, llegan hasta el punto de negar que realmente haya una fragmentación entre la primera parte de una frase condicional y la segunda parte consecuente. Ello implica que la lectura que los literalistas puros obtienen ha de ser completamente anecdótica, ya que no *leen* más que la consecuencia literal; y, sólo permiten al sistema técnico legal, aplicar ésta sobre el caso comentado, pues se hace imposible la proyección sobre la realidad de los oyentes posteriores, esto es, de aquéllos que no son los primeros y más *literales* receptores del mensaje.

El itinerario técnico que el *Ūsûl* se procura para la obtención de una convención fácilmente aceptable por los juristas, que están abocados a obtener deducciones extensas mediante el *mafihûm*, a partir de frases compuestas de predicados y sus consecuentes, será complejo y rico, tanto como diversas y plurales han sido las exégesis de las obras de los comentaristas de *Ânsârî* y *Jorrâsânî*, quienes, en definitiva, han fijado estas nociones. Sin embargo, el debate es constantemente renovado y rehecho es sus premisas, puesto que la argumentación filológica, en ocasiones cuestionada, ha dado espacio a los planteamientos, mucho más innovadores para el currículum académico de la *Haûza*, que ponen los énfasis analíticos en las metodologías de carácter social. Así, desde la moderna sociología, e incluso mediante la revisión historicista de las fuentes, e incluso desde la etimología, se tiende a una relectura de lo que se puede comprender a partir de los textos clásicos, que son fuentes referenciales para el Derecho islámico.

El incremento de la actual investigación jurídica, llevada a cabo mediante soportes informáticos, permite en la actual coyuntura histórica, la aplicación efectiva del legado jurídico clásico. Así, en el caso que nos ocupa como muestra: en la República Islámica en Irán se ha llevado a efecto un interesante trabajo de digitalización de las fuentes clásicas que posibilita establecer muestreos comparativos entre hadices, al modo clásico y de manera casi íntegra; incidiéndose novedosamente sobre este tipo de cuestiones documentales, de forma que el moderno *muytahîd* está en disposición de establecer com-

probaciones exhaustivas de las fuentes procesadas, a causa de lo cual es posible al jurista reflexionar críticamente sobre las construcciones idiomáticas que pueden serle de utilidad en los juicios legales, y, estableciendo comparaciones entre secuencias de hadices y tradiciones, se obtienen variaciones filológicas que, dentro de la dogmática de la literalidad, evidencian un espacio abierto a nuevos y posibles *mafâhîm*.

No es infrecuente que en las opiniones legales académicas, que ahora son modelos arquetípicos para el sistema legal estatal persa, aparezcan interminables variantes referenciales que matizan ordenes, de forma que en esta aplicación de la informática hay una relevante novedad mecánica, frente al sistema tradicional que centraba la reflexión en una exhaustiva desmembración de pocos textos, a veces de una única frase. Esto, que podría ser una moda en la exposición entre los autores modernos y los tradicionalistas, evidencia hasta qué punto en la actualidad se busca la observación panorámica de las fuentes, con lo que esta percepción con perspectiva conlleva de distanciamiento. Tal vez inconscientemente, los modernos autores tienden a relativizar la presión que las lecturas literalistas han ejercido sobre el edificio legal islámico, y buscan un espacio en el cual trabajar, no tanto sobre los textos en su literalidad más evidente, lo que se presenta como una forma de historicismo que lleva al folclore, cuanto que lo hacen permitiéndose pensar en las fuentes doctrinales como un referente que se puede medir por su *espíritu*, que no es otra forma que decir que de ellas pretenden libar la intención -si ésta es la cara más sutil de la voluntad-. Por supuesto el riesgo -y las críticas sobre estas nuevas tendencias por parte de los tradicionalistas lo han denunciado con energía- estriba en que se abre para el análisis jurídico islámico una fase en la que las interpretaciones de las fuentes pueden trasladar a éstas a un segundo plano, algo que para un sistema confesional es una situación extremadamente desconcertante, si no peligrosa.

La última cuestión conceptual que abordamos, de entre las que enmarcan el debate sobre la lectura literalista de las fuentes

doctrinales, guarda relación con lo anteriormente expuesto en torno a la comprensión o *mafḥûm* deducible de los textos. Definir qué hay de *genérico* o *Â`m* y qué es *específico* o *Jâs* en el texto de un mensaje, supone delimitar hasta qué grado un documento implica al jurista hacia una directiva legal, la cual obliga al jurisprudente a un juicio y norma positiva primaria, o simplemente orienta hacia un ámbito de consideraciones aleatorias, jurídicamente susceptibles de ser relativizadas. Cuando el jurista, en su observación de los documentos doctrinales históricos que le son referentes doctrinales, encuentra una información susceptible de determinar su opinión legal, una de las primeras cuestiones que ha de plantearse para analizar la literalidad textual, y establecer un criterio de traslación de la directiva jurídica a la norma concreta, ha de ser la “correcta” ubicación del carácter *genérico* del texto, ya que de ello dependerá que se considere a éste, o su sentido, como más o menos vinculante, en definitiva, como pauta legal general y básica, a partir de la deducción que se obtenga de esa fuente.

La *literalidad* con la que el jurista duodecimano observa las fuentes requiere que el concepto lingüístico de *lo genérico* sea expresión del *deber ser* jurídico, puesto que se considerará que es exponente de la voluntad del emisor del mensaje, en el sentido de hacer amplio y global el referido semántico. Por ello, la norma que a partir de él se concreta, se puede considerar como la substanciación del *qué ser* de la legalidad, que por otra parte ha de ser doctrinalmente coherente. Así pues, *lo genérico* es un elemento globalizador del sentido del discurso, tanto de la cosa referida como del sujeto receptor, dado que es *genérico* aquello a lo que se alude, como también lo puede ser a quién se dirige; siendo, tal vez, el aspecto más significativo de este concepto básico del Derecho, precedente de la Revelación, la voluntad integral que se entiende que en él se contiene, que es una *integralidad desde* el significado y, lo que es posiblemente más importante, **sobre** el receptor. Nosotros consideramos que ha de ser útil al observador foráneo a la metodología de la enseñanza teológica *ya farî* observar la clasificación

que el propio *Ūsûl* establece de *lo genérico*, para entender cómo se aborda esta cuestión capital en el sistema jurídico literalista, puesto que desde la tipificación técnica de los mensajes lingüísticos se puede comprender la estructuración de los tipos legales que se concretarán a partir de las normas deducidas.

Previamente, ha de tenerse presente que hay una cierta conflictividad entre la definición lingüística del término *genérico* y su realidad concreta -aunque más adecuado habría de ser el escribir: *concretada*, puesto que en los textos *ûsûlî* se menciona el *misdâq*, con el sentido que la metafísica mollasadrina le confiere a este concepto-. Dicha conflictividad estriba en la sutil diferencia que en las *Ciencias Islámicas* se establece entre *globalidad* y *totalidad*¹⁴⁶; aunque entendida la diferencia es factible comprender qué se espera de la fuente entendida como genérica, y hasta dónde es posible *opinar* legalmente tomándola como referente.

Prácticamente todos los autores modernos¹⁴⁷ coinciden al establecer una ordenación de los tipos de generalidad que se puede encontrar en los textos doctrinales conservados. Las tipologías básicas suelen ser: **el genérico englobante o *ístia`râqî***, en el cual se contienen todos los elementos posibles que permiten considerar como genérica la referencia legal. El objetivo de este tipo es todo elemento -individuo oyente- que pueda atender a tal calificación, sin otra connotación respecto del conjunto general. **El genérico común reunido o *u`mûm maymû`î***, que es la reunión de todos los miembros del colectivo, equiparando el número de ellos al grupo, aunque no obviando la relación supraelemental que es la noción de asociación. **El genérico uniformador o *u`mûm badalî***, que es el más impreciso puesto que suele ser relacionable con una expresión indefinida

Si se contemplan los tipos de genéricos, como expresiones de la realidad concreta o *misdâq* que proyectan las diferentes categorías legales, abstractas y nocionales, se entenderá la relación entre la voluntad emisora y la obligada referencia a ella en la norma positiva, como una relación ineludible doctrinalmente entre le *deber*

ser y el *ser* legal que hemos mencionado. Todos estos tipos, procedentes de la metodología lingüística del árabe, expresan una serie de entidades conceptuales que en un mensaje doctrinal concretan los destinatarios efectivos y, más allá, aquéllos que han de ser los auténticos receptores de una señal trascendente. Igualmente, las indicaciones normativas, que se plantean en términos genéricos, son los hitos legales básicos que delimitan el espacio jurídico que se entiende acotado por el mensaje; por tanto, la correcta ubicación de los tipos de genéricos ayuda al jurisprudente a *calibrar* la gradación de implicación que se ha de deducir de la fuente.

Por ello, y a causa de la relevancia de la calibración de ese valor legal, es interesante observar cómo se determina en el sistema legal duodecimano la diferencia entre una expresión genérica y una indefinida, puesto que la primera tiene un transcendental peso específico en su valor legal y, sin embargo, en la segunda, por ser una forma imprecisa de alocución, sólo se observa una forma vaga de indicar una tendencia del emisor¹⁴⁸. De forma un tanto reduccionista se establece un filtro gramatical puesto que la frontera, de forma esencial, entre el genérico y el indefinido en el árabe más evidente se determina por la presencia del artículo gramatical -*Al*- junto a una palabra, de forma que los indefinidos, salvo matices que se relacionan con las complejas normas de la metodología retórica, suelen aparecer sin artículo. No obstante, esta sencilla regla no resuelve la tipología que observamos, por cuanto un sustantivo árabe, en unión de su artículo, no es más que un genérico *no concretado*, de manera que siempre queda como labor del *muytahid* precisar qué se puede entender como la voluntad emisora en ese mensaje. También se establece en la reflexión *literalista* de la Teoría legal duodecimana, en qué medida la ubicación de los elementos, a los que la referencia genérica hace alusión, se encuentra implicada en la relación de los miembros con el conjunto tipificado. Así, se tiene en cuenta que el individuo se halle, con certeza, en el conjunto aludido como miembro de pleno “significado” -en el ejemplo anotado: “los sabios”-, o el caso del individuo que está inserto en el conjunto de forma genérica, pero que no se correspon-

de con algún tipo de subconjunto -el ejemplo escolar suele ser el de “los sabios corruptos”-; por otra parte se cuenta con que hay individuos de los que se puede dudar si pertenecen o no al conjunto referente -es el caso de “la duda de si Fulano es un sabio”-, como puede surgir la duda en el subconjunto -por ejemplo, sabemos que “Fulano es un sabio, pero ignoramos si es corrupto”-; finalmente se establece la posibilidad, muy ambigua, en torno al primer grupo del conjunto -así se puede continuar con el ejemplo preguntando: “¿quiénes son los sabios aludidos?”-.

El plantear una gradación de la prioridad genérica el sistema teórico que delimita la implicación referencial legal despeja la cuestión de la significación semántica, dado que delimitando el *qué* del mensaje se pueden despejar las referencias e ignorancias de tipo específico. Tenga en cuenta el lector que este debate es esencial en un sistema jurídico asentado en la literalidad, puesto que conocer a quién o a qué se refiere el significante en un texto referente es esencial para consolidar el prestigio transcendente del sistema normativo, ya que su credibilidad y coherencia doctrinal descansa, indefectiblemente, sobre la certeza de que lo normativizado, se corresponde con la intención expresa del mensaje, y que es la concreción lingüística de la voluntad del emisor, o al menos del editor del documento que es fuente legal. Por supuesto una cuestión como ésta, sustancialmente especulativa, ha conllevado una importante polémica académica, aparentemente hoy superada, pero que en su momento estructuró el sistema metodológico legal sobre la base de la visión lógica aplicada al caso. Así, Jurrâsânî¹⁴⁹ consideró que tal gradación no se debía ubicar, tanto en el carácter genérico de las expresiones lingüísticas, como en su carácter de referente, de forma que en el estatuto de *huyyat* se determinaba la relevancia jurídica del mensaje. Por su parte una serie de autores, muy condicionados por la escuela hiperliteralista de la tradición *âjbarî*, como es el caso de *Mîrzâ Qomî*¹⁵⁰, consideraron que no hay gradación posible en *lo genérico*, pues esa supuesta gradación llevaría a las especificidades, que son netamente *otra* concepción interpretativa

del mensaje. Incluso Ânsârî¹⁵¹ hubo de marcar una línea argumental autónoma, continuada por sus discípulos y los comentaristas de su obra, sosteniendo que la prioridad de los diversos tipos de “genérico” se establece por la relevancia que se conceda en cada caso a la relación del conjunto con sus miembros, y no tanto a la situación de éstos dentro del grupo. Posiblemente ésta es la tesis con mejor acogida académica en la actualidad, puesto que refleja la sensibilidad argumental, de referencia escolástica y filosófica, que impera en las escuelas teológicas persas, aunque no faltan autores, procedentes del ámbito cultural árabe, esto es, formados en Nayaf, que se alinean tras la opinión de Mîrzâ Qomî.

A nuestro entender, y teniendo en cuenta el espacio que con posterioridad se ha de abrir para el jurista en el *Ûsûl Práctico*, y siendo ésta última una zona esencialmente especulativa, el debate en torno al tipo genérico de las fuentes ha de centrarse en el carácter *referencial* o *huyyat*; puesto que en la lectura de las fuentes consideradas de procedencia directa con respecto a la Revelación, la investigación del jurisprudente se ha de centrar en la delimitación de esa característica esencial: el valor referencial del documento; mientras que, como analizaremos a continuación, en el ámbito *práctico* de la Teoría legal, la investigación del especialista en el Derecho islámico se orientará hacia el tipo de criterio metodológico que habrá de ser aplicado, a fin de paliar -precisamente- la ausencia de una referencia de tipo *huyyat*.

La actualidad de este debate, pese a su revestimiento metodológico, está cargada de transcendencia socio-política puesto que en esta cuestión, como en buena parte, si no toda, de la polémica interpretativa lingüística en torno a las fuentes doctrinales islámicas, se debate la identidad misma del Islam real y efectivo, o más concretamente, de la *representación ideológica* de éste. La lectura *literalista* no ha de ser necesariamente única y unívoca; más bien es literal desde una determinada concepción interpretadora; pero la interpretación, siendo previa a la lectura misma y antes que ella, y las bases teóricas e intelectuales que la ordenan, es una enti-

dad tan plural como pueda serlo el número de analistas cualificados que emprenden tal tarea. Frente al monolitismo intelectual del mundo sunnita, el Islam duodecimano, mediante un esfuerzo doctrinal y metodológico por mantener activo y vigente el *Īyihâd*, ofrece al analista un espacio jurídico muy vivo y capaz de presentar alternativas creativas, proyectadas desde las tradiciones teológicas y doctrinales que reinterpretan las fuentes legales, enfrentando la realidad moderna al acervo clásico. Sin embargo, se produce la paradoja de que esa capacidad de regenerar el edificio legal *ya`farî*, entra en contradicción con los intereses del Estado -concretamente del establecido como *islámico* en el Irán de la revolución de 1979-, ya que siendo éste confesional se ve en la necesidad, con su correspondiente contrasentido, de delimitar de manera cuasi administrativa el cuerpo de jurisperitos, considerados como poseedores de un legítimo dominio de la metodología relectora de las fuentes jurídicas.

Históricamente, el *muytahid* duodecimano, tanto individual como en colectivo, se ha permitido el establecimiento de sus juicios legales sobre la base de una total y plena autonomía personal, si bien las tendencias e incluso las modas académicas han delimitado esta tendencia individualizadora. Sin embargo, llegado el momento en que los *shîa`* establecen un Estado, confesional, la coherencia inherente a toda estructura socio-política que pretende ser estable, colisiona -prácticamente de manera frontal- con esta liberalidad interpretadora, apareciendo la necesidad -en esencia política, nunca doctrinal- de establecer perímetros ideológicos para las interpretaciones de las fuentes; lo que es igual que decir que se estructura restrictivamente la lectura de la literalidad de los documentos referenciales. No obstante, en la actualidad se ha de contar con un factor anexo al esquema tradicional, y en consecuencia innovador en la ecuación legal *ya`farî*, que es la capacidad de opinión que ciertos elementos intelectuales poseen, pese a no formar parte del tradicional colectivo de los jurisperitos y teólogos, entre los que se podría suponer que hay cierta *connivencia corporativa*. La difusión de las *Ciencias Islámicas* fuera del ámbito físico y mental de

las escuelas teológicas, el notabilísimo incremento en las publicaciones sobre la materia, la creación de disciplinas parateológicas, en buena parte de las universidades estructuradas sobre parámetros laicos, en casi todo el mundo islámico, y la entrada en el debate de los intelectuales *laicos*, deseosos de conservar el Islam como seña cultural o intelectual, que no se resignan a la lectura escolástica tradicionalista, son una amplia serie de aspectos que alteran la evolución escolar tradicional sobre la interpretación de las Tradiciones doctrinales; lo que en definitiva conlleva la concreción normativa a derroteros que distan bastante de los espacios clásicos del *Fiqh*. Más aún, la adición metodológica de disciplinas, que hasta este siglo fueran foráneas al curriculum de la *Haûza*, pese a cierta resistencia por parte de los grupos académicamente más tradicionales, aporta un nuevo espacio jurídico a la implementación de la *Sharîa`* histórica.

Por nuestra parte, consideramos que existe en el actual talante intelectual islámico una reforma del *Fiqh*, que se intuye esencialmente en la incorporación de las metodologías sociales, consideradas como foráneas a las tradicionales *Ciencias Islámicas* impartidas desde las escuelas de teología históricas, que, de un tiempo a esta parte, no están sabiendo renovar su percepción investigadora y pedagógica de la materia y los objetivos a los que se dedican. Posiblemente el éxito revolucionario en Irán, más que un incentivo intelectual, ha supuesto ser para estas instituciones un problema añadido a la necesidad de adecuar su sensibilidad metodológica a los nuevos tiempos, ya que las sociedades en las que se insertan están viviendo un cierto cambio de valores sociales, por lo que la maquinaria estatal islámica, necesitada de cuadros dirigentes, está demandando de la *Haûza* no tanto un tipo de pensadores capaces y creativos, como burócratas fieles a la patria nacional, lo que desvanece el interés general religioso de un tipo de especialistas y estudiosos por los análisis de fondo en torno a la realidad de la *Sharîa`*.

Históricamente, la interpretación de los textos religiosos fue labor de personalidades inquietas, que no eran profesionalmente

teólogos -ésta es una categoría social, e incluso profesional, muy tardía, más vinculada a los intereses de los poderes temporales de reyes y califas que a la idiosincrasia islámica original-, por lo que la superación del ámbito de la *Haûza* en lo que se refiere al debate sobre la identidad del sistema legal, muy especialmente en las cuestiones técnicas y doctrinales relacionadas con la lectura e interpretación de las fuentes dogmáticas, sólo devuelve la cuestión a su espacio natural: la sociedad islámica, sin más matizaciones. Posiblemente, es a esta instancia a la que Jatamî se refiriera, en el texto que anteriormente analizamos, cuando utilizaba el desconcertante e innovador -con la carga que este peyorativo epíteto posee en el contexto doctrinal islámico- concepto de “sociedad civil islámica”, que parece así contrapuesto a la cooperativa de opiniones académicamente establecida que ha llegado a ser el colectivo de los teólogos salidos de las escuelas de jurisprudencia.

La teoría del Derecho basado en fuentes reveladas indirectas o *Âl-îmârât*

Sobre el conocimiento con *certeza* o *qata`* y su valor legal

Un ejemplo del debate clásico: el valor jurídico de la documentación histórica de relevancia legal imprecisa, la *noticia* *única* o *Jabar Ūâhid*

Sostuvo Aristóteles que “*toda doctrina y toda disciplina racional se genera desde el conocimiento preexistente*”¹⁵². En relación con lo que hasta el momento hemos expuesto de la Teoría general literalista de la Ley islámica, esa afirmación, para los teólogos y jurisprudentes musulmanes es completamente válida, ya que esta parte esencial de su *Ūsûl* se apoya en varios tipos de conocimiento preexistente; el primero de ellos, en la certeza fehaciente en la Revelación *-fe* o *îmâm-*, así como en un discernimiento categórico de base documental *-hikmat-*, y finalmente en el conocimiento experto *-î`lm-*, posterior al análisis, a partir de una serie de postulados técnicos que les permiten deducir de la fuente doctrinal los principios básicos del Derecho. No obstante, al sistema jurídico islámico le llega un momento metodológico en el cual las referencias directas, incontestables o literales, no le son suficientes para establecer normas legales que atiendan al espectro total de la realidad social, y el *Fiqh* se ha de dotar de elementos que aporten estas normas, las cuales en unos casos no están en las fuentes, como tales

referencias; y en otros casos, si aparecen, lo hacen de una manera que se pueden establecer serias reservas metodológicas que supongan algún tipo de incertidumbre sobre la condición de *huyyat*, que ha de existir entre el juicio legal y su referente doctrinal, para que aquél goce de prestigio religioso.

En el momento en el cual aparecen reservas técnicas sobre la documentación, o ésta no es suficientemente precisa, e incluso cuando la documentación es *categorica* en su valor de representación de la voluntad, supuesta o deducible del emisor, el *Ūsûl* necesita dotarse de los instrumentos mecánicos que le permitan superar ese escollo. Si la estructuración lógica de la interpretación de las fuentes directas, sobre la base de la literalidad, procedía del sistema clásico aristoteliano, a causa de la coherencia que éste aportaba a la relación sencilla entre significante y significado aprehensible, en la nueva tesitura, en la que el sistema legal ha de tener en cuenta otras variables más complejas que esa simplicidad en la relación, habrá de elaborarse un sistema referencial sustentado en una ordenación lógica más compleja, la cual, aún siendo básicamente autónoma y autóctona del mundo intelectual musulmán, una vez analizada, especialmente en sus aspectos semánticos, se asemeja bastante a los sistemas lógico/modales¹⁵³ que se han desarrollado en Occidente a lo largo del último siglo. Así como la base determinante de la coherencia *literalista* descansaba sobre la certeza categórica, que el jurista llegaba a poseer sobre la fuente en que apoyaba sus juicios legales, y sobre la certeza metodológicamente intachable que sustentaba su interpretación del significado; al dar paso esa certeza a conocimientos relativizados o parciales de la fuente, de su mensaje -tanto para el caso del significante como del significado *mafhumî-*, e incluso del tipo legal resultante de la equiparación documental, el jurista ha de incorporar los matices que han sido sistematizados por los autores *ûsûlî* desde el sistema lógico, creando toda una metodología argumental, especulativa esencialmente, que haga posible aplicar fuentes documentalmente débiles a juicios categóricos, lo que llega a ser factible mediante el valor anexo que esa misma metodología lógica confiere a la matización, la cual

de esta forma adquiere un cierto valor estructural.

Por tanto, la elevación técnica de los conocimientos *relativos y parciales* a la condición de referente doctrinal válido, de que goza el conocimiento categórico en el sistema literalista, habrá de ser la aportación de esta segunda parte del *Ūsûl*, denominada *Práctica*; completando de esta forma la capacidad del *Fiqh* para responder a todas las expectativas legales de la sociedad confesional.

Metodológicamente, la problemática de un sistema legal doctrinalmente literalista respecto de sus fuentes transcendentales, se centrará no en la morfología lógica clásica, esto es en la correlación directa entre predicados, sino en la contemplación de la **función** lógica¹⁵⁴ de los elementos aplicados, dado que se habrán de tener en cuenta aquellas fuentes que no reúnen algunos de los requisitos, que en un sistema literalista son de irrenunciable valor referencial, por lo que el conocimiento legal que aporten será limitado, como limitada habría de ser su representatividad jurisprudencial, de no ser por el apoyo técnico de las teorías que a continuación observaremos, las cuales permiten al jurista suplir esa limitación documental con una serie de *comodines* legales técnicos, que -a su vez- conducen a establecer un tipo de juicios *legítimos*, suficientemente consistentes, y coherentes, con la doctrina teológica de respeto a la Revelación.

El sistema legal establecido por esta Teoría de la jurisprudencia, tanto en su aspecto literal o deducible, como en el aspecto que denominaremos *inducido* -que no es otro que ese *Ūsûl práctico*, que pretende reunir los instrumentos capaces de asignar la categoría de referencia legal a lo que doctrinalmente no llega a serlo -tiene pleno sentido doctrinal, pues no ha de entenderse como doctrina del conocimiento, aquello que se refiere solamente a “*la demostración deductiva, y a los principios universalísimos y máximamente inteligibles, sino que se refiere también a todo aquello que en el conocimiento dice razón de punto de partida*”¹⁵⁵. Por nuestra parte, consideramos que en este planteamiento que analizamos hay, esencialmente, lo que podemos considerar como un expe-

rimento o un intento de Jurrâsânî y algunos de los autores del moderno *Ūsûl* por transformar las bases lógicas aristotelianas, pasando a esquemas modales más sofisticados; sin embargo, el momento en que esta suerte de *reforma* se intentó, la lógica del tipo hipotético deductivo aún no estaba lo suficientemente desarrollada y, consecuentemente, las transformaciones en el sistema *ûsûlî*, en este campo específico, son limitadas, sino tímidas. Nos parece evidente que una actualización del edificio teórico del sistema jurídico islámico, sobre bases lógicas más complejas habrían de suponer cambios sustanciales en la percepción que los juristas musulmanes pueden tener de su pasado documental y de su realidad dogmática, pero éste es un esfuerzo que no parece haber encontrado su momento, o la personalidad capaz de afrontarlo. En definitiva, podemos considerar que actualmente y en *puridad* lógica, los instrumentos relativizadores de la referencia legal *huyyat* se comportan como meros *singulares percibidos*, capaces a su vez, frente a los elementos categóricos, de aportar un cierto *conocimiento universal*, siendo como es este tipo de conocimiento, aquello que relaciona lo comprendido de un texto, e incluso lo concretado en su realidad histórica, con la Voluntad transcendente, y que es el pilar del edificio legal confesionalista.

Es posible para el analista, que se adentra en esta área del sistema jurídico islámico, verse tentado por reflexiones del tipo de las que pone el énfasis en delimitar qué se puede considerar Conocimiento, puesto que la base doctrinal de todo orden legal confesional se ha de situar, ineludiblemente, en la certeza de la conexión de aquello que se “sabe”, con la Voluntad divina, de forma que lo intuido, o lo presupuesto, puede verse excluido del certero campo del conocimiento, como entidad absoluta, para habitar los espacios más grises de las especulaciones humanas, las cuales no han de gozar de la solvencia doctrinal que el jurista-teólogo reserva para la Revelación.

Gnoseología o epistemología, en todo caso hay un ejercicio de reflexión crítica desde la noticia documental hasta el juicio legal, y

desde éste a la norma concreta. En el texto mencionado de Aristóteles se indica que en todo discurso, mediante silogismo o inducción, se genera *ciencia*, entendida ésta como conocimiento¹⁵⁶. Así pues, desde muy antiguo el debate legal se circunscribirá, por parte de los juristas duodecimanos, en el ámbito *ûṣûlî*, lo que se llevará a efecto como una cuestión de gradación de ese conocimiento; como una concreción, más o menos precisa, de la información referencial que se obtiene de un mensaje. Por otra parte podemos pensar que nos desenvolvemos en el espacio que Tomás de Aquino delimitara entre *cognito* y *duplex cognito*, o de la denominada “*actividad cognoscente*” hegeliana¹⁵⁷, lo que supone afirmar que la cuestión de la relatividad o parcialidad de la noticia legal no afecta a su condición de tal “nueva”, sino a su peso específico en el hecho jurídico.

Es ese peso o valor lo que debate el jurista cuando se encuentra con una fuente no categórica, ya que ésta no pierde su carácter referencial, aunque si ve afectarse la transcendencia jurídica de la opinión que en ella se apoya. Es, pues, la *norma jurídica* la que este tipo de fuentes toma como el eje de esta importante cuestión: la norma en tanto en cuanto mandato, y en cuanto límite¹⁵⁸. Bien entendido, que en el sistema jurídico *ya farî* la fuente de conocimiento legal más importante para el jurista es el sometimiento como intérprete a la voluntad del legislador, voluntad no expresada en la norma sino en el referente doctrinal. Esta *hipervaloración* de la interpretación de los textos legales, en ningún caso se ha de asimilar a lo que en la literatura jurídica occidental se conoce como “*l’assouplissement des textes*”, puesto que en este caso la casuística jurídica lleva a atribuir a los textos legales -atención que no decimos fuentes documentales, sino que nos estamos refiriendo a elaboraciones normativas- la solución de las cuestiones de hecho, desligando esos textos de la intención legislatora, en síntesis, de la voluntad emisora, de sus autores¹⁵⁹. La hipervaloración a que nos referimos es una necesidad dogmática, por parte de la metafísica, por cuanto es ella misma lo que legitima la *norma*, de forma que ha

de estructurarse un argumento capaz de conectar ambas entidades. Cuando la relación es directa y evidente en su literalidad no hay grandes dificultades discursivas; sin embargo, ha de haber un esfuerzo alambicado para la circunstancia de fragilidad en la relación, la cual se consolida con una más sólida reflexión sobre las nociones esenciales, de ahí que el *Ūsûl* se comprometa en especial en acotar metodológicamente aquel espacio de su sistema que ha de satisfacer al jurista, que se enfrenta a una fuente no categórica. De hecho, de un siglo a esta parte, este espacio argumental es el centro de los grandes debates académicos, e incluso políticos -como tendremos ocasión de observar-, puesto que la realidad histórica ha dejado el acervo documental categórico en franca minoría respecto a los documentos relativizables o de parcial aplicación. Así pues, lo que hasta el momento era *literalidad*, pasará a ser para el *Ūsûl interpretaci3n*, ya que los mecanismos de su método *Práctico* estarán ordenados a fin de regular la deducci3n jurídica, sobre parámetros que se puedan considerar doctrinalmente adecuados. Ello implica, evidentemente, una considerable tarea creadora puesto que la relevancia concedida a ese desarrollo práctico del *Ūsûl*; si bien no es de tal forma autónoma que pueda afirmarse que se prima la valoraci3n personal del *muytahid*, lo que nos acercaría a los principios de la Teoría Libre del Derecho, sí al menos asume en la práctica soluciones que se aproximan a las posiciones metodológicas del Realismo jurídico, puesto que se utilizan algunos de los principios metodológicos como herramientas compensatorias a favor de una generaci3n legal, con pretensiones de facilitar la siempre complicada asunci3n social de los opacos dictámenes doctrinales tradicionales.

La reglamentaci3n *ûsûlî* de este espacio interpretativo abierto supone de alguna forma la exclusi3n definitiva de la arbitrariedad en la actividad jurídica *ya`farî*, frente a las situaciones habidas en el contexto *sunnita*, el cual, menos dotado metodológicamente, suple sus carencias con un cierto abuso de la figura de la *analogía* o *qîas*; aunque no podremos afirmar que en la aplicaci3n práctica no surjan situaciones de arbitrariedad argumental, cuando se trate de

precisar de manera concreta el proceder del jurista, especialmente en la tesitura de habilitar una mecánica como teoría jurídica. A causa de esto la tendencia práctica se orienta hacia la limitación, si no la eliminación, de la libre iniciativa del intérprete jurídico, y la inevitable y necesaria adecuación del *Fiqh* a la realidad concreta que llega a ser contenida en las fuentes literales. Podemos afirmar que hay un espacio valorativo, que en ningún caso implica que el *muytahid* abandone su lugar de jurista y teólogo para ser sociólogo o político; sin embargo, la disposición, o la tentación -en el caso de las modernas tendencias jurídicas-, es a tener en consideración, en la concepción jurídica, que hay un ámbito para la creación de unas normas que acercan el dogma a la realidad socio-política; evitando, de esta forma, forzar a una sociedad, no siempre confesionalista, a la asunción de esquemas demasiados dogmatizados. En síntesis, se puede afirmar que la aceptación en el sistema legal duodecimano de los documentos que contienen una información relativamente solvente, o que no se pueden considerar directamente *huyyat*, nos permite considerar que el *Fiqh ya`farî* se hace así mismo “capaz” para transformar el espacio dogmático en espacio legalmente realista.

Âl-Îmârât y los elementos del *Ûsûl Âl-A`malîah* o *Práctico* se presentan, pues, como una opción jurídica metodológica, alternativa a la literalidad, pero... ¿sólo para los casos en que ésta no satisface las necesidades de la normativización tal como la hemos expuesto hasta este momento? En principio, así debiera ser, puesto que *Âl-Îmârât*, en tanto en cuanto metodología compensatoria de las fuentes no-categorías, habría de entrar en juego en caso de una total carencia de fuentes incuestionables; no obstante, no hay nada, en la interpretación, salvo unos pocos casos de rotundidad textual, que obligue al jurista a no contar con esta figura; no de forma alternativa, sino como parte esencial del sistema jurídico, habida cuenta de las posibilidades que su metodología contiene, en el sentido de acomodar la deducción jurídica a situaciones reales que cada vez son menos contrastables con la literalidad pura y tradicional. En este espacio deductivo es donde la denominable “Teoría Legal

Islámica”, que es el *Ūsūl*, se presenta más evidentemente como una *teoría de la ciencia jurídica*, puesto que cuando la *literalidad* deja paso a las metodologías interpretadoras, y a las más creativas alternativas que compensan la ausencia de fuentes referenciales, se cumple más fehacientemente la concreción entre Filosofía y Ciencia. Es el momento en que de forma más diáfana se evidencia la reflexión filosófico-lógica que establece los fundamentos de la propia ciencia jurídica como tal *ciencia*, aquélla reflexión que Bobbio denominara *metajurisprudencia*¹⁶⁰.

Sin embargo, pese a ese carácter *metajurídico*, que podría hacer pensar en un sistema especulativo y abierto al capricho metodológico, esta sección del *Ūsūl* se destaca sobremanera por adoptar una gran sumisión ante las pautas lógicas¹⁶¹, dado que son precisamente éstas las que consolidan la unión, de alguna forma doctrinalmente débil, entre este método y la Revelación, con la que se vinculan las conclusiones, y más allá de todo ello, con los juicios jurisprudenciales y las normas positivas. Por ello es esencial para el analista tener presente que el calibre que determina el valor de referencia de las fuentes, y consecuentemente, el carácter de *huyyat*, incluso en ausencia de esto, la posición metodológica y jurisprudencial de un sistema de opiniones, es su extensión lógica, ya que sólo desde el punto de vista de la satisfacción lógica se determina cuándo un documento doctrinal es un referente, y cuándo un método de análisis tiene solidez teológica para *sustituir* a la Revelación misma. Por todo lo cual, la primera cuestión a concretar, por parte del experto, será el carácter *categórico -qatî`î-* o, en su defecto, el porcentaje de fiabilidad de las noticias transmitidas en las colecciones históricas de hadices. Entre la certeza y los matices relativos habrá de deambular el jurisprudente completando las ausencias con esta metodología *alternativa*.

La primera cuestión a considerar en la construcción de la tesis en torno a *Âl-Îmârât*, estriba en la diferenciación, sustancialmente relevante -entre su condición de opción de alternativa documental frente al *argumento categórico o dalîl-*, de manera que esa sustitu-

ción, una vez asumida por el jurisprudente, dote a las fuentes de esta figura de las mismas características metodológicas que el *Ūsūl* previó para el *argumento*, incuestionable doctrinalmente. Es bien cierto que técnicamente *Āl-Īmârât* no aparta al jurisprudente de la ignorancia legal -expresada en palabras de rigor doctrinal y teológico-; sin embargo, es una función teleológica que, sin tener el conocimiento expreso de la cosa que aporta aquel *dalīl* argumental que venimos mencionando, da al juicio legal un motivo suficientemente coherente respecto al marco doctrinal, que no sólo sustituye la referencia *huyyat* -cuando se carece de ella formalmente-, sino que, llegado el caso, puede contraponerse a ésta, al dotarse a esa alternativa de elementos periféricos que refuerzan la “opinión abierta” frente a la literalidad de las fuentes, a veces reduccionista, las cuales conllevan una cierta *sobrecarga* de historicidad¹⁶².

Se mencionó con anterioridad, en relación con el debate sobre la entidad lingüística *genérica*, que la condición de *categorica*, ante una determinada fuente documental, no era considerable desde los matices *específicos*, que graduarían su plenitud como argumento totalizador; sin embargo, llegado el momento de comparar las referencias categoricas con las que aportan este tipo de fuentes relativas, se busca en el *Ūsūl* una solución de compromiso metodológico, de forma que prestando la atención necesaria a la función, se espera cubra la fuente relativa, como esencia de la cuestión de *Āl-Īmârâ*. Se acepta¹⁶³ generalmente que la categoría ha de observarse, también, desde el espacio *específico* que en cada momento se tipifica; de forma que una carencia de fuente determinante, no puede inhibir al jurista para opinar con rotundidad; así pues, se delimita ese espacio categorico¹⁶⁴, e inmediatamente se busca un área técnicamente asequible para lo que no llega a serlo.

Dado que esta parte del Derecho duodecimano está muy condicionada por la capacidad de especulación metodológica de los juristas, se suscitan, inevitablemente, en la mente del observador analista una serie de cuestiones típicamente escolásticas, habida cuenta que se exceden los presupuestos que se dieran por coheren-

tes en los principios doctrinales que sustentaban la *lectura* literalista.

La primera de las cuestiones que deseamos apuntar guarda relación con la capacidad que el jurista, en tanto en cuanto analista de la fuente, considera que posee frente a la categorización del juicio; puesto que, superado el ámbito incuestionable de la literalidad, se pueden encontrar colisiones entre la opinión técnica y la libertad de albedrío de los actores legales. O expresado de otra forma: ¿en qué medida está vinculado el individuo por una opinión que es esencialmente especulativa? Frente a la puridad y el rigor que una jurisprudencia religiosa pretende, hay un grado no despreciable de temor al error o de **escepticismo**, si el juicio es un producto teórico y no revelado. Es fácil, prever que la respuesta teológica ha de salvar estas reservas apelando a la relevancia de la intencionalidad, frente a la acción: un acto legalmente riguroso, pero auténticamente errado, llevado a efecto con la intención de complacer al Legislador, ninguna doctrina escolástica lo considerará como pecado -consecuentemente no será legalmente cuestionable-, en tanto en cuanto el actor carezca de determinación para la transgresión¹⁶⁵. No ha de pensar el lector que un debate entre la literalidad y una posible libertad interpretadora, entre la sumisión a la letra y la creatividad jurídica, es un litigio aliteral; los teóricos de la segunda opción -si es que podemos aceptar que haya dos facciones, entendidas éstas como tales por un enfrentamiento ideológico- apelan antes que a ninguna otra instancia argumental al propio texto del *Qurân*; de forma que los planteamientos de aquéllos que pretenden abrir el espacio discursivo, más allá del condicionamiento textual, buscan su legitimidad en la interpretación de algunas de las aleyas¹⁶⁶, que dejan lugar a la comprensión de que el Libro ha previsto la contingencia de unas posibles referencias históricas, diferentes y posteriores al proceso de su transmisión histórica.

El planteamiento de los seguidores de la alternativa interpretadora estriba en mostrar que en esta acción, legitimada por la aleya sobre los sentidos unívocos y plurales del Mensaje, hay un manifiesto riesgo de yerro, especulativo y asumido por el Libro

cuando deja espacio a la interpretación abierta del sentido de ese Mensaje, que sitúa la cuestión, no tanto en el área lógica de *lo categórico*, cuanto de la *incertidumbre* o *Zhan*. Asumida esta área de la duda como un espacio transitable con legitimidad doctrinal, se deja lugar a que el *muytahid* considere en sus opiniones jurídicas fuentes que se pueden catalogar como vacilantes, e incluso imprecisas, lo que habilita una zona metodológica que queda pendiente de la ocupación por parte de la creatividad jurisprudencial de los especialistas en estas partes del *Ūṣūl*.

El más claro e ilustrativo exponente de la documentación doctrinal susceptible de reservas técnicas es el hadiz denominado *Jabar Ūâhid*, del cual ya apuntamos con anterioridad su característica principal, que no es otra que el carecer de algunas de las garantías de fiabilidad dogmática previstas por las ciencias especializadas en la documentación teológica; bien por encontrarse reservas en la cadena de transmisión -en el mayor de los casos- o por haber en el texto, e incluso el contexto, algún tipo de incongruencia doctrinal. Excede de nuestra actual ambición analizadora detallar la mecánica, rica e interesantísima, que permitiría ilustrar las disciplinas específicas de las *Ciencias Islámicas* clásicas, por medio de la cual las Ciencias del Hadiz tipifican las fuentes documentales. No obstante, se puede mencionar que los hadices que de esta forma son clasificados, si bien de limitado prestigio documental, no carecen de valor; en primer lugar, porque este tipo de información es el más abundante en los repertorios documentales, lo que obliga a los juristas a no ignorarlos; por otra parte, suplen la falta de fuentes más fiables, y finalmente ha de tenerse presente que las reservas sobre su solvencia veraz no implican necesariamente que éstas hayan de ser informaciones falsas o espurias; solamente son no-categorías para soportar una lectura *literalista* vinculante.

La *Noticia única*, que será como designemos a esta figura, puede ser transmitida por una o varias personas, y el grado de fiabilidad de éstas y su contexto histórico determinan buena parte del grado de coherencia que se le puede atribuir a la información aportada.

De forma que el grado de no-certeza categórica obligará al *muytahid* a analizar esa información, pero no a desecharla¹⁶⁷.

Los usos académicos duodecimanos descomponen el análisis de la aleya apuntada como base metodológica, a fin de observar los diversos aspectos que en ella aparecen. Así se presta atención a la noción de *noticia -banâ`-*, y lo que ella implica en el contexto jurídico; esto es, qué es una información **histórica** y qué valor o utilidad jurisprudencial se puede obtener de ella; también se detienen en la condición, no considerada anecdótica, de “*un corrupto que llega hasta los oyentes*”, como forma de delimitar la documentación que llega hasta la mesa de trabajo del jurisprudente o que él mismo puede procurarse, matiz que facilita la obligación de pesquisa del jurista, y le confiere un margen de pasividad en la procura de la información de este tipo. Finalmente, se observa con detenimiento la orden de *verificación -taba`îun-* del *asunto* de la *noticia*, u *objeto* de la transmisión *-mûdû` lahu-*, del “corrupto”; y atención que se considera que es esto precisamente, y no la noticia, entendida como texto y contexto transmisor, a lo que se ha de conceder la reflexión.

Las implicaciones *ûsûlî* de la mecánica analítica¹⁶⁸ de los juristas duodecimanos lleva a considerar que, en contraposición al sentido condicional de la aleya que comentamos, en caso de recibir una información documental de interés legal, de parte de un personaje considerado *justo* o respetable *-a`dil-*, la noticia y su objeto de información serán asumibles sin las reservas habituales para los casos de las *noticias únicas*. Cuando se hace necesario, el jurisprudente *shîa`* busca apoyo en la interpretación de alguna otra aleya, que le oriente sobre cómo aplicar el criterio de discrecionalidad al sistema jurídico. Así es frecuente encontrar que se apoya la prevención positiva ante las *noticias únicas* mediante la reserva condicional que la aleya 122 de la Sura *Tûbat -El Arrepentimiento-* lleva implícita¹⁶⁹, puesto que en esta aleya se presenta una duda sobre la consecuencia de una acción que se ordena como buena, planteamiento que ayuda, a juicio de los autores de la Teo-

ría legal que observamos, a considerar que una orden divina puede ser de utilidad bondadosa o no, ya que, se estima, que la voluntad ordenante ha tomado en consideración que, con su diligencia frente a la orden benéfica, el ser humano puede obtener un buen resultado o no, fruto esto último de su disposición y libertad de criterio en la ejecución adecuada del acto.

El *Ūsûl* sitúa otro de los referentes argumentales, en torno a la funcionalidad legal de las *noticias únicas*, en los *comportamientos -Âs-Sîrat-*, documental e históricamente contrastados, de los Infalibles, e incluso de algunos de los juristas más antiguos allegados a ellos, puesto que se conservan informes concretos de actos que fueron presenciados por los Infalibles, de entre los que aparecen en las *noticias únicas*, y no fueron descalificados por ellos, circunstancia que refuerza la tipología y el valor legal de la noticia en cuestión, que si bien sigue siendo débil como referente, queda avalada por esta nueva consideración y, consecuentemente, revalorizada con la proximidad metodológica del carácter de *huyyat*. La combinación de ambas entidades documentarias, en el espacio metodológico del *Îmârât*, evidencia una mayor capacidad de éste, frente a la metódica aplicación literalista, para la procura de medios que agilicen y diversifiquen las posibilidades técnicas de elaborar opiniones legales a partir del material doctrinal conservado.

Tradicionalmente¹⁷⁰, se consideró que la *noticia única*, por tratarse de un documento del ámbito de la *incertidumbre -zhan-*, no era en ningún caso vinculable al carácter de *huyyat*, el cual eleva los juicios basados en él a la categoría de Revelación; sin embargo, actualmente se tienen en cuenta otra serie de criterios lógicos y metodológicos que rehabilitan el valor legal de este tipo de hadices. En nuestro tiempo, Muḥammad Bâqir Âs-Sadr ha sostenido¹⁷¹, por su parte, que ha de diferenciarse entre lo *genérico* o *Îlâq* y aquello procedente de un mensaje incierto o del que se puede limitar la comprensión o *muqîd*, puesto que en la diferenciación se puede establecer “una gradación valorativa de la aplicabilidad que la noticia única tiene en el juicio legal”. En este sentido, puntualiza

que de entre todos los hadices que son *noticias únicas* sólo son equiparables para el sistema legal, asimilándolos a los hadices veraces, aquéllos que se presentan como referentes *genéricos*, puesto que los que hacen mención a una situación concreta y puntual ven acentuarse su carácter “débil”, de forma que el riesgo de error valorativo, de arbitrariedad y, lo que es técnicamente más comprometido, de yerro interpretador se incrementa hasta un nivel inaceptable para un sistema confesionalista rigorista, que en ningún caso debe apartar sus postulados principales del referente religioso asumido mayoritariamente, que pueda resultar *más* ortodoxo. Por otra parte, excluye el autor a aquéllos hadices no-categoricos que hacen referencia a cuestiones doctrinales globales; esto es, los que se ocupan de aspectos relativos a las bases más amplias del *dogma religioso* o *Ūsûl Âd-Dîn*, puesto que no los considera adecuados técnicamente para afectar a cuestiones legales precisas que, en definitiva, corresponden al ámbito más concreto de la *casuística doctrinal* o *furû´*. Y después de estas exclusiones, previas a cualquier otra consideración, Âs-Sadr se detiene, renovando el pensamiento islámico en este punto, a considerar *qué* se puede considerar como *huyyat* en las *noticias únicas* aceptables.

Siguiendo la lógica interpretadora de la mencionada aleya sexta de la *Sura Âl-Huyarât* sólo asume como referente aplicable en el área práctica del *Ūsûl*, los hadices procedentes de un transmisor *justo*, esto es *a`âdil*. Si se atiende, escribe Âs-Sadr, a los requerimientos de rigor histórico que las *Ciencias Islámicas* aplican a la información sobre el comportamiento de los Infallibles, sólo se considerará aceptable aquéllas *noticias únicas* procedentes de transmisores *veraces* o *ziqat*¹⁷². Por supuesto, existen otras opiniones clasificadoras pero no gozan del prestigio y de la asunción académica que en la actualidad se reúnen en torno a sus tesis.

En el caso de la información histórica procedente de un relator *veraz* -*ziqat*- nuestro autor considera dos aspectos: el sentido de objeto analítico que esa información supone para el juicio legal, esto es: en qué medida el *asunto* o *mûdû´* determina la cuestión

jurisprudencial, y el carácter de *itinerario* metodológico o *tarîqat* para la construcción de ese juicio. Su criterio¹⁷³ viene a resumirse en un planteamiento muy sintético, por medio del cual, si se toma, por parte del jurisprudente, la *noticia única* como entidad documental “referente”, el juicio habrá de ser vinculante doctrinalmente, en los términos que el sistema legal prevé para los casos de documentos confiables que soportan opiniones legales. Por otra parte, si en contraposición a esto, el analista jurídico considera el hadiz, que se le presenta como *noticia única*, como un mero “medio práctico” para decantar una opinión en un contexto de incertidumbre técnica, el grado de vinculación a que se obliga a la norma resultante, respecto de la información del hadiz en cuestión, es mucho menor que el considerado por el *Ūṣūl* literalista para los casos de hadices *huyyat*, de forma que la opinión legal será muy relativizable por parte de los actores legales, y no gozará de la solvencia doctrinal que el sistema confesional considera *comprometedor* para sus adeptos.

No se escapará al lector especialista que el itinerario que vamos describiendo para la utilización de la información legal contenida en los hadices que son *noticias únicas*, ha de estar integralmente *implicado*; esto es: considerar metodológicamente al referente documental de este tipo como mero medio técnico, para suplir la falta de información categórica, implica establecer normas no vinculantes doctrinalmente, de forma que la toma de posición académica compromete al *muytahid* con el grado de poder disuasorio legal que considera necesario para sus opiniones legales; todo lo cual evidencia un nuevo espacio de especulación parajurídica por parte de los jurisprudentes, que tomarán una posición metodológica u otra en función, también, de considerandos de tipo no-jurídicos. Así pues, la convicción, por parte de los teólogos duodecimanos de este último siglo, de que la sociedad confesional demanda una normativa poderosa, ha de ser complementada con la convicción metódica de que la *noticia única* no es un simple supletorio de la documentación *huyyat*, sino una alternativa real a la *literalidad* misma; en consecuencia, el literalista deseoso de generar una normativa sóli-

da habrá de asumir que la libertad de criterio de los diferentes *muytahid* en la aplicación del amplísimo y disperso acervo de las *noticias únicas* puede llevar, y de hecho va llevando, a un tipo de *Fiqh* que podemos denominar *ideológicamente descentralizado*, respecto a las tendencias clásicas y tradicionalistas, por cuanto el jurisprudente adquiere un notable grado de autonomía interpretadora que aleja el *Īyihâd* de los parámetros que solían ser deseables por el viejo poder político temporal, siempre necesitado de una delimitación de la labor jurisprudencial controlable y controlada.

En nuestra opinión, el *Īyihâd* -así entendido- es la forma más rigurosa de “democracia consonante” que se puede dar en el espacio confesional, puesto que un simple sistema sufragista colisiona con una teoría confesional que ha de minusvalorar, inevitablemente y por propia esencia, a los *ignorantes* del hecho teológico y de sus implicaciones legales.

Por supuesto, todos los autores que se ocupan de la cuestión¹⁷⁴, establecen una salvedad para la asimilación de la *noticia única* a los hadices confiables en materia legal, que no es otra que la *circunstancialidad*¹⁷⁵, la cual ha de tener presente el jurisprudente con respecto del mensaje comprendido *-mafĥûm-* del documento, que no habrá de entrar en colisión directa y formal ni con el procedente del texto coránico, ni con los hadices más consolidados o *mutaûâtir*; por otra parte no deben ser textos que pongan en cuestión *lo que se considera bases esenciales del Islam*¹⁷⁶, y finalmente no propiciarán un conflicto de opinión con el consenso o *Īyma'*, consolidado entre los *u`lâmah*. En estas dos últimas matizaciones se encuentra, a nuestro entender, un freno y una reserva importante para una aplicación realmente actualizada, *liberal*, de los hadices que son *noticias únicas*, si es que el jurisprudente desea operar desde la ortodoxia académica; puesto que eso que Âs-Sadr considera “bases esenciales del Islam”, tiene mucho que ver con el *u`rfo consenso* sociológico, esto es, con el espacio de mentalidad e ideológico que media entre la sociedad *civil* y el mundo intelectual oficial, de forma que cualquier tipo de innovación metodológica que-

da académicamente comprometida, especialmente frente a la inercia que tienden a imponer los rutinarios currículos pedagógicos de las escuelas teológicas. Evidentemente, esto coloca al sistema legal duodecimano a recaudo de las aventuras intelectuales que puedan sobrevenirle, pero también crea un cerco de esterilidad creadora en torno a la capacidad del cuerpo de los jurisperitos para generar concepciones doctrinales verdaderamente nuevas, problema que la autocomplacencia académica no ayuda a solventar.

Por otra parte, condicionar la fortuna técnica de un documento histórico como una *noticia única* a la circunstancia de que ésta no llegue a producir fricciones con el “consenso académico” tradicional, parece una prevención dictada por el corporativismo, que tanto la *Haûza* como cierto tipo de clérigo, de entre los “*u`lâmah*”, suelen conferir a sus elaboraciones metodológicas, pero -en ningún caso- puede pensarse que sea un planteamiento doctrinalmente susceptible de apoyo; si bien se considera que ese consenso, cuando se presenta como algo históricamente reiterado, y resulta consolidado por un largo periodo de asunción *purista* en ese plano ilustrado, adquiere cierta carta de naturaleza social. Aunque, finalmente, nosotros consideramos que no puede sostenerse con fuerza dogmática que haya de ser el candado que bloquee unas posibles nuevas lecturas de las fuentes, puesto que siempre la interpretación metafísica de la Ley estará condicionada por el conocimiento técnico, incluso de aquél que pueda ser metodológicamente periférico, y que en cada época ayuda a la observación de la tradición documental. Nuestra opinión, pues, en relación con el debate suscitado a partir de la *noticia única* y de su valoración en el sistema legal, es que la inclusión, con carta de naturaleza metodológica, de este tipo de documentos en el ordenamiento jurisprudencial **sólo** es comprensible mediante un análisis de la *sistemática del conocimiento* de la cuestión legal que aporta, y de su funcionalidad en la mecánica del *Fiqh*.

Si se observa el papel de la *noticia única* desde la epistemología de los sistemas de argumentación, se comprenderá que hay en

la aplicación de esta débil documentación doctrinal una suerte de *metasistemática* del conocimiento legal, que aporta algo que excede a las exigencias doctrinales literalistas, y que acaba por situar a éste tipo de *Derecho práctico* en el área de lo que Kant denominara en *la Crítica de la Razón Pura* “*el arte de construir sistemas*”. Por ello, ha de valer la observación de estos planteamientos prácticos del *Ūsûl* como la expresión de un sistema de exposición de las Ideas, puesto que las consecuencias normativas a partir de las *noticias únicas* no son tanto el acaecimiento, el mensaje *mafhûmî*, que se ofrece al analista, como la expresión de las nociones que de ellas se pueden obtener; y la amplitud y disparidad de circunstancias técnicas aparta, en buena medida, estas fuentes de la casuística prevista en las *Ciencias Islámicas* tradicionales para las fuentes fiables.

En sí mismo, consideramos, pese a lo que algunos teólogos duodecimanos puedan sostener, que la aplicación que se puede efectuar a partir de estas fuentes es más un “*sistema*” al uso hegeliano, que un simple sustentáculo metodológico. Para nosotros éstas son algo parecido a un rastro del conocimiento trascendente inducido -entendido como percepción y reflexión- que puede obtener el *muytahid* más allá de la Revelación directa. En definitiva, una forma *abierta* de percibir la Voluntad divina, no *leyéndola* sino *intuyéndola* y, sobre todo, una manera de concretarla en normas concretas creadas por la iniciativa reflexiva del ser humano. Podríamos decir que la *noticia única*, así comprendida, se convierte en parte de un *fractal*¹⁷⁷ del saber que la *Sharîa`* debiera ser para el jurista creyente. Esta concepción de los sistemas de conocimiento apoyados en la reflexión, combinada con la orientación de un texto sobrevenido desde un ámbito religioso, no ha de ser una novedad para la sensibilidad intelectual occidental, aunque sí parece más privativo del *color* confesionalista oriental. Desde el *Teeteto* platónico, en el cual se consolidó la representación de que todo hecho desencadenado tiene su “*logos*” -racionalidad- pendiente de un posible descubrimiento reflexivo, hasta la “*scientia*” de Spinoza¹⁷⁸, donde los “*segundos*” y “*terceros*” conocimientos dejaban lugar a la comprensión recreadora, no hay gran distancia hasta el tipo de

noción de *referente* jurídico *-ḥuyyat-* que se puede obtener de la asunción metodológica de una *noticia única* como *asunto -mûdû'-* legal.

Observamos la situación metodológica creada en torno a las *noticias únicas* y su aplicación en el *Ūsûl* duodecimano como un modelo de establecimiento de vínculos entre la Revelación, y la capacidad humana de recrear ésta en un ordenamiento jurídico respetuoso con las bases teológicas que la asumen. Siguiendo la opinión de Christian Wolff, quien escribiera que “*un sistema es una colección de verdades debidamente ordenadas de acuerdo con los principios que ordenan sus conexiones*”¹⁷⁹, podemos afirmar que el sistema que presenta una lectura abierta a partir de las *noticias únicas*, en tanto en cuanto método, se puede contraponer a la dogmática que sustentaba la interpretación literal, si entendemos el Dogma como la Verdad -genérica- revelada por Dios mismo. Teniendo en cuenta que nosotros contraponemos *sistema* a *dogma* a partir de la clasificación lambertiana del conocimiento¹⁸⁰, por medio de la cual se puede aceptar que el Dogma correspondería al primer tipo clasificatorio -las verdades en sentido amplio-, frente al Sistema que habría de corresponder al segundo tipo -los procedimientos individuales por medio de las ciencias, teorías, etc.-.

Puesto que tras todo orden teológico ha de encontrarse esa Verdad revelada podemos aceptar la lógica de aquéllos autores *ûsûlî* que equiparan, más allá de la simple metodología, el juicio *leído* en las fuentes confiable con el *inducido* a partir de las especulaciones sustentadas en las *noticias únicas*, pese a la fragilidad doctrinal relativa de éstas; aceptación que apoyamos en la formulación de la inferencia que Rescher¹⁸¹ propone para explicar en qué medida un *sistema* se equipara al *conocimiento*, entendido éste como dominio transcendente de un juicio. Este autor establece la siguiente inferencia:

El conocimiento *debe* reflejar la verdad
La verdad es un sistema
El conocimiento *sería* un sistema

Por medio de la cual asumimos que un conjunto de verdades apriorísticas, y en simple secuencia -acéptese que los principios religiosos en su contexto son verdades auténticas, no cuestionables como tales-, acaban conformando un sistema final y ordenado de valores, que en definitiva es lo que delimita supraestructuralmente al ordenamiento legal, que es así, reflejo de la sociedad en la que anida tal sistematización. A nuestro juicio, mejor que la lectura directa y literal de la Revelación, con ser esta lectura una excepcional forma de comprender el orden legal islámico, la sistematización del denominado *Ūsûl práctico*, en tanto en cuanto *inferido*, es la más ilustrativa expresión del itinerario islamizante que va desde el referente dogmático hasta la norma positiva que cincela el ser real de una comunidad humana.

El Ūsŭl práctico y la Teoría legal intelectivamente inducida

**Sobre el concepto de *reserva* sobre lo
conocido de la cosa jurídica o *ʿlm ʾymālī***

**La *disculpa* o *Barâ`h* y la *precaución* o
*Îhtîât***

**Las alteraciones y *permanencias* del
“estado legal” de la entidad jurídica o
*Îstishâb***

Cuando el sistema jurídico-técnico, que venimos comentando, llega a un punto de la reflexión legal en el cual la duda supera a la capacidad argumentativa de los planteamientos apoyados en fuentes documentales, directas o indirectas, se considera, por parte del pensamiento jurídico clásico, que la construcción del juicio legal islámico se halla en el ámbito del *conocimiento impreciso* o *ʿlm ʾymālī*, conocimiento que implica saber que hay una obligación o prohibición legal sobre el asunto reflexionado, pero que éstas no suponen la comprensión correcta de algunos de las cuestiones accidentales de esa acción legal. A modo de ejemplo metodológico apuntaremos el caso, muy debatido, de la oración colectiva del Viernes, la cual, atendiendo a la fuente coránica, es una obligación canónica¹⁸², y como tal es una acción de plena dimensión legal, que en su concreción ha de estar sujeta a una tipificación normativa, la cual ha de buscarse en otras fuentes documentales: los hadices *mutaûâtir*

preferentemente, o en su defecto en los que no llegan a ese grado de fiabilidad doctrinal, pero que pueden ayudar a determinar la casuística legalitaria que define esa acción. Es este aspecto *preciso* de la formalidad del acto legal el que puede ser motivo de un “conocimiento referencial” *impreciso*, puesto que el jurista sabedor de que existe para él la obligación de orar el Viernes, ha de obtener ciertas “certezas jurídicas” sobre algunos aspectos esenciales de la acción, como puede ser el cómo, el quién de la dirección y presencia, o el dónde, etc.

En aquellos casos en los cuales el apoyo referencial de una noticia documentaria *débil* no es suficiente para complementar la información de las fuentes categóricas, o simplemente, en los que estos elementos no se producen, es el momento en el cual habrá de ser aportada la *disculpa* por cada *muytahid* al analizar esa opinión; todo ello, cuando el jurista se encuentra falto de referentes válidos, aunque disponga, a partir de la Teoría jurídica, de un espacio metodológico suficiente para opinar, en la que se prevén una serie de mecanismos técnicos que habilitan un área de razonamiento convenientemente codificado, que permite no dejar una acción o un tipo sin opinión legal, o evitar que ésta no sea arbitraria -si bien con un cierto grado de la individualidad interpretadora-.

El elemento básico de ese sistema complementario es, pues, lo que ya mencionamos como *Âl-Barâ h*¹⁸³, o *disculpa*. Principio metodológico que, por supuesto, se apoya en referencias consideradas doctrinalmente solventes, de entre las homologadas al uso del sistema legal duodecimano; esto es, se toma como motivo argumental un pasaje coránico, y algunos hadices capacitados, se apela al consenso de los jurisprudentes clásicos, y, finalmente, se toma como apoyo la reflexión intelectual, que complementa este tipo de certificaciones doctrinales. En el Libro se apoyan los teóricos de la materia, puesto que consideran que la aleya 15 de la *Sura Âl-Îsrâ' -El Viaje Nocturno*¹⁸⁴, entre otras, indica que no puede haber castigo divino, consecuentemente condena legal y doctrinal, cuando el sujeto no ha tenido una previa orientación sobre sus de-

beres. Planteamiento que pone al individuo -tanto teórico del sistema legal, como al actor- a recaudo doctrinal de hipotéticos reproches por las acciones omitidas u erróneas, por lo que se denomina *disculpa* al mecanismo argumental que permite eludir, no la acción, sino la responsabilidad doctrinal y, en su proyección ulterior, la legal, cuando consta que la acción se apoyó sobre este presupuesto: todo lo cual llega a ser factible, sólo en los momentos de ausencia de cualquier otra referencia legal válida. Considérese que la gran diferencia entre esta figura metodológica y la aplicación de las *noticias únicas*, estriba esencialmente en que éstas pueden ser alternativas a las lecturas literales que no satisfacen la argumentación legal, sin embargo, la *disculpa* es funcional en los casos de ausencia de cualquier otro referente válido. De cualquier forma, la apelación a esta figura metodológica, desde la muy sutil lógica escolástica, se contempla con prevención teológica que no se supera la hipótesis de una *contravención -jasm-* de la Voluntad divina, la cual técnicamente no se puede tener en cuenta. Esta reserva de los teólogos más escrupulosos con los deberes de una formulación dogmática está en el origen de la tesis -anotada por nosotros- sobre la *obediencia debida a Dios* planteada por Âṣ-Ṣadr, quien ha venido sosteniendo que esa *disculpa* no es doctrinalmente factible¹⁸⁵, si bien legalmente tiene un espacio evidente, y que, en lugar de ella, el creyente ha de proceder con prevención extrema, para actuar o incluso no hacerlo, siempre según los casos, sobre el presupuesto de procurar no contrariar la Voluntad divina; no siendo factible para quienes así opinan, apelar a esta *disculpa* liberadora de las prevenciones y de los celos metodológicos.

El argumento genérico que los autores, que teorizan sobre la *disculpa* doctrinal y legal, aducen en el ámbito de las tradiciones y hadices se refiere a un célebre hadiz¹⁸⁶ del Profeta (PBd), en el cual mencionara nueve elementos de los que “Su Comunidad” ha sido liberada, entre las que se encuentra: “*aquello que* [la congregación muhammadiana] *desconoce*”. Referencia posiblemente muy genérica, que los comentaristas más prestigiados¹⁸⁷, han determinado como “*relativa a la responsabilidad ante la ausencia de una indi-*

cación jurisprudencial concreta”; así pues, la ignorancia aludida es aquella que concierne al juicio legal correcto de una acción determinada, y no tanto a la acción misma, que se considera una evidencia previa, dado que no es posible especular con coherencia sobre una entidad incierta; así, se considera por parte de los autores jurídicos *ya`farî* que una vez surgida ésta -la opción de la acción reflexionada-, es cuando se puede concluir que se ignora de ella el juicio legal adecuado, momento metodológico en el cual es lícito apelar a la alternativa técnica de la *disculpa* o *Âl-Barâ´*, y actuar en consecuencia, como tendremos ocasión de observar.

En torno al planteamiento que considera como genérica la lectura que se ha de hacer de la mencionada aleya que sustenta el criterio técnico de esta *disculpa*, se pueden contraponer dos objeciones. En primer lugar, la que presentan aquellos autores¹⁸⁸ que afirman que no parece doctrinalmente coherente pretender que el Legislador primero hubiese previsto una obligación legal o una responsabilidad judicial, sin ocuparse de conceder al individuo el juicio correcto de esa acción. Téngase en cuenta que nos referimos a un sistema jurídico esencialmente confesional, en el cual formulaciones del tipo de: “*la ignorancia de la ley no exime...*”, no han lugar, dado que no es posible la ignorancia sobre algo que ya *es*; dicho de otra forma, todo lo que *debiera ser*, dogmáticamente, *ha de ser*, legalmente. Si embargo, aquí no se trata de que un acto tenga o no un enjuiciamiento punible, y lo ignore el jurisprudente de manera puntual, sino del hipotético *error* del emisor de los mensajes revelados, al crear una laguna que en Su voluntad no se ha considerado que exista. La formulación es escolásticamente determinante: no es factible considerar un vacío de la divina Voluntad; luego, la ignorancia de cualquier juicio ha de tener una solución, que ha de ser, por ende, doctrinalmente satisfactoria; de ahí que cuando se carece de referencia documental, ésta pase a *ser* la alternativa que es una forma de la forma de *disculpa*, que venimos mencionando, la cual doctrinalmente es el procedimiento último de asunción de la soberanía jurídica transcendente: asumir la ignorancia, actuar como mejor se pueda, y no aceptar la posibilidad de la ini-

ciativa legisladora puramente humana; lo que no implica que se habilite un espacio de capacidad normativa, de la cual se excluye cierta soberbia generadora terrenal. He ahí la sutil diferencia entre el orden creyente y el laico, ya que en ambos se crean normas legales, pero ambos difieren en su fuente generadora.

La segunda objeción tiene que ver con la aplicación de la *precaución* o *Îhtîât*, como alternativa a la propia disyuntiva de la *disculpa*, puesto que ciertos juristas ¹⁸⁹ opinan que con aquella no se solventa el problema de la responsabilidad, especialmente penal, ante el acto de contravención. Para el propio Jurrâsânî ¹⁹⁰ no es correcto formular que la *duda* o *shak* se pueda situar en relación con esa *precaución*, dado que en el caso de los prolegómenos del acto -los cuales habitualmente se asimilan legalmente al acto mismo, especialmente a efectos penales-, la duda sobre ellos lleva a un decaimiento de la realidad del acto, lo que no es operativo, ni como argumento metodológico, ni como planteamiento de reflexión sobre la realidad legal. Lo cierto parece ser que se produzca la posible contravención con un acto, legal y doctrinalmente condenable, pero sin una noticia que evidencie al individuo que su acto es contraventor de la voluntad revelada, lo que sólo es una hipótesis de la realidad legal, de manera que no se deja margen para plantear un espacio precautorio efectivo, el cual, en todo caso, habría de ser posterior a la *duda*.

Por nuestra parte, consideramos que el ámbito de la *precaución* es lo especulativo, mientras que el de la *duda*, y la consecuente *disculpa*, es la ignorancia de algunos de los aspectos formales que concurren en la acción y, consecuentemente, en su juicio jurídico. Por supuesto, los actos que necesitan de la *disculpa* son aquéllos que no resultan susceptibles de ser eludidos, aquéllos en los que el individuo se ve, de una u otra forma, compelido a llevar a efecto -*îdtar*- una determinada acción; de forma que esa *disculpa* solventa la necesidad de una respuesta desde el dogma jurídico y religioso, a fin de que la acción no acabe en el espacio de las situaciones que no siendo legisladas, afectan a la Comunidad [sociedad

confesionalista] esde los vacíos de opinión *coherente*. No olvidemos que el *Fiqh* insiste reiterativamente que hay una respuesta para todos los actos del ser humano -“*de la cuna a la tumba*”-. En este contexto ¿cómo se podría esperar que se aplicase la tesis de la *precaución* si a menudo el individuo ignora qué actitud adoptar?

Lo que se solventa, pues, es la *obligación religiosa* de cumplir con el *Deber* de satisfacer a la deidad -*taklîf*-; de forma que tanta satisfacción hay en la *disculpa* coherente, como en cualquier otra opción, con la diferencia de que la *precaución* que a menudo lleva a un celo, por la carga emocional que todo lo trascendente irradia, lo que puede acabar por asfixiar la naturalidad individual y social. Por lo que, pese al aura romántica que contiene la exposición, ya comentada, de Âs-Sadr sobre ese deber de *extremar la satisfacción divina*, este planteamiento no puede entenderse fuera de un contexto netamente religiosamente militante e implicado; así, resulta más realista, si el jurista ha de pensar en los términos de globalidad social, que el común de los individuos que han de aceptar una norma lo hagan desde una opción que no impela a sacrificios extremos, del tipo de los que la *precaución* suele llevar aparejada. En definitiva, un planteamiento precautorio sin referente es sólo una forma de *anormalidad* en el razonamiento de la reflexión jurídica, y de ninguna forma puede ser la base de una argumentación coherente y socialmente *sana*. Por supuesto, hay un espacio religioso y específico en el cual el jurista ha de contar con la *precaución*, pero no es el que se disputa habitualmente con la *disculpa*.

También, el *consenso* de los juristas o *Âl-Ûymâ`* es uno de los basamentos en los que se apoya las tesis de la *disculpa*, de forma que ha sido una constante discursiva considerar que el jurista ha de apelar a las reservas metodológicas, en aquellos casos para los que se carecía de suficiencia argumental. Al igual que el intelecto -*a`ql*-, es expresión en este marco conceptual de los planteamientos aristotélicos, tenderá a discriminar preventivamente aquello sobre lo que no puede inferir una opinión solvente, motivo por el cual se considera que lo más sensato es la *disculpa*, sin paliativos. Ha de

concluirse este apartado dedicado a la *disculpa* metodológica, y su disyuntiva la *precaución*, con algunas consideraciones en torno a ésta última, de entre las que son más frecuentes y que se pueden encontrar sistemáticamente reiteradas en la bibliografía especializada. Evidentemente esa disyuntiva es la reserva que implica lo que hemos venido denominando como *conocimiento impreciso*, que dispone de sus correspondientes referencias técnicas en el Libro de la Revelación, aunque estas referencias son esencialmente del tipo de las deducidas mediante las interpretaciones de los textos coránicos¹⁹¹, pues se considera que hay una invitación a la prevención ante los actos humanos en las aleyas que conllevan algún tipo de prohibición -ya que en las periferias de esos actos prohibidos hay un espacio de caución que está implícito en todo sistema punitivo-; así, la serie de aleyas admonitorias de los peligros del error o del pecado son, por su parte y en opinión de un buen número de los comentaristas de la Revelación, unas -muy evidentes- llamadas a la precaución. En todo caso, estas situaciones referidas se pueden entender como opciones activas hacia la prevención en el actuar y opinar, no obstante aún con la convicción de que la comprensión intelectual tienen a aplicar algún tipo de disculpa o cuarentena mental hacia aquello que no domina analíticamente, y ha de aceptarse que en muchos aspectos de la realidad jurídica el individuo se implica adoptando posiciones cautas -y activas- en cuestiones adyacentes del acto; ésta parece ser la esencia psicológica de la *precaución*, a la cual repugnaría la *disculpa* con lo que tiene de vacío y pasividad.

Así pues, la misma cuestión, que iniciáramos con una observación metodológica convencional -siguiendo, por otra parte, la casuística literaria de los juristas duodecimanos más prestigiados-, ha de concluir en una reflexión orientada desde la psicología del comportamiento, puesto que a este terreno acaba por remitir el *Âjünd Jorrâsânî*, quien apela, en primera instancia, a criterios¹⁹² discursivos jurídico/académicos -tomados de la escolástica, como es el recuerdo dogmático de que es inaceptable la condena sin conocimiento

de la causa-, para más tarde apelar a la filología profana, ya que se detiene a considerar que la duda lingüística -aquella introducida por las partículas condicionales puras- orienta semánticamente hacia la precaución más genérica, que no es la *precaución* técnica o *Îhtîât*, sino la *disculpa* metódica o *barâ´*.

Sí es cierto, como opina Âl-Buhsûdí¹⁹³, que en tanto en cuanto hay alguna cuota de conocimiento hay obligación, aún en esa misma proporción participativa; sin embargo, ha de tener muy presente el analista que el espacio metodológico del *Ûsûl A`malî* o *Práctico* es el del vacío pleno de referentes doctrinales consistentes, de manera que no se puede hablar de conocimiento de la entidad jurídica, sino de *conocimiento impreciso*, que es igual que decir que se perora con presunción especulativa, a la que no se podrá asimilar -en ningún caso- porcentaje alguno de obligatoriedad jurídica, por mucho que se quiera entender el *conocimiento impreciso* como generador -*hâsil*- del conocimiento analítico o reflexivo¹⁹⁴, ya que éste último es una inducción del argumento lógico, y no una referencia vinculable al sistema revelado, puesto que la porción de subjetividad humana que conlleva, así lo evidencia. Si bien ese *conocimiento impreciso* nos lleva a un juicio, éste no deja de ser “alternativo” al vacío de opinión legal, y no a la opinión misma; ya que la realidad legal del acto, continúa en el espacio de la *duda -shak-*, la cual sólo puede solventarse mediante la certeza que falta en ese tipo de formulación.

En definitiva, el hecho de que, metodológicamente, el jurista acepte como viable la opinión apoyada en estos aspectos compensatorios de la documentación perdida en los accidentes de la Historia islámica, no presupone -a nuestro juicio- que el resultado normativo se pueda, doctrinalmente, equiparar a las leyes *obtenidas* de la literalidad directa que bebe en la Revelación misma; puesto que en los casos en los que el *conocimiento impreciso* lleva a un juicio legal, se considera que hay una cierta inocencia argumental frente a la *imposición de actuar* o *munayizâ*, que se aproxima notablemente al estado contrapuesto de ésta, esto es, a la

excusa liberadora de responsabilidad que es la *mua`dirfa*, criterio que ha de regir este ámbito inducido de la ley religiosa. Y puesto que en la Historia de la Ley islámica hubo momentos en los cuales algunos aspectos de la realidad legal no fueron regulados; esto es, se dieron situaciones en las que se conocía el *tipo* legal, -y/o éste carecía de codificación y de norma, de forma que el sistema se encontraba en el estadio de “*aún pendiente de...*”, lo que generó un antecedente capaz de hacer factible que el *Fiqh* se permitiera espacios de provisionalidad o, en su defecto, de imprecisión que se ha de solventar puntualmente por el jurisprudente, en cada caso y momento-, concluiremos este espacio resumiendo, muy sintéticamente, nuestra tesis de que los presupuestos que administran el espacio de la duda legal se han de observar considerando los siguientes aspectos: primeramente que la esencia de la formulación de la *disculpa es* contrapuesta a la interdicción, puesto que ésta determina la no-acción absoluta, frente a la *disculpa* que posibilita no actuar puntualmente, pero permitiendo hacerlo llegado el caso, dado que lo que la *disculpa* posibilita es un cierto permiso activo para eludir la acción, no existiendo nada de la compulsión que define la orden pasiva que es la prohibición; y, en segundo lugar, que el condicionamiento intelectual, de origen escolástico, que consiste en negar que Dios pueda condenar al ignorante de sus obligaciones, sitúa la *disculpa* en un lugar teológico privilegiado, de forma que lo que pudiera presentarse como un puntal técnico, en realidad es una necesidad dogmática de primer orden.

No obstante, en toda situación jurídica hay grados, y no se puede aceptar que la complacencia o tendencia a la comodidad que en esta forma de excusa se contiene, se pueda esperar que en el caso del nuevo resurgimiento jurídico de la islamidad, se produzca como un espacio abonado para *un-todo-vale* normativo, pese a que la posición contraria pueda llevar a un voluntarismo legalista, muy militante, y de imprevisible salubridad social, en el marco de la evidente modernidad, lo que podría explicar algunos de los procesos político-legales que anclan el sistema jurídico islámico a cierto pasado argumental y al historicismo más limitador.

Tal como indicáramos anteriormente, la *permanencia* de la condición legal de la *entidad jurídica previa* o *Îstishâb*, forma parte de las opciones metodológicas que permiten al jurisprudente solventar situaciones de duda frente a un determinado dictamen, o más adecuadamente habríamos de escribir que es “*un medio para dirimir la duda legal, cuando ésta sobreviene sobre un determinado estado o negocio en el momento del juicio legal*”¹⁹⁵.

El término *Îstishâb*, etimológicamente, delata su utilidad, puesto que procede a de la raíz del árabe: *sa-ha-ba*, que significa “acompañamiento” o “continuidad”, algo que conserva, en definitiva, una condición antecedente; siendo ese *algo* previo, en el caso del sistema *ûsûlî*, el estatuto jurídico de la cosa legal que con anterioridad se conocía; de manera que la duda que se ubicara en la mente jurídica sobre la posible continuidad es despejada por medio de esa *permanencia -Îstishâb-*, habilitada para no dejar el momento posterior para la acción en debilidad argumental. Ahora bien ¿qué transcendencia tiene esa hipotética debilidad generada por la duda? La respuesta es aparentemente sencilla: en cualquier sistema legal mucha, pero en un ordenamiento confesional supone descubrir un espacio singular de la norma respecto del resguardo transcendentalista; así el *Îstishâb* restablece, en cierta forma y allá donde hubiese el peligro de ausencia, la presencia de un juicio vinculado al sistema de fuentes y documentos apoyados en la revelación coránica, en los hadices y en las tradiciones que argumentan sobre esta figura técnica.

Es exactamente una formación técnica que no se apoya directamente en un *argumento -dalîl-* de solvencia doctrinal, sino que más bien se trata de una entidad metodológica, existe entre los autores jurídicos duodecimanos una cierta controversia en torno a la naturaleza del *Îstishâb*; puesto que puede entenderse como una forma de *Îmârat*, lo que supone una suerte de referente aún indirecto, o como un simple *principio general técnico -Âsl-*; de forma que en el primer caso el nuevo juicio será una proyección de aquél que fue previo al que se vincula, a causa de lo cual la realidad legal anterior

se preservará y *conservará* con todas sus atribuciones dogmáticas y doctrinales. No obstante, los autores que consideran que esta entidad metodológica es un mero “principio técnico”, sólo encuentran en ella una continuidad convenida del juicio que le diera origen, pero sin que se atrevan a vincular la nueva situación con los argumentos doctrinales que sustentaban la coherencia teológica del primero, por lo que esta segunda posición sitúa a los juicios del nuevo *Îstishâb* en una cierta precariedad teológica, que corta la relación entre las opiniones legales y su origen transcendente, situación que de alguna forma es una fisura en la uniformidad *confesionalista* que se ha de esperar de un sistema legal de referencia metafísica.

Independientemente de estas posiciones, en la observación analítica de los aspectos técnicos, ambos grupos de autores coinciden en considerar al *Îstishâb* o *permanencia* como una muy idónea forma de cubrir algunos de los espacios vacíos, que se producen entre los juicios legales, especialmente si estos espacios son producto de la ausencia de otros criterios epistemológicos, no ya de documentos referenciales. Para Âs-Sadr, el *Îstishâb* no expresa necesariamente la realidad doctrinal, sino que lo considera una forma útil de prolongar el juicio anterior de la cuestión legal, puesto que acepta seccionar la continuidad confesional del sistema jurídico, sobre una base discursiva, de origen filosófico, que no permite uniformar dos fragmentos dispares de una supuesta *misma cosa*, con la unidad de ésta, si se entiende *esta* unidad como un tercer elemento constituido por las anteriores “cosas”, más la relación entre ambas. Si se tiene en cuenta la formación escolar de nuestro autor - muy condicionada por la filiación filosófica-, el argumento ontológico es impecable; no obstante, parece no tener en cuenta que fragmentada esa *uniformidad* que niega, por considerar que no conservan las mismas *características accidentales* o *kaifiat* en ambas porciones -referidas tanto al juicio previo como al segundo producto del *Îstishâb*-, también se fragmenta el orden legal *shîa`* en dos espacios, uno puramente confesional y otro de convención, con los riesgos teológicos que supone el asumir un estado de mestizaje

argumental para un sistema legal que tiene por esencia y vocación la integridad confesional. Su planteamiento¹⁹⁶ nos parece muy coherente, ya que mantiene que: si esta figura metodológica fuera una *Îmârat*, el jurista podría concretar *qué* se conserva de la virtualidad del juicio original; pero en realidad éste es una hipótesis que artificialmente se incorpora al segundo juicio; es más, afirma que considerar la definición jurrasaniana -que consistía en “*juzgar conforme a lo que se conserva de lo que fue anterior [del juicio]*”-, en ningún caso asienta que la certeza previa aún se conserve, ya que ésta era privativa del primer juicio, y en el segundo sólo se aplica la consecuencia de él; en definitiva, se aprovecha el fallo argumental, sin necesidad de vincularlo con los considerandos previos.

Nosotros encontramos que la tesis del *principio técnico* tiene una problemática lógica añadida al argumento sadriano: que se trabaja sobre una hipótesis y un corte argumental, la primera puede ubicarse en más de un punto o estado del discurso del desarrollo del juicio legal, de forma que la mecánica continuadora del primer estado jurídico pierde considerablemente su coherencia, llevando a esta jurisprudencia a un estado de ausencia de la analogía, o mejor paridad, necesaria; lo que puede forzar a pensar, desde una observación neutra, que el *Îstishâb* carece de respetabilidad doctrinal, considerándose un mero corcusido práctico, siendo como sucede que es una figura jurisprudencial de considerable aplicación entre los *muytahid* más prestigiados.

Un prestigioso jurista, como fuera Jû'î¹⁹⁷, no se mostró contrario a considerar el *Îstishâb* como un “principio práctico” pese a que apuntó ciertas reservas; así su prestigio ha condicionado en los últimos tiempos el debate sobre la cuestión, en el que se ha tenido poco en cuenta la fractura dogmática que hemos apuntado. Por tanto, los autores partidarios de entender esta entidad metodológica como una forma de *Îmârat*, están limitados a considerar más su carácter de itinerario -*târiqat*- para el juicio, con las connotaciones que esta visión conlleva según lo que anteriormente analizamos sobre la diferencia entre *itinerario* y *basamento* argumental, que el

propio valor determinante del juicio, el cual puede ser, como tal, mera travesía para una forma de *Îmârat*. Para Jû'î, y quienes de entre los actuales teóricos como él opinan, el *Îstishâb* ha de definirse como “*aquello que nos aporta certeza en torno a los nuevos límites perceptibles de lo que fue* [del juicio]”¹⁹⁸; tesis a la cual Âs-Sadr opone algunas importantes objeciones, puesto que considera que esa *novedad* se apoya en “lo anterior”, lo que es un contrasentido lógico que debilita el planteamiento ya que no se puede considerar novedoso, por sí mismo, lo que se produce desde lo que le es precursor. Por otra parte no considera factible hablar de *certeza* cuando la *Îmârat* carece de ella, ya que sólo aportaba “una razonable convicción sobre el juicio” (sic), que en su contexto era consensuado; finalmente, apunta Âs-Sadr, la *referencia* o *huyyat* en este caso no es respecto de un argumento doctrinalmente coherente sino respecto del anterior juicio, que sería una referencia de segundo grado e intensidad, lo que cuestiona la solvencia del método seguido para asimilarlo a la *Îmârat*, el cual sí tiene un carácter de apostilla doctrinal sólida.

Posiblemente la posición técnica que mejor sintetiza el estado actual de la cuestión, tal como los expositores de estas tesis las presentan en sus cátedras y obras sobre la Teoría legal, se contiene en la definición, de alguna manera de compromiso, que finalmente propone Muḥammad Bâqir Âs-Sadr, quien remite la *permanencia* o *Îstishâb* al “*estatuto* [de la entidad legal] *referencial previo*” - *hâlatu sâbiqi muraya`i*-¹⁹⁹; siendo esa posición un se referencial de carácter *imperioso*, dado que es a partir de la facultad del referente primero sobre el que determina, la consideración en que descansa la coherencia de la *permanencia* del juicio. Para el observador, ha de ser interesante que la Teoría de la Ley apoye argumentalmente la figura práctica del *Îstishâb* a partir de dos *principios técnicos*, y no directamente con alguna mención al *Qurân* o al sistema de hadices. Estos *principios técnicos* o *qaûât d* forman parte de un procedimiento suplementario y periférico en el *Ûsûl*, aunque proceden directamente del *Fiqh*, en cuanto sistema legal positivo, y suelen ser formulaciones prototípicas, basadas -indirectamente- en

la Revelación, y de cualquier forma le hacen a partir de una explicación que es a su vez más o menos directa, y que puede ser aplicada como apoyos, siempre suplementarios, en las argumentaciones jurídicas.

La utilización de estas formulaciones para sostener las tesis del *Îstishâb*, muestra hasta qué grado esta entidad llega a poder disponer en la mente argumental de los diseñadores del orden jurisprudencial islámico, un carácter doctrinal equiparable al resto del sistema que, por su vinculación con las fuentes transcendentales goza de la solvencia dogmática que hace incuestionable, en el ámbito confesional, sus deducciones; carácter teológico que resulta no objetable, lo cual no se podrá afirmar de las opiniones legales obtenidas mediante el *Îstishâb*. Sin embargo, y por su parte, el propio *Îstishâb* suele ser un argumento habitual de la construcción de otros “principios técnicos”, aún a pesar de estas limitaciones²⁰⁰. Los principios que sustentan el *Îstishâb*, básicamente son dos prescripciones muy genéricas: el *principio de certeza* -*qâi`d shak sîarî* o *qâi`d îaqîn-*, por el cual en caso de duda irresoluble se remite la cuestión legal a su estatuto certero previo; y el *principio de necesidad* -*qâi`d mua`taṣ ûa mâba`*- según el cual en caso de producirse la necesidad de un acto, y una reserva -e incluso en la certeza, siempre que se le aúne la necesidad- sobre la incorrección de ese acto, se concederá prioridad a la necesidad, frente al escrúpulo doctrinal que pueda producir la dudosa corrección del mismo. No olvide el lector ante esta cuestión, que nos enmarcamos en un sistema legal esencial y sustancialmente confesional, en el cual los errores y yerros son descatos teológicos, por lo que la prevención sobre los actos incorrectos es extrema y de gran transcendencia dogmática.²⁰¹

No obstante todo lo expuesto, no se encuentra el *Îstishâb* sin referencias válidas procedentes de las fuentes doctrinales asumibles por el sistema jurídico islámico, puesto que hay una muy consistente referencia en cierto hadiz de *Imâm Ya`far Âṣ-Ṣâdiq (P)*²⁰², en el cual se ha visto tradicionalmente una apoyatura a los argumentos legales soportados sobre un referente previo. Por otra parte, es co-

mún en los textos *ûsûlî* encontrar defensas del *Îstishâb* apoyadas en la consistencia de la lógica aristoteliana, puesto que se suele formular éste de forma inferida; así, se indica que la primera premisa estriba en considerar que el estado previo aún esté vigente, la segunda premisa en dotar de valor referencial o *huyyat* -relativo y mediante- a esa posibilidad, siendo el resultado lógico asumir como evidencia referente la conservación de los atributos del estado previo de la cosa legal, sobre la base del prestigio del carácter *huyyat* invocado en la segunda premisa.

Nosotros, como Âs-Şadr y algunos otros teóricos de la materia²⁰³, encontramos algunos problemas en la formulación del silogismo, pero omitiremos ningún comentario en torno a estas salvedades, por exceder la pretensión de análisis que nos mueve en esta exposición; no obstante, se ha de hacer evidente al lector que en la construcción de las premisas, especialmente de la segunda hay más voluntad de encarar el esquema, haciendo *fidedigno* el planteamiento intelectual, que auténtico rigor metodológico. Dada la complejidad teórica de esta entidad, un tanto al releje de la legitimidad referencial, se establece por parte de los juristas duodecimanos un prontuario de situaciones en las que se puede aplicar el criterio de *permanencia* del estatuto previo que tuviera la cosa analizada. Básicamente son cuatro los requisitos que se quieren ante una situación legal, para beneficiarla con la aplicación del *Îstishâb*. En primer lugar, ha de disponer el *muytahid* de plena *certeza* en relación con el estado previo, puesto que ésta es la piedra angular que legitima las conclusiones vinculadas que después proceden en la aplicación de la fórmula; por otra parte, ha de existir una duda fundada sobre el nuevo estado, no habría de ser de utilidad la mera ignorancia en torno a éste, la cual es neutra para la construcción del *Îstishâb*; resultando de la situación, sin embargo, que la duda aporta un valioso margen teórico para su despeje, por supuesto, con la ayuda referencial de la mencionada “previa certidumbre”. Evidentemente, y este es el tercer punto a tener en cuenta, se ha de exigir una unidad entre ambas situaciones y, presumiblemente, para la cosa observada; entendido esto último, como que habrá de tratarse de un único negocio o *asunto*

-*mûdû`*-; para finalmente, y en cuarto lugar, esperar que se obtenga alguna utilidad legal de la aplicación de la figura, puesto que la necesidad de un juicio perentorio, más allá de las evidencias documentales, es el detonante obligado para que el cauto sistema jurídico islámico aplique tan ecléctica receta.

En el caso del primer pilar de entre los mencionados, para que la aplicación sea conforme al método, es preceptiva la certeza plena -*îaqîn*- sobre el estatuto inicial de la cuestión observada. Entre los autores jurídicos y teólogos hay una controvertida polémica en torno a esta cuestión, puesto que no existe unanimidad en considerar esta certeza como doctrinal, esto es, aparecen reservas sobre el hecho de que esté asentada sólo en documentos fiables, sino también de que sea, por el contrario meramente jurídica -epistemológica-, para lo cual servirían las certezas técnicas que conceden las elaboraciones metodológicas que venimos desgranando en nuestra exposición, de manera que una *noticia única*, por ejemplo, pese a su limitación teológica, podría aportar una certeza de tipo técnico, sin llegar a poseerla en el plano dogmático. Entre los partidarios de la tesis *teológica* sobre la certeza se encuentra Nâi`nî²⁰⁴, siendo ÂṢ-Ṣadr²⁰⁵ el más moderno exponente de los partidarios de aceptar la *certeza técnica* como un ente suficiente para asentar esta primera base del *Îstishâb*.

Respecto a la *duda -shak-*, que es el segundo requisito, hemos de mencionar que ha de ser considerada como algo vinculado al acto mismo; esto es, sobrevenida en el momento de desarrollo de éste, o en su previsión; de forma que no es factible teorizar sobre una cuestión legal, que ya viera concluido su tiempo de ejecución, dado que la necesidad, como cuarto y último requisito así lo impone. Esta acotación es importante puesto que el *Îstishâb* será aplicado por los jurisprudentes a demanda de la propia situación, **de forma puntual y perentoria**, y nunca llegará a ser una fórmula estable en el ordenamiento legal *ya`farî*, precisamente a causa de que se legitima por la mediata necesidad de una opinión legal, no aportada desde la documentación convencional. De cualquier forma,

esta puntualidad en la aplicación no desmiente el que se argumente para consolidar algunos *principios de derecho* -*qaûî'd*- sobre el propio *Îstishâb*, con lo que aparentemente se contradice el planteamiento que estamos explicando; ello se producirá porque el jurista ha de considerar que esa necesidad, instalada en la duda, es lo que mueve a formular el *principio* en cuestión sobre la base del atípico *Îstishâb*, que queda así como una necesidad continuada, y que como tal no es satisfecha por los circuitos documentales fiables en los que habría de beber el juicio legal. En relación con la cuestión de la unidad de la entidad analizada, que es el tercer requisito para la aplicación del *Îstishâb*, ya apuntamos que existía un debate, que *Jû'î* ha venido capitalizando, sobre la importancia de considerar que es el *asunto* o *mûdû`* lo que define esa cosa o entidad, y no el *juicio* -*hukm*-. Sin embargo, una vez más, *Âs-Sadr* aporta una novedosa visión de la polémica y solventa el debate considerando que “*la unidad de la cuestión juzgada ha de entenderse como convencional o u`rfî*” (sic); esto es, para él han de ser las opiniones generalizadas de los individuos comunes -no sólo de los técnicos juristas- quienes conformen el ámbito de delimitación de ese tipo de patrón. La posición encierra, a nuestro entender, algunas importantes claves sobre su propia percepción de los asuntos jurisprudenciales, puesto que vincular un debate, que hasta los días de un autor clasicista como *Jû'î* era dominio de los *muytahid*, llevando su resolución *u`rfî* al común de los individuos, implica una cierta democratización del opinar sobre la realidad legal, muy renovadora respecto a las posiciones tradicionales, que excluían de los debates, técnicos o doctrinales, a quienes no se consideraba con capacidad para la “articulación de pareceres”, los cuales, habitualmente, aparecían fundamentados sobre la recoleta lógica académica al uso.

Ahora bien, este tipo de *Îstishâb* ¿en qué grado es una *evidencia* legal o un *referente* -*huyyat*- sólido, y, consecuentemente, determinante de un razonamiento legal asumible por el sistema duodecimano confesionalista? Veamos un ejemplo: la obligación legal de asistir a la oración colectiva de los viernes, vinculante para

todos los creyentes en las etapas de presencia de un Infalible ¿se puede considerar como una obligación que se prolonga al tiempo de la Ausencia del Imâm? Y, otro: si se sabía que una persona determinada, en el pasado estaba con vida, y pensamos en una hipotética muerte posterior, ante el caso de una ausencia prolongada ¿puede ser ésta persona ausente ser heredada? El primer ejemplo es típico de un tipo de *Îstishâb* sobre el *juicio* -concluido- que le es previo, y se podrá aplicar en el caso en el cual el jurisprudente considere que convencionalmente se puede establecer que existe una unidad de juicios -anterior y posterior- en la cuestión analizada -tesis de *Âṣ-Ṣadr*-, y será obviado en caso de no considerar que sea factible otro *Îstishâb* que el del *asunto* -tesis de *Jû'î*-; sin embargo, ambos autores consideran que es susceptible de aplicación la tesis sobre la *permanencia* o *Îstishâb* en el segundo tipo de ejemplo. De ahí que los jurisprudentes -de entre aquéllos que metodológicamente se sitúan entre los que consideran que los *shîa'* no están obligados a asistir a las oraciones colectivas de los viernes- observan este asunto ejemplificado, no como una cuestión meramente política, como de modo reduccionista se suele afirmar por parte de los no versados en el sistema jurídico duodecimano y los activistas de cierta islamidad, que anteponen su voluntarismo a la coherencia legal que sustenta el ordenamiento *ya`farî*.

Sobre el valor doctrinal/legal de la deducción de los juicios o *Īytihād* y el seguimiento e *imitación* del jurisprudente o *Taqlid*

Condiciones del jurisprudente/referente

Todo el sistema jurídico procedente de la tradición legal duodecimana y de las tesis metodológicas del *Ūsūl* carecería de sentido práctico si no fuese por la existencia del principio de *imitación* o *taqlid*. El propio *Iytihāh* es una abstracción vacua si no se proyecta sobre el tejido comunitario su utilidad socio-política mediante la asunción de la “deducción”, lo que supone **desde** éste un seguimiento de los pareceres legales del colectivo de los jurisprudentes o de alguna personalidad relevante de entre éstos. Por tratarse de un sistema legal asentado en un principio transcendentalista, no basta con la simple emisión de la opinión legal, en definitiva, de la promulgación legislativa; ésta es la acción propia de un poder cualquiera que legisla con una determinada energía política -bien por medio de la coacción o compulsión de algún tipo de autoridad, bien de la convención política parlamentaria de cualquier otra forma de consenso comunitario, etc.-. Sin embargo, en el caso del ordenamiento legal islámico, especialmente como lo entienden los juristas y teólogos de la escuela *shīa`*, la Ley adquiere su dimensión plena cuando, emitida por un *muytahid* reconocido como tal, hay individuos creyentes que la **asumen como doctrinalmente vinculante**, y aceptan su cumplimiento, especialmente porque es la opinión cualificada de quien puede “interpre-

tar” (sic) la divina Voluntad, contenida en el acervo documental religioso y en la tradición escolástica escolar.

La necesidad de la *imitación* de un conocedor de las verdades del dogma, parece una evidencia cuando se trata de un sistema doctrinal que tiene importantes parcelas de información práctica, que están transmitidas y conservadas de forma críptica; *cripticismo* que es inherente a cualquier sistema transcendental y revelado, ya que ha de tenerse en cuenta que una de las peculiaridades del saber religioso es su universalidad y permanencia, la cual se obtiene por medio de un mensaje muy genérico, que puede *soportar* -tal como se concibe en el espacio metafísico de la teoría del Derecho- el paso del tiempo y las modas intelectuales mediante la impregnación preservadora que constituye esa propia veladura del Mensaje.

En la moderna crítica de las religiones se han debatido con suficiencia los puntos débiles de esta cuestión, por esto no parece necesario que nos detengamos en ello²⁰⁶; sirva apuntar que en nuestra exposición, por lo que de pragmático en su intencionalidad hay en el objetivo de asumir la realidad del sistema analizado tal como él mismo se percibe, nos sirve -en su valor **funcional**- la tesis teológica escolar de que la deidad sitúa un cierto filtro en el saber, que es parte de la preparación espiritual de acceso a éste, de forma que la necesidad de un intérprete de la Voluntad transcendente se justifica como procedimiento iniciático, que se diferencia por su propia esencia e ipsidad del laicismo mecánico, siempre patente y evidente, así como por lo que tiene de ejercicio del voluntarismo inherente a la asunción de un orden de tipo transcendentalista. Desde la percepción romanista europea, tendente a facilitar la información y la comprensión de la norma positiva a la mayor cantidad posible de personas, este planteamiento secretista es difícilmente aceptable²⁰⁷; no obstante, parece que la realidad, en no pocas ocasiones contradice las teorías y especulaciones de los analistas, dado que los sistemas iniciáticos suelen ser, en ocasiones, más meridianos y palmarios por su crédulo esquematismo, que los mas transparentes sistemas laicos, a menudo excesivamente cargados de techni-

cismos oscurecedores. De cualquier forma la *imitación* o *taqlid* no es más que una sustentáculo técnico, ya que desde el punto de vista de la coherencia teológica, la *iniciación* habría de ser deseable para todos los adeptos al orden legal metafísico; no obstante, siendo que la realidad social sanciona el acomodamiento de la mayoría de los individuos al esfuerzo particular de unos pocos -los jurisprudentes que se consagran a la comprensión de las normas reveladas-, se produce el estadio legal de la imitabilidad, de resonancias espiritualistas, que se ve compensado en la tradición cultural musulmana con el plus dogmático de la preeminencia socio-política deseable del *muytahid* sobre el ignorante de la ley, y la equiparación práctica del primero a la función dirigente de los Infalibles.

El itinerario argumental es bastante evidente, dado que a partir de lo manifestado en el *Qurân* sobre la función *esclarecedora* de las escrituras²⁰⁸, se enlaza con los hadices que han sido comentados con anterioridad sobre la función de truchimán de los textos religiosos por parte de los *u`lâmah*, e intelectivamente se concluye que ha de ser una muy específica función de éstos el establecimiento del orden legal que ha de conformar políticamente la sociedad de los creyentes. Si prestamos atención al perfil diseñado por esta Teoría legal para delimitar quién es referencial imitable legalmente, encontraremos que hay un modelo deliberado de personalidad institucional, para construir el tipo del jurista que puede ser ese atinente legal. Algunas de las condiciones son positivamente contractables con la realidad legal y socio-política y, sin embargo, otras son esencialmente especulativas; no obstante, ambos tipos de condiciones conviven conformando un todo que no resulta incoherente para la doctrina, que podría presentar reservas y escrúpulos frente a los aspectos condicionales más cargados de subjetividad, posiblemente ya que esa subjetividad -en lo que el *muytahid* tiene de interprete libre- parece ser facultad indispensable para componer su identidad jurídica.

Sobre los detalles concretos de cómo y quién ha de ser el *muytahid* imitable, existen algunas discrepancias en la bibliografía

tradicional, que suelen ser de matiz, aunque cualquier autor jurídico actualmente sitúa los presupuestos esenciales y necesarios en las siguientes: En primer lugar, el jurista ha de ser *mayor de edad -bulûg-*. Si bien esta característica tiene cierta complejidad, puesto que esa mayoría en la edad no sólo es una cuestión temporal, dado que a menudo no se espera sea determinada por la simple cuestión de los años de vida de la persona, sino por la madurez tanto biológica como social del individuo, la que es de una importancia relevante; así no es infrecuente que en un medio muy comprometido como suele ser el de los linajes de juristas tradicionalmente dedicados al estudio de las *Ciencias Islámicas*, se encuentre el caso de precoces jóvenes que técnicamente son muy versados en las ciencias religiosas, para los cuales el *Fiqh* quiere, no obstante, una maduración social, de ahí que esta aparentemente cuestión baladí sea premisa previa. Por otra parte, no es infrecuente, tampoco, que la condición de *bulûg* se asocie a la madurez, entendida desde el consenso social, de manera que se evitaría con esta condición el acceso al estatuto jurisprudencial a aquellos individuos que el colectivo no considera consolidados como miembros del mismo.

También ha de ser, previamente, *cuerdo*; esto es, disponer de intelecto o *a`ql*; cuestión que se complica a criterio de algunos autores quienes consideran que la característica no se puede entender en su mera dimensión coloquial, sino que ha de suponer tanto capacidad analítica y reflexiva, así como que ha de disponer del necesario *conocimiento -i`lm-* técnico para elaborar reflexiones adecuadas a la cuestión legal²⁰⁹. Las dos siguientes condiciones las podemos aunar en nuestra exposición como la condición de la *probidad*, ya que se encuentran muy íntimamente ligadas dado que se trata de la *corrección -sihhat-*, entendida por *decencia* en el comportamiento y las actitudes, y el temor de Dios o *piEDAD -taqûâ-*, ya que esta segunda tiene un referente coránico²¹⁰ que promete el aval divino a los actos de los individuos que actúan con tal presupuesto, todo lo cual es, evidentemente, un valor muy positivo para el *taqlîd*, según la lógica transcendental que lo anima. Recuérdese que anteriormente expusimos -en relación con la función técnica en el sistema legal

de la noción de *u`rf*- que la *probidad* en el contexto doctrinal islámico era esencialmente un concepto de perfiles sociales, puesto que en ningún caso se podría vincular a personalidades o entidades legales que, aún dentro de la corrección normativa, adoptasen posiciones socio-políticas, doctrinales o de comportamiento personal que fuesen susceptibles de reprobación por sus próximos. Por ejemplo, un jurista -juez, profesor, teórico del Derecho o letrado- que guardase algún vínculo con elementos antisociales, como puede ser el caso de un hipotético abogado, que debiese su prestigio dogmático a sus obras u opiniones escolares, y que en su despacho profesional aceptase la defensa o diese consejo antisocial a un delincuente; tomando su dinero, perdería ese estatuto de *probidad*, aunque no sucedería esto si no hubiese en todo ello un beneficio material, de forma que la gestión legal se asegura, pero se condenan los vínculos entre los próceres del sistema legal y aquéllos que, aún poseedores de derechos legales, son socialmente considerados *indeseables*.

Se sigue, finalmente, una condición que guarda mucha relación con la percepción convencional y social que el colectivo imitador llega a poseer del individuo, puesto que la *integridad* en la práctica religiosa -*kamâlât*-, es literalmente una plenitud en los *actos de adoración* o *Îbadât*, que supone que el jurisprudente referencial habría de ser un miembro notable de la colectividad, de quien se tuviera la evidencia que es un musulmán practicante, lo cual implica cierta publicidad de su religiosidad, lo que linda -inevitablemente- con el formalismo más que con la pureza de intención. No obstante la condición se justifica plenamente, a nuestro entender, por cuanto, en una sociedad comprometida e implicada, este tipo de aptitudes generan bastante cohesión y no poca disciplina militante. Seguidamente, el sistema jurídico prevé una alta dosis de formación libresca y pericial, así como una cierta erudición, que tradicionalmente se vincula al paso disciplinado por las instituciones escolares islámicas o seminarios teológicos o *haûza*, aunque desde el siglo pasado una parte de la intelectualidad jurídica islámica ha sido formada en un medio menos costumbrista, como puede ser

la universidad moderna, puesto que las escuelas religiosas poco a poco han llegado a ser instituciones en las que se ha acabado por sobredimensionar el tradicionalismo, frente a la capacidad de renovación intelectual que permitió en el pasado que los musulmanes fueran notables generadores de pensamiento. Si bien es cierto que de la *Haûza* proceden buena parte de los ideólogos del moderno pensamiento político y jurídico islámico, no es menos cierto que algunos de los más sólidos de entre ellos -entendidos desde el punto de vista de la homologación con el contexto amplio y social del mundo actual- reciclaron su formación islámica en instituciones foráneas al mundo tradicionalista de los seminarios teológicos, como puede ser el caso de Beheshthî o Îqbâl.

Aunque técnicamente la cualidad de *muytahid* sigue siendo privativa de los teólogos -al uso tradicional-, puede llegar a poseerla cualquier individuo instruido en las disciplinas legales islámicas, pero todo ello se diferencia de la condición de *atinente legal* o *Marya`îat*, privativo de los *religiosos* o *âjûnd* o estudiosos facultativos y profesionales de las actuales “*Ciencias Islámicas*”; lo cual es una complicación añadida a la realidad de unas sociedades musulmanas pluralistas -o al menos **diversas**- en las cuales, más allá de las tesis sobre la Soberanía del Jurisprudente, es difícilmente asumible que el ordenamiento jurídico del Estado islámico quede solamente en manos de estos pensadores religiosos, que en no pocas ocasiones adolecen de una formación secular y técnica adecuada para teorizar y, por supuesto legislar, sobre los, cada vez más complejos, aspectos de la **ineludible** modernidad. Ya apuntamos entre las condiciones técnicas que ha de reunir el individuo que puede ser imitado legalmente, una serie de cuestiones que en este nuevo espacio omitiremos, como es la pureza de linaje, etc.; sírvanos mencionar que estos aspectos son eminentemente periciales, de manera que los que verdaderamente han de interesarnos son aquellos aspectos estructurales, esto es los que determinan la ipsidad del estatuto de *mary`îa-e taqlidî* o *referente jurídico*, puesto que esta cuestión nos facilitará la comprensión de algunas de las aseveraciones que hemos vertido con inmediata anterioridad.

En realidad, las condiciones para el “seguimiento” legal del jurisprudente se conforman mediante una serie de cuestiones normalmente observadas desde una óptica un tanto obsoleta, cuando de las elaboraciones jurídicas de un moderno Estado islámico se trata, por cuanto éste emite sus propias normas legales sobre la base de una legitimidad doctrinal, que es indirecta según los criterios de la *Sharîa`* histórica -dado que una entidad abstracta, tal como es una administración estatal, nunca fue *seguida* o imitada por ningún grupo de musulmanes-. Hemos de entender que el Estado islámico, en cuanto entelequia, emite opiniones legales, doctrinalmente vinculantes, cuando está respaldado por algún tipo de personalidad o colectivo concreto de la jurisprudencia, pero aun, así el estatuto de ese estado referente/obligado es indirecto en lo que a su condición de *mary`îat* se refiere. La propia tesis de la Soberanía del Jurisprudente aún es una entidad pendiente de desarrollo dogmático que no ha previsto estas contingencias, de manera que es difícil para el actual analista ubicar qué hay de sistemática doctrinal y qué de perentoriedad puntual en la práctica legal que se puede observar en las comunidades duodecimanas que actualmente existen en el mundo.

Está por definir si el *referente legal* es, como históricamente había venido siendo, una opción aleatoria, muy condicionada por el localismo y la historia fáctica o si, por el contrario, la ambición de un marco nacional, e incluso supranacional por parte de los *shîa`*²¹¹ ha de obligar a reformular el *taqlîd* mismo, habida cuenta que la procura de un Estado islámico no puede convivir, sin los conflictos que ya son evidentes en el seno mismo del mundo duodecimano, con un orden teórico, indefinido y obsoleto en la definición de “quién está doctrinalmente cualificado, y en qué condiciones, para generar una normativa legal vinculante”. El caso puntual de la experiencia *islámica* iraní en estos últimos veinte años²¹² es un indicio muy elocuente de la problemática metodológica que se oculta en torno a la tesis jurídica que sanciona el *taqlîd* como la forma legítima de establecer y concretar la ley religiosa de cada época. Mientras vivió Jomeînî su prestigio como jurisprudente eclíp-

só el debate, pero en su ausencia el proceso de construcción de un Estado islámico integral entra en crisis, esencialmente por causa de la cuestión -doctrinalmente fundamental- relacionada con la *imitación* legal de un *muytahid*, ya que los juristas que podrían ser adecuados para ser referentes doctrinalmente coherentes, no eran políticamente idóneos y, sin embargo, la lógica interna de la política persa pretendió imponer a la comunidad islámica global, una opción que solamente había de satisfacer a un muy determinado sector político iranio; de forma que la “sucesión” de Jomeînî, con la transcendencia que había de tener para la perpetuación del proceso de construcción de un orden jurídico y político confesional, quedó hipotecada por la extemporánea e inadecuada presencia en el esquema del *taqlid* de unos tipos de *âjünd*, que, en ningún caso, habían de ser la expresión personalizada del referente doctrinal global, ya que global había de ser la propia opción de referencia y su asunción, a fin de evitar las contradicciones jurídicas a las que los diferentes criterios en la construcción de los juicios legales habían llevado a los musulmanes duodecimanos durante el pasado.

Si bien nos parece evidente que la tesis de la referencia es un aspecto cenital para el sistema jurídico islámico, tal como la ha venido entendiendo el yafarismo, así la solución de la identificación de un determinado *mary`ia-e taqlid*, homologable frente a la estructura estatalista que hoy ensaya el colectivo legal duodecimano, es la pieza clave del mecanismo jurisprudencial, y entendemos que no es ésta una cuestión solventada aún por la literatura legal de la escuela, no al menos con suficiencia o rotundidad, puesto que una inadecuada elección personal, motivada por la circunstancialidad histórica viene a debilitar la credibilidad de la institución, o devuelve el debate a los autores que opinan que en los tiempos de la *Ocultación -Gaïba-*, el jurista confesional no puede exceder su actividad jurisprudencial más allá de la simple conseja, la cual se limita para orientar a la colectividad confesional, e incluso al área más distante de aquellos teólogos que sostienen que sólo le resta al creyente la espera pasiva y paciente de la vuelta del Imam Oculto, quien habrá de establecer -según la creencia- un estado doctrinal y

legalmente coherente, siendo vano todo esfuerzo por orientar doctrinalmente la sociedad en su ausencia. Posiciones, una y otra, que abortan cualquier proyecto efectivo de entender el *Fiqh* como el vehículo normativo expresivo de la cosmovisión trascendente de los musulmanes duodecimanos.

La imitación del jurisprudente cualificado se produce, como hemos venido insistiendo, en tanto en cuanto éste tiene capacidad para el *Îyihâd*, siendo esta condición el punto de inicio en el cual se ordena la relación, de dependencia de tipo doctrinal, entre los jurisprudencialmente “pasivos” y los especialistas, que acabarán por decantar y asignarse el estatuto eminente que en definitiva es la *soberanía del jurisprudente* o *Ûilâiat Âl-Faqîh*. Así pues, se puede considerar que hay un proceso de incremento del valor del *Îyihâd*, y una revalorización progresiva de la posición de los juristas. Mientras que en los periodos clásicos, los teólogos elaboraban sus construcciones legales como expresión de sus reflexiones de eruditos sobre la materia jurídica, en realidad éstas llegaban a serlo, en tanto en cuanto ellos eran los formadores de la opinión que los poderes temporales estimaban que reflejaban la mejor expresión de la formalidad y religiosidad musulmana -bien admitiendo los juicios, bien combatiéndolos y descalificándolos en los casos de las disidencias dogmáticas-. Con el desarrollo posterior del *Ûsûl* y dentro de éste del *taqlîd* respecto de las tesis jurídicas de los teólogos, la Teoría legal se carga de argumentos teológicos que delimitan la obligatoriedad de la asunción de esos juicios legales.

Nos parece significativo observar de qué forma el propio Jurrâsânî, sin ningún tipo de ambages, rehace la noción de *Îyihâd* que *Hillî* hubo establecido en la época clásica del Derecho *ya`farî*, quien consideraba que “*servía para solventar los casos de incertidumbres sobre un determinado negocio legal*”, para -en el caso del *Kifâat*²¹³ - llegar a considerarlo “*la manera de determinar qué había de ser referencia -huyyat-*”, de forma que procurando el acceso, con exclusividad, al argumento jurídico vinculante para el individuo común, el nuevo jurista también se procuraba la condición de

albacea de las claves transcendentales de la Ley divina; cuando en los tiempos de Hillî, el señorío de esas claves radicaba en las normas tradicionales, bien delimitadas y evidentes. De manera que, con la pérdida de la evidencia -por el desplazamiento del sujeto legal histórico, a causa de los cambios habidos en la sociedad musulmana respecto al modelo primigenio- y cierto difuminado de la lectura primera, plana y literal de las fuentes históricas y, consecuentemente, con la necesidad de obtener opiniones legales elaboradas, acabará por hacerse necesaria la figura del especialista jurista, que doctrinalmente se legitima a sí mismo rastreando en las tradiciones aquellas referencias prospectadas²¹⁴ que preveían para la *Ûmma* islámica un tiempo de orfandad teológica, el cual habría de ser tutelado por “los concedores de los hadices”, y más allá de esto por aquellos individuos cualificados para su procesamiento técnico. Actualmente ningún jurista destacado, de los que forman el núcleo fuerte de la moderna opinión académica duodecimana, puede dudar que se han superado los presupuestos literalistas puros, ya que con el mencionado criterio de Jurrâsânî, como mencionara Muṭaharî: “*el moderno Ûsûl es la consecuencia de la antigua tradición legal*”, de manera que cualquier autor clásico habría de estar de acuerdo con los planteamientos de *Âl-Kifâyat* si estuvieran en condiciones de leer esta obra²¹⁵.

Evidentemente, la estructuración del *Ûsûl* y del consiguiente *taqlîd* jurídico sufre un proceso de normativización metodológica²¹⁶, manifiesto desde el momento en el cual se considera que hay un espacio *total* para la deducción de las normas legales, consistente en aplicar específicamente las técnicas de la *Îmârât*, con lo que ello supone de flexibilidad en la creación normativa; o un ámbito *parcial*, restringido a las reflexiones que el jurista pueda hacer en torno a las fuentes documentales asumidas por la escuela, el cual es significativamente más reducido y protegido, ya que el análisis que puede desarrollar está preservado de los grandes errores por la seguridad que aportan los documentos revelados. En el primer tipo, el jurista dispone de un lugar mayor de construcción del juicio legal, y consecuentemente, es mayor el cúmulo

metodológico que puede llegar a aplicar; sin embargo, el segundo tipo se reduce a la relectura, siempre mediatizada por el peso del clasicismo jurídico de las fuentes religiosas conocidas.

Habrán quienes sostengan²¹⁷ que no todos los jurisprudentes son susceptibles de ser seguidos en sus opiniones, dado que -en los términos de la sociología del actor legal- sólo es viable asumir la opinión de quien tiene una capacidad global sobre la materia y el espacio jurídico. Si bien esta cuestión no se contradice con la necesaria especialización técnica que cualquier actividad humana, acaba por imponerse a sí misma, muy en concreto si es sobre la base de la optimización de las actitudes y los medios. Queda por otra parte indicar que en este tipo de especulaciones en torno a la *imitación* legal, viene resultando ser una cuestión esencial “la identificación”, por parte del profano en materia jurídica, del individuo con la condición de *muytahid*; de manera que el primero pueda asumir con confianza doctrinal²¹⁸ que el seguimiento de las opiniones legales del segundo es dogmáticamente un acto de coherencia religiosa; así, la imitación del *sabio* ha de situarlo a recaudo del yerro religioso, con la importancia trascendente que esta cuestión ha de tener en un espacio jurídico integralmente confesional.

Estas cuestiones son relevantes en tanto en cuanto constituyen la piedra angular de la noción del *imperio* que sostiene la propia entidad legal islámica, ya que de alguna forma sustituyen al “pacto social histórico”, que podría serles homólogo en cualquier ordenamiento constitucionalista occidental, pues ellas son, en definitiva, el basamento teórico de la esencia soberana de aquél orden socio-político, dado que en él la soberanía no es tanto popular y general, como que -se considera desde la teología- contrariamente reside en la legitimidad para representar a los Infalibles. En definitiva, la soberanía reside en esa condición del teólogo capaz de trasladar a los no poseedores del conocimiento trascendente la *auténtica* -*ûâqi`î*- expresión normativa de la divina voluntad. Es por ello que los *u`lâmah* han ejercido sistemáticamente un celoso control sobre el devenir político de las sociedades confesionales, hasta el punto

de reservarse la autoridad dogmática para sancionar las actuaciones del poder político, sea cual fuere su expresión histórica y puntual²¹⁹.

El jurista islámico, o era profesor y teólogo, o era juez en aplicación de la *sharîa*, de forma que el sistema legal gozaba de una cierta profundidad argumental, dado que en las exposiciones magistrales de las escuelas teológicas se declinaba todo un universo conceptual, y se llegaba a cabo una labor de investigación sobre la materia legal; y, por otra parte, la práctica directa en los sencillos tribunales populares, y la aplicación de la tradición legal islámica, se contrastaba regularmente con la realidad, de manera que el *taqlîd* se exponía sistemáticamente a una prueba de coherencia y funcionalidad. Sólo en algún momento del periodo *safaûi*, y tal vez del reinado de los soberanos *Qâyâr*, se puede asistir a algún intento de mediatizar el poder legal de los juristas habilitados para el *ÿyihâd*, por parte de los poderes fácticos temporales. Por nuestra parte, consideramos que hasta la regulación moderna de la práctica del *ÿyihâd*, a la sombra constitucionalista de la revolución de 1979 en Irán, la tónica común en el ámbito duodecimano era que, en la tradición histórica musulmana, el juez islámico en su tribunal -como expresión máxima del *muytahid*, y mediante sus sentencias-, ejerció un dominio legal muy amplio, siempre distante y superior respecto del ordenamiento político de cada periodo; especialmente en la medida en que se apoyaba sobre la base doctrinal de la soberanía del *taqlîd*, cimiento que los miembros de la comunidad debían a sus propias opiniones legales.

Estatuto que entendemos como netamente equiparable -aún en la distancia- a la tendencia inaugurada por el pensamiento de Kelsen²²⁰ y a la situación habida en la primera mitad del siglo XX en algunas de las constituciones europeas²²¹, especialmente en la austriaca de 1920, con su reforma de 1929, y en la republicana española de 1931, en las cuales aparecen los primeros ensayos de un tipo de control judicial sobre la esfera política de la sociedad, mediante el sistema de tribunales constitucionales. Esta tesis se nos

hace especialmente evidente cuando recordamos de qué forma las sentencias islámicas tutelaron a los soberanos de algunos periodos, de manera que desde los tribunales primarios, e incluso desde las aulas, se ejerció una “vigilancia” *de facto* sobre el poder temporal, muy próximo a la lógica de la posterior *judicial review* americana²²². En la actualidad la implementación política de ese dominio jurisdiccional que atribuimos a los *u`lâmah* sobre el orden político, en su formalidad más legalista, adquiere la hechura de una asunción plena de los criterios teóricos sobre todo tipo de asuntos emitidos por los *muytahid* de prestigio. En el caso persa, por ser el que mejor nos ilustra la institucionalización de esta relación de asunción de los planteamientos *doctrinalistas*, podemos encontrar numerosas situaciones legales en las cuales el Estado asume -al menos formalmente- las opiniones de los jurisprudentes, en concreto de aquéllos que son referentes doctrinales en esa zona geográfica y cultural.

No obstante, más allá de la inevitable e ineludible tentación de prestar una desmedida atención al anecdotario político del que somos coetáneos, por nuestra parte hemos de sostener que el interés que se puede atribuir al orden jurisprudencial islámico trasciende los resultados mediatos de la experiencia que comentamos. Como hemos intentado poner de manifiesto a lo largo de esta segunda parte de nuestra exposición, el espacio legal duodecimano es un ámbito que, cultural e intelectualmente, se ha dotado de un singular grado de originalidad, de autonomía y de convicción interna en sus posibilidades de aplicación, que hacen de él un posible instrumento de evolución política del mundo religioso islámico, el cual habrá de ser tenido en cuenta para la correcta comprensión de los tiempos venideros, ya que se trata de un sistema jurídico, concebido desde una determinada interpretación de sus propias fuentes referenciales, y establecido en su marco geocultural como un sólido instrumento para la continuación de la Historia humana de los principios doctrinales y metafísicos, que generaron y han sostenido la identidad doctrinal *shîa`*, tal como las culturas orientales la han entendido.

Parte tercera

**Introducción al sistema penal
duodecimano**

**Finalidad transcendentalista de las
normas penales**

Globalidad e integridad

**La noción de *individuo* en la codificación
penal islámica**

“Es, por consiguiente, muy justo y muy provechoso establecer penas en las leyes para los transgresores de éstas, a fin de que con la transgresión no peligure la sociedad o se perturbe o se maleee, ya que las leyes se promulgan para gobernar rectamente. Con eso, los que no las observen por amor a la virtud o por miedo a las penas eternas, se apartarán de delinquir por temor a la pena presente”²²³.

En este tercer espacio de nuestra exposición deseamos delimitar en qué grado la doctrina teológica *ya farî* -tal como históricamente se ha desarrollado- y, consecuentemente, las fuentes docu-

mentales que la justifican -tal como han llegados a ser comprendidas por los intelectuales musulmanes generadores de la metodología que sustenta a la primera-, ha determinado una específica visión *metafísica* del ámbito jurídico penal de orientación e influencia religiosa islámica.

Esta cuestión es de especial interés, en el marco de un análisis del Derecho musulmán, por cuanto es la más directa y evidente aplicación social y política de este orden legal. Las normas penales en definitiva son las normas del Estado, de la autoridad política y socialmente constituida, sea cual fuere su basamento. Además -y esto es lo que nos importa especialmente-, es la cristalización formal de la percepción antropológica que una sociedad llega a formarse de sí misma, tanto de su esencialidad, como de sus aspectos *quidditativos* más diversos. Percepción que determina sus filiaciones afectivas y emotivas; puesto que las normas penales reflejan las convicciones con las que los miembros de esa sociedad se comprometen; y que, por otra parte, conforman y resultan **ser** el espacio ideológico y espiritual más difícilmente objetable. De forma que en la contractación con otros ordenes, esa *impresión* cristalizada será aquello que discrimine dónde se pueden determinar los puntos tangenciales con *otros sistemas de convicciones*. La estructuración sistemática de un corpus de normas punitivas para los actos considerados como “indeseables”, se presenta como el estadio más básico, y a la vez más complejo, de la pretensión de establecer un orden legal que sea política y socialmente coherente; implica -como hemos insistido anteriormente- la remisión a un sistema de valores contrastado argumentalmente, así como su asunción más o menos generalizada, por parte de los individuos que conforman el *ser* público, esto es la Comunidad.

Si atendemos a las opiniones de Wallace, en su observación antropológica²²⁴ de las prácticas religiosas en las diversas organizaciones sociales, la ordenación de un espacio legal proyectado a partir de un culto codificado y regido de manera más o menos *sacerdotal*²²⁵, implica el estadio de una “escala superior” (sic) en la

articulación armónica de un colectivo o sociedad. Entendiendo que lo que se comprende por *armónico* en los términos de la reflexión antropológica no ha de corresponderse, necesariamente, con lo que en la actualidad, se considera *política o socialmente correcto* -especialmente en el ámbito socio-político del Occidente liberal-. Por esto, queremos significar, en el inicio mismo de esta sección, que el orden penal, especialmente en el caso de una entidad tan puesta en el debate de las idoneidades y homologaciones universalistas, como es el sistema legal islámico -hoy refugio o referente de buena parte de los resistentes y críticos a la homogeneidad y simultaneidad cultural y de pensamiento, que se acercan como ineludible quimera allanadora de especificidades y localismos-, no puede ser contemplado sólo como el baremo que evidencie las ratios de solidez o penetración de los entes estatistas en la materialidad social. Evidentemente, el ordenamiento penal es la expresión más explícita de la capacidad de imponer una voluntad pública, de *delimitar* al individuo frente a conveniencias y desatinos, todo lo cual sólo tiene valor efectivo, si certifica un compromiso vivencial de los individuos con el plan ideológico que estructura el mencionado código de valores. Y, en última instancia, resulta ser la expresión de una experiencia histórica concreta, que si bien no tiene por qué ser trasladable fuera de su contexto, tampoco puede ser obviada, especialmente si representa un sistema de ordenación jurídica vigente para un colectivo humano importante.

Así pues, deseamos partir de una consideración esencialista respecto a las cuestiones penales, de una observación a la vez *construccionista*, que considere especialmente las cuestiones legales y doctrinales del sistema penal duodecimano, en sus aspectos *asumidos*; es decir, en qué forma las normas son expresión y significación del universo intelectual, y más allá de esto, del ámbito emocional/cultural que articula la creencia religiosa que lo soporta. Y, sin embargo, también pensamos que los antropólogos que orientan la observación en el sentido inverso, o *desconstruccionista*, esto es, mediante la actitud del crítico que *lee* la cultura ubicándose

en el “otro” observado, superando la mera descripción del objeto de análisis, nos pueden ayudar a explicar qué resulta ser el espacio legal islámico, en su expresión duodecimana, especialmente en contraste con el orden legal imperante en Occidente, puesto que éste es el espejo universalizador -imagen opuesta- en que se miran los ideólogos de la actual *islamidad*. En definitiva, deseamos abrir la opción discursiva de una puerta para la lectura *emic* de la identidad legal *ya`farî*, en tanto en cuanto es la descripción de la lógica de la normativa penal, por concernir a la conducta y costumbres de las sociedades musulmanas, y ser la expresión de un universo mental que los integrantes de la sociedad islámica *creyente* consideran culturalmente apropiado o coherente; pero también, consideramos que una hipotética observación *etic*, como generalizadora sobre los acontecimientos y las pautas conductuales -es decir procesales y judiciales-, puede ayudar a estimar por qué el espacio legal duodecimano es un lugar singular e irrepetible, sin el cual la globalidad del pensamiento jurídico mundial actual no puede pasarse.

No se tratará tanto de pretender la homologación de la percepción penalista islámica respecto de los itinerarios vigentes en Occidente, tanto como en anticipar la convicción de que una lectura panorámica de las realidades diversas que conforman un mundo cada vez más interrelacionado, no puede desdeñar una realidad tan compleja y de raigambre tan sutil y rica como la duodecimana, que ha reeditado recientemente este sistema legal metafísico frente a la lógica política y jurisprudencial occidentalista. Observar, pues, la finalidad de las normas penales islámicas ha de implicar la consideración, como primer punto de referencia, de lo que algunos teóricos de la Psicología de las facultades denominan²²⁶ “*la estructura operativa*” de los individuos, o lo que es igual, cómo los actos humanos pueden ser reducidos y comprendidos desde una serie de principios.

El pensamiento teológico islámico insiste en que el eje del individuo es su *fitra*²²⁷ o *esencialidad*, algo que podríamos explicar

como el *sistema operativo* -valga el símil informático- que soporta todos sus actos y, previamente, la valoración de éstos que pueda hacer el propio actor; de forma que esa *fitra* es *anterior -qadîm-* a la intelectualización de cualquier orden de valores. En el caso de la oveja que huye del lobo, se dirá que ésta actúa así no porque considere al depredador *formalmente* repulsivo, sino porque es para ella una amenaza vital, conocida **instintivamente** como tal. De igual forma, los teólogos duodecimanos sostendrán que el individuo tiene implícitos, con anterioridad a su desarrollo como ser social y cultural, los elementos nocionales que disciplinen para él entre los actos correctos y los despreciables, de manera que el orden legal, especialmente el penal, no delimita más que la convención social, de esas claves instintivas, que no pueden ni deben ser enfrentadas, sin desequilibrar el *orden natural*. Para explicar esto, se ha de considerar -como lo exponen los teóricos del Derecho *ya`farî*²²⁸ - que frente a las cualidades *sensibles* del individuo, captadas por los sentidos externos, estructuradas por el coordinador de todos ellos que es el sentido común, y almacenadas en la imaginación y la memoria -lo que justifica las bogas y tendencias de evaluación de los ordenes legales, sujetos a modas y sensibilidades-, existen cualidades *no-sensibles* que se captan por medio de la valoración y la estimación, las cuales ellos las ubican en la memoria reflexiva, que es básicamente un archivo valorativo. La diferencia conceptual entre ambas entidades, puestas en relación con la finalidad de la punición legal, estriba en la atribución o abrogación de la legitimidad para determinar *qué* es correcto y *qué* es erróneo, con un sentido valorativo de origen previo al individuo mismo; todo lo cual implica un orden apreciativo, incluso calificador, esencial, que trasciende a la experiencia humana y a los objetivos socio-políticos que ésta pueda proyectar.

La tradición aristotélica que denominó lo como “*cognitiva*”, relacionaba esta facultad con la inteligencia del hombre. Para el pensamiento occidental esta observación del ente penal cayó en desuso con la llamada *filosofía moderna*, hacia el siglo XVII. Para-

dóxicamente, observado el sentido de *lo correcto* como una evidencia de la *individualidad* -tal como la entiende el modernísimo orden legal globalizador-, la percepción privada y personal de los propios actos evidencia el grado de integración del actor y del observador de la acción en el sentido espacio-temporal, lo que lleva al pensamiento occidental al debate sobre la propia transcendentalidad del ser individual, uno de los grandes espacios para la confrontación entre las antropologías filosóficas de Tomás de Aquino, Kant, Hegel, Nietzsche y Heidegger, cuyas filosofías del hombre y de su tiempo tintan buena parte del pensamiento penal actual. En el caso del pensamiento duodecimano la noción de *fitra*, sustentadora de esa *cogitativa* o razón particular, es la base intemporal sobre la que se soporta todo el edificio argumental penalista, puesto que de esta comprensión y la valoración -preestablecida en la naturaleza del ser humano- dependerá la asunción del orden normativo legal, que *ha de ser* totalmente asumido, dado que la coherencia doctrinal exige que el creyente, acepte como válidas las premisas de fe que contienen las normas positivas, no siendo posible limitar la efectividad argumental del sistema a la simple convención pactista, tal como lo entienden los órdenes laicistas. Esa *cogitativa* “ordena” en función de un procedimiento categorial, un sistema de esquemas y generalizaciones abstractas y comprensivas, que permite concretar *juicios* de valor. De forma que, consecuentemente, “*la función valorativa implica la percepción plena de los sensibles per accidens y la realización de un juicio particular sobre los singulares*”²²⁹. Por ello los aristotelianos clásicos llamaron a la *cogitativa* la *razón particular*²³⁰.

Como explica Choza, en su referido manual, desde esta perspectiva la Psicología filosófica no se diferencia realmente de las teorías sobre el Conocimiento; lo que aquella ha llamado *síntesis sensorial* y *configuración perceptiva* es lo que los kantianos denominan *formas apriorísticas de la sensibilidad* -la noción de espacio y de tiempo-; de forma que lo que la Psicología entiende *como comprensión de significados* se corresponde de alguna forma con el *esquematismo transcendental* de la imaginación, de igual forma

que la subsunción de un significado no es otra cosa que un concepto universal que es análogo con la relación que Kant establece entre *esquemas de la imaginación y categorías del entendimiento*. Habrá que observar la epistemología genética de Piaget, que a juicio de Fabro está más cerca del experimentalismo tomista que del apriorismo constructivista kantiano²³¹, para que el observador occidental atento comprenda el espacio destinado por parte del pensamiento penalista duodecimano a la noción **meta**-física de *fitra*. Ubicada, aún genéricamente, para el lector occidental la cuestión de la sociabilidad fundamental que se concede a la *fitra*, concretaremos que el sistema legal islámico parte de la premisa de que es antinatural obviar en el espacio jurídico este aspecto de la esencialidad humana, el cual se concreta en una ineludible inserción social del individuo, la cual, a su vez, es para él una premisa no electiva, sino consustancial con su entidad²³² humana. De forma que la primera característica que podemos destacar de la percepción islámica sobre esa *fitra*, que sustenta los presupuestos sobre los que se articula el orden legal, es el sistema de pautas perceptivas y conductuales que ordenan el *ser comunitario*, consustancial para todo ser humano; lo cual relega definitivamente cualquier percepción individualista -e incluso se podría decir: humanista- de entre las cuestiones que conciernen al orden social, ya que siempre estará observado como un *todo* consistente por un *sí mismo*, nunca articulado por meras individualidades.

Es fácil para nosotros prever que el lector europeo ha de sentirse condicionado, desfavorablemente, ante este planteamiento, por cuanto la Historia del continente ha sido dramáticamente marcada por los movimientos totalitaristas, que apropiándose de este tipo de tradiciones del pensamiento escolástico, llevaron al abuso esperpéntico e interesado lo que no es sino una forma más de entender el hecho existencial humano, de entre las tradiciones culturales, y sus cosmovisiones, que se expanden por el mosaico antropológico de nuestra Historia planetaria.

Así pues, un destacado teórico del moderno Derecho Penal

persa inicia, preventivamente, su exposición en torno a las generalidades que articulan el sistema islámico escribiendo: “*Es evidente que si todas las personas **anómalas** actuaran de acuerdo al **orden correcto**, no habría necesidad de establecer normas penales para regular la relación de los individuos y preservar el orden colectivo*”²³³. Por supuesto, inmediatamente se ocupará en precisar quién es *anómalo*, y qué ha de ser entendido por *orden correcto*. Y claro está, es de nuevo en el texto coránico dónde se han de buscar estas respuestas. Así, en la Sura El Hierro²³⁴, se menciona que la *balanza* de que se dotó a los mensajeros divinos es el referente para “*observar la equidad*”, entendida ésta -en opinión de buena parte los exégetas²³⁵ clásicos de la revelación- como el equilibrio entre libre albedrío y asunción de los mandatos religiosos; en definitiva, como la expresión de la *corrección*, y de la *normalidad*. De esta perentoria forma se plantea, desde el inicio mismo de la exposición, que el orden legal islámico es garante del orden transcendente y que por medio de él se obtiene la deducción dogmática de las fuentes religiosas, de manera que el jurista confesional se desplaza argumentalmente desde la premisa, no cuestionable, de que el individuo creyente ha de adecuar su actuación a los parámetros de esa *corrección*. Planteamiento que se enfrenta con las opiniones contractualistas, imperantes en Europa desde el fin del Antiguo Régimen, para las cuales lo correcto en sociedad, y consecuentemente lo punible, es delimitado por aquello que el consenso social determina como adecuado o indeseable y, por extensión, por aquello otro para lo cual se concreta algún tipo de sanción legal específica.

En un sistema confesionalista no parece que haya lugar para situaciones, valga el ejemplo, del tipo de las que hasta hace poco se podían encontrar en el espacio penal occidental, en el español, en el cual se consideraron -incluso hoy así se estiman- algunas actividades como socialmente censurables -verbigracia: el adulterio, o el amancebamiento-, aunque no se mantiene el planteamiento histórico de penalizar tales actos. En el orden islámico una actuación legal incorrecta, es prohibida taxativamente, y la considerada como

correcta, e incluso toda aquélla que no es calificable a la luz de las fuentes, no es tipificada penalmente, ni de forma positiva ni negativa, y es ignorada por la normativa. Así es conocido que para el *Fiqh* clásico el adulterio es motivo de condena de muerte, y, no obstante, las relaciones, que se pueden considerar en Occidente como *extramatrimoniales* son, tanto legal como socialmente, aceptadas, aunque siempre bajo unas mínimas condiciones, sin que ello suponga ningún tipo de reflexión preventiva para el orden penal²³⁶.

Así pues, y valga el ejemplo, la reflexión técnica del jurista metafísico no se orienta tanto sobre el “bien social y jurídico a proteger” -fuere la integridad del matrimonio o de la unión de la pareja, o el evitar el escándalo público (como fuera el criterio genérico en el Derecho penal español más reciente)-, cuanto que toma como referente indubitable, y de forma mecánica, una fuente documental de origen revelado. Ese referente se convierte en el protagonista de la bondad protegida, ya que en el medio metafísico este tipo de fuente religiosa se estima muy reputada, según la lógica literalista y de solvencia argumental previa a la reflexión jurisprudencial, y determina **taxativamente** que, en nuestro ejemplo, la relación sexual extraconyugal -si contrato/acuerdo social-se estime como un delito grave²³⁷; mientras que existe una serie de tradiciones del antiguo *comportamiento* o *Sírat* -remontadas a los días de vida del propio Profeta (PBd)- que avalan el establecimiento de relaciones temporales entre personas de diferente sexo, en determinadas circunstancias (que no son otras que la publicidad social del acuerdo de relación)- asimiladas a un matrimonio *temporal*²³⁸ -, que no entran en conflicto analógico con el esquema jurídico religioso tomado como prototipo en el ejemplo, pues la mencionada reflexión discrimina el “bien a proteger” en función del acto descrito por la fuente que constituye ese bien.

Es habitual que los manuales y tratados occidentales sobre Derecho penal se inicien con una serie de cuestiones relacionadas con la libertad de acción del ser humano, así como con los aspectos filosóficos y más especulativos sobre la responsabilidad de los ac-

tos, etc.; por contra, los textos que son referentes y expresión del pensamiento académico del orden legal islámico abordan la cuestión planteando, con anterioridad a todo esto, un friso de presupuestos precedentes a su vez, impuestos por la doctrina teológica, a partir de los cuales se recuerda al estudioso que la materia penal, especialmente en sus consecuencias reales, mediatas y prácticas, tiene por base el delimitar los actos humanos *correctos*, e incluso los permisibles, frente a los indeseables, con la única finalidad de preservar **el orden social natural**, que se considera coherente para una sociedad confesional -que esta simple última designación en las ciencias sociales occidentales ya supone una paradoja compleja, y podría ser motivo de un profuso y profundo debate-.

Las cuestiones reformistas o regeneracionistas del individuo descarriado, en el espacio intelectual musulmán, son de la competencia del *Ájlâq*, disciplina ésta que en cierta forma se puede asimilar a la Ética -tal como tradicionalmente se la ha entendido en la filosofía occidental-; aunque esa versión *deontológica* islámica está cargada de elementos espiritualistas y formadores del ser trascendente, que difieren de la sistemática socializadora que se concede a la Ética fuera del Islam. Verdaderamente, si hay una función práctica de la observación que el teólogo y jurista duodecimano establece a partir de la noción de *fitra*, es la construcción de un espacio legal, esencialmente deontológico -en el más literal y radical sentido etimológico de la expresión-. Se *ordena* el orden social sobre la base de los **deberes**, tanto activos como pasivos que se esperan del individuo creyente, consecuentes con la doctrina que éste asume como auténtica.

Por supuesto, la realidad histórica exige una matización a esto último, ineludible desde la moderna sensibilidad pluralista y multiconfesional, ya que el planteamiento enunciado sólo parece tener sentido para el caso del individuo que asume -libremente- como veraz la doctrina base de la norma penal. No obstante, la evidencia histórica viene a ser que los poderes políticos temporales, e incluso los espirituales, no han dudado en reservarse la facul-

tad de imponer este esquema deudor de la fe a todos los individuos que se sitúan o se encuentran, e incluso accidentalmente, voluntariamente o no, en la sociedad confesional, con independencia de la aceptación o reserva que manifiesten sobre sus dogmas. Este aspecto del orden penal, como disciplina legal pública **impuesta**, supone una compleja aplicación de la lógica globalizadora que toda institución imperante se acaba exigiendo a sí misma; pues, de otra forma se teme que las reservas y escrúpulos en materia penal acaben por ser refugio del delincuente, siendo difícil discernir al criminal del objetor²³⁹. En realidad, esta observación -hasta para sus más vehementes teóricos occidentales- es una novedad aún pendiente de precisiones, la cual se acabará por imponer e incluso entre los pensadores confesionalistas más radicales, puesto que la reserva o cuestionamiento sobre lo doctrinal, por su propia esencia, debilita la legitimidad del sistema jurídico para exigir deberes que tienen un sentido transcendentalista, y son solamente valiosos más allá de la mera salubridad social.

El sistema penal confesional se afana, pues, en preservar al individuo del error confesional, concretamente del acto errado, ya que prevé y establece compensaciones que redimen el mal y el daño material; y lo hace entendiendo que la norma correcta procede esencialmente de las fuentes reveladas y de sus periferias académicas. Por ello, este sistema se atribuye el estatuto de legítimo poseedor de un estadio transcendente, y también *ético*, de capaz ordenador del comportamiento social, orientado y dirigido hacia un antedicho progreso transcendente -recordemos las tesis de Weber, mencionadas, sobre la función *procuradora* y *carismática* de la religión, y su espacio legal y socio-político-.

El sentido de *integridad* de la noción penal que la escuela *ya`farí* aplica a sus construcciones normativas, el cual está sustentado en la noción de *fitra* hasta aquí comentada, observa, pues, al individuo como un ente que *debe estar* armonizado con *lo correcto* -y en sintonía con un código conductual legalmente plausible²⁴⁰-, o, por el contrario, enfrentado a todo ello -tanto a la noción de corrección,

como al código normativo-, y, por tanto, delinquiendo.

Al jurista europeo, actualmente sensible ante las tesis regeneradoras o rehabilitadoras del individuo penalmente censurable, le ha de desconcertar el pragmatismo -tal vez rudimentario desde la lógica eurocentrista- del planteamiento islámico, ya que observa al delincuente simplemente como tal; puesto que para el sistema legal islámico la prioridad, casi absoluta, se sitúa en proteger el bien jurídico de la armonía social, concediendo una notable preeminencia al resarcimiento del daño, a la compensación como fórmula apaciguadora del malestar social producido por el delito, el cual se contempla esencialmente como un ataque al orden social adecuado. Así pues, esa integridad aparece como evidente en la monolítica visión del injusto como crimen, si entendemos éste como la *acción reprehensible* y aquél como el *quebranto de la ley* -valga la gradación semántica-, lo que aproxima la visión penalista islámica a la criminología analítica, tal como actualmente se explica en las universidades de Norteamérica y Europa. Para el jurista/teólogo duodecimano la acción punible no es sólo una violación de la *corrección*, y una afrenta a la sociedad creyente, es esencialmente un acto que desencadena una consecuencia legal, pues sólo es susceptible de pena aquello que daña, por lo que se ha de reparar ese quebranto a fin de recuperar al cuerpo social del desequilibrio producido por la acción incorrecta. La redención del contraventor, o cualquier otra consideración sociológica, es siempre accidental para este planteamiento penal; de forma que el espacio de análisis y estimación de la situación individual del delincuente corresponde a cualquier otra disciplina de las ciencias humanas y sociales, pero nunca al ordenamiento legal, no al menos de la forma hiperestésica en que estas consideraciones se han incorporado al pensamiento penal occidental. El Doctor Guldûzîân escribe: “*Los asuntos judiciales en el Islam poseen una importancia esencial. (...) La cuestión enjuiciadora se sitúa en prioritaria referencia con la protección de los derechos de las gentes, en la línea [de importancia] concedida a la salud del Movimiento islámico [= renacimiento de la conciencia confesionalista]. (...) El sistema jurídico tiene por*

Una exposición del Derecho Islámico

base la Justicia islámica [= religiosa y consecuentemente revelada] que se vincula a la figura del juez justo y conocedor [= participante] de los principios esenciales [dauâbet] religiosos (...) En consonancia con la máxima B Cuando juzguéis entre los hombres, hacedlo mediante la JusticiaC “241.

Sabiendo que en cualquier orden confesionalista la noción de Justicia se asemeja a las tesis escolásticas que la sitúan en el plano de los atributos divinos y, por ello, la vinculan al sistema legal como un principio activo de la religiosidad, cualquier aplicación de la legalidad que se considere *justa* ha de ser consonante con los parámetros de compostura, definidos por la propia escolástica; de manera que, para el teólogo, sólo será comprensible la *corrección* que se ajuste a las pautas éticas y de armonía de la *fitra* que los propios escolásticos establezcan como dogmáticamente acordes con la Revelación. Pautas que pasan, como venimos explicando, por preservar, sobre cualquier otra cosa, la salubridad social que se considera amenazada espiritualmente por el delito, que tiene por raíz teológica lo que en el sistema teologal judeo-cristiano se denomina pecado.

Pongamos un ejemplo de la sensibilidad con que se aborda un aspecto de la sociología del delito en los ordenamientos jurídicos imperantes en Occidente, en contraste con la percepción dogmática tradicional en el *Fiqh*: la mayoría de la edad -los 18 años, para el caso de la legislación española- supone la incorporación de pleno deber a la responsabilidad penal directa. En relación con esta cuestión la tutela *teórica* que, previa a esa edad, ejercen los padres o tutores del individuo joven/menor, supone un alivio para éste cuando delinque, en relación con las compensaciones por los posibles daños ocasionados, ya que se puede esperar que los tutores satisfagan esos daños en virtud de su *dominio* sobre el individuo, que aún no es considerado plenamente responsable. Sin embargo, la sociología desmiente este planteamiento, concretamente cuando asume que el joven es cada vez más autónomo e independiente, y con mayor precocidad abandona la casa paternal, y así sale del control

de los tutores. De hecho en las legislaciones penales especiales - verbigracia: normas antiterroristas- los estados europeos tienden a considerar que los menores relacionados con acciones políticas violentas son plenamente responsables, y sus actos les son imputables. El Derecho *individualista*, o humanista, que hemos calificado, según el criterio de los teólogos duodecimanos, como hiperestésico, cede posiciones teóricas ante la realidad social compleja, desmintiendo los principios que animan esa hiperestesia jurídica, ya que ha de crear espacios especiales de legislación, a fin de no desmentir la individualidad con que se pretende observar el problema del delito cometido por un menor. Por contraste, afirman los autores *ya`farî*, en el ordenamiento islámico la asunción de una estructura, aún considerada rígida, que condiciona la reflexión legal, desde el principio mismo de ésta, ahorra los matices accidentales sobre la casuística puntual de las personas, que proyectados sobre la dogmática teológica podrían suponer contradicciones. Los espacios especiales no son factibles para ellos pues no hay excepciones en el dogma, que es integral, y como más tarde observaremos global, para la totalidad de la sociedad creyente.

Esta cuestión de la mayoría de la edad se legisló desde el *Fiqh* clásico, con un planteamiento estructuralista; esto es, se establecieron prioridades argumentales del tipo: el individuo maduro religiosamente -el que *es* consciente de los principios básicos del orden religioso y se considera obligado a satisfacer los deberes de adoración (oración, ayuno, limosna, etc.)-, es también un individuo social y legalmente integrado en la Comunidad, de forma que sus actos han de ser armónicos y *correctos*; de ahí a la responsabilidad e imputabilidad hay un paso de mera consecuencia. Si el *u`rf* social, establece la madurez en una edad determinada -por ejemplo los 10 ó 12 años de vida-, esta fecha es la frontera de la mayoría de la edad legal, a todos los efectos; por contraste, la preeminencia paternal o tutorial no desaparece en toda la vida de los individuos, aunque la responsabilidad sobre los actos es personal y nunca transferible. Por supuesto, y como ya hemos mencionado más adelante en esta misma exposición, en relación con la cuestión de la mayo-

ría de edad se produce una evidente aporía entre la tradición legal clásica y las modernas legislaciones de los países musulmanes, en los cuales conviven -en muchas ocasiones de manera especialmente contradictoria- criterios jurisprudenciales, del tipo de los inmediatamente descritos, con deudas normativas y jurídicas procedentes de los ordenamientos coloniales, e incluso descolonizadores; de forma que aparecen paradojas en el dogma legal y, consecuentemente, en la normativa, que generan híbridos legales entre uno y otro criterio, los cuales, a nuestro juicio, debilitan la coherencia del programa de ubicación de los órdenes tradicionalistas, habida cuenta que esas aporías técnicas y teóricas son especialmente contractadas en los casos que tiene que ver con el estatuto de la mujer, la cual en las obras legales tradicionales islámicas se sitúa en una esfera social que está terriblemente condicionada por el *u`rf* histórico árabe, en detrimento de la ponderación y equilibrio de la esencia doctrinal puramente islámica.

De forma que terminamos por encontramos ante un sistema legal que doctrinalmente relativiza la accidentalidad individualizadora, pues relaciona la solvencia del individuo con sus deberes religiosos, y que antepone la percepción social a las consideraciones personalistas, puesto que no siente la necesidad de matizar, estableciendo áreas especiales de legislación que endurecen la media general de las normas convencionales. Para el sistema islámico, lo *correcto* no es susceptible de ser observado normal o especialmente, sino que es integral es sí mismo, de forma que la legislación también se estructura de esta manera *pro-colectiva*.

Verdaderamente, el eje del posible debate se encuentra en la sensibilidad cultural de uno y otro sistema; para los teólogos, que sustentan sus posiciones sobre premisas *transcendentalistas*, las lecturas *humanistas* -entendidas éstas, como las que conceden prioridad el estatuto del individuo, como entidad privada, y sus opiniones individualizadas, sobre las convicciones colectivas, histórica y culturalmente contrastadas- tienen algo de delicuescentes, por cuanto *ceden* lo que es netamente propiedad del común a la individuali-

dad, de la que, por respetable que se pueda suponer, opinan que es específicamente inferior al valor de las opiniones colectivas.

Al parecer de muchos pensadores religiosos no occidentales²⁴², las posiciones argumentales de los legisladores laicos deforman la realidad sobre la base de satisfacer tendencias y modas que sin pudor son abandonadas, llevando a la sociedad al más errático de los itinerarios en su cosmovisión. Ellos observan con desconfianza cultural una Europa que empleó a sus misioneros para que los pueblos del Extremo Oriente, abandonasen algunas de las prácticas consuetudinarias que la sensibilidad occidental reprobaba, en cuestiones tan aleatorias como las que conciernen a los cánones de belleza -por ejemplo, cuando descalificaron la práctica del vendado de los pies de las muchachas chinas y japonesas, y que, sin embargo, es una Europa que en nuestra actualidad se aboca a las clínicas de cirugía estética, para que sus clases dirigentes alteren su fisonomía en manos de los cirujanos de cámara, exponiendo la salud en pos de la moda-; por ello miran a la cultura occidental como algo que difícilmente se encuentra en condiciones de determinar la corrección de una posición doctrinal ajena.

Para esa Europa, que los teólogos islamistas perciben como el paradigma del Occidente de la homogeneidad, parece que la realidad fuera una materia permeable por la que destilar su capricho, o al menos así lo aprecian los que no comparten sus nuevas certezas. Para los tradicionalistas del pensamiento²⁴³ no-humanista, nunca, las soluciones legales a los problemas sociales pueden ser ni específicas, ni especiales, ni -por supuesto- individuales, puesto que consideran que frente a la realidad, perceptible y deconstruida, en definitiva *accidental*, se encuentra la autenticidad *esencialista* del ser. Simplemente, es cuestión de convicciones, ya que se impone considerar que los esencialistas disponen de los instrumentos capaces -Revelación y fe argumentada- para discernir entre *verdad* -*haqîgat*- y *apariencia* -*zhuhur*-.

La percepción dogmática de la acción *injusta* como pecaminosa, es pues el eje de rotación argumental de la observación, emi-

nementemente criminológica, que el sistema legal islámico establece sobre las cuestiones del Derecho penal. La acentuación de los aspectos penales como esencialmente delictivos, desde la perspectiva *reparadora* del perjuicio que hemos apuntado, tiene por objeto destacar la relevancia, sobre cualquier otra consideración, del daño producido a la víctima, la cual es el auténtico protagonista de la reflexión jurisprudencial islámica.

Esta observación *criminológica* y determinada por una concepción integral y globalizadora sobre toda la sociedad, en tanto en cuanto se efectúa superando el concepto meramente judicial de delito, se distancia del objeto de reflexión convencional del *injusto penal*, meramente normativista, el cual es básicamente valorativo según la óptica de la preceptiva jurisprudencia, y por consiguiente axiológico en lo jurídico. En el punto de visión islámico se altera esta posición, de manera que se opta por tomar en consideración algunos de los aspectos que son sociológicamente más analíticos para con el “ser social global”, los cuales si en la estructuración científica occidental corresponden a las cuestiones observadas desde la Antropología, e incluso la Sociología, o desde el Derecho natural, en el ámbito de las *Ciencias Islámicas* son cuestiones que guardan mayor relación con las materias estudiadas en la doctrina/ideología sobre el Bien y Lo justo expuesta en el *A`qâi`d*, con las conductas “ponderadas” desarrolladas por el *Âjllâq*, y con la propia recreación historiográfica, puesto que llegados al punto de la estimación de los daños, el peso del *u`rf* y del costumbrismo es de singular relevancia, lo que supone que, frente a la ponderación epistemológica occidental, el valor de la visión islámica es esencialmente dogmático frente a todo ello. Así pues, la noción penalista de delito es la referencia o el punto de partida para la reflexión legal, pero ésta no se agota ahí, pues en el pensamiento *ya`farî*²⁴ se estima que una conducta deviene en delictiva cuando se estigmatiza a causa de la contravención del orden dogmático, que previamente fuera enunciado, el cual es uniforme para todos los miembros de la sociedad, sin que se pueda matizar sobre los espacios de especificidad, a partir de la base de consideraciones

individualizadoras.

Por otra parte, esa lógica doctrinal islámica contradice de plano la opinión *relativista* de Siegel, para quien “*ni toda conducta socialmente desviada es delito, ni todo delito es considerado por la sociedad como comportamiento desviado*”²⁴⁵. Siegel presenta el ejemplo de un acto punible como el estupro, que en la normativa occidental técnicamente no es tal si se atiende y considera la edad o condición de la mujer, pues centra su observación en la *acción*, analizada de manera neutra; no obstante, el jurista confesional no puede desligar el acto de su marco de incidencia, por ello centra la cuestión en la *consecuencia* de la acción, de forma que la valoración se produce no sobre el *suceso*, sino sobre el *resultado*; por lo que el acto de mantener relaciones sexuales con un *menor* o es legítimo -sobre la base de la mayoría de la edad *u`rfi-*, dado que no se lesiona el bien de la doncella, o es un crimen, y es considerado siempre como una acción desviada y delito; pues, más allá de las modas sociales puntuales que asuman tendencias sociales, se sitúa la referencia a las fuentes doctrinales que delimitan nítidamente este tipo de estados, ya que el bien a preservar es la condición de inocencia espiritual -no simplemente grupal- del menor, lo cual no se encuentra en relación con una simple tabla de edades, sino con la idiosincrasia misma; de forma que la sociología criminológica islámica ha de atenerse al *contenedor* dogmático del orden social y explicarlo, dejando las valoraciones de las pautas conductuales puntuales para la ética. El valor de la tradición que se guarda en el *u`rf* asegura que lo socialmente desviado haya de ser considerado como delito, ya que su propia coherencia doctrinal le obliga a que el delito sea una forma de comportamiento considerado como *cismático*, por lo que el planteamiento de Siegel no es extrapolable a la lógica argumental islámica.

La percepción de la penalidad desde la óptica duodecimana excede con mucho la definición de manual que ofreciera List, para quien el Derecho penal, sólo es “*un conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho,*

con la pena como legítima consecuencia “²⁴⁶. Evidentemente, para el sistema metafísico del Islam, es eso, pero también es un conjunto de actitudes que superan esa visión mecánica, por cuanto más allá de la dinámica técnica de la ciencia penalista, entran en juego aspectos muy complejos de la sensibilidad humana, como la disposición para ajustarse a un patrón piadoso de comportamiento, el cual -y de nuevo hemos de repetirlo-, es válido para el creyente por cuanto éste asume su origen divino; sentimiento que determina absolutamente la noción de individuo, la cual nos llega a presentar la ley penal islámica, noción que se sustenta sobre el deseo y la necesidad complaciente del creyente para lo que entiende como divina voluntad, cristalizada en norma legal. Por otra parte, la *globalidad* -que mencionamos en el encabezamiento del título de este apartado de nuestra exposición- se evidencia en la voluntad universalista que anima a todas aquellas disciplinas intelectuales apoyadas en la revelación coránica, dado que una de las características fundamentales y distintivas del Islam, respecto al resto de las tradiciones religiosas unitarias, es la convicción manifestada sistemáticamente y destacada por la totalidad de los pensadores y exégetas del Libro -tal como anteriormente mencionamos-, de que el mensaje muhammadiano, por pura esencia, es absoluto para todo tiempo y lugar. Así pues, los teólogos duodecimanos parsífonos o persas hablantes, quizá por ser poco deudores de la cultura árabe -excesivamente *califal*- han destacado esta peculiaridad del argumento doctrinal islámico, trasladándola a la lógica jurídica, lo cual actúa sobre el conjunto discursivo legal *ya`farî* como una seña de identidad especialmente pronunciada, ya que al purismo dogmático respecto a los orígenes de la revelación coránica, se ha de sumar el escepticismo y distanciamiento cultural de los *shîa`* respecto de cualquier planteamiento reduccionista o parcialista árabe; muy posiblemente por el hecho de que los autores constructores de las bases teóricas de la tendencia legal fueran mayoritariamente persas/arios, al menos durante los siglos centrales de la construcción de la escuela, y quisieran -o necesitaran- destacar los aspectos más globales y totalizadores de la doctrina, a fin de no ser arrollados

por la especificidad de los árabes/semitas *de nación*, siempre dispuestos a concebir el Islam como una parte más de su folclore particular. Esa globalidad se ha venido concretando en la consecución, en el ámbito islámico *ya`farî*, de una sociedad considerablemente uniforme en lo legal, especialmente en lo que concierne a la asunción de los postulados doctrinales tradicionales, en concreto, hasta el inicio de los últimos cincuenta años, en los cuales se asiste a una reformulación de una importante parte de ellos. No obstante, parece que se conservará el carácter *colectivo* sobre la *individualidad* personalista²⁴⁷ que definitivamente domina la sociología occidental, laica y en buena medida privada para siempre de los referentes familiares y tribales -entendido lo tribal en su sentido antropológico más amplio y difuso-.

En consecuencia, con todo ello se puede indicar, desde el inicio mismo de esta tercera parte de nuestra exposición, que el sentido *ya`farî* de “Lo penal”, difiere esencial y sustancialmente de la concepción kantiana, la cual entendía que lo moral no era ni debía de ser condición del sistema jurídico²⁴⁸, por cuanto en el espacio doctrinal islámico el sentido legal global, y consecuentemente su dimensión penal, se apoya en la convicción doctrinal que estima la norma positiva y su entramado dogmático como la consecuencia última de su cosmovisión transcendentalista, para la cual la preservación de la pureza social es determinante; pero concibiendo esa pureza, no desde el punto de vista de la conveniencia social, sino como imperativo existencial, como deuda espiritual; de manera que las normas legales no devienen en *positivas*²⁴⁹ porque sean reconocidas como obligaciones tras una simple valoración de la actitud conformadora de la sociedad, sino que son los límites²⁵⁰ por los que el individuo puede -y *debe*- discurrir; el código conductual para hacer u omitir cualquier acto, que le permitirá conseguir la felicidad eterna, que Weber anunciaba como médula de la concepción religiosa de la existencia humana.

La Función genérica del Derecho penal islámico

Anticipación al delito/transgresión, y amparo del orden socio-político confesional

La protección y preservación de la Justicia institucional como valor superior

Hay un objetivo que se mantendrá inalterado a lo largo de la historia legal islámica: la voluntad histórica del propio sistema jurídico para sustentar un determinado modelo existencial, y para hacerlo de manera constante e inalterada, lo cual no es demasiado, por cuanto cualquier ordenamiento confesional debiera atender esta expectativa. No obstante, en el caso que nos ocupamos, parece mucho más evidente que esa perseverancia conlleva la identidad misma que hoy tenemos del sistema islámico. Otros órdenes religiosos se han concedido argumentos para *transigir* -entiéndase esta expresión en su más pura acepción etimológica- con el momento concreto, sus modas y exigencias puntuales; órdenes mentales e institucionales que han sido, de forma alternativa y recurrente, firmes, duras, laxas, e incluso eclécticas, en sus elaboraciones normativas; por supuesto, y como estamos apuntado, sustentadas en cada momento a partir de argumentos metafísicos siempre ponderados.

Sin embargo, el sistema legal islámico se presenta a sí mismo como una *constante*, como una entidad -más adelante escribiremos

institución- con vocación de sufrir poca o ninguna alteración a causa de las presiones -que siempre las hay y habrá- procedentes de la temporalidad, incluso de la geografía. Nosotros hemos desarrollado, en la observación que venimos desplegando, en qué forma y medida el *Fiqh* es algo que se ha **construido** -paulatinamente- en los últimos catorce siglos de Historia del Islam. Por contra, la *Sharîa`* se pretende sea conservada -de hecho **ha** de conservarse- inalterada e inasequible a los cambios, por cuanto es una entidad enraizada en la idea misma de la *divina Voluntad*, la cual, para prácticamente todo teólogo duodecimano,²⁵¹ está suspendida e inalterada, como la noción de deidad misma. Debiéramos ir a las páginas²⁵² en que *A`lâmah Tabatâbâi* explica la función intelectual que concede al *cambio* de los seres creados frente a la *estática* divina, para alcanzar a percibir la importancia de lo que estamos explicando, puesto que ello excede la simple dialéctica entre inmovilismo y mudanza.

Esa voluntad de permanencia se cristaliza no en las meras normas, que entendemos adaptables al momento y al lugar, como a otras diferentes variables -valga la redundancia-, sino en el orden que se genera entre ellas y el referente trascendental que sustenta todo ello. Orden que condiciona la noción legal de Bien Jurídico, ya que él mismo es el Bien máximo que ha de preservarse. Nos ocupamos del espacio penal del Derecho y ha de ser constante la referencia a la preservación de ese orden, puesto que el sistema legal duodecimano cifra en él todo sus discurso dogmático. En esto radica el sentido del ser de la punición misma, la cual se nos presenta, como estamos reiterando regularmente, como la entidad delimitadora de la *corrección* religiosa, frente a un espacio laico, difuso, excluido e, inevitablemente, excluyente que los juristas *shîa`* perciben como un ente excedido desde ese ámbito preservado²⁵³.

¿Por qué no hay un espacio neutro para el encuentro entre lo religioso y lo laico? Doctrinalmente no es factible; sin embargo, la realidad histórica nos desmiente, aunque no logra contradecirnos. La asunción de un referente metafísico, que se entiende universalizador de todo lo existente, no permite concebir un área

no observada por la visión religiosa; no obstante, la complejidad de las sociedades humanas, las cuales según la propia lógica teológica son inadaptadas de las fórmulas reveladas, obliga a la convivencia entre la corrección y sus periferias y antimonías. Podemos analizar la realidad penal islámica en consonancia con una interesante y sugestiva reflexión de Rawls sobre el carácter “justo” de una *institución*²⁵⁴. Para él “*una institución puede promover y parecer que justifica expectativas que son negadas o ignoradas por otras. Estas distinciones son suficientemente obvias y simplemente reflejan el hecho de que al evaluar las instituciones podemos considerarlas en un contexto más amplio o menos amplio*”²⁵⁵. Las *instituciones* a las que Rawls se refiere guardan una directa relación con la ritualidad -comprendida como expresión de un código antropológicamente comprensible-, de forma que en cualquier teoría general de la justicia, el rito institucional tiene la misión de distribuir los derechos y deberes, expresando un inventario conductual y ético, que en general excede a la sistematización intelectual de los actores puntuales. Un sacrificio cruento o el tratamiento cruel de los enemigos de guerra es tanto un acto institucional, factible en lo legal o no, como la expresión de un código que se apoya en un sistema de principios inalterables, de forma que esas instituciones rawlsianas acaban por vincularse a la categoría superior de la Justicia. Así pues, el orden penal delimita metafísicamente los *injustos*; esto es: como aquellos actos que no son justificables en legalidad, puesto que tal ordenación ha de ser consciente de los matices post-rationales primarios. Es decir, ha de entenderse a la sociedad confesional que los sustancia como una *institución*, en su dimensión técnica más amplia, de manera que la extensión transcendental acaba siendo la de más despejado espectro, pese a que como norma aparezca como una de las más restrictivas.

Entre *lo justo* y *lo injusto* se produciría una contradicción insoluble, si no mediase la mencionada concepción ritual, compensatoria, de la publicidad social de la pena al infractor, publicidad que no tiene otra función que la de ejemplificar -si se quiere teatralmente- el anuncio de un Juicio divino. De manera que hay

un sentido apaciguador y preservador del orden social confesional, pero sobre todo hay una imagen espiritual, una puesta en escena de la noción superior de la Justicia. Por ello el Bien Jurídico a preservar desde la lógica del teólogo/jurista, siempre es, la salubridad social, alojada tras el acto injusto puntual, y sólo secundariamente el interés mediato del afectado formal. Así pues, consideraremos el sistema jurídico penal islámico como la institución encargada de preservar la sociedad “creyente”, en el sentido de que es algo *instaurado* como consecuencia de la existencia misma de unas ordenes transcendentales vulnerable desde el *exterior* del sistema; en contraste con el sentido pactista de los planteamientos laicistas, en los cuales se suele dar una justificación *interna* a la presencia de un orden penal en una sociedad. Si se asume el carácter ritual del acto legal, y la institucionalidad sobrevenida esotéricamente de la norma penal, se puede integrar ésta en un código de valores, aceptables por medio de la convicción religiosa; en caso contrario, el sistema será desarticulado y puntual en la visión que llegue a establecer sobre esos actos.

El orden espiritual a preservar, por supuesto, se ha de considerar dotado de un completo sistema de bondades, de ahí su carácter de “bien” susceptible de protección. Puesto que todas los esfuerzos legales se orientan esencialmente a asegurar que ese orden se *contiene* -de ahí la expresión “límite” = *hudûd*- en un espacio que es técnicamente reservado por la norma, pero que fue delimitado en origen, e impreso en la conciencia de humanidad de cada individuo en particular- por ello nuestra anterior explicación sobre el carácter de la *fitra*-. Si algo o alguien pretende alterar esa preservación -cuya etimología también es *prohibición* = *harâm*- sobrevendrá el mal para lo jurídico, que se contrapone netamente al bien en esa misma dimensión; de forma que el bien jurídico no se afectará por el acto injusto, éste sólo es una evidencia, una causa del proceso de corrupción en el orden, sino que se afectaría por cuanto parecería que el Mal ocupara el espacio ontológico natural del Bien. No ha de hacerse una lectura judeo-cristiana de esto último, no es una simple cuestión de maniqueísmo dialéctico; más bien lo que se si-

túa en el juego oriental de contrapesos que estamos describiendo es la Existencia frente a la Nada, el Ser o el No-ser mismo; puesto que, de otra forma, en la dinámica argumental mollasadrina, que sirve de soporte a estas reflexiones, el sólo Mal sería una entidad *negativa -a`damî-*, esto es, algo que enunciase una mera *nada existencial*, un vacío transcendental, de manera que la maldad, en forma de acto injusto, acabaría por ser sólo la quiddidad de esta noción, la cual simplemente se concretase en la contravención de la entidad existencial por excelencia que es el Bien, máxima expresión del Ser. Si se acepta, como lo asume cualquier moderno teólogo duodecimano, que la *existenciación* es netamente de origen divino, encontraremos que el esquema argumental que sustenta este breve itinerario se asemeja bastante a las tesis sobre supremacía de la Belleza de Platón, y tiene poco que ver con la dialéctica, acaso dualista, de las teologías paleocristianas, alojadas en la escolástica medieval latina, e inoculadas indefectiblemente en la mente filosófica europea hasta nuestros días.

Aduzcamos, de nuevo un ejemplo, que por su acritud puede reflejar con mayor facilidad el significado lo que estamos exponiendo; ejemplo que, por otra parte, es frecuente en los repertorios académicos que nos interesan en este ensayo. Si se aborda un estudio pormenorizado, desde una óptica antropológica estructuralista, se podrá -y lo anticipamos con toda certeza- observar que el valor de la familia, como institución sobre la que se estructura la sociedad creyente islámica, es absolutamente mayor, y no equiparable al valor que nunca pueda tener cualquier substanciación del Estado islámico. Solo el mimetismo respecto a los procesos nacionalistas del siglo XIX europeo puede justificar la hiperestimación a que se está llevando la supuesta identidad nacional en los estados musulmanes actuales. No obstante, en cualquier mente islámica el peso valorativo del papel social y doctrinal de la familia ²⁵⁶ será siempre mayor que el que se pueda conceder a cualquier forma de Estado.

Aceptado este planteamiento como premisa, observemos que es muy común que las legislaciones de todos los países destaquen

penalmente la importancia de la traición al Estado, ya que bien sea en la legislación civil, bien sea en la jurisdicción militar, se prevén muy duras y disuasorias penas para este delito. Pues bien, en la normativa clásica del *Fiqh* se ha previsto que la pena por adulterio sea, en términos genéricos, de muerte para los contraventores, ello a causa de considerarse que el *bien jurídico* amenazado es el orden familiar *correcto*, y que la acción del adulterio²⁵⁷ es una traición a la solidez de la institución familiar²⁵⁸, lo que es, por sí mismo, un atentado contra el orden comunal, en tanto en cuanto la familia es la estructura esencial que lo soporta. Por desconcertante que pueda resultar para la sensibilidad occidental de hoy, el planteamiento que apuntamos, se explica en los medios académicos islámicos como la substanciación normativa del principio de no conceder lugar a la corrupción, la cual llega a concretarse en el acto de traición institucional; observación que no se debe ser enturbiada por el espectáculo de la visceralidad con que estas acciones se solventan en las sociedades tradicionales, que perciben el acto adúltero de forma pasional, plano muy pobre y reduccionista, pero también contenido en la función reparadora de la pena.

Si prestamos atención a la normativa concreta de la actual República islámica de Irán, observaremos que la gradación de las penas en relación con lo que estamos comentando expresa el carácter diferenciado que el Derecho islámico, de tradición classicista, concede a las situaciones de ese tipo de relaciones no ajustadas a una figura legal legítima. En función del valor del bien jurídico afectado, las penas difieren notablemente en la concreción del castigo²⁵⁹. Por tanto, la contravención de las normas legalmente establecidas, que son doctrinalmente correctas implica un desacato confesional, que legitima la acción punitiva. El texto coránico que sustenta este planteamiento se encuentra en la aleya 279 de la Sura *Âl-Baqarat - La Vaca-*, en la cual podemos leer: «***Si no actuáis de esta forma * será autorizada por parte de Dios y Su profeta la guerra [contra vosotros]***».

En el contexto de las aleyas precedentes, la referencia directa

y literalmente mediata es al delito de la *usura* o *ribâ`*, no obstante todos los exégetas coránicos²⁶⁰ coinciden en considerar que es factible tomar esa conminación coránica en su sentido más genérico, y remitirla a todo tipo de contravenciones del ordenamiento *shari`i*. Así pues, podremos observar cómo esta advertencia del Libro soporta la tesis de la legitimidad y obligación por parte de la sociedad creyente de “*Imponer el Bien e impedir el Mal*”, sobre la cual nos extenderemos en su momento. Sirva apuntar, por el momento, que proteger el orden legal se nos presenta como un aspecto esencialísimo del espacio penal del sistema jurídico islámico sobre la base del, tantas veces mencionado, derecho divino a la obediencia de las criaturas. Por lo cual, ha de sustentarse el desarrollo del Derecho penal que observamos sobre el basamento de un medio doctrinal e institucionalmente tenido por “justo”, concepto éste del cual nos ocuparemos seguidamente. Más allá de las diferencias de concepción del ser legal que puedan prevalecer entre Occidente y el Islam, especialmente de las percibidas e interiorizadas por la intelectualidad islamista actual, podemos hablar de la mutua asunción de un fundamento que como poco ha de ser moral en la obediencia al Derecho. Parece obvio que ante todo ha de prevalecer una obligación prudencial de obediencia al sistema jurídico, y más concretamente a las normas soportadas sobre el bastidor de un conjunto de principios, sin olvidar que todo Poder -y hacer Derecho es *poder*, siempre- se evidencia a través de las normas legales, que suelen prever algún tipo de sanción, generalmente disuasoria, para los casos de incumplimiento, la cual resulta más gravosa y desagradable que el cumplimiento del deber jurídico. Así pues reconocer un título o dominio a una autoridad empieza por el temor a la contravención castigable²⁶¹.

De manera que la obligación jurídica de protección del Orden que mencionamos como eje del discurso teologal, se puede presentar, en contraste y muy pragmáticamente, como una forma de obligación prudencial, y de hecho así suele ser presentada desde la óptica positivista. El propio Kelsen considera que “*el concepto de deber jurídico no es sino la contrapartida del concepto de norma*

jurídica”, de forma que aquél se presentará como íntimamente conectado a la noción de sanción: “*un individuo está jurídicamente obligado a la conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la sanción dirigida contra él*”²⁶², por lo cual supondrá violar el deber cuando el comportamiento esté previsto en una norma como el supuesto habilitador para aplicar una pena, y lo cumple cuando es contrario a dicho supuesto. En ese plano de reflexión el deber se presenta como algo que no es distinto a la norma; es más, el deber acaba por *ser* la norma en relación con los sujetos a los que se prescribe la conducta tipificada. Observado de esta forma, el deber de obediencia descansa en la norma, que -aunque no se diga explícitamente- ha de ser válida, lo cual se hace factible por el respaldo punitivo, que a su vez se legitima argumentalmente con una doctrina religiosa o un dogma político; la elección entre uno u otro establece la diferencia de cosmovisión entre Occidente y el Islam. Sería muy pobre, aunque no del todo falso, reducir la importancia teórica de la cuestión penalista, en contraste con el universo islamista, al argumento de Von Wright para quien en el miedo al castigo está el motivo de la obediencia, cuando escribe: “*La función de la sanción es constituir motivo de obediencia de la norma en ausencia de otros motivos de obediencia y en presencia de motivos de desobediencia. Cuando el sujeto está tentado de desobedecer, el miedo al castigo es una de las cosas que pueden llamarle al orden*”²⁶³. Para nosotros, el sistema jurídico metafísico -todo sistema jurídico no-laico- no llega a ser tal sistema si no interioriza un conjunto de valores, que son los que *sistematizan* el simple orden jurídico, lo cual se evidencia, de alguna forma, con la tesis de Hart sobre el requisito de la aceptación por parte de la persona, y muy especialmente del colectivo, de la norma²⁶⁴; esta regla de *reconocimiento* del valor superior -no escribiremos aún “transcendente”- que se hace religiosamente necesaria para la supervivencia del sistema legal metafísico; y, por supuesto, es la expresión de su credibilidad.

Sólo nos resta asumir, para comprender nuestro objeto de reflexión, que la aceptación de un sistema de creencias religiosas es

discursivamente tan respetable como la aplicación de un código de criterios ideológicos, e incluso epistemológicos. ¿Algún investigador social se atrevería a descalificar, con rigor antropológico, a los *orientales* por centrar sus valores en una noción religiosa, y consideraría cualificados a los *occidentales* por, justamente, lo contrario? ¿Podrían sostener los *orientales* que en Occidente se yerra, sobre la misma base calificatoria? Parece evidente, al menos de forma genérica, que existen fundamentos morales en toda actitud de obediencia al Derecho; no sólo se trata de que el *deber* jurídico en sí mismo sea autónomo de la ética, y pretender -al mismo tiempo, como Kelsen opinara-, que la obediencia descansa en una base distinta, lo que es igual que decir en la validez de la norma “por sí misma”. Tenemos, en realidad, dos opciones nítidamente diferenciadas: o bien aceptamos que la noción de obligatoriedad contractual respecto de las normas se agota con éstas, o bien hemos de entenderlas como algo más complejo; y hemos de recurrir, en definitiva, a las consideraciones vinculadas a los *valores superiores*, sabiendo que éstos, para buena parte de los habitantes de este planeta, sólo se entienden como la cristalización de una revelación religiosa.

De cualquier forma, y consecuentemente con las dos opciones enunciadas, parece que se decantan ante nosotros dos tipos de obligaciones: de una parte, la que se genera directamente y que, en función de que la norma jurídica es un vínculo dogmático que nos parece *éticamente* plausible; y, por otra parte, aquélla que surge mediante la aceptación o adhesión del individuo al sistema jurídico en su conjunto, y que constituye un arrastre hacia la obediencia, no sólo en razón de la mera justicia normativa, sino en razón de la pertenencia de ésta a un modelo jurídico-político globalmente concebido como *justo*, lo que desde el punto de vista de la islamidad, de la cual nos ocupamos ahora, sólo es factible cuando ese modelo está teológicamente homologado; esto es, cuando se sustancia en el momento en que se asume que procede del acervo profético o del de sus sucesores espirituales o exotéricos. El espacio penal de la *Sharîa`* tiene encomendado por parte de los teólogos y jurisprudentes

-como venimos exponiendo- la preservación de la *corrección teológica*; siendo la cuestión de la mera obediencia debida a sus normas y criterios legales una cuestión ociosa desde ese punto de vista. Sin embargo, creemos útil observar en qué medida los planteamientos doctrinales *ya farî* se encaran con los bosquejos más clásicos del moderno Derecho europeo, entre Hobbes y Kant, por ser ellos los generadores de buena parte de los postulados que, reciclados y maquillados por el avatar académico, aún presiden el pensamiento jurídico occidental.

Entendemos, como ha opinado González Vicen, que ambos pensadores desplazan “*el centro de gravedad de la reflexión jurídica de los contenidos materiales a los valores formales del Derecho*”²⁶⁵, de manera que la justicia legal, y en definitiva, los motivos de la obligación de obediencia y de la legitimidad para imponer la norma no se producen por motivo de los posibles elevados fines tutelados por el orden jurídico, sino más bien por razones de índole formal, especialmente por las garantías de seguridad, por la coacción que el aparato judicial pueda ejercer. No es necesario caer en el discurso positivista de Bobbio²⁶⁶, para quien el Derecho positivo, por ser producto de una voluntad dominante, es “justo” y ha de ser obedecido en virtud del dominio moral de esa voluntad, para entender, por lo explicado hasta aquí, que en el discurso islámico se produce una concepción supra-legalista de la justicia, podríamos decir un positivismo ético, que se distancia netamente de esa lógica europea, por cuanto se considera, por parte de los pensadores duodecimanos²⁶⁷, a la propia *Sharîa`* dotada de una *eminencia transcendente*, la cual queda cristalizada en un principio absoluto de *obediencia debida*, e incluso podríamos decir de “antidesobediencia”, en su sentido hobbesiano²⁶⁸. Eminencia transcendente que se debe a la asunción literal que el jurista/teólogo estable desde las fuentes reveladas.

Un moderno comentarista de la obra de Jomeînî, Bî-Âzâr Shîrâzî, explica nítidamente el itinerario argumental de la legitimidad *sharî`î* con una base coránica. Nuestro autor apela a la teología

clásica recordando que entre los atributos divinos, la Veracidad es el eje que soporta la Justicia, dicho autor escribe²⁶⁹: *“Uno de los atributos de la Perfección [divina] en la Verdad es la Justicia. Puesto que sostenemos que Dios es justo [= Hahîm], esto es, que lleva a efecto todo acto de la forma mejor y más adecuada, y es sabio [A`lîm] y sabedor [Jabîr], ya que domina el estado de todas las bondades y las maldades, sin necesitar nada ni en esencia ni en sustancia, podemos concluir que no es posible que nada ni nadie se imponga a Dios... Por lo cual el individuo ha de atribuirle la Veracidad y la Justicia, conforme a lo manifestado en la aleya que dice: “Aplicad la balanza con la equidad y no defraudéis en la ponderación”²⁷⁰.*

Inmediatamente, concatena esta aleya con una nueva referencia al Libro, apelando a la conformidad de grado con las normas divinas, más allá de la complacencia que pueda generar, ya que menciona la aleya 216 de la Sura *Âl-Baqarat -La Vaca-*, que dice: **«Se os ha dictaminado el combate, pese a que os disgusta. Puede que os disguste lo que es adecuado y que os inclinéis a lo que no os beneficia»**. Aquí se descarta, para el exégeta, el consenso en materia de norma legal, al igual que se desestima que ésta deba ser complaciente con los apetitos del individuo²⁷¹; en nuestra opinión, en todo ello hay un espacio del *Deber*, de la obligación para con el Derecho, que no es susceptible de cuestionamiento metodológico, ya que ni tan siquiera se argumenta en el texto coránico, como en otros casos se hace, a fin de enfatizar las bondades de una determinación o directiva, simplemente se apunta con firmeza que hay un deber a cumplimentar, más allá de la lógica mediata humana. Por su hubiese alguna reserva argumental, el autor completa este itinerario de los deberes categóricos con una nueva referencia a la revelación coránica, cuando menciona la aleya 25 de la Sura *Âl-Hadîd -El Hierro-*, que dice: **«Hicimos descender el Libro y la Balanza para que la Humanidad sea ecuánime»**; texto en el cual se coloca en estrecha relación la Revelación y la noción universal de Justicia, que para el teólogo *ya`farî* definen la única fuente posible para la obligatoriedad ante el Derecho, en el cual, por motivo de las

José Fernando García Cruz

especificidades culturales islámicas, la diferencia entre el ordenamiento teórico y la norma se desdibujan; solventándose así, y con simplicidad extrema, un debate que fuera de un espacio metafísico en buena medida acaba por resultar artificial, pese a la importancia que se le ha concedido en la Europa moderna, necesitada de argumentos *civiles/laicos* con los que acallar su propio pasado escolástico latino.

La dogmática del enjuiciamiento penal

Un orden doctrinalmente *justo*

El modelo *alida* y el referente dogmático de los Infallibles

Como venimos afirmando, el orden penal islámico se asienta en la noción de Justicia trascendente impartida desde aquella potestad superior, que sancionaría la vinculación del juez islámico “arquetípico” con el sistema dogmático *transcendente*; dicha Justicia, por propia esencia, habría de aparecer como incontaminada - desde los parámetros que son doctrinalmente incuestionables- frente a aquellos aspectos *mundanos*, que comúnmente se asumen como realidad inevitable, e incluso conveniente, en cualquier otro orden jurisprudencial. Frente a la idea convencional de un juez *servidor del estado de Derecho*, el Islam clásico contrapuso la noción doctrinal de un ideal de juez *intendente de la Religión*, el cual pudiera ser leal colaborador del Estado -de casi cualquier Estado-, siempre que éste sea considerado como *respectable -muhtaram-* por el *Fiqh*²⁷², pero en ningún caso aquél habría de ceder su *autoridad* o *ûllâtat*, investida de la independencia que supone la representación de la Divina Voluntad, frente a los presupuestos que el orden civil o político pudieran presentarle o abrogarse. Para Naraqî²⁷³, ese modelo de juez islámico tiene por misión primordial el “*mejoramiento del Derecho*”, entendido éste último en un sentido positivo, como el conjunto de normas y principios, y, en definitiva, como la expresión formal de la *Sharîa`*, aunque en su dimensión más transcendentalista. Esta mejora implica una exigencia doctrinal de

perfección, o a lo sumo de corrección, que habrá de determinar todo lo relacionado con la construcción teórica y técnica del orden judicial islámico, especialmente en el espacio penalista.

En primer lugar, la judicatura islámica así concebida se presenta, según el relato confesionalista académico, como una entidad en su *sentido genérico -ân-nasib âl-a`âm-*, por cuanto se proyecta como una naturaleza legal integral, sancionada desde el argumento legitimista/sucesorio a partir de los Infalibles, sobre los cuales el dogma duodecimano considera que existe permanentemente un determinante categórico divino que los sitúa como fuente dogmática del Derecho en paridad con la Justicia divina misma. La sentencia judicial islámica, emanada de ese ente, goza de un valor metafísico casi incuestionable y tajante por su soporte doctrinal, aunque procesalmente sea susceptible de recurso o interposición de reservas técnicas, de forma que se considera que cristaliza el sentido de veracidad *justa* que descende con la Revelación misma. Desde ese sentido genérico de la legitimidad legal, que se concede el ordenamiento confesional, se proyecta, pues, el estatuto “justo” del juez islámico como arquetipo escolástico, quien es considerado por la Teoría legal subsiguiente como el *pilar de la autoridad islámica -Âsâs Âl-Hukûmat Âl-Îslâmîat*⁻²⁷⁴. Pilar que tiene por condicionantes formales un complejo sistema de facultades/atributos, muchas de las cuales fueron comentadas con anterioridad al detallar las condiciones exigibles al *muytahid*; de manera que puede no haber un Estado-islámico, o ser éste *defectuoso -nâqis-*, pero se considera que siempre existe para la *Ûmma* la opción de la Autoridad judicial islámica, reserva y garante del prestigio doctrinal, el cual se relaciona con la convicción dogmática musulmana de que no habrá ningún periodo de total orfandad religiosa para el sistema legal islámico.

El hecho de que la judicatura, especialmente cuando está orientada al enjuiciamiento penal, se estructure sobre una compleja trama de requisitos previos -todos ellos exigencias del espacio doctrinal-, muestra hasta qué grado el ejercicio jurídico se encuentra

marcado por las expectativas religiosas, y en qué medida se espera que el juez/prototipo sintetice esa autoridad religiosa; circunstancia ésta que puede ser una parvedad para el resto de las instancias político-sociales del sistema. Evidentemente, hay un prontuario de exigencias para considerar a cualquier otra magistratura como “islámica”, tan rígido e imperativo como en el caso del juez penalista, pero existe una diferencia sustancial entre ambas situaciones: un príncipe o cargo político, un profesor u otra entidad académica, cualquier persona que sea considerada de utilidad social -médicos, policías, etc.- pueden ser entidades legales, y participar o no de la calificación de *islámico* o *musulmán*, de manera muy imprecisa, y siempre atendiendo a las circunstancias históricas del momento concreto; pero el juez/prototipo para ser efectivamente “islámico”, ha de reunir una serie de valores y condiciones inalienables e inalterables, puesto que en los restantes casos la calificación de *islamidad* es perceptible por el *u`rf* o convención de los coetáneos del fenómeno, en la judicatura confesional se han de concretar las expectativas ideales y doctrinales, que hacen posible que el *qâdî* o juez llegue a ser investido de la *legitimidad* -*ûilâiat*- que sólo procede de la Revelación²⁷⁵ misma, así como de las Tradiciones²⁷⁶ conservadas del Profeta (PBd) y los Infalibles (P), expectativas que se concretan en la convicción de que la justicia jurídica *ideal* sólo puede ser la proyección *ideal* de la divina, de forma que otra guisa de entenderla convierte esa instancia en una institución *convencional*, con la limitación que esta tasación comporta para un ordenamiento confesional integral.

La judicatura, pues, para ser considerada “islámica” ha de reunir una serie de requisitos de raíz *espiritualista* o *ma`naûî*²⁷⁷, buena parte de los cuales se explicaron, como hemos indicado, someramente, al mencionar las condiciones exigibles al jurista para el grado de *ÿyihâd*. Sin embargo, lo que nos parece más interesante de estas condiciones es la relevancia de la necesidad categórica, que el sistema se impone, para que el juez/prototipo sea considerado por su contexto social como poseedor de la *probidad* -expresado esto en su sentido religioso; esto es, no ha de conocersele transgre-

siones/*pecados*, sus prácticas y piedad religiosa deberán ser conocidas públicamente, así como su honestidad y distanciamiento de los posibles focos de corrupción económica y, especialmente, política y moral, incluso es deseable la modestia económica-; por tanto, la personalidad social del individuo/juez ha de ser relevante e intachable, en el sentido de obtener la anuencia moral de su entorno social, lo que contrasta con las tendencias que sitúan al juez como un simple funcionario, servidor del Estado y de la Ley, preferentemente bien retribuido para evitar su corrupción. En el esquema *ya farî* resulta esencial que el juez/prototipo goce de esa aquiescencia, por cuanto se considera que su éxito en la aplicación de la norma se sustenta sobre la complacencia de su entorno social ante su ponderación íntegra de enjuiciador, no se espera que “el sistema”, de manera abstracta y mecánica -como en el caso occidental-, muestre las garantías de imparcialidad o solvencia legal que han de ser básicas en todo orden legal, sino que éstas se sitúan en la proximidad del juez a sus enjuiciados, puesto que la firmeza normativa sólo es efectiva en la defensa doctrinal cuando existe la convicción de que la justicia legal se imparte *humanamente*, como parece ser la única manera de considerarla *divina*.

La insistencia de los textos, que teorizan sobre el juez y la judicatura²⁷⁸, nos lleva a considerar la necesidad de un magistrado de perfil probo y destacadamente honorable, lo cual ha de ser evidente para que el creyente enjuiciado asuma su laudo, puesto que dicha *sentencia -hukm o fatûâ-* es un vínculo religioso que comporta un acto de respeto creyente que la sitúa en un plano ético/doctrinal esencial en la dinámica teológica de los pensadores jurídicos duodecimanos. Posiblemente, más allá de los argumentos documentales religiosos, en esta cuestión se oculta la sistemática reserva y prevención de los *shîa`* frente a los jueces/servidores-califales. No olvide el observador que la disputa judicial fue la primera evidencia de una fractura político-legal entre los musulmanes tras la muerte de Muḥammad, puesto que -como venimos reiterando sistemáticamente- el carácter transcendentalista que la revelación coránica²⁷⁹ concedía al enjuiciamiento, suponía, por extensión, la

legitimidad doctrinal para regir los destinos políticos del Islam. Así pues, y sobre esta base, para la tradición jurídica *ya`farî* el juez arquetípico ha de ser incuestionable e irreprochablemente *justo*, en el sentido religioso de la expresión, esto es, ha de ser honesto, e incluso socialmente puro -lo que implica un linaje inmaculado, ya que la bastardía es considerada por el *Fiqh* como una forma de gabela legal o *clientela*- en contraposición a la *libertad* legal individual-, ya que esa gabela se considerará desde el Dogma como un lastre que limita a la persona y la vincula/ata desfavorablemente respecto a la condición *mundana*²⁸⁰. El modelo de Justicia, incluso de práctica procesal, en el ejercicio judicial regular será el primer Imam, A`lî Îbn Âbû Tâlib (P), y no tanto el Profeta (PBd), puesto que el primero ejerció como juez efectivo en un contexto histórico que podemos denominar “estatal”; ya que su paso por el poder califal habilita su ejemplo como un referente práctico en contraposición con las situaciones en las Muḥammad administró justicia, las cuales fueron singularmente excepcionales, habida cuenta que se encontraba en un proceso de construcción/transmisión del corpus de la revelación coránica, y que el marco socio-político de su actividad político-administrativa era bastante más impreciso que el que se encontrara el primer Imam en el momento en que se ocupó del califato sobre todos los musulmanes.

Esta opinión ha de soportarse sobre una tesis que personalmente sostendremos, si bien anticipamos que es susceptible de una más profunda reflexión, y, por supuesto, queda pendiente de un más minucioso desarrollo, tanto de investigación como de exposición. La tesis en cuestión es una reserva sobre la identidad misma de concepto de *Estado islámico*, en su dimensión legal y doctrinal; entendemos que en puridad teológica el pensamiento duodecimano ha sido reactivo a avalar las experiencias estatistas²⁸¹, criterio que, si bien es cuestionable desde el punto de vista histórico, no está en una posición carente de consistencia argumental, por cuanto en ausencia de los Infallibles, y en los momentos en que ellos estuvieron limitados políticamente, las cabezas pensantes del Islam *shîa`* no se encontraron en disposición de pretender legitimar ningún tipo

de estructura estatal, y aún menos con el marchamo de integralmente “islámica”.

Por otra parte, retomando la referencia al *Hadiz de Zaqaîin*²⁸², que mencionáramos al inicio de nuestra exposición, se puede pensar que la anteriormente aludida “herencia profética” en ningún caso habría de asimilarse con una mera fórmula estatal, dispuesta para la usurpación o no, sino en una *condición*, una suerte de estatuto supraestructural, que se impondría a los avatares históricos mismos y, consecuentemente, a la realidad histórica mediata. Podemos pensar, sin rubor al intento de exégesis, que esa *herencia preciosa* -el Libro y la Familia profética-, no había de estar limitada en una formación estatal o legal determinada, la cual sería susceptible de sufrir el peligro de desvirtuamiento respecto al propósito profético, tal como los musulmanes *shîa`* consideran que el califato mismo sufrió, sino en una *estación* legal/espiritual, en una *autoridad* en definitiva, que nosotros intiimos en la magistratura del juez islámico ideal. Para la propia lógica clásica duodecimana, insistir en que el Islam *ya`farî* es un nonato, víctima de la Historia, supone aceptar que los planes proféticos de construcción de una sociedad confesional, y su trasfondo transcendente, eran susceptibles de un asalto, y negarles su potencia trascendental; sin embargo, asumir que la autoridad islámica, doctrinalmente legítima, siempre se ubicaría en la judicatura, es aceptar que más allá de la historiografía, el programa dogmático era algo con visos de solvencia y capacidad, lo que en síntesis podría explicar la imbricación tradicional entre religiosidad y legalidad en el Islam. Sin embargo, en una prolongación coherente con el comportamiento político de los Imames (P), incluso del Profeta (PBd) en aquellas situaciones en las que el devenir histórico impidió que éste ejerciera un efectivo *dominio* legal sobre la sociedad creyente²⁸³, se puede sostener que nunca ha faltado en el espacio *shîa`* del mundo musulmán un área de influencia de lo que podemos denominar *autoridad* o *sobreranía -ûilâiat-* de los Infalibles, y consecuentemente de sus herederos doctrinales, sobre el orden socio-legal duodecimano. Allá donde no hubo Estado, o éste fue descalificado por la lógica doctrinal,

los *shîa`* superpusieron, al menos teóricamente, el *dominio* jurídico de los colectivos de *u`lâmah*, de manera que el juez islámico arquetípico, tal como la escuela lo entendió en todo momento, se ajustó en su perfil constitutivo, y en su práctica jurisprudencial, e incluso procesal, al modelo *alida*: a la forma de ejercer esta suerte de magistratura, tal como las fuentes históricas asumidas por la escuela duodecimana relatan que fue el califato de A`lî (P).

A este respecto, opinamos que los hadices conservados del Profeta (PBd) denotan, por su parte, un cierto eclecticismo contemporizador con una sociedad, que no se podía considerar *creyente*, por cuanto en los días de vida de Muḥammad eran más los árabes que no se consideraban piadosos; incluso buena parte de los asimilados al Islam eran conversos estratégicos²⁸⁴, que no habían asimilado el hecho doctrinal de aceptar un orden legal confesional, desenvolviéndose en sus relaciones con el Profeta (PBd) de manera contractualista y pactista, buscando beneficios personales o tribales, pero inconscientes de que se adentraban en un nuevo proceso, como era la aparición de un sentido del orden legal, estructurado sobre un sistema dogmático y referencial estable, y por tanto no negociable. En nuestra opinión, sin embargo, es el ejercicio del mando sobre el mundo musulmán, en definitiva el califato de A`lî Ībn Ābû Tâlib (P), el momento en que se establecen las bases teóricas del comportamiento legal, y especialmente penal, por cuanto no solamente se asientan las bases normativas de este espacio del Derecho, sino que se marcan las pautas de comportamiento y morfología del prototipo definitivo del juez islámico.

No es infrecuente leer a los orientalistas, especialmente a aquellos que bebieron de las fuentes decimonónicas turcas -fuentes que eran esencialmente califales- opiniones políticamente desfavorables sobre el periodo del gobierno de A`lî (P). Realmente, como explicara Muṭaharî²⁸⁵, en los periodos califales inmediatamente posteriores al suyo -esto es, en los días omeyas y abasidas- el conflicto doctrinal legitimista entre los *shîa`* y los grupos tribales interesados en sustentar el orden tradicional árabe en el naciente *esta-*

do islámico, se inició un intenso e interesante programa de descalificación de la figura y del tiempo de mando de este imam y cuarto califa, de forma que se generó una literatura contundentemente antialida, contestada por su correspondiente contrapunto hagiográfico en el campo intelectual duodecimano; de ahí, a que una buena parte de la bibliografía califal turca, que llegó hasta los estudiosos del Islam, estuviere condicionada por la versión *victoriosa* de la polémica, haya tintado ese periodo y la figura de A`lí (P) de un halo de polémica crítica, privándonos de una mejor percepción de en qué forma se pudo gestar el prototipo de juez musulmán. Sin embargo, en toda la literatura legal islámica, duodecimana o no, los espacios dedicados a la construcción de la figura del juez penal, así como las pautas procesales de su actuación, toman como referencia a este singular personaje, que en la literatura *sunnî* se maquilla con los títulos de “Cuarto califa *bien guiado*”, o “Yerno del Profeta”, eludiendo su condición de “Imam”, que resultaría una connotación definitivamente duodecimana y militante. Aquí en concreto, el título de “imam” implicaría reconocerle no la dimensión transcendente de Infalible de la escolástica *ya`farî*, sino la posición de generador de jurisprudencia, que se concede a los otros constructores de las escuelas legales aún hoy tenidas por “ortodoxas”. No obstante si el analista rastrea los basamentos documentales de las cinco grandes jurisprudencias islámicas, encontrará que el modelo judicial considerado como ideal necesario se corresponde netamente con el sustanciado en los días del califato alida, en su dimensión más polémica y alteradora de los referentes costumbristas tribales, que no habían sido removidos hasta ese preciso momento. Por lo que entendemos que lo que ha uniformado al orden legal islámico, más allá de los avatares escolares e históricos, y superando los localismos y el tiempo y sus modas, ha sido el referente judicial alida²⁸⁶.

La norma legal concreta, en su condición positiva, puede ser *leída* como un evento histórico y temporal; sin embargo, el modo de concebir la figura del juez confesional, especialmente en el espacio penal, se ha perpetuado por su condición de entidad anclada

en aquella experiencia singular. Por desconcertante que pueda resultar a la moderna sensibilidad legal occidental, tan crítica con la firmeza -habrá quién opine “dureza”- normativa islámica, se ha de conceder al modelo jurídico, y especialmente jurisprudencial, musulmán un notable éxito en la supervivencia, continuada durante catorce siglos, de un tipo de ideal de judicatura muy crítica con el poder, aún cuando éste se pretendía doctrinalmente legítimo, y por ende socialmente bastante asumida. Ello ha sido posible por el ascendiente del referente concreto, puesto que más allá del debate sobre los éxitos políticos de su califato, el de A`lî Ibn Âbû Tâlib (P) fue un ejercicio de la autoridad legal soportada en la correspondencia doctrinal y especialmente en la *probidad* personal, lo que hubo de hacer dogmáticamente verosímiles sus sentencias, especialmente en un contexto histórico que tras la muerte del Profeta (PBd) empezó a acostumbrarse a ver como el asfixiante orden tribal arábigo, representado por sus antecesores califales, se enseñoreaba del naciente estado musulmán.

Muṭaharî ha sido, quizá, quien mejor se ha ocupado en este siglo de esta cuestión, y sin duda es el más útil referente para analizar la relevancia de lo que venimos denominando el modelo *alida* de judicatura ideal²⁸⁷. Él ha reflejado en sus trabajos sobre la figura del primer Imam, el estado de la cuestión histórica y doctrinal en torno a la concepción duodecimana de la Autoridad, que se concreta especialmente en la figura del juez-prototipo; habida cuenta, como venimos explicando, que la única oportunidad que los *shîa`* lograron, en toda la Historia del Islam, para imponer sus tesis doctrinales sobre el modelo de dominio o autoridad *islámica*, se produjo concretamente en el espacio *legal*, en el cual los partidarios de A`lî (P) y de la legitimidad de la Familia profética eran especialmente competentes, puesto que contaban con el *magisterio* de los Infalibles, los cuales, como hemos mencionado en algún otro momento de esta exposición, en su tiempo fueron las personalidades doctrinales de mayor relevancia del orbe musulmán, aun a juicio de aquellos que no reconocían para ellos la dimensión transcendente que sus partidarios les asignaban. De una u otra forma, el dominio doctri-

nal de los duodecimanos en este espacio concreto del sistema legal confesional, lo atribuimos al control argumental sobre la noción de *huyyat*, que los teólogos *ya`farî* vinculan con los hadices de los Infalibles. Ya que la *certeza* en el establecimiento de una relación directa y sólida entre la sentencia judicial y la norma transcendente, y más allá de ésta, entre el juicio y tipificación de la acción y la divina voluntad, sólo es factible a partir de un entramado de postulados confesionales, que presentan al juez como garante de una legitimidad legal de orden superior, lo cual es sólo posible cuando esta figura se inviste del prestigio, aún del comportamiento formalista, que la tradición conserva como referente de la fe religiosa, lo cual en la idiosincrasia y la documentación histórica del Islam sólo se ha dado de forma nítida en el mencionado periodo alida.

Pese a lo hasta el momento expuesto, hemos de sostener que hay una paradoja evidente entre esa tradición, socialmente autárquica, que dejaba la justicia formal en manos de jueces llamados por la población a dirimir entre los miembros de la comunidad musulmana, y las experiencias históricas en las cuales el poder temporal se ha sentido tentado a entrometerse en un espacio religiosamente tan peculiar, que si bien sustancial para el control del Estado, desde los primeros tiempos del Islam, ha tendido a escaparse del área de influencia de los príncipes. En la sociedad islámica clásica el estado efectivo de la cuestión judicial parece ser que se concretaba en una extensa tendencia a la justicia localista y puntual -situación que se prolongó con posterioridad, en no pocas zonas de la geografía del Islam-, de forma que el juez era un personaje vinculado a la mezquita local, y sólo afín a ese entorno, sin conexión efectiva con las estructuras del Poder político institucional, con independencia de cual fuere éste. No obstante, con la aparición de los nacionalismos, herencias de la descolonización del siglo diecinueve europeo -descolonización y nacionalismo que guardan una estrecha relación causal, y posiblemente inductiva por parte de los descolonizadores, necesitados de una sociedad confesional débil, homologable con la laicidad occidental-, asistimos a un proceso de intromisión sistemática de los gobernantes políticos en la justicia

confesional, la cual asiste a una fase de frenado tanto en su influencia como en las limitaciones para la concreción de los juicios, dado que la estructura administrativa del Estado tenderá, en primera instancia, a mediatizar el ejercicio judicial “islámico”, para más tarde establecer filtros en las ejecuciones de las sentencias religiosas, llegando finalmente a superponer estructuras civiles, que no obstante reproducen la parte más burda de la historicidad dogmática jurídica islámica, sirviendo a la lógica política del momento. Fracasados estos procedimientos para el *control* de la judicatura confesional -especialmente en las áreas de hegemonía duodecimana, no así en otros espacios musulmanes, como puede ser Turquía y algunas zonas del subcontinente indio- el proceso se encauzará hacia la institucionalización de un tipo de justicia parareligiosa muy formalista, especialmente en lo tendente a hacer dócil políticamente las actitudes autonomistas de los tribunales islámicos, que inician un desarrollo de la *funcionarización*, que es, evidentemente, contrario a la dogmática escolar, la cual desde antiguo prohibía taxativamente que la actividad del juez confesionalista fuese remunerada²⁸⁸. Nosotros tenemos la convicción fundada, de que cierta inmovilidad histórica del sistema normativo islámico, se debe a esta suerte de simplicidad, e incluso ingenuismo, y precariedad elegida de la judicatura, que podemos denominar “popular”. Y, de igual forma, podemos atribuir algunos de los cambios en la relación entre el poder político nacional y moderno y las estructuras tradicionales a los vicisitudes sobrevenidas en la estructura legal musulmana de los estados nacionales surgidos tras los procesos descolonizadores.

El juez arquetípico tradicional, por ejemplo, perpetuó un sistema de penas y punitivos muy clásico, sin introducir cambios del tipo de encarcelamiento o multas al actual uso, por la simple carencia de una estructura capaz de gestionar ese tipo de sistema penal, y de la misma forma, el nuevo estado tiende a obviar la casuística legal islámica, ante la necesidad de homologación internacional, sin solventar el debate doctrinal de los cambios normativos acordados con las fuentes y posibilidades del sistema teórico legal; y, como

consecuencia, se producen actitudes de desconcierto político y doctrinal que generan una tendencia a la integridad -si no al integrismo-, que es tradicionalista más que islámica, y que paradójicamente será solventada por los Estados islamizantes, no con una búsqueda de soluciones dogmáticas, sino con una vuelta a las formalidades procesales históricas, aunque sólo en aquellos puntos de la penalidad que son efectistas y popularmente llamativos -se vuelve, por ejemplo, a las ejecuciones folclóricas, pero no se pone bajo el espacio legal tradicional los ámbitos políticos, que pasan a regirse, pese a su apelación de *islámicos*, con criterios foralistas de corte occidental-.

Si observamos la realidad más mediata de la moderna judicatura, que se denomina a sí misma *islámica*, en cualquier Estado actual, de entre los confesionalmente implicados, observaremos que el antiguo juez popular, tradicional, doctrinalmente islámico, es una figura en retroceso, pese a la consistencia teológica que exponíamos al inicio de estas páginas; los modernos Estados, nominalmente islámicos, no se han contenido ante la tentación de reproducir un modelo de Poder sustentado sobre la división de poderes, heredado de la Revolución francesa.

En la tradición clásica, el juez había de ser una entidad *social*, nunca *estatal*, por cuanto el modelo de A`lî (P) era de relevancia singular y personal con una base y asunción esencialmente popular, la cual no debió su ascendiente a su condición de califa, puesto que **ningún** otro personaje antiguo pudo generar un modelo doctrinalmente satisfactorio; por el contrario, muchos de esos otros personajes de la Historia primera del Islam dañaron sustancialmente la posibilidad de la institución política islámica de un príncipe servidor de la religión, ya que pudieron aposentar su mandato en la calidad de *pontífice* -espacio que la doctrina duodecimana reservaría definitivamente a los Infalibles, invalidados *de facto* por la dinámica política tribal preislámica-. Así pues el modelo **ideal**, alida, tradicionalista de juez *probo*, en nuestra opinión, es una institución histórica, y por ende actualmente enfrentada con los intereses de

las estructuras estatales, que necesitan integrar el orden legal, y especialmente la institución judicial, más primaria, al sistema administrativo gubernamental, sin establecer una reflexión, o una revisión de los postulados dogmáticos que soportaban el orden clásico, mediante un proceso de tentación económica a los modestos juzgados de mezquitas, o por la presión política sobre los espacios no-gubernamentales que aún puedan quedar en las sociedades musulmanas. El modelo turco de Kemal Atatürk, por ejemplo, ha sido un ejemplo atractivo, para solventar los desfases entre la tradición y la modernidad, mediante decretos políticos-militares, que a la postre evidencian un espacio política y legalmente insano -no solventado realmente- en las estructuras estatales; no obstante, el modelo laicista turco, ha de decirse, es una tentación no eludida ni por aquellos estados pretendidamente más coherentes con el marchamo de islamidad militante, e incluso revolucionaria²⁸⁹.

Como contrapunto argumental ha de mencionarse que una de las peculiaridades del califato de A`lî İbn Âbû Tâlib (P), y base de la crítica anteriormente mencionada, por parte de la historiografía no-duocecimana, fue su comportamiento político condicionado por las convicciones doctrinales, puesto que parece evidente que antepuso sistemáticamente los principios religiosos más puristas en el desarrollo legal de su tiempo al, casi inevitable, pragmatismo que los gobernantes han de observar, en todos los tiempos. Comportamiento *integral* que se proyectó especialmente sobre su manera de ejercer la magistratura judicial. Pues bien, esa misma especificidad de aquello que venimos denominando el *modelo alida*, es, sin duda, el aspecto más *traicionado* por la moderna estatalización del sistema jurídico y judicial islámico, proceso actualmente sobrevenido en todos los países que doctrinalmente se proclaman islámicos. Y, paradójicamente -un nuevo indicio de la realidad islámica- es este irreal referente discursivo el que con mayor regularidad y nitidez aparece, no obstante, en los textos que teorizan y especulan sobre la condición legal de la judicatura penal confesional²⁹⁰. Ahora bien, -y dejando abierto este comentario y reflexión- podemos concluir este espacio de nuestra exposición preguntando: ¿Por qué hemos

de detenernos en estas disquisiciones, cuando del sistema penal nos ocupamos? Sencillamente, porque en la sociedad musulmana contemporánea, en buena parte de los Estados actuales, los individuos aún se casan, heredan, contratan, etc. sobre dictámenes de jueces populares que pretenden tomar su referente del prototipo que hemos descrito anteriormente, incluso al margen -o especialmente al margen- de las estructuras del Gobierno, pese a los esfuerzos de éste por limitar esta realidad. Sin embargo, el área penal, que en el pasado también fuera atributo del ámbito jurisprudencial y judicial de este tipo de jueces, ha sido arrebatada por ese Estado, que en consonancia con la moderna doctrina política global no podía permitir que una sustancial esfera de su influencia, incluso formal, estuviera sustraída en manos de un estamento, que tradicionalmente ha sido de difícil control, por cuanto se orientaba sobre postulados doctrinales que -discursivamente, eran aplaudidos desde el Poder, siempre necesitado en las sociedades musulmanas del formal refrendo religioso-, ya que inevitablemente en el desarrollo nacionalista habían de entrar en franca colisión con los intereses oficiales del poder político. De manera que el espacio penal, ahora estatalizado, va perdiendo su identidad doctrinal prototípica, pese a los esfuerzos de los gobiernos por conservar una apariencia de *islamidad*, la cual a veces se reduce a una folclórica permanencia de aquellos aspectos internacionalmente más polémicos, los cuales si bien inciden en la tensión existente entre la noción jurídica islámica y la occidental, también alimenta un conflicto formal que sirve de parapeto ideológico al oportunismo de los dirigentes estatales y nacionales, que por sí mismos no logran un suficiente prestigio doctrinal.

A nuestro entender, esa *islamidad*, maquilladora del poder político, se vuelve contra él cuando los individuos creyentes, y una importante parte de la intelectualidad confesional, perciben que hay una buena dosis de insinceridad en todo ello, dado que en los países de mayoría confesional musulmana se mantiene una considerable pujanza de la religiosidad, que no se corresponde con los procesos de laicificación producidos en los dos últimos siglos en Euro-

Una exposición del Derecho Islámico

pa, y que, consecuentemente, no parecen dispuestos a relegar el espacio legal que tradicionalmente ha estado en el área de la Religión, en favor de un tipo de poder político, que los apostolados tradicionales han enseñado a ver como una amenaza para la Fe.

**Aspectos básicos de la Tesis islámica
general del Derecho penal en relación con
los ordenamientos punitivos
convencionales**

**Garantías doctrinales de las fórmulas
punitivas**

Al igual que en prácticamente todos los sistemas jurídicos, el Derecho penal islámico, en su expresión positiva y dogmática *ya`farî*, se presenta como una parte autónoma respecto a las otras áreas jurídicas, pero, y no obstante, íntimamente ligadas a ellas, especialmente a algunas como puede ser la Filosofía del Derecho o el Derecho político. Sin embargo, este sistema penal conservará un grado de independencia, tanto de tipo dogmático en lo jurídico, como procesal y pericial, que supone que las diferencias genéricas entre áreas legales, en ese caso islámico, determinen un modelo legal muy peculiar y específico; especialmente si tenemos en cuenta que los condicionantes documentales que lo obligan actuarán sobre la práctica jurisprudencial coerciendo los modos legales de operar respecto a los cambios culturales y sociales de la modernidad.

El sistema penal que perfilan los textos legales de la escuela *ya`farî*, en tanto en cuanto se nos presenta como el paradigma más activo y dinámico del orden legal islámico a lo largo de la Historia del Islam, y precisamente por considerársele como especialmente

representativo del quehacer jurídico religioso musulmán durante las tres últimas décadas -en el espacio político internacional-, también se distancia notablemente de los órdenes punitivos que aquí denominaremos convencionales²⁹¹; puesto que se nos presenta como el caso más evidente, y argumentalmente más consolidado, de estructura jurídica obediente de un determinado corpus documental, que en un origen identificable, condiciona buena parte de los principales postulados operativos del procedimiento. Hay que decir que este sistema aparece, no obstante, muy distante respecto a las convenciones penalistas internacionales, por cuanto es poco permeable a las tendencias específicas que en la materia pueden sucederse en el espacio legal global, puesto que doctrinalmente las prioridades argumentales están determinadas por esas fuentes coercitivas. Podemos ilustrar esta idea inicial con un ejemplo sencillo, de una materia concreta en la que habremos de detenernos después: la tendencia a cuestionar la pena de muerte que hoy está presente en una extensa línea teórica y dogmática del universo intelectual y legal, especialmente en Europa, poco puede suponer un contraste argumental irresoluble para un sistema argumental que dispone de fuentes muy evidentes que en primerísima instancia sancionan esa práctica. Más allá de las consideraciones particulares que el analista pueda establecer, siempre determinadas por las propias convicciones, hemos de aceptar que la fuerza y coherencia de todo sistema legal descansa sobre la fidelidad de la norma y la práctica jurídica a las filosofías discursivas que sustentan el ejercicio teórico que supone el basamento del diseño de un sistema legal; luego, es inevitable asumir que ha de haber espacios penales, que determinados por las fuentes -obviemos, en este momento, la defensa o crítica de éstas- que los legitiman como tales, no se adapten al sentido u opinión sobre la materia que se presentan como absoluto en el espacio más generalizado del mundo penal global, entre otras causas porque ese sentido se percibe desde la diferencia como una tendencia, incluso moda, que puede ser pasajera²⁹². El sistema penal islámico, pues, presenta una especificidad que se puede sintetizar, de entrada, “en la más estricta fidelidad a sus fuentes, y a las conse-

Una exposición del Derecho Islámico

cuencias argumentales de éstas en el medio jurídico”, tanto a partir de la premisa de su origen transcendente, como también -y esto no es baladí en el discurso doctrinal- sobre la base de que la experiencia cultural concreta de catorce siglos de sistema legal religioso propio, no puede ser obviada en favor de un sistema foráneo, más aún cuando procede de un medio -el que fuera colonial- que se percibe como netamente despectivo y combativo para con los postulados tradicionales.

A nuestro entender, y en buena medida, una importante parte del defecto discursivo sobre la poca sintonía y la falta de diálogo y comprensión mutua, entre esos planteamientos legales, especialmente en lo penal, entre un, en muchas ocasiones, impreciso Occidente y el Islam, muy en concreto respecto a la escuela *ya`farî* -en lo que ésta tiene en la actualidad de motor argumental y doctrinal de la islamidad- procede de la torpeza decimonónica con la que los políticos, al servicio de la voracidad económica de la Europa emergente, y los *misioneros*, laicos y religiosos, asaltaron la cultura y la sociedad musulmana, así como a una reacción regresiva -valga la redundancia- de la intelectualidad religiosa musulmana incapaz de discriminar lo coyuntural de lo esencial en la penetración cultural occidental; todo lo cual determinó una desconfianza ideológica y de cosmovisión que hoy enfrenta y secuestra, aún soterradamente, ambas concepciones legales. La propia concepción “globalista”, apoyada en la idea de una uniformidad planetaria diseñada sobre los presupuestos liberales y laicistas en boga en Occidente es un ejemplo de miopía argumental, que dificulta la obtención de un espacio legal, y especialmente político y penal, que pueda satisfacer la interrelación institucional, religiosa y cultural, que el mundo actual pretende.

Pero estas cuestiones no han de apartarnos de nuestra observación del sistema penal *ya`farî*. Éste tiene en estos momentos un determinado interés para nuestra observación, que no es otro que el servir de modelo para la comparación jurídica, del sistema punitivo confesionalista islámico; por ello nos detendremos en la observa-

ción de la visión que sobre la materia arrojan los textos clásicos, relacionándolos con las soluciones mediatas aportadas por la moderna legislación el estado iraní actual, en tanto en cuanto cristalización de los afanes religiosos duodecimanos de este último siglo.

El primer aspecto específico del Derecho penal *ya farî* respecto a otros espacios del ordenamiento jurídico islámico, y por supuesto respecto a la visión en torno a esta materia, tal como en el área occidental se suele establecer, es la distinción neta entre lo que, siguiendo la discursiva jurídica de la escuela, denominaremos el “ámbito islámico” -o *de paz*-, que no es otra cosa que armonía conductual y normativa con los principios metafísicos -y el “ámbito combativo”- que resulta ser una entidad doctrinalmente concebida como *contendiente* de los principios teológicos que soportan al primero de estos ámbitos-. Esta primera delimitación, muy de lejos, se puede relacionar con la división que en los sistemas laicos, concretamente en el ordenamiento español se establece en el orden penalista convencional, cuando éste es genéricamente *civil*, en contraposición a la normativa *militar* o los *fueros especiales* de magistrados, representantes populares o diplomáticos, restrictiva, en cuanto a las personas y los tiempos y espacios, y específica a un determinado conjunto de circunstancias²⁹³. En el caso confesional islámico la distinción se debe a la convención argumental del sistema doctrinal que entiende al individuo, primeramente como *creyente*, y consecuentemente **comprometido** con las normas religiosas, para en su defecto considerarlo como observador pasivo del devenir legal confesional, o, finamente, como remiso a éste, y en consecuencia enfrentado a la lógica de las normas religiosas. Aunque, en definitiva todo se puede reducir a dos actitudes u opciones conductuales: sintonizar con la jurisprudencia teológica, o no hacerlo, y presentarse como resistente remiso u objetor legal/doctrinal.

La cuestión no guarda relación con las limitaciones meramente técnicas que convencionalmente se prevén para la Ley penal; en ningún caso se trata de limitaciones del tipo meramente espacial

que las legislaciones -en concreto la española- contemplan para los casos de territorialidad penal, esto es, del lugar de realización de las acciones punibles; ni siquiera es una cuestión de mera limitación en relación con las personas, en el sentido que haya individuos, que como tales, estén vinculados al orden doctrinal y otros que se excluyan de él; más bien la diferencia entre estos dos ámbitos enunciados se ha de relacionar con dos espacios que son, a su vez, *legales*, e -incluso quizá más- *espirituales*, espacios que corresponden más a una concepción *atributiva* y anexa sobre el individuo. Podemos anticiparnos al desconcierto del observador occidental cuando se enfrente con una apelación de esta dimensión, pero lo cierto es que para el orden penal islámico, la primera distinción sobre el tejido social legislado, es la disposición para la asunción de los postulados confesionales, de manera que el individuo “*en paz*” con la doctrina, es “*musulmán*” -entendida la definición como categoría legal específica y dotada de valor normativo-, independientemente de sus convicciones internas, y, por contraposición, el individuo que por motivo de su distancia religiosa o intelectual, no esté en la mencionada armonía con la doctrina será considerado como “*no-musulmán*”²⁹⁴, lo cual no es legal y necesariamente una etiqueta negativa, sino simplemente una clasificación que atribuye deberes, eximentes, etc.

Por ejemplo, el *musulmán creyente* tiene obligaciones pecuniarias religiosas que podrían, en función de la ordenación normativa estatalista islámica, constituir deberes legales concretos, en contraposición al no-musulmán, que no está obligado a sostener algunos esfuerzos religiosos, como pueden ser las contribuciones del *Quinto* o *Jums* de los bienes para la causa del desarrollo y difusión del Islam; en consonancia, el valor penal de un musulmán, en caso de testimonio procesal o de un hipotético daño, es mayor que el de un no-musulmán, no tanto -en este caso- a causa de su filiación confesional, como por su valor neto pecuniario y su deber contributivo para el *Erario Público islámico* o *Baît Âl-Mâl*²⁹⁵. Lo cierto es que esta diferenciación inicial determina todo un sistema previo de clasificaciones penales de los individuos y de sus actos,

que inciden determinadamente sobre el mapa normativo concreto, puesto que atendiendo a esta primera clasificación, la tipología de los actos será delictiva o no, o tendrá diferente grado de culpa y, consecuentemente, el sistema de penal habrá de ser sensible con todo ello. Consideramos que ha de ser esencial que el observador foráneo asuma esta característica del orden que explicamos, pues ello es la base de un importante espacio de la teoría del delito, y de consecuencias de todo tipo penal, especialmente de las compensatorias de los daños.

Seguidamente, ha de destacarse que existe en el ordenamiento jurídico *ya`farî* una metódica **equidistancia** entre *lo público* y *lo personal* o *privado*, que condiciona la identidad penal, que desde el sistema español observamos como directamente *público*. Puesto que la doctrina religiosa interrelaciona el ser individual de cada persona con la identidad piadosa de la Comunidad en la que está inserta, sin que se produzca un espacio real para establecer un margen de individualidad, tal como ésta se concebiría fuera de un contexto teologal. Sería difícil encontrar, en el ordenamiento *ya`farî*, alguna forma de estructuración dogmática del tipo de las que se pueden leer en los textos jurídicos occidentales, en relación con la moderna teoría de la imputación objetiva, del disvalor-acción o el disvalor-resultado, si no se considera que el individuo, tal como lo observa el sistema confesionalista, tiene débitos éticos inapelables que condicionan, con anterioridad a la acción misma, el desarrollo y las consecuencias de ésta. Por ello es complejo delimitar el Derecho Público del Privado o personalista, entendido este último como aquel sistema que se centra en la relación entre el individuo *personalizado* y la mera entidad legal, más concretamente con el negocio legal abstracto.

No se puede afirmar del sistema penal islámico, pues, que sea un “*sistema lógico*”, al uso del concebido por el orden legal occidental -aún pese a que todo él descansa en el aristotelismo deductivo-, ya que no se ajusta a la noción que Cuello desarrolla para el sistema español, en relación con ese *ser lógico* cuando escribe que: “*El*

sistema penal, sin dejar de ser un sistema lógico, que facilita la labor del intérprete, permite, por su carácter abierto, decidir las cuestiones conforme a criterios teleológicos”²⁹⁶. No es posible la afirmación, decimos, por que no es posible una planteamiento teleológico, tal como se relaciona la casuística lógica y causal con una mecánica metodológica duodecimana, cuando el sistema está ocupado por una serie de principios coercitivos apriorísticos de carácter dogmático y teologal. Por otra parte, la causalidad, siempre última, que, por su parte, domina la visión de inferencia del sistema islámico, no es *abierto* en el sentido de ser un sistema que se adapta fácilmente a la percepción del intérprete legal, entre otras causas por que éste es el *muytahid*, quien como hemos explicado ha encontrado histórica y culturalmente un límite documental y referencial a sus elucubraciones; intérprete que no es, en conclusión, exactamente el juez, como mero enjuiciador, si bien éste último dispone de un determinado espacio *interpretador*, aunque siempre sobre la norma no sobre la dogmática, salvo que él mismo juzgue conforme a su criterio de *ÿtihâd*, y apelando a los mecanismos metodológicos del *Ûsûl*.

Así pues, ese intérprete de la Ley está determinadamente condicionado por el marco referencial doctrinal, hasta el punto de que se puede sostener que carece de independencia perceptora para una representación real del espacio público o el privado, y la ubicación de éstos en el concierto del Derecho. Asimismo, el sistema islámico, parece tender a un acercamiento nítido hacia un planteamiento dogmático del más puro estilo finalista -aunque nosotros no lo reconocamos como tal-, por lo que la “lógica” a que aludíamos, no es una mera mecánica valorativa, como un sistema funcional la habría de concebir, sino que es *lógica* en su dogmatismo, esto es, referencial e inductiva y no meramente deductiva; ello se hace evidente en la aludida diferente percepción del espacio *público* y del espacio *privado* del Derecho, ya que ambos se diluyen cuando el sistema no antepone la observación de la acción en su dimensión comunal, a la del individuo. Un acto, en consecuencia, ha de ser, más o menos, tipificable legalmente como delito, sobre la base del

individuo que lo lleva a efecto, puesto que puede darse el hecho de que éste deba o no pueda hacerlo, por lo que todo ello no se puede limitar a la mera casuística conductual, ya que el orden islámico observa con prioridad la intencionalidad y resolución actora²⁹⁷; no sucediendo otro tanto respecto a la acción en su mera sustancia; por lo cual se concede valor al hecho de que la acción llega a ser de público interés, o se quede en, simplemente, una cuestión privada, todo lo cual se produce a partir de la atención que se conceda al *deber* que se atribuya al individuo como actor para con la doctrina y la comunidad religiosa/cultural, o más concretamente a sus atributos personales en el marco social para la acción.

Un prototipo de este planteamiento, lo podemos obtener observando la actual tendencia de las administraciones occidentales a tutelar las situaciones que son consideradas *socialmente anómalas*²⁹⁸; por ejemplo, los malos tratos domésticos o los abusos sobre la infancia, para los cuales el sistema legal español, por ejemplo, se aplica con atención sobre la base de que la problemática ha de presentarse como de incumbencia *específica de un espacio público controlado y controlable*, en el cual el Estado -en concreto las administraciones judiciales- se siente cualificado para indagar e intervenir sobre la privacidad. Entendemos que este planteamiento implica una postura de la dogmática jurídica en el sentido de asumir una cierta atención sobre devenir social, contemplando la realidad social -paradójicamente- a partir de un cierto individualismo, ya que el sistema destaca el derecho del “individuo concreto” a ser protegido por los poderes públicos, derecho en el cual se hace bascular en un sentido determinado la frontera de lo *público* y lo *privado*.

Sin embargo, sería difícil, en puridad doctrinal, que el sistema islámico efectuase esa tutela sobre el individuo concreto -en una nueva forma de la paradoja-, haciendo *público* un espacio legal que es considerado como definitivamente *privado*, puesto que las relaciones en el matrimonio son contractuales y así pues negocio privado, y sólo es factible la penalización del acto de maltrato cuando

se convierte en una acción injusta, por cuanto ésta será primeramente *anti-espiritual* -concretamente cuando se llega a una tipificación de acción pecaminosa, y cuando se considera ésta como una *opresión* o *zhulm*-; de forma que juez islámico interviene -definitiva, contundente y concretamente- en el delito cuando se considera que ha llegado al estadio de opresión -estado que lo socializa-, aún considerándolo *privado*, a causa de lo que ello tiene de “**escándalo social**”, que es aquel aspecto de la cuestión que, en primera instancia, ubica el delito en el área pública; aunque no exactamente sobre la base de la protección de un individuo puntual, pues se conserva el recelo a incidir sobre el derecho del padre al dominio sobre la prole; más bien, se interviene sobre la necesidad de restablecer el derecho de la Comunidad a que sus individuos conserven los límites de salubridad espiritual, que se ve mermada por el pecado/delito social del *opresor*. Evidentemente, el juez preserva del golpe a la víctima, pero no hace la cuestión un asunto de directa incumbencia *pública*, esto es, no penaliza la cuestión por ser un tipo de injusto del Derecho penal público, sino que colectiviza la privacidad, de manera que no se prima lo *público*, sino que se merma lo *privado*, ya que no se concede preeminencia al ese espacio público, demasiado cargado de estatalidad; más bien se puede decir que cuando se afecta un valor espiritual, como es la paz conyugal y filial, la acción individual, producida en un marco privado contractual -la familia-, acaba por incidir en la Comunidad, por su carácter de desorden de la corrección²⁹⁹.

Mientras que en los sistemas *no-finalistas* las acciones y los individuos, víctimas o actores delictivos/opresores, se contemplan desde el sistema legal en su dimensión *pública* o *privada*, siempre en función de las características de la acción, en el sistema penal islámico esta diferencia se conserva sistemáticamente *equidistante*, para no destacar de manera esencial lo *público*, consecuentemente estatal, sobre lo *privado*, de forma que de esa sistemática equidistancia surge un juego de contrapesos argumentales que permiten teóricamente al sistema jurídico incidir sobre el tejido social, conservando, no obstante, intacta la lógica privatista de las prácti-

cas contractuales y sus virtualidades doctrinales, pero siempre destacando el *deber* categórico de la colectividad de imponer un sistema conductual saludable. Si bien es cierto que todo ello se produce con una sensible lentitud argumental, respecto a la dinámica que Occidente se impone en el tipo de casos que hemos puesto como ejemplo, eludiendo las modas y tendencias, a veces alarmistas y extremas, que por tutelar en exceso al individuo concreto, incapacitan a las instituciones sociales básicas -en este caso a las familias, en su sentido más extenso- para solventar sus problemas privados de forma autónoma. A nuestro entender detrás de ello se oculta la pretensión del sistema confesional, de que el individuo asuma los valores y principios de lo que venimos denominando *corrección doctrinal*, y ejercite, consecuentemente, su devenir trascendente en consonancia con ellos, esperando constantemente que el buen sentido religioso haga innecesaria la intervención exterior, dado que, en definitiva, el sistema metafísico pretende contener la sociedad frente a la débil individualidad, cuando ésta es renuente a cuidar su construcción espiritual, pero esperando que, en última instancia, este fin superior se imponga y haga innecesaria la policía, vigilancia y tutela de la privacidad por parte del sistema legal.

De esta forma el sistema penal islámico, que se enmarca en un planteamiento genérico de tipo pro-colectividad -como más atrás sostuviéramos-, evitando la especificación sobre la observación de las acciones por sí mismas, consecuentemente, elude el individualismo pragmático, que procuraría preservar el ordenamiento postfinalista³⁰⁰. De forma que esa *equidistancia* sistemática entre *lo público* y *lo privado* termina por ser una premisa, conservada en todas las observaciones del sistema legal, el cual no llega a definir las acciones, los tipos de injustos, ni las consecuencias legales, desde la perspectiva que el ordenamiento occidental aplica, ya que el sistema confesional tenderá a observar a ese actor mediante sus atributos y, sistemáticamente, más allá de la simple acción concreta; todo lo cual ha de generar cierta incompreensión y desconcierto para el analista occidental, cuando se trata de analizar determinadas normativas y actuaciones procesales de las judicaturas islámicas. Sir-

Una exposición del Derecho Islámico

van, pues, estos matices para ilustrar las peculiaridades que pretendíamos destacar respecto a la percepción metafísica que este orden legal aplica a su observación de los individuos.

Hay un tercer aspecto de la denominada por nosotros “tesis islámica general”, animadora del sistema penal *ya`farî*, que deseáramos destacar, por cuanto se trata de otra forma más de especificidad de este ordenamiento, que incide, muy determinantemente, sobre la visión teórica que se sigue en la substanciación normativa, concretamente a partir de los principios doctrinales y dogmáticos más genéricos. Se trata de la *relación privilegiada* entre ese ordenamiento penal y los aspectos políticos del sistema legal, lo que en la nomenclatura convencional occidental sería el *Derecho* político o constitucional. Hemos insistido en destacar la tendencia a la desconfianza ante cualquier forma de *estatalidad*, por parte del sistema legal, puesto que la Historia intelectual, e incluso espiritual, de la escuela *ya`farî*, es un cúmulo de desavenencias con los poderes temporales; no obstante, el sistema penal se ha mirado, sistemáticamente, en el espacio político confesional -aunque bien pudiera escribirse, en el espacio socio-comunal islamizante-, ya que el orden penal ha sido, tradicional y esencialmente, social y necesita de una cierta autoridad instituida que lo aplique, o, en su defecto o exclusión, de alguna forma de *dominium* que se considere capacitada para su substanciación, no sólo normativa, sino teórica, la cual ha de presentarse como moderadora de los comportamientos personales que se pueden estimar como *indeseables*, desde el punto de vista socio-cultural³⁰¹.

Aun así, el sistema penal duodecimano presenta una destacada disposición a poner orden en la *Ûmma* o *Comunidad de los creyentes*, partiendo de la legitimidad doctrinal y legal de los *u`lâmah*, y en menor medida a partir de las estructuras estatales históricas, fueren éstas cuales fueren. Como ya se ha comentado en el marco de esta exposición, la *soberanía del jurisprudente*, en cualquiera de sus formas y expresiones dogmáticas y políticas, a lo largo del devenir de la escuela, ha asegurado un cierto grado de ejecución

efectiva del orden legal, concretamente del penal, aunque siempre con una cierta precariedad material. Sin embargo, aun en los momentos en los cuales el poder político no era doctrinalmente homologable³⁰², o la población disponía de jueces religiosos próximos -no tintados de colaboracionismo *josefinista* con los príncipes-, el sistema judicial y el Estado administrativo encontraban un espacio común en torno al área penal, puesto que los jueces religiosos disponían, con casi toda suficiencia, de su prerrogativa para administrar justicia doctrinal y, por su parte, el orden político procuraba no coartar en exceso este privilegio del Dogma, a fin de no producir una colisión con las enseñanzas del Imamismo, que siempre fueron una peligrosa y efectiva palanca doctrinal capaz de remover los obstáculos a la religiosidad contra los políticos temporales, advenedizos confesionales; de forma que los gobernantes temporales, en cierta medida, se aprestaban a colaborar con la ejecución religiosa de un sistema penal, con el fin de evitar una confrontación con los religiosos, que disponían de medios argumentales para minar sus posiciones políticas.

Las relaciones privilegiadas entre ambas entidades institucionales y, entre las áreas penales y políticas del orden jurídico se concretan, a nuestro parecer, en la disposición de todos los poderes políticos, en la Historia islámica, a ceder a los teólogos ese dominio efectivo sobre justicia y la penalidad, por cuanto éstos, administrando el Dogma -religioso y legal-, han dispuesto de los instrumentos teóricos que han permitido establecer un código normativo atemporal, universalista, y religiosamente coherente. No olvide el lector que estas cuestiones ha sido capitales en la necesidad institucional de legitimidad teológica que han sentido los gobernantes musulmanes desde el instante mismo de la muerte del Profeta (PBd).

Por otra parte, el carácter de *límite* protector de la corrección -*hudûd*-, que el orden penal tiene desde la visión religiosa islámica, fuerza a que el sistema punitivo tenga algún tipo de vínculo con el quehacer teológico. Un Estado *islámico* difícilmente puede

abrogarse la legitimidad para determinar qué es delito, y castigarlo, si no dispone de los mecanismos legitimistas, que definen el valor trascendente de las acciones humanas. Sólo un medio laico puede establecer un puente que obvie el concurso de los *u`lâmah*, y esta cuestión, por la propia identidad cultural del mundo musulmán, no se ha solventado de forma satisfactoria; de hecho el único intento real de prescindir del elemento religioso-jurídico, es el caso de Turquía, en donde sólo se han generado tensiones no resueltas, conformando un Estado aconfesional, ignorante de la alternativa trascendente islámica, en la cual se encuentran las raíces sociales de la población administrada. Estado, el turco, que nunca ha logrado hacer intelectual ni políticamente respetable -ni, por supuesto, institucionalmente creíble-, su seguimiento del modelo foráneo occidentalista, puesto que ha generado un cuerpo de gobernantes y juristas con una muy baja autoestima, tanto dogmática como moral, al prescindir del límite doctrinal religioso que lo relacionaba y vinculaba con su medio tradicional; se trata, a nuestro entender, de gobernantes y políticos que son incapaces de concebir un modelo de comportamiento social que, en armonía con el ser colectivo local -muy condicionado por la religiosidad-, permita perpetuar el sistema legal y sociológico de los valores tradicionales; por lo que el modelo turco de estado laico, recurriendo a un proyecto jurídico importado, que deconstruye el tejido más espiritualista de la Comunidad, ha permitido la aculturación de su propia sociedad³⁰³, efecto éste que a todas luces es un fracaso para cualquier orden jurídico, que por su propia esencia, ha de velar por conservar sana la identidad de la sociedad que gestiona legalmente, sea ésta cual fuere. Por contraste con esto, podemos observar que la necesidad de coexistencia, e incluso de colaboración, entre el sistema jurídico islámico tradicional y los poderes estatales, muy a menudo, ha generado unos monstruos políticos que, en el seno del mundo islámico, han convertido la Tradición, y el acervo legal y doctrinal, en trampas políticas irresolubles, por cuanto sobre la base de un aparente respeto a la ancestral autonomía legal de jurisperitos y jueces religiosos, los gobernantes, han *fagocitado* la religiosidad po-

pular en su propio beneficio material, sin proyectar ningún tipo de alternativa autónoma al modelo del *Fiqh* clásico³⁰⁴.

Lo cierto parece ser que el desenlace del estado de las relaciones entre el sistema penal y el sistema constitucional, en la actualidad y para el marco *islamista* de los países musulmanes, es una especie de proyección casi arquetípica, que desde la tradición conforma una suerte de sistema jurídico específico en el cual los condicionantes procedentes de ambas áreas se presentan como entidades de difícil delimitación, pues no parece que se pueda entender la justicia penal religiosa sin las substanciaciones normativas clásicas, que tienen su origen teórico en el texto revelado y en los hadices, los cuales son la expresión más concreta de la autoridad política islámica, tal como ésta ha acabado por concebirse en el mundo musulmán. Así pues, consideramos que resulta complejo establecer qué hay de penalidad y qué de constitucionalidad, o mejor de institucionalidad, en ese sistema jurídico musulmán, si no se asume que las normas punitivas históricas, y las formas de autoridad política, prácticamente, proceden de las mismas referencias documentales, todo lo cual impide discernir cuándo el analista observa un espacio penal y cuándo lo hace sobre un ámbito del Derecho político, motivo por el cual nosotros nos referimos a una forma de relación privilegiada/implicada entre el Derecho penal y las formas políticas y constitucionales del ordenamiento legal. Por su parte ese tipo de espacio penal presenta una fuerza e independencia argumental, basadas en las nítidas referencias documentales que en el *Fiqh* clásico conformaron esta dimensión de la jurisprudencia, que nos lleva a concluir que, en definitiva, será el sistema penal el encargado de generar la identidad jurídica que permita hablar de un Derecho institucional islámico, por cuanto en la aplicación de las normas religiosas, y en especial en la necesidad **dogmática** de imponer lo que se considera correcto y preservar a la Comunidad de aquello que se tiene por error, se guarda la esencia de la penalidad metafísica, y se depositará la exigencia religiosa de construir una teoría del Estado islámico integral.

Una exposición del Derecho Islámico

Consideramos que llegados a esta diferenciación, en torno de la noción de Estado y de la identidad comunitaria de la sociedad creyente, ha de ponerse, de alguna forma, el primero en sintonía con la formulación que Giner de los Ríos³⁰⁵ planteara sobre la dicotomía entre Estado oficial y Estado total, pues la percepción doctrinal, tendente a conservar sana la sociedad de los que son religiosamente consecuentes con los principios y dogmas, se acerca a lo que Giner, en su tiempo, denominara “espontánea realización del Derecho social”, entendida ésta como una manera “de ejecución artística”, lo cual sólo parece factible si ella se lleva a cabo por un núcleo social determinado en su voluntad a la sustantividad de sus propias convicciones, las cuales exceden la capacidad de los estadios e instituciones meramente políticas -estando éstas siempre ocupadas en su propia supervivencia como entidades temporales-.

Lucas Verdú³⁰⁶, por su parte, estima que esas formas del “estado-aparato y el estado-comunidad no son estructuras contrapuestas”. Y por nuestra parte, en ambas entidades reconocemos a los teólogos *propietarios* del estadio punible del Derecho islámico y a los príncipes ocupantes de las formas políticas del Estado, puesto que entendemos que el primero de esos tipos de estatalidad es reflejo del segundo, y consecuentemente está necesitado de la dinámica social, “espontánea y original”, que la comunidad genera en su convicción de perpetuación y vinculación con la tradición religiosa, lo que permite al *Estado total* tener una dimensión superior, que se puede cifrar en la sociabilidad -visión occidentalista- o en la doctrinalidad consecuente -visión confesionalista islámica-. Para el caso que nos ocupa entendemos que el hecho de que el ordenamiento correccional exista como tal a mitad del camino entre el Derecho penal y el Derecho político convencionales, y que esté tan complejamente imbricado e implicado en su aplicación social con la coexistencia de ambas entidades, evidencia la peculiar situación argumental en que se encuentra el actual sistema jurídico islámico, ubicado entre la modernidad de sus formulaciones políticas, que buscan en el ejemplo de las entidades surgidas de la Historia con-

temporánea de Europa -repúblicas y monarquías más o menos constitucionalistas- un lugar homologable en el concierto internacional, y la tradición jurídica de base teológica, que a su propio ritmo se dota de los elementos técnicos y discursivos que pretenden situar los postulados religiosos en el candelero político actual.

Finalmente, ha de hacerse una especial mención al modo específico en que tradicionalmente la doctrina religiosa preveía un sistema de *garantías* jurídico-teológicas, y la forma en que éstas se han visto alteradas con la modernidad legal, esencialmente estatalista, con medidas jurisprudenciales que se homologan a los usos jurídicos no-islámicos más convencionales; medidas que se ponen en relación con la búsqueda de una cierta efectividad, social y política e individual y espiritual -especialmente espiritual-, de las fórmulas punitivas que la propia legislación confesional construyera en el pasado. Es evidente que ninguna sociedad antropológicamente extensa y compleja aceptará como válidas las formas jurídicas que no se asienten en un procedimiento *garantista* de las leyes, de la forma en que esto se concibe en las modernas doctrinas legales. El caso islámico no es una excepción; sería ingenuo, por parte del observador, pretender que una comunidad humana por el simple hecho de ser tal a partir de motivaciones religiosas, esté dispuesta a ignorar la necesidad de que las leyes, y en especial su aplicación, se acompañen de un esquema de garantías, tanto doctrinales como formales. Así, hemos mencionado, en el desarrollo de esta exposición, algunas de las más importantes bases teológicas que soportan el edificio legal *ya`farí*, y cómo éstas habrían de ser una primera instancia garante para el creyente, puesto que el esfuerzo jurisprudente para relacionar el Dogma con las normas es una muy importante forma de caución legal, pero evidentemente no puede ser ni la única, ni plenamente satisfactoria, por cuanto es previsible que en la administración de la justicia se puedan cometer errores, tanto de percepción y apreciación del suceso legal, como en el fallo jurisprudencial. Por ello es interesante observar de qué forma el sistema legal duodecimano dota al ordenamiento penal de los elementos de protección que permitan afirmar-

se como un sistema *garantista*, pese a que esto no aparezca formulado como tal en las obras clásicas.

En el espacio de esta exposición en que, anteriormente, mencionamos la *probidad* prototípica del juez islámico clásico, apuntamos una forma básica de garantía legal, pero evidentemente esta cuestión no parece *lo necesario* en un sistema complejo, ni ha de ser, obligatoriamente, suficiente para los ciudadanos que en una sociedad mayoritariamente confesional, mantenga actitudes distantes con los dogmas de la fe religiosa; e incluso no debiera ser definitiva para los creyentes militantes, que han de esperar del sistema legal algo más que una formulación idealista.

Tradicionalmente³⁰⁷ se indicaba que el aval máximo, en el plano *formal* de las leyes, se ubicaba -como paradoja- en una dimensión *espiritual*: el juez que errara en su formulación normativa tenía una *justificación* técnico/mística o *mua`dhirâat*, que lo preservaba tanto de la responsabilidad de una reclamación de daños, como del lapso religioso de un mal dictamen; el enjuiciado perjudicado -tanto demandante, como demandado- disponía de un sistema de resarcimiento, que materialmente se relacionaba con el *Tesoro Público* religioso o *Baît Âl-Mâlk* y espiritualmente se vinculaba a una compensación en el Más Allá; téngase presente que el juez/arquetipo religioso, legítimamente constituido, *re-presenta* al Profeta (PBd) en su infalibilidad, de forma que, al menos teóricamente, su sentencia había de ser incontestable, por lo cual las reclamaciones, tradicionalmente, eran una forma completamente irregular de establecer cauciones, y nunca tuvieron un carácter formal específico, por lo que hubieron de desenvolverse, como hemos venido indicando, en un espacio impreciso, que guardaba relación con la disposición del juez oficiante -siempre soberano en su ámbito- para aceptar una segunda opinión legal, la cual, si se asumía, debería su consideración al prestigio del nuevo opinante. Sin embargo, el sistema legal, especialmente el espacio penal, desde muy pronto estableció un itinerario más o menos sustantivo para ciertos aspectos de las cosas jurídicas en las normas delimitadoras de las garantías³⁰⁸, capaz para

tranquilizar -al menos en teoría- a cualquiera que viviera bajo la potestad de la regla religiosa. Si importante es la continua apelación a la compensación espiritual a la que se remitían las retribuciones morales -especialmente ante los casos de perjuicio por causa de una errónea interpretación del caso jurídico-, no menos importante es la remisión de los daños por estas causas al *sistema compensatorio* clásico o *Dîah*. Sin embargo, el conflicto continuo en que se desarrolló el acceso al poder efectivo político, desde el momento mismo en que faltó el Profeta (PBd), sumió al Islam, en opinión de los yafaristas, en un complejo estadio de irregularidad institucional, que dejó las garantías jurídicas de tipo institucional en el impreciso ámbito de la apelación al buen sentido religioso del gobernante, lo cual no era mucho decir si éste era puesto en cuestión doctrinal. Por ello, el garantismo legal -como la legitimidad-, se ubicó en el colectivo de los juristas y teólogos, de forma que los propios *u`lâmah* suplieron la instancia aseguradora que permitiera un espacio para alguna forma de apelación, dado que no fue infrecuente recurrir a más de una opinión jurídico-doctrinal cuando se encontraban reservas en un determinado fallo del juez; si bien ha de entenderse que no hubo de ser una práctica regular, convencional, ni cómoda³⁰⁹.

Bien es cierto que la idiosincrasia del sistema legal islámico, siempre en precario a causa de su distanciamiento deliberado con la estructura del poder temporal, no llegó a cuajar un sistema judicial e institucional estructurado- no al menos tal como en la actualidad se concibe-, de manera que el amparo judicial, incluso el que podríamos denominar *constitucional*, se hubo de llevar a efecto mediante la apelación a algún otro enjuiciador, e incluso a más de uno de ellos, de forma que un indeterminado sistema de recursos permitía, desde los tiempos clásicos, que el enjuiciado disconforme buscara una alternativa hipotéticamente satisfactoria³¹⁰; concretamente en el prestigio de alguno de los eruditos más reputados, generando de esta forma un lugar, más o menos técnico, para su propia protección frente a las instancias políticas y jurídicas, espe-

cialmente en los casos en que se trataba de un fallo judicial doctrinalmente no-pertinente, o susceptible de cuestionamiento.

Últimamente con la aparición, en el horizonte teórico del Derecho islámico, de los modos legales occidentales, las sociedades musulmanas empezarán a sentir la necesidad de disponer de un medio plenamente constitucional de apelaciones y garantías. Así el recurso informal al prestigio de un *sabio religioso* o *a`lím* alternativo al enjuiciador *recusado*, se institucionalizará como apelación a una serie de instancias oficiales, perdiendo -a nuestro juicio-, algo de la frescura clásica, que limitaba al medio ético/doctrinal estas cuestiones, en favor de un ordenamiento corporativista y estatalista; y también con detrimento de la agilidad e imprecisión que hacía original al sistema tradicional, en el cual la mayor garantía y caución descansaba en el temor teologal del juez a errar, o que se evidenciara el yerro mediante una opinión contrapuesta, que siempre había de ser de alguien más reputado jurisprudencial o doctrinalmente, que afectaba a la *probidad* ideal anteriormente mencionada, y su calidad de entidad espiritualista en la que se hacía descansar buena parte de la solvencia legal del sistema.

La imprecisión técnica en que esta cuestión se desarrollara en el pasado, y la posterior incorporación de los mecanismos administrativos, políticos y legales pertinentes, concretamente en el caso iraní actual, evidencia a nuestro entender hasta qué grado un sistema jurídico islámico, de raíz clásica, puede adolecer de los elementos que la simultaneidad con otros espacios culturales y de cosmovisión requiere³¹¹. A nuestro juicio ésta es una innovación en el sistema legal duodecimano, que si bien contradice la independencia que tradicionalmente conservaron los juristas y jueces religiosos, muestra cómo es posible, técnica y doctrinalmente, la incorporación de aquellos elementos que actualmente se presentan como *legalmente necesarios* para la cultura legal internacional, aún siendo ésta foránea a la usanza islámica, sin que ello suponga un grave inconveniente, ni dogmático ni epistemológico, para el sistema confesionalista, el cual, paradójicamente, se resiste a otro tipo

José Fernando García Cruz

de innovaciones jurídicas, tan factibles como ésta que glosamos, y posiblemente tan necesarias como ellas.

**Profilaxis social y cobertura teológica: la
previsión de la comisión de delitos
mediante el precepto clásico “*Imponer el
Bien e impedir el Mal*” frente al moderno
*Principio de legalidad***

Un importante aspecto de la identidad legal islámica descansa sobre la noción de profilaxis para con la sociedad confesional, la cual se concreta en la convicción de base doctrinal, de que la *Comunidad de los Creyentes* o *Ūmma* -sobre la cual el teólogo/jurista tiene un sentido esencialmente metajurídico, que le lleva a concebirla como la expresión de la idea superior de concreción y realización del Bien-, ha de ser preservada de todo aquello que pueda perturbar su condición de entidad ungida religiosamente y *vinculada con la deidad* o *Āmr muqadas*.

Tal necesidad de saneamiento social se percibe desde el *Kalâm* tradicional, y muy especialmente en su plano ideológico, a partir de un sistema argumental teológico, que partiendo de una muy directa y evidente referencia documental, procedente del Libro revelado³¹², pasa por un complejo y rico itinerario de exégesis y especulación intelectual³¹³ por parte de los juristas duodecimanos. De hecho, es una cuestión de tal relevancia histórica en lo que concierne a los aspectos penales de la legislación islámica, que podemos afirmar, con total rotundidad, que la normatividad misma, así como la interpretación de sus principios legales, se afectan determinadamente por la lógica discursiva que durante siglos ha recreado este principio clásico, el cual, siguiendo literalmente al

propio *Qurân* se enuncia como “la obligación de imponer el Bien e impedir el Mal”, que no es otra cosa que la célebre máxima: *Âmr bi- Âl-ma`arûf ûa nahî `an Âl-munkar*, u orden, vinculante doctrinalmente, de *aplicar* lo bueno y *rechazar* lo malicioso. Esta máxima, a causa de su procedencia coránica, da origen a un *libro* o *apartado* específico en el sistema legislativo clásico, en el cual se establecen las bases normativas más elementales, de entre las que regulan el **Deber** que cada devoto tiene, como tal creyente, tanto en el plano confesional como en el legal, de implicarse en las actitudes de policía y custodia de la salubridad general -en su dimensión religiosa, y en la política y social- que permitan salvaguardar a la *Ûmma* islámica de cualquier tipo de perjuicio, el cual -consecuentemente- se percibe como una expresión transcendente del Mal en su más pura dimensión ontológica, y siempre más allá de la mera tipificación delictiva.

En el ordenamiento clásico, este principio genérico delimitaba la frontera formal entre lo que se consideraba permisible legalmente, y aquellas acciones que estaban determinadamente prohibidas desde el sistema de fuentes³¹⁴, puesto que se indicaba que la primera parte de la formulación implicaba “*llevar a la Comunidad a la obediencia doctrinal*”³¹⁵, y la segunda sección suponía “*frenar la insubordinación frente a los mandatos divinos*”, siendo ambos los aspectos concomitantes de un todo indisoluble y complementario. En la derivación normativa y argumental que las *Ciencias Islámicas* tradicionales suelen aplicar desde las reflexiones dogmáticas, esta *obligación* legal aparece tipificada con el grado de “*ûâyib kifâit*”, que, como ya se mencionara, es aquella responsabilidad que vincula genéricamente “a todos los miembros de la sociedad creyente”, si bien decae como tal en el momento en que uno de ellos la implementa. Habitualmente se tiende a pensar que este tipo de deber doctrinal/legal es de inferior relevancia que aquél que se presenta tipificado como *personalizado* o *a`înî*, lo cual es un error de apreciación, puesto que el carácter genérico del *kifâit* amplía el espectro de los posibles actores en pro de la acción de policía y

fiscalización legal, lo que es una evidencia del sentido socializador que el *Fiqh* concibiera para la cuestión. De hecho, en el caso concreto de la actual legislación persa, las actuaciones de las modernas fiscalías han devenido en trámites que los propios juzgados asumen, de manera que el juez ve mermada su imparcialidad tradicional por cuanto el Estado le implica, con el falso pretexto de la antigua obligación doctrinal, en una función que debiera ser popular, o en su defecto específica de una instancia pública autónoma³¹⁶.

Otro aspecto importante de la tipología del *deber kifâit* reside en la circunstancia por la cual la exigencia de intervención en la preservación de la salubridad social, implica que el amonestador queda legitimado para exponer ante las autoridades jurídicas, acusatoriamente -*munkar*-, esa acción delictiva, lo que supone que un individuo que actúe como obstáculo o amonestador ante Lo malicioso se inviste de la legitimidad del *ministerio público* mismo, lo que en términos prácticos puede explicar por qué en el ordenamiento clásico no existía la figura procesal del moderno “fiscal”, quien ha de presentar la falta legal ante el juez para ejercer la acusación; ésta es, de esa forma singular, “popular”, especialmente cuando cualquier sujeto, por su condición de miembro de la sociedad está obligado por el principio que comentamos, y aparece como acusador legal para los actos reprobables que presencie, o de los que tenga conocimiento veraz.

De igual forma, la función de invocador hacia *Lo benéfico*, lleva a que los miembros de la Comunidad se sientan implicados en las que actualmente se podrían denominar “actitudes políticas preventivas” frente a la criminalidad. En definitiva, esta máxima aparentemente sencilla, guarda algunas de las claves que hacen de la sociedad musulmana un colectivo legalmente muy *asativo*, puesto que el sistema doctrinal prototípica genera en sí, y por sí mismo, las condiciones para solventar el efecto nocivo de los elementos adocinales que, de manera exógena, le puedan afectar. Nosotros lo comprendemos como un instrumento *metajurídico*, puesto que el carácter *ûâyib* o de *obligación* doctrinal supone que el observa-

dor del delito queda vinculado a éste por un nexo tanto ético, como religioso y espiritual. Esa dimensión espiritual la aporta el paralelismo que el *Kalâm* establece en esta cuestión entre el *Derecho divino -Haq Âl-Lah-* que *revela* la norma a la Comunidad y la consecuente implicación del creyente para hacer efectiva esa regla³¹⁷, tanto en su plano más activo, exhortando al Bien legal, como, por el contrario, prohibiendo lo que es jurídicamente reprobable o *âmrahârâm*.

Evidentemente, al presentar esta cuestión como algo que conlleva en su ipsidad un sentido metafísico, estamos asumiendo que se trata de un postulado completamente *idealista*, y sensible y arriesgado, por cuanto este tipo de nociones son muy frágiles si se articulan fuera de un ámbito de fe; lo que explica en qué medida, y por qué causa, tan a menudo esta formulación ha sido, y es, el refugio discursivo de las tiranías y sistemas ideológicos que, desde el propio mundo musulmán, se valen de la coartada literalista coránica para imponer sobre la sociedad -poco dispuesta a asumir los compromisos doctrinales que un principio de este tipo habría de llevar parejos- un ordenamiento confesionalista, ya que se sirven de la firmeza jurídica de estos preceptos, concebidos para un medio dogmáticamente muy comprometido, haciéndola degenerar en represión política. Una máxima de este tipo e implicación, parece innegable, solo tiene el valor metafísico y espiritual que enunciáramos en el caso de un medio social temeroso de la Fe y confiado en la bondad del Dogma doctrinal; de otra forma no puede ser más que una herramienta para el totalitarismo político/jurídico³¹⁸. Por otra parte, el sentido de “fiscalía” que la máxima confiere a la actuación preventiva de los ciudadanos creyentes en el Dogma religioso, ha de ser analizada y matizada, a fin de explicar qué papel *real* puede esperarse del individuo que, apelando al compromiso que se contiene en el *ûâyib kifâit*, ejerce de garante de la salubridad social.

Esta acción preventiva suponía que el sistema jurídico, como hemos indicado unas líneas antes, confiaba el *ministerio público* a los individuos preocupados por el orden religioso, quiénes hacían

suyo el *deber* doctrinal de velar por la salubridad de la Comunidad; no obstante, con el desarrollo del Estado integral³¹⁹, que tiene voluntad de copar todos los aspectos de la gestión judicial, ese ejercicio fiscal se ha desplazado a una instancia institucional y oficial, que relega el deber ciudadano a mera fórmula retórica; sin embargo, este orden oficial ha conservado el carácter vigoroso que la máxima había de tener cuando apelaba al compromiso de los creyentes, de tal manera que en manos estatales esa firmeza ha evolucionado hacia un fácil control gubernamental, aunque tintado de confesionalidad³²⁰. Nosotros estaríamos dispuestos a afirmar que, tomando para sí la fiscalidad de la sociedad, el Estado confesional “desislamiza” la Comunidad de los creyentes, por cuanto le retira uno de los elementos doctrinales que hacía que el individuo se sintiera implicado en el orden legal y espiritual. De alguna forma, se genera un proceso de una estatalización del mandato coránico, el cual, imitando la estructura procesal occidental, desarraiga de su referente clásico la moderna jurisprudencia de los nuevos estados islámicos.

En todo caso, esta sentencia coránica, como expresión técnica e imperativa del sentido de preservación del bien jurídico de *Lo espiritualmente bondadoso o socialmente benéfico*, se adapta notablemente a la formulación, convencional en Occidente, del *Principio (genérico) de la protección de los bienes jurídicos fundamentales*, puesto que tutela algunos de los aspectos cardinales de la convivencia social. Por otra parte, la máxima en cuestión lanza una llamada de atención para el sistema legal en torno al *Principio de culpabilidad*, dado que destaca como antidoctrinal -y consecuentemente anticomunal- cualquier acción que sea susceptible de reproche o rechazo social. Puesto que ambos principios mencionados, en el marco jurídico occidental se consideran como “sustanciales”³²¹, hemos de concluir que la observación que el analista ha de establecer en la comparación de ambos sistemas legales ha de basarse, consecuentemente, en la relevancia de la *sustancialidad* del principio coránico de “Imponer el Bien e impedir el Mal”³²², aún

en su sentido más genérico; superando, de esta forma, las lecturas reduccionistas que frecuentemente se han llevado a efecto sobre esta cuestión, las cuales han tendido a percibirlo como una expresión de mera radicalidad punitiva.

Sin embargo, el tercer gran principio de entre los que sustentan el ordenamiento penal europeo: el *Principio de legalidad*, no parece asegurarse a partir de esta máxima, posiblemente porque su carácter “formal”,³²³ y consecuentemente mediato, colisiona con el sentido *espiritualista* del mandato coránico que nos ocupa. El propio profesor Cuello indica que el aspecto de la infracción que se observa desde el *Principio de culpabilidad*, desde la Ilustración europea hasta nuestros días, es destacadamente “antimetafísico”, ya que Occidente lo concibe como un sistema de referencias para “*las infracciones del ordenamiento jurídico positivo por parte de quien pudo evitarlo*”³²⁴. Analizado de esta forma, se nos hace evidente que el sistema penal islámico, sustentado por el precepto coránico de la imposición del *Bien* y la prohibición del *Mal*, se distancia definitivamente de los planteamientos modernos imperantes en la cultura legal occidental, ya que en el primero se estimula un cierto planteamiento idealista y metafísico, avalado por el discurso del *Kalâm* clásico, que se desarrolla como cosmovisión *transcendental*, y que tiende a relegar la normativa positiva a un plano mecánico y *estructural* muy inferior, y en ningún caso lleva a ser capaz de producir una reflexión teórica y legal mecánicamente autónoma sobre lo que ha de ser *auténticamente*³²⁵ *correcto*.

Tal como lo perciben los juristas duodecimanos estos principios -laicos- se presentan como de imposible asunción para ellos, puesto que la escolástica entiende que el pragmatismo que los aplica se muestra voluntariamente “*Incapaz para la reflexión*” (sic), pues ese plano meramente *normativista* no puede, ni debe, delimitar aquellos aspectos de la realidad social que son netamente *transcendentes* -verbigracia: aquellos que son competentes para la delimitación del *beneficio jurídico superior del Bien frente al Mal*³²⁶ -, los cuales, para cualquier teólogo duodecimano, son sus-

ceptibles de detección y aplicación sólo por medio de la reflexión escolástica; de forma que, concluyen, la *positividad* de la mera norma penalista no puede asegurar ese *principio*, ya que en ambos sistemas no se observa el bien jurídico a preservar desde el mismo plano, ni existencial ni analítico; si bien el orden penal islámico puede coincidir con la *doctrina científica* europea en algunos aspectos, como es la garantía de prohibición de la Analogía, en el caso del peso de la costumbre histórica -la cual en el campo islámico es tanto la Tradición documental, que es fuente referencial indiscutible como ya evidenciáramos con anterioridad, como el consenso *histórico/social* o *u`rf-* y, posiblemente, de la Taxatividad, éstas se observan como garantías formales que no se pueden considerar esencialmente inseparables de la máxima de protección socio/doctrinal que procede de esa referencia coránica, puesto que ésta es muy genérica y, como tal, necesitada de una concreción sistemática, sólo factible desde el pensamiento doctrinal. Hay que recordar, no obstante, que en el propio ámbito jurídico europeo se ha tendido, en ocasiones especiales³²⁷, a superar políticamente este *Principio de legalidad* -por ejemplo, obviando las garantías de prohibición de las costumbres y del de la irretroactividad-, concretamente en los momentos históricos en los cuales se ha considerado que unas determinadas acciones -generalmente los crímenes de las últimas guerras- atentaban determinantemente contra la convivencia socio-política. Consideramos este criterio muy fácilmente asumible por su flexibilidad puntual, pero hemos de apuntar, en defensa y descargo de la rotundidad dogmática del planteamiento islámico -que no se centra especialmente en el Principio formalista de legalidad -que el planteamiento doctrinal que se infiere del mandato coránico, y por consiguiente su valor espiritual y metafísico, se acerca notablemente, y por igual, a la intención primordial de la protección del supremo bien de la *salubridad* -*sâlihah*- de la Comunidad, especialmente ante un hipotético *climax* de amenaza del orden *bondadoso*; peligro que no es otro que la presencia, e incluso la extensión, de la corrupción espiritual que viene a ser la *Delincuencia*; intención que en cierta medida se ha de asemejar a la generada

por el clima ético que el espacio legal occidental laico percibiera tras esas guerras, pero cuya perentoriedad parece haberse adormecido con la *normalidad* civil, ya que con ella la *formalidad* antimetafísica se ha enseñoreado de un espacio que el teólogo entiende como espiritual y complejo.

En realidad, y a la luz de nuestra última observación, podemos convenir que el hecho de que un sistema jurisprudencial se oriente -estructural o accidentalmente- por un sentido “metafísico”, y condicione a éste su observación de la realidad legal, y concretamente penal, guarda una importante relación con el carácter *combativo*, o militante que le confiriera el marco socio/ político que lo viene sustentando. En el caso europeo, los juristas han estado dispuesto a declinar algunos valores dogmáticos del Derecho, como el Principio de legalidad, al menos en sus aspectos formales, en momentos puntuales y bien determinados por los avatares históricos, y sobre la base de una etapa *militarizada* de la sociedad; pero en el caso islámico esa *militarización* resulta ser la disposición combativa esencial de la propia ipsidad islámica histórica, dispuesta para entender la existencia social como un ejercicio contendiente sistemático -el creyente entendido como soldado de la Fe-. De manera que no es fácil, desde el laicismo, reprocharle al sistema penal islámico su criterio para el ordenamiento de los principios esenciales y la disposición en prioridades transcendentales, más cuando este sistema tiene por base una Revelación, que el jurista duodecimano considera indeclinable frente a las tendencias de la Historia o las modas jurídicas. Formalmente la diferencia de concepción entre la legalidad tal como se expresa en el ámbito jurídico europeo y el estadio legal que sería equiparable en el espacio islámico radica, esencialmente, en el origen referencial del dogma jurídico, así como en la diferente evolución histórica de cada marco jurisprudencial. Para ambos casos la legalidad se puede concebir como la garantía de que el individuo no será perseguido ni sancionado con castigos no establecidos previamente por la ley; sin embargo, la génesis histórica de este criterio difiere para cada marco geo-cultural, pero, sobre cualquier otra cosa, se contraponen la divergente concepción de

qué ha de ser reprimido por el sistema legal, la cual es previa a la formulación de la norma. Por ejemplo, es difícil al teólogo duodecimano no referirse a ciertas formas de Analogía cuando se enfrenta a acciones que se tipifican no por su *forma* como acto sino por su *intención*; piense el lector en los denominados “nuevos delitos” *soportados* por los sistemas informáticos, como puede ser la pederastia infantil³²⁸, aún siendo ésta virtual y en la Red cibernética: en Occidente será delito, en caso de normativizarse la acción de la emisión u observación de ese tipo de material, pero para el jurisprudente islámico, la misma acción, aún a falta de tipo penal concreto, converge *intencionalmente* en un punto de la reflexión jurídica, y lo hace colisionando, con la orden de “No corromper”, que siendo radicalmente genérica y de origen coránico, prevalece como referente legal, por su rotundidad y consistencia, frente a la cuatela del *Principio de legalidad*, que ha de esperar a la creación formal de la norma penalizadora del acto.

Así pues, en cualquier sistema legal actual, sea éste confesional o no, este *principio* se reconoce formalmente, tanto constitucional como penalmente; no obstante, en el desplazamiento explícito que las normas legales sufren a causa de las *modas* históricas radica la resistencia de aquellos sistemas *estáticos* -esto es, los que se refieren a valores religiosos inalterables- para asumir efectiva y formalmente el *Principio de legalidad*, puesto que si no dudan del valor del *principio*, sí lo hacen de la fórmula misma de esa legalidad, que en muchas ocasiones ha aparecido impuesta por el código de valores que desde Occidente se considera universal. Por ello es interesante el matiz que Cuello plantea³²⁹ al diferenciar entre la asunción *formal* del principio y el respeto *efectivo* de éste.

Ese carácter “ultraformalista” es la piedra de toque del desentendimiento entre ambas concepciones jurídicas. Es fácil coincidir en los criterios tradicionales que delimitan el *Principio de legalidad*, pues en todo caso la garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, la relevancia de la voluntad previsorá frente al delito, y la atención a la dignidad humana frente a la culpabilidad,

son aspectos observados tanto por el edificio *shari`i* como por el espacio legal occidental. Sin embargo, la Culpabilidad, a la luz de la máxima de *Imponer el Bien...*, no se puede explicar como mero conocimiento de que determinada conducta está prohibida, y que además está sancionada penalmente, puesto que la apelación metafísica al Bien y el Mal ubica la cuestión en un plano complejo que no lo puede delimitar la mera normativa, sino que se ha de apelar al concurso de la *fitra* del individuo, anteriormente mencionada, ya que ésta recuerda a cada sujeto que la acción, más allá de la mera disposición al acto, tiene un valor trascendente por todos los seres humanos reconocible; de manera que no se podría hacer colisionar el *Principio de legalidad*, desde su dimensión de atención a la culpabilidad, con la convicción doctrinal duodecimana de que el acto y el actor son *buenos o malos* por sí mismos, con independencia del conocimiento que el segundo posea de la tipología legal del primero; lo cual no ha de entenderse como un lugar vacío para la arbitrariedad y el desamparo legal, dado que lo que se dirime es la culpabilidad ontológica del acto, nunca la imputabilidad, que se asegura como garantía, plenamente equiparable a cualquier otro sistema jurídico escrupuloso del derecho individual a no ser juzgado *ilegalmente*, valga el bucle argumental. A nuestro entender, el conflicto entre la legalidad confesionalista y la laica radica en la concepción de aquélla, previa a la normativa, de que el acto es *bueno o malo* con independencia del consenso cultural que en un momento histórico determinado alcance, de manera que se hace ocioso para el jurista/teólogo analizar si procede o no considerar la coherencia de la “prohibición de la indeterminación legal”, que sustenta el *Principio de legalidad* de la dogmática occidental. Claro está, que por parte del sistema duodecimano no se trata de negar que ha de haber una *norma concreta -lege stricta-* para cada cuestión punible, sino más bien de poner a recaudo el sentido de *Lo bueno y Lo malo*, y consecuentemente de lo punible y lo permisible; como tampoco debe ser un problema de taxatividad, puesto que la atención del *Ūsûl* en el sentido de asegurar la correcta interpretación de los documentos legales solventa esa posible reserva; más bien el con-

flicto reside en la dicotomía argumental que se observa por parte de las *tendencias doctrinales* a tutelar el *método jurídico*, cuestión que, por otra parte, Cuello³³⁰ destaca como uno de los aspectos que indican una cierta crisis en la concepción universal del moderno *Principio de legalidad*.

Cualquier observador que se acerque a esta cuestión, buscando un prototipo como ejemplo en la norma y la *legalidad* para destacar estas diferencias de concepción teórica, podrá encontrar, por ejemplo, en el delito de “escándalo público” un modelo de las sensibilidades contrapuestas que resultan ser el sistema confesional islámico y el laico *occidental*; dado que, frente a las normas concretas que delimitan *lo legalmente correcto*, se extiende -para el caso religioso- un difuso espacio de actos bondadosos y maléficos, que más allá de la casuística legal conforman el ámbito en el cual se pone a prueba el precepto coránico que llama al individuo creyente a reservar el Bien social e impedir el Mal; ámbito que sólo es comprensible para el analista foráneo al Islam doctrinal con una observación informada de la lectura metafísica que el teólogo/jurista aplica a las acciones humanas, para lo cual es necesario comprender previamente la importancia que la *intencionalidad* conlleva en la reflexión jurisprudencial islámica³³¹.

Epílogo

Hemos optado por finalizar nuestra exposición con una serie de reflexiones que destaquen algunos puntos de nuestro itinerario argumental, más que lo concluya o sistematice. Es deseable que llegado este momento, el analista recopile los logros y aportaciones de su observación, si bien en el caso del presente trabajo hablar de frutos y contribuciones nos parece una pretensión de desmedida soberbia, habida cuenta la extensión del asunto tratado; optaremos por, simplemente, destacar algunas de las cuestiones consideradas por nosotros como esenciales, y que muestran qué se puede encontrar si se establece una observación sobre la realidad islámica moderna, descargada de prevenciones historiográficas, en especial en lo que concierne a su concreción jurídica e institucional.

Es importante comprender que la Ley religiosa musulmana es aquello que se puede relacionar con la “revelación”; esto es: lo que se sustenta de forma teologal sobre principios esencialmente “metafísicos”, pues en términos religiosos esa Ley es la médula de todas las religiones reveladas, habida cuenta que los profetas transmitieron una norma genérica de conducta, y posteriormente los teólogos han descifrado el corpus teórico que se podía apreciar -léase: *deducir*- desde esas normas. Una sociedad articulada sobre esta base, pues, ha de observarse y considerarse como una organización institucional que difícilmente se apeará de un discurso legal así estructurado, ya que esa es la base esencial de su identidad. En primer lugar, dado que un planteamiento de ese tipo crea inevitablemente una vinculación de coherencia con la doctrina que lo origina, de forma que sus sostenedores actuarán de manera

sacramentada; y, en segundo lugar, ya que el esperar que se acepte un valor relativo para el referente metafísico, supone tanto como que se admita el cuestionamiento de la ipsidad misma de todo ese sistema religioso.

Hemos pretendido, destacando la Historia e itinerario intelectual del moderno pensamiento institucional islámico, exponer que éste es un sistema complejo, y cargado de ricos argumentos, los cuales en su contexto y cosmovisión son la esencia de la identidad cultural de los pueblos musulmanes. Identidad que comprendida habría de permitir penetrar de qué manera la recuperación del islamismo, como motivo político, explica el proceso de recuperación de la propia identidad que esos pueblos han vivido a lo largo del convulso siglo XX. Recuperación de esa identidad histórica, de base y matriz religiosa, que es una especial y específica forma de *weltanschauung*, tal como ha explicado recientemente Gema Martín Muñoz³³², concepción de la identidad que, por otra parte, supone por parte de las instituciones religiosas *islámicas* una determinada forma de *estar* en el concierto internacional, procedimiento y tono que condicionan argumentalmente las relaciones políticas y jurídicas de los elementos que animan al propio *Movimiento islámico*. En nuestro análisis hemos pretendido reflejar, por otra parte, la imagen que el *islamismo* mismo llega a poseer de la consistencia discursiva que el sistema doctrinal islámico ha construido en torno a sus presupuestos originales, que explica y justifica la actual correlación de fuerza que el elemento religioso posee en el entramado intelectual -en la cosmovisión, en definitiva- de los pensadores jurídicos y políticos musulmanes. Las ideas de éstos, sustentadas por una tradición, un bagaje y un acervo histórico, dan formas y límites a la realidad institucional y legal de los Estados y organismos, que muestra el tal *Movimiento islámico* actual al resto de la comunidad internacional. Conste que mencionamos ese “movimiento islámico” -como lo hemos hecho durante toda la exposición-, como una entidad -casi una figuración nominal-, imprecisa y difusa, pues así es percibido, que es una *entidad* evidenciadora de una cierta estructuración. Ella, en nuestra opinión, lejos de poseer un origen

orgánico, se alimenta de cierta auto-percepción de la identidad islamizante, basada sobre todo en la voluntad histórica de los *u`lâmah* para administrar la tradición religiosa.

También, creemos haber destacado la relevancia de la diferencia entre los conceptos de “Sociedad” y de “Comunidad”, cuando del ámbito religioso y cultural islámico se trata. La primera es la estructura antropológica que permite delimitar un colectivo y explicar sus instituciones y valores, un concepto jurídico y académico esencial; y, la segunda entidad que procede de un sistema discursivo que se observa a sí mismo mediante atribuciones transcendentales, especialmente porque se trata de un colectivo humano, el mismo que otros denominarán como “sociedad”, que en tanto en cuanto se califica a sí misma de *Comunidad*, con las resonancias y consecuencias complejas que ello supone, aporta a la reflexión aspectos metafísicos que sólo se comprenden mediante la remisión a los atributos aludidos, que son todos ellos filamentos argumentales del discurso religioso. Una *Comunidad* es una institución para la que se crean normas jurídicas y morales sobre la base de principios y valores incontestables, ya que sus propios atributos proceden matricialmente de la esencia espiritual de esos mismos principios; por el contrario, una sociedad es aquello para lo que una norma legal es simplemente un medio de ordenación de la cotidianeidad. Por ello se puede llegar a hablar de una *sociedad civil islámica*, pero nunca se formulará con consistencia conceptual la idea de una *comunidad civil islámica*. Por supuesto, pretender legislar para una u otra figura, aunque se parta de un mismo punto teórico, ha de llevar a posiciones netamente diferenciadas.

Se puede considerar como un elemento relevante de esta exposición, nuestra precisión sobre la presencia en el sistema académico musulmán de una cierta *ideodiversidad*, que habrá de imponerse como un signo en la confrontación que se aproxima entre las diferentes estructuras mentales que pueblan la comunidad internacional e intercultural. La sociedad civil laica occidental ha de ser consciente que la *islamidad* vecina y venidera es una entidad intelectual

tualmente muy diversa; esto es, que posee su propio código de valores históricos -olvidemos por un momento la base metafísica-, múltiple y diversificado, pues que es una/otra “cultura”, hija de un proceso histórico determinado, del cual hemos pretendido reflejar la variedad y riqueza de aspectos que han llevado al *islamismo* a lo que en la actualidad parece ser: un conglomerado desarticulado de sensibilidades y opiniones, pero con gran homogeneidad. Esta *ideodiversidad* supone que ese *Movimiento islámico*, gestor impreciso de la voluntad de *ser* de los musulmanes como tales, no es un todo uniforme, y que tampoco se puede esperar una confluencia uniforme de pareceres con los parámetros de corrección socio-política que hoy parecen administrar las relaciones entre sistemas culturales. La diversidad interna de ese referido islamismo es un factor determinante que ha de condicionar la evolución de la propia identidad islámica, y un elemento capital en la comprensión del fenómeno religioso musulmán. En relación con esta cuestión, deseamos puntualizar que en nuestra opinión un aspecto específico, y en especial relevante, de esa diversidad descansa en cierta forma de etnoculturalismo; se podría escribir incluso de *eticismo*, de la quiddidad de esa actual islamidad, puesto que los condicionantes étnicos están marcando algunos matices de importancia en la lógica interna de la nueva auto-percepción islámica. Si bien hemos insistido que la *shîa`* no debe su *ser* a la identidad nacional persa, ésta ha acabado por condicionar notablemente la identidad global de esa escuela doctrinal, especialmente a partir del maridaje entre ambas nociones, el cual tanto pesara en la evolución intelectual duodecimana, enlace sobrevenido y prolongado tras la época *safaûî*.

Otro de los aspectos que se pueden acentuar entre los puntos destacables de nuestra reflexión es el hecho de que el *Fiqh* actual padece una cierta acronía; percibimos una parada en el proceso renovador de sus estructuras metodológicas iniciado hace dos siglos. En nuestra opinión la línea soberanista que permitía a los teólogos pretender el poder político, ha descuidado el esfuerzo argumental con que Narâqî se iniciara en ella. Sentadas las bases

para articular esa fórmula doctrinal y legal, se percibe la falta de una mejor concreción del principio de la *Soberanía del Jurisconsulto*, tesis política que ha quedado donde *A`ûâi`d Âl-Îâm* lo dejara, pese a los esfuerzos comentadores de Jomeinî, los evidentes errores producidos en la experiencia revolucionaria iraní, limitan la credibilidad argumental mediata de la tesis, que aceptada académicamente por la práctica totalidad de los pensadores islámicos, es motivo de reservas y dudas a causa de la instrumentalización persa del caso. Para una escuela como la duodecimana, que en el pasado fue extremadamente escrupulosa en materia política, legal e institucional dejar pasar un error tan evidente como es la doctrinalmente desafortunada sucesión jomeinista, con las implicaciones dogmáticas que ello implica, supone colocar una tesis en teoría bien construida/deducida -como es la *Ûilâat-e Faquí-* en el plano del resto de los eventos históricos que jalonan el devenir musulmán, tan cuestionados desde el ya`farismo militante. En nuestra opinión, la escuela duodecimana, segura de su tesis política, aún ignora cómo ejecutarla. En ese “cómo” se encierran algunas de las cuestiones claves de la personalidad legal e institucional del sistema jurídico que hemos observado, el cual hoy se presenta como un método articulado a partir de una Teoría legal, el *Ûsûl Âl-Fiqh*, y como el fruto de un largo proceso histórico; Teoría que aún parece esperar el desarrollo de no pocas cuestiones, todas ellas importantes, dado que es un sistema metodológico en el cual los aspectos heredados del viejo sistema clásico aún presentan un peso argumental desmedido en relación con los elementos más modernos, desmesura que nosotros relacionamos con el valor referencial -dentro de la lógica escolástica de la escuela- entre las bases religiosas de los unos y los otros. Sirva como ejemplo el hecho de que en el sistema legal duodecimano actualmente se estudian aspectos mimimalistas de la realidad práctica religiosa -que son auténticos prototipos académicos de la realidad social-, de complejas resonancias legales y doctrinales, que han sido objeto de exhaustivos estudios y reflexiones eruditas y, sin embargo, que todavía aparecen lagunas técnicas incomprensibles en la reflexión, como es el

estancamiento técnico evidente en la aplicación de las herramientas lógicas, que se retrotraen a la herencia aristotelista medieval. En este terreno concreto, el esfuerzo teórico de las aportaciones metodológicas de pensadores como Jurrâsânî o Âs-Sadr contrasta vivamente con los materiales avicenianos con los que aún han de valerse los modernos jurisprudentes de la escuela legal *ya`farî*. El *Fiqh* ha llegado a un notable virtuosismo académico en debates como el concerniente a la obligación de los musulmanes de asistir o no a la oración colectiva de los viernes, y, sin embargo, se administra discursivamente en el mismo plano rudimentario de Tomas de Aquino y Alfonso de Castro en torno de la función legal y social de la pena de muerte en la legislación penal islámica.

Otro aspecto que deseamos destacar, de los que se pueden considerar como *deducibles* de nuestro itinerario analizador, es la cuestión del abuso del calificativo de “teocracia” que con poco rigor se suele verter sobre las instituciones islámicas. Parece evidente, que quien haya seguido las páginas precedentes habrá de aceptar que no se puede asumir la idea de que desde el *Fiqh* “el gobernante” sea la deidad, que tampoco es “el legislador” -*strictus sensus*-, ya que el papel que se confiere a la noción de Dios es el de *Fuente esencial del Derecho*, el referente metafísico último; sí es cierto que la unión entre los principios teóricos y las normas, y la atribución que se hace de éstas a la Voluntad divina, en el caso islámico es excepcional. Si prestamos atención a las formulaciones arquetípicas de M. Weber, el caso de la jurisprudencia religiosa musulmana, especial y muy concretamente el de la duodecimana, es un claro caso de “*cesaropapismo*”, en particular por tratarse de un sistema de gobierno y generación de normas en el cual la función *pontifical* -representación y encabezamiento del orden religioso- y la ostentación del poder temporal aúnanse en una misma entidad: el teólogo-jurista o *muytahid*, todo ello afirmado sobre la teoría política duodecimana; con independencia que el post-jomeinismo parezca conducir la prototípica experiencia persa en un vulgar caso de *clerocracia*, que a nuestro juicio no invalida ni la base doctrinal ni la legitimidad teologal de la tesis en torno a la soberanía del juris-

consulta, ni nuestro análisis.

El sistema legal *-Fiqh-* que ha llevado a la tradición clásica al estado actual de régimen legal gestor de la realidad social presente, es una entidad con una peculiaridad que define muchos aspectos del ser de esa islamidad. Si comparamos a ese sistema legal, con la moderna informática de desarrollo, entenderemos que siendo éste siempre el mismo, se nos presente de tiempo en tiempo como una “versión” renovada, que hereda el prototipo constitutivo del modelo, los atributos esenciales del “programa” original, formando un todo-continuo al que va incorporando nuevos aspectos, que lo vinculan con la realidad de cada periodo, época o contexto. El desfase entre la acronía que hemos mencionado y el sistema de *versiones* que explicamos ahora se produce a causa de las limitaciones discursivas de la ortodoxia teológica *-kalâm-*, que evolucionando muy lentamente no permite al sistema jurídico acompasar con plenitud su marcha con la realidad. No olvidemos que se trata de un medio metafísico, y no puede pensarse en desligar el quehacer jurídico con el pensamiento escolástico. Así, ha de destacarse el *Fiqh* como una unidad estática a través del tiempo, un palimpsesto que se rehace generación a generación, una entidad que siguiendo la imagen informática podríamos calificar como “*ecránica*”, ya que este galicismo parece sintetizar, en el moderno argot ciberespacial, algunos matices de lo que estamos apuntando, a saber, una entidad que presentándose en cada versión huérfana de una perspectiva sobre su origen y pasado, no es, no obstante, concebible sin él.

Finalmente, debemos anotar que el espacio penal del sistema legal islámico -que nos ha servido como ejemplo explicativo de algunos de los aspectos concretadores de las teorías jurídicas expuestas, y del devenir histórico desarrollado- es un área jurídica especialmente interesante y valioso para ilustrar nuestras opiniones, pues ese *hudûd* o sistema de penas, por ser un sofisticado entramado de principios doctrinales, y tratarse de una normativa doctrinal deducida y técnicamente inducida, muy condicionada por los aspectos netamente historicistas y etnoculturales, que le confieren

el valor prototípico con que lo hemos usado para nuestros propósitos expositores. De todos los aspectos del Fiqh, esta área legal es la que más se ve afectada por la consideración de algunos pensadores musulmanes, que ponen en cuestión diversos aspectos de la aplicación normativa islámica, sobre la base de que ésa solo es coherente y doctrinalmente correcta en el caso de que su gestor sea un Infalible; en este espacio legal la *sucesión* de los *u`lâmah* y su derecho/deber de desarrollar las funciones de un Imam tiene un delicado banco de pruebas, puesto que la penalidad es el rasero dogmático-jurídico que calibra el poder y legitimidad de las instituciones. En nuestra opinión, el *hudûd*, pese a toda su hipotética carga formal acrónica, es un ejemplo de pertinencia discursiva en el contexto legal islámico, pues es un espacio normativo especialmente purista respecto de la tradición clásica; aunque se hace evidente que la ejecución de un sistema penal por parte de un Estado temporal, adolece de algunos de los atributos metafísicos que la tradición escolástica musulmana reserva al impreciso cuerpo de jurisprudentes. Por otra parte, esa fidelidad discursiva si bien es un interesante aspecto para el observador especializado, no parece un caso de bondad dogmática, pues denota un defecto de la legalidad: el desfase entre esa norma y su base confesional y la realidad que administra; diferencia que se hace patente en la conservación de un sistema penal tradicional, concebido para una comunidad confesional que, no obstante, acaba por ser administrado por un Estado, que en muchos aspectos no guarda ninguna vinculación real con el gestor *legítimo* de su hipotético planteamiento jurídico original; desajuste que por todo ello termina por hacer notable la reserva que, desde cierta lectura del Principio de Legalidad, se puede cernir sobre un sistema penal dogmáticamente descontextualizado.

Notas

- 1 BEHYAT, M.T.[Âiat-âllâh]: *Taûdîh-e Âl-Musâi`-e*, Qom: Daftar-e Mua`zhim-e lahu, 1375 H. sh., p. 7.
- 2 PIZZORUSSO, Alessandro: *Curso de Derecho Comparado*, Barcelona: Ariel, 1987.
- 3 Citado por SCHACHT, J.: *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford (U.K.): Oxford University Press, reimp. 1979, p. 59.
- 4 DELCAMBRE, Anne-Marie: *Mahomet, La parole d'Allah*, París: Gallimard, 1987, p. 161.
- 5 ZUBIRI, Xavier: *El problema filosófico de la Historia de las religiones*, Madrid: Alianza/Fundación Zubiri, 1993, p. 59.
- 6 *Ibidem*, p. 144.
- 7 KAUFMAN, Arthur: "Filosofía del Derecho. Teoría del Derecho. Dogmática jurídica". En *Pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. A. Kaufman y W. Hassemmer [tr. G. Robles Monchón], Madrid: Debate, 1992.
- 8 WEBER, Max: *Sociología de la Religión* [ed. Enrique Gavilán], Madrid: Istmo, 1997.
- 9 *Ibidem*, p. 107.
- 10 Definición procedente del *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid: R.A.E., 1984, t.I, p. 277.
- 11 WEBER, M.: *Sociología de la...*, p. 108.
- 12 Recuérdese que Muḥammad se traslada a la ciudad de Medina desde La Meca a instancias de los medineses que le ofrecen la autoridad sobre la región de Yatrib. Sobre estos aspectos de su biografía se puede consultar en castellano, entre otros: LINGS, Martin: *Muhammad. Su vida basada en las fuentes más antiguas*, Madrid: Hiperion, 1989. y SUBHANI, Ya`far: *Luz de la eternidad. Vida del profeta Muhammad (PBd) e historia de los orígenes del Islam*, Buenos Aires: Ât-Tauhid, 1989.
- 13 WEBER, M.: *Sociología de la...*, p.111.
- 14 *Ibidem*, p. 113.
- 15 *Ibidem*, p. 114.
- 16 *Ibidem*, p. 332.
- 17 Modernamente, el paladín académico de este planteamiento, especialmente en lo que a la práctica legal concierne, será Muḥammad Bâqir Âs-Sadr, mediante su formulación de la tesis del derecho divino a ser obedecido o *Ḥaq Âl-*

Ītā a`t, posición técnica que alterará sensiblemente los planteamientos clásicos que sostenían que la ignorancia de la norma era motivo de falta de responsabilidad en la acción, de forma que para los caso de duda o ignorancia positiva, su posición será la de imponer una prevención activa a fin de no lesionar el divino derecho a que la norma se ejecute en cualquier caso o circunstancia. Véanse unos modernos comentarios en: ĪSLAMĪ, Redā: *Qawā`id-e Kolliy-e Istenbāt. General Rules of Inferenc*, Qom: Center of Publications of The Office of Islamic Propagation of the Islamic Seminary of Qum, 1997.

18 *Ibidem*, p. 340.

19 *Ibidem*, p. 340.

20 *Ibidem*, p. 433.

21 MỤTĀHARĪ, Murtaḡa: *Āshenâ-ie bâ U`lûm îslamî. Ūṣûl-e fiqh - Fiqh*, Teherán: Ṣadrâ, 1374 H. sh., p. 13.

22 Puesto que con frecuencia aparecerá este término en nuestra exposición, parece oportuno que se fije su sentido técnico en el contexto *ûṣûlî*. El *Dalîl* o el argumento es aquello de lo que el jurisconsulto se sirve para *descubrir la realidad* del juicio legal; se presenta en el orden legal en contraposición al *ûṣûl práctico*, el cual solamente ubica al individuo en una posición de compromiso frente a la obligación de un acto determinado, sin concederle certeza de la corrección o idoneidad del auténtico juicio. Se parte para su aplicación del principio de que todos los actos han de tener una posición doctrinal a adoptar, la cual es independiente y concreta, residiendo tal posición en el juicio que se emite y sobre el acto. Queda, pues, la cuestión no pequeña, por desvelar (*Kashafa*) del juicio concreto, el cual se diferenciará por su grado de certeza o incertidumbre sobre su realidad, que será categórico o contendrá un grado de duda o reserva, siempre relativa a la solidez del argumento que apoya el juicio, tal como sucede con los juicios establecidos mediante *Īmârât*. Esta relación del argumento con el juicio que le sigue, se puede clasificar en cuatro grupos:

- a) El argumento que aporta certeza en la *no-actuación*, de forma que la base de la acción es inhibitoria del acto o negativa frente a éste, en definitiva, es el argumento que prohíbe el acto de forma explícita.
- b) Argumentos que apoyan con certeza la realización de la acción de la que se ocupan, y establecen una obligatoriedad para la acción.
- c) Aquellos argumentos que *no* permiten fijar el acto, en tanto en cuanto no llegan a ser categóricos, aunque si lo son para dejar una libertad formal (*zhâhirî*) ante el acto. Son aquellos casos en los que el jurista no encuentra las bases para la obligación, y la elección ante la acción supone una elaboración de tipo intelectual -esto es, el jurista tiene como única base argumental su propia capacidad lógica, pues el argumento legal no es explícito respecto a la concreción del acto, tanto en sentido positivo como clasificador-; son los caos en los cuales se recurre a los mecanismos propios del *Ūṣûl* teórico, que suple las insuficiencias producidas por los accidentes históricos habidos por las fuentes y por tanto las limitaciones en los argumentos legales categóricos; así pues, se podrá recurrir a la disculpa ante lo ignora-

Una exposición del Derecho Islámico

do o recurrir a los repertorios de las *noticias únicas*.

- d) Son los casos en los cuales, como en el anterior grupo, el jurista carece de bases para fijar el juicio, ni en el sentido de la acción -obligación-, ni en el de la inhibición del acto -prohibición-, no habiendo tampoco espacio argumental suficiente para optar por la libertad de acción formal, dado que la duda es de considerable relevancia. Duda que tiene que ver sobre la idoneidad de los argumentos de que se dispone o sobre el sentido semántico o concreto del mensaje de la fuente.

En el plano formal los argumentos documentales son susceptibles de ser clasificados en: *Legales*, cuando apoyan una norma concediéndole certeza sobre la corrección del juicio. Estos a su vez serán divisibles en:

- *Literales* o procedentes de expresiones lingüísticas (*lafzhî*), esto es, son aquellos para los que se dispone de una expresión verbal o literaria textual concreta, bien procedente del *Qurân* o de las tradiciones consideradas legalmente válidas. Éstos son los que nos ocupan en la primera sección de la Teoría general de la Ley.

- *No-literales*, que suelen ser los actos observados a los Infalibles, incluidos sus silencios aprobatorios de las acciones realizadas por otros individuos en presencia de ellos dado que en caso de que asistiesen a una acción legalmente errónea tenían el deber doctrinal de proceder a la corrección.

- *Intelectivos*, cuando se somete la norma al análisis del intelecto jurídico -sin apoyo en fuente alguna- con la finalidad de establecer una previa ubicación del contexto del argumento, a fin de completar el valor del mismo (el ejemplo clásico es el de los prolegómenos necesarios para la acción, que por su carácter de necesarios el intelecto los tipifica como obligaciones vinculadas a la acción).

23 MUTAHARÎ, M.: *Op. cit.*, p. 16.

24 Ver: WHEELER, Brannon M.: *Applying the canon in Islam*, Albany: State of N. York University Press, 1984.

25 La edición de *Kifâiat Âl- Úsûl* que seguiremos a lo largo de nuestra exposición es la versión "*oficial*" de la actual Universidad Teológica de Qom, ya que es el texto que en la actualidad se aplica para la enseñanza de la materia, tanto en las clases de explicación de ésta, como en los cursos superiores -similares al postgraduado de las universidades occidentales- en los que se comenta y analiza con profundidad la metodología legal. No obstante, hemos podido encontrar algunas importantes omisiones en este texto, impreso a expensas de la actual dirección de la Universidad qomí, faltas que en su momento serán objeto de análisis en esta exposición por cuanto resultan muy interesantes e ilustrativas del estado de la cuestión en torno a la Teoría del Derecho islámico que nos ocupa; para suplir estas ausencias del texto hemos seguido también en nuestro análisis una edición facsímil de la obra tal como se imprimiera hace bastantes años -nos es imposible precisar cuándo-, en los días en que se editaron libros mediante la impresión en planchas en piedra, las cuales se fijaban a mano con una técnica similar al grabado que hoy se utiliza de forma

- artística. Véase: ÂL-JURRASÂNÎ, Muḥammad Kâzhim: *Kifâiat Âl- Ūṣūl*, Qom: Daftar-e Întisharât-e Îslâmî, 1415 H.q., para la versión moderna del texto, y para la edición facsímil: ÂL-JURRASÂNÎ, Muḥammad Kâzhim: *Kifâiat Âl- Ūṣūl* [ed. Mirzâ Âbû Âl-Ḥasan Mishkinî], Teherán: Kitâbfurûshî-e Îslâmî, 1372 H.sh.
- 26 Véase: WAKIN, Jeanette: *The function of documents in Islamic Law*, Albany: State of New York University Press, 1972.
- 27 Sobre la estructura clásica del sistema documental se puede consultar: ÂSGARÎ, A`bd Âl-Lah: *Sherḥ-e fârsî bar Ūṣūl-e Fiqh Sheij Muḥammad Redâ Muzhafar*, Qom: Nâsir, 1368 H.sh., t.I, págs. 27 y ss.
- 28 Su significado lingüístico y genérico es el de: “*extracción de agua desde un pozo o lugar que suponga las entrañas de la tierra*”. Para el uso que en el *Ūṣūl* se hace de este término, el sentido lingüístico es una afortunada imagen de lo que se pretende con el *Îstinbât*, ya que se trata de extraer el sentido o esencia lidad de las fuentes del juicio. Si el *lytihâd* es un método, una “intención” de trabajo regular sobre la materia, el *Îstinbât* es ese trabajo en acto efectivo, o lo que es igual, la “tecnología” de la *deducción* del juicio. Decimos *deducción* como traducción más adecuada al término, por cuanto lo que con él se pretende es la obtención, previa reflexión, del resultado de esa metodología, que en el *Ūṣūl* no es otro que el juicio u opinión legal.
- 29 Véase: ÂS-SADR, Muḥammad Bâqir: *Durûs fi l`Im Âl-Ūṣūl*, Qom: Daftar-e Întisharât-e Îslâmî, 1415 H.q., t.I, sec. *Âl-Halaqat Âl-Ūlâ*, p. 41; y t. I, sec. *Âl-Halaqat Âz-Zâniat*, p. 159.
- 30 Algún ejemplo español: PECES-BARBA, Gregorio: *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986; y VILAS NOGUEIRA, J.: “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”. En *Revista de estudios de Derecho Constitucional* nº 12, 1984, págs. 87-102.
- 31 Ver: SADATEYAN, J.A.: *Linguistic Investigations of the Style and Structure of the Quran*, Teherán: Hadi, 1992; NIDA, E. A. *Semantic Componets in Translation Theory*, Londres: Cambridge University Press, 1971; y KASSIS, Hanna E. y KOBBERVIG, Karl I.: *Las Concordancias del Corán*, Madrid: Instituto Hispano-Árabe de Cultura, 1987.
- 32 Véase: ÂS-SADR, Muḥammad Bâqir: *Our Philosophy*, Qom: Ansariyan, 1987, págs. 322-323; CORBIN, Henry: *Historia de la Filosofía Islámica*, Madrid: Trotta, 1994, p.37 y ss; y *La Philosophie iranienne islamique aux XVIIIe. et XVIIIe. siècles*, Paris: Buchet/Chastel, 1981, p. 71 y ss; MUDAFFAR, M. R.: *Las creencias de los Imamitas*, Beirut: Fundación Imam A`lî, s/d, p. 68.
- 33 RAWLS, Jhon: *Teoría de la Justicia*, Madrid: F.C.E., 1979, p. 21.
- 34 *Ibidem*, p. 22.
- 35 *Ibidem*, p. 23.
- 36 DILTHEY, Wilhelm: *Teoría de las concepciones del mundo*, Madrid: Alianza, 1988.

Una exposición del Derecho Islámico

- 37 *Ibidem*, p. 50.
- 38 *Ibidem*, p. 54.
- 39 DILTHEY, Wilhelm: *Introducción a las ciencias del espíritu*, Madrid: Alianza, 1986, p. 214.
- 40 YA' FARĪ, M.T.: *Falsafeh-eie ba hadaf-e zendekī*, Teherán: Qadiānī, 1375 H. sh., p. 108 y ss.
- 41 VERMALL, Juan Luis: *La crítica de la Metafísica en Nietzsche*, Barcelona: Anthropos, 1987.
- 42 *Ibidem*, p. 161.
- 43 GRIMM, Rüdiger: *Nietzsche's Theory of Knowledge*, Berlín/N.York, 1977, t. XII, p. 9.
- 44 VERMALL, *La crítica de la...*, p. 163.
- 45 El estudioso occidental tiene una buena aproximación a esta interesante cuestión escolar en: HASAN, A.: *Analogical Reasoning in Islamic Jurisprudence. A Study of the Juridical Principe of Qiyas*, Islamabad: Islamic Research Institute, 1986.
- 46 De *Así habló Zaratustra*, citado por: VALHINGER, Hans: *La voluntad de ilusión en Nietzsche*, Valencia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1980, p. 167.
- 47 Véase: FOUCAULT, Michel: *A verdade e as formas jurídicas*, Río de Janeiro: Verdade, 1978.
- 48 Un ejemplo muy interesante de la aplicación de este criterio metodológico lo podemos observar en una obra moderna que analiza una cuestión clásica. Muḥammad Bâqir Âṣ-Sadr en su *Comentario al clásico de Saïd Ṭabâṭabâi*, diferencia entre el juicio del agua destinada a las abluciones rituales, de cuya pureza se puede tener certeza o de la que solamente se puede presumir la pureza. Para el segundo caso -que es el interesante a nuestro ejemplo-, el autor recomienda que se obvie cualquier tipo de reserva cauta, y se conceda el juicio de pureza sin reservas, aún careciendo de certeza, esto es de relación directa con lo *verdadero* de la situación, y argumenta su opinión sobre la base *ûṣûlī* que supera este matiz en favor de permitir un ordenamiento integral, frente al clásico que estaba fragmentado entre los juicios documentalmente apoyados y los de elaboración jurisprudencial. El caso del agua pura es extrapolable a una gran cantidad de situaciones legales, en el marco de una teoría de la Ley asentada en el esfuerzo por armonizar ambos tipos de bases legales. Véase: ÂṢ-SADR, Muḥammad Bâqir: *Buhûz fī Sherj Âl-Urât Âl-Ûzqâ*, Nayaf: Īsmâ'î liân, 1408 H.q., p. 43.
- 49 Véase: SAN ANSELMO: *Obras Completas*, Madrid: B.A.C., 1967; LEFÈVRE, G. *Les variations de Guillaume de Champeaux et la question des universaux*, Lille, 1956; COPLESTON, F.: *Historia de la Filosofía. De S. Agustín a Escoto*, Barcelona: Ariel, 1982, p. 143 y ss.

- 50 JOMEÎNÎ, R.: *Manâhiy Âl-Ûsûl i' lâ l' Im Âl-Ûsûl*, Teherán: Mua` saseh-eie Tanzîm-e ba Nosher-e Âzâr-e Âl-Îmâm Âl-Jomeînî, 1414 H.q.
- 51 JURRASÂNÎ, Âl-Kifâiat..., Qom, p. 23.
- 52 En ningún caso este planteamiento colisiona con la siempre controvertida cuestión de las *analogías* o *qîâs*, que en el contexto doctrinal duodecimano es técnicamente despreciado, no así en el de las escuelas legales sunnitas; cuestión ésta sobre la que ya comentamos en qué forma suponía un aspecto relevante y peculiar de la práctica legal *ya`farî*.
- 53 JOMEÎNÎ, R.: *Manâhiy...*, p. 47.
- 54 JOMEÎNÎ, Mustafâ: *Tahrîrât fî Âl-Ûsûl*, Teherán: Ûazârat-e Âl-Zaqâfat ba Âl-Îrshâd Âl-Îslâmî, 1407 H.q., p. 42.
- 55 ÂS-SADR, M.B.: *Durûs...*, t.II (sec. 3ª : *Âl-Halaqat Âz-Zâlizat*), p. 10.
- 56 PEIRCE, Ch. S.: "Deuz letters à Lady Welby sur la phanéroscopie et la semiologie". En *Revue de métaphysique et morale*, nº 4, 1961, p. 412. Véase también sobre este planteamiento: CASSIRER, E.: *La filosofía de las formas simbólicas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971; RICHARS, I. A. y OGDEN, Ch.: *El significado del significado*, Buenos Aires: Paidós, 1964.
- 57 Una clásica exposición de la teoría desarrollada por los filósofos de la tendencia *Mashâ`* tras *Mullâ` Sadrâ* se puede hallar en la obra de *Mullâ` Hâdî Sabziûârî*, aunque posteriormente *Tabâtâbâi* y *Muṭaharî* han expuesto en términos más actuales los principios generales de la escuela. En relación con la sección que nos ocupa, dedicada a la estructuración que estos filósofos establecen sobre la relación conocimiento-conocido-conocedor, y las variaciones y relaciones que encuentran en ello se puede consultar: SABZÛÂRÎ, Hâdî: *Sherj Gurar Âl-Farâi` d` îa Sherj Manzhûmat Hikmat*, Teherán: Tehrân University Publications, 1991, págs 116 a 170., [de esta obra se puede encontrar una versión en inglés, del texto sin los comentarios, traducida por el profesor Izutsu: MOHAGHEGH, Mehdi y IZUTSU, Toshihiko: *The metaphysics of Sabzavari*, Teherán: Tehrân University Publications, 1991]. Consúltese también: TABÂTABÂÎ, M. H.: *Ûsûl-e falsafeh ba raûash-e Rea`âlisim*, Qom: Daftar-e Întishârât Îslâmî, s/f, t. I, págs 479 a 548, y MUṬAHARÎ, M.: *Sherj-e Manzhûmeh*, Qom: Sadr, 1374 H.sh., págs. 221 y ss.
- 58 LANKARÂNÎ, Fâḍil: *Âidâh-e Âl-Kifâiat*, Qom: Âmîr, 1374 H.sh., t. I, págs 42 y ss; *idem*, *Mubâhez-e ûsûlî*, Qom: Daftar-e Întishârât Îslâmî, 1373 H. sh. En relación con la tesis contraria, la cual consideramos muy acertada, mencionaremos que considera que las partículas gramaticales tienen una función *conectora*, algo similar a la función veritativo-funcional de los conectores lógicos tal como Frege los planteara, puesto que los partidarios de no minimizar la importancia y autonomía de las partículas consideran que éstas permiten las relaciones lógicas entre los enunciados, los cuales están estáticamente situados en sustantivos y formas verbales que dependen en gran medida del significado de los conectores. Pensamos que en la base de este planteamiento se pueden encontrar algunas de las tesis de lo que actualmente se llama *lógica*

Una exposición del Derecho Islámico

conectiva, proposicional o de orden cero, que en el contexto islámico se intuye en la obra de Sabziûârî. Ver: HASANZÂDEH ÂL-ÂMULÎ, Hasan: *Sheh Âl-Manzhûmat. Qism Âl-Mantiq*, Teherán: Nashrinâb, 1416 H.q., t.I, p. 96.

59 Un ejemplo aporta Jurrasânî para enfatizar la cuestión de las partículas gramaticales, el caso de “*min*”, que significa “desde”; sobre ella hace observar que es una noción situada en un *espacio mental* completamente neutro, ya que éste, desde siempre, necesita algún otro referente de tipo gramatical para tener vigencia, algo que, al menos, nos indique el “inicio” de la relación. Como buen filósofo formado en la escuela *Mashâ`* consideraba que la relación entre entidades sólo es posible después de la *existenciación* de esas entidades, que son previas y definen el conjunto que entre ellas y la relación, ahora una entidad más en la ecuación mental-. Para Jurrasânî esa *relación mental*, que la partícula árabe *min* necesita, se establece entre las preposiciones, tanto las que en la gramática árabe son enunciativas o *Jabarîat* como en las que indican *espera o deseo de una acción o Înshâîit*; considera que ambas son similares, salvo por el matiz que las primeras actúan sobre una realidad ya verificable, y las segundas presentan una intención o *Qasd* de la acción. De igual forma, en el caso de los *demostrativos* o *Îsm Âl-Îshârat* se plantea la cuestión de esa ubicación mental del mensaje que los términos por sí mismos aportan, especialmente cuando están aislados de un contexto discursivo; el demostrativo, por sí mismo, dice nuestro autor es una palabra vacua, necesitada de algo más, al igual que sucede con las partículas gramaticales; sin embargo, reconoce que tienen un carácter especial, que radica según él, en la intención de uso que se les prevé, en la capacidad de concretar o individualizar -de personalizar o *tashajjusat*, escribe Jurrasânî-, que indica que en su esencia hay un sentido o *ma'nâ*, lo cual evidencia que la significación no se la aporta la relación con otra palabra sino que la relación activa el sentido que guardan dentro, de manera que el valor semiótico de las partículas y demostrativos será de un tipo pasivo, necesitado de otro para su activación, frente a los verbos, en todas sus formaciones, y los sustantivos que tienen el sentido activo. Por todo esto, asume que es susceptible de abrirse un debate, que inevitablemente ha de ser filosófico sobre el carácter del significado de los términos lingüísticos; no obstante, ese debate lo cifra en la cuestión semiótica de la *esencia* del mensaje y de la *función* de éste, y más en concreto de la funcionalidad de los términos en él.

60 Sobre la situación planteada en torno a los debates lingüísticos y sus repercusiones en el pensamiento teológico puede consultarse: PELLAT, Ch.: “Abbassid belles-lettres”. En *The Cambridge History of Arabian Literature*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 78. El profesor Buendía, en su introducción a la obra de Yahiz, menciona como en los primeros momentos del desarrollo del árabe como lengua franca de los pueblos islamizados, los filólogos, especialmente los de origen persa y andalusí, frecuentaban en las rutas y ciudades comerciales, los espacios dedicados al tránsito de caravanas o *mirbâd*, más en concreto, el populoso de Basora, a fin de rescatar de los beduinos puros el sentido correcto y más nítido de buena parte de las expresiones que, provenientes del acervo ancestral arábigo, eran motivo de controversia entre los pensadores y literatos. Fue de singular importancia la polémica, por largo

tiempo sostenida, entre los gramáticos de Kufa y los de Basora, representando los primeros, las posiciones más clásicas en la interpretación de los sentidos de los términos, por ser defensores de los métodos tradicionales de exposición de la lingüística, y siendo los basríes liberales en la asunción de diferentes sentidos para las palabras, siempre dispuestos a contemplar influencias foráneas al árabe coránico y al tribal, si ello permitía ampliar el uso aceptado de algunas palabras. Ver: YAHÍ: *Libro de la cuadratura del círculo* [ed. Buendía Pérez], Madrid: Gredos, 1998, págs. 9 y 10.

- 61 Véase: ÂS-SADR, Muḥammad Bâqir: *Durûs fi l'Im Âl-Ûsûl*, Qom: Daftar-e Intishârât-e Islâmî, 1415 H.q., t. I, sec. Âl-Halaqat Âz-Zânîat, p. 171.
- 62 JOMEÏNÎ, Mustafâ: *Tahrîrât fi Âl-Ûsûl*, Teherán: Ûzârat-e Âl-Zaqâfat ba Âl-Îrshâd Âl-Islâmî, 1407 H.q., págs. 45 a 77.
- 63 ÂS-SADR, Muḥammad Bâqir: *Durûs...*, sec. Âl-Halaqat Âz-Zâlizat, p.37.
- 64 Ilustra la importancia, que tiene lo arriba mencionado en el ámbito de las normas positivas islámicas, el hecho de que hay una cuidada atención legal en torno a la utilización, incluso al manejo físico, que se hace del texto impreso del Libro, siempre desde la perspectiva de las nociones de decoro que el *Fiqh* contempla en su primer libro dedicado a la pureza ritual. Véase: JOMEÏNÎ, R.: *Las leyes prácticas del Islam*, Buenos Aires: At-Tauhid, 1986, págs. 18 y 19, artículos nº 135 a 140; HUSAINI SISTÂNÎ, A' lí : *Las Leyes Prácticas del Islam*, Beirut: Fundación Imam `Alî, 1999, [fasc. 1], págs. 58 y 59.
- 65 SATZ, Mario: *El Judaísmo. 4000 años de cultura*, Barcelona: Montesinos, 1987, p. 19.
- 66 Este concepto engloba todo lo que es *genérico* o *absoluto* en relación con el sentido de un texto que sirve de argumento para la conformación del juicio legal. Se ha de explicar en contraposición a lo que concreta o precisa el sentido del texto, esto es, frente a la matización -que viene aportada por una *qarînah*-. *El Îtlâq*, pues, globaliza la información de la noticia recibida.

El sentido genérico de un texto, en tanto en cuanto es un sentido sin limitación de matización alguna, lingüísticamente puede presentarse por medio de:

- Un *indefinido* gramatical -*nakira*- o un *nombre de género* -*ism-ul yins*-, cuando la referencia se hace de un *individuo* del que no se precisa su identidad.
- Con la indicación de un *estado*, de forma que cualquier individuo, sin concreción alguna, que sea susceptible de incluirse en él, queda a cubierto del sentido genérico definido por dicho estado.
- O por la presentación de la frase en sentido que evidencie obligación global, esto es, para todos los individuos sin distinción -ésta es la denominada obligación concreta que vincula a todos los miembros de la comunidad o colectivo-; tal es el ejemplo de la orden de rezar que por ser genérica no comporta limitación respecto a los elementos a los que obliga. Obsérvese que en este tipo de obligación se puede entender una implicación muy amplia, tanto que se acaba por estimar un sentido globalizador pues

Una exposición del Derecho Islámico

los elementos que serían objeto de excepción necesariamente han de ser menos que los obligados.

De forma que se puede decir que, paradójicamente, el sentido genérico para un enunciado es una suerte de concreción, puesto que hay que descontar los elementos excluidos por matices, de forma que se elude la concreción limitada a un segmento de los individuos que se pueden relacionar con el sentido del texto.

Tradicionalmente para los teóricos del *Ūsŭl*, el *Ītlâq* de una frase venía evidenciado por la simple ausencia de limitación, siendo esta característica suficiente para afirmar el sentido genérico del mensaje. No obstante Bâqir Âs-Şadr introduce una innovación, que muy matizada, concluye en el mismo punto en que se encontraban los estudiosos del *Ūsŭl*, pero que permite precisar más y mejor el valor y carácter de lo genérico para el sentido de un texto. Él considera que el *Ītlâq* se puede afirmar a resultas de verificar la inexistencia de limitación, y además. De la verificación de que el texto posee -en claridad- lo que se denomina *qarinat-ul-hikmah*, que no es sino el sentido o *intención* que el emisor pone en su mensaje, genérico para ese mensaje, pues cualquier matización sería un elemento posterior que habríamos de encontrar en el sentido segundo o sentido encubierto. Dicho de otra forma: lo que alguien emite como mensaje es genérico en sí, y cualquier posible limitación al mensaje, que sea exterior a éste es un anexo. Para entender qué espacio puede cubrir esta *qarinah* diremos que Muḥammad Bâqir Âs-Şadr la tipifica con dos pares de entidades:

- A La que se refiere a todos los elementos del grupo al que va referido el texto.
- B La que es suficiente si cubre a cualquier individuo del grupo, excluyendo automática- mente a los demás.
 - 1 Lo que se refiere a un individuo del grupo en concreto.
 - 2 En relación con el estado del grupo, de forma que entran en la limitación todos los elementos que se definen en ese estado.

67 El ejemplo académico, que suele aparecer en los textos de estudios que desarrollan esta interesante cuestión, parte de la observación de una muy básica frase árabe: “Zeid golpeó -*Daraba Zeid*-”; se dice que el verbo aparece en tiempo pasado, pese a que la frase en su sentido tiene un carácter o *sentido* intemporal, ya que se está narrando una acción de Zeid: “el hecho de asestar un golpe”, que la acción fuese en el pasado o presente en el estudio del sentido genérico es de interés secundario, ésta es una información colateral, lo importante es el dato de la acción que conserva una información y *sentido* permanente, tantas veces se cuente la acción, se renueva la información del hecho, pese a que éste fue único y pasado; la presencia de un sujeto específico, Zeid, en la frase actúa como agente concretizador del mensaje, de forma que en la lógica lingüística del árabe teológico -*Haûzî*- la cuestión a debate es si la concreción del mensaje que la palabra *Zeid* aporta está compuesta por ambos elementos de la frase -*Daraba + Zeid*-, y si es así en qué forma se puede entender una relación causal -*Dâll ūa Madulûl*- para entender que el sentido genérico de un verbo como *Daraba*, carente de especificidad semántica, o se transforma en un sentido individualizado en asociación con la palabra

Ze'ed, y por qué parece prevalecer este segundo sentido, que teóricamente habría de ser menos *informativo*, dado que un nombre propio no aporta tanta información del hecho como la presencia misma del verbo, el cual conlleva la *noticia* sobre la acción. El teórico islámico de estas cuestiones explicará que la relación entre la causa y el efecto en estos dos vocablos *genéricos*, y el consiguiente mensaje *concreto*, se sostiene sobre la *unión esencial* o *Ittiḥadā Dhātān* que es el producto de esa unión causal que es la consecuencia; de nuevo la coherencia de la filosofía aviceniana y la aplicación mecánica de la lógica clásica sostienen un discurso muy apoyado en el método deductivo/argumental; no obstante más adelante tendremos oportunidad de observar en qué medida se suceden en el *Ūṣūl* algunas de las visiones revisoras de este tipo de planteamientos, provenientes de la lógica moderna occidental, especialmente a partir de Gottlob Frege o de Georg Cantor, ya que también aparecen esos tipos de planteamientos lógicos en las formulaciones teóricas de los *u'ḷāmāh* duodecimanos, especialmente tras las aportaciones que *Mullā* Hadī Sabze'ūārī hiciera a partir del *Āl-Āsfār* de *Mullā* Ṣadr, reflexiones en las que aparecerán, por ejemplo, enunciados muy similares a los de *biyectabilidad*, similares a los de la lógica moderna, al uso en Occidente. Véase: HUSEĪNĪ, A`lī: *Taryume-ie Sherḥ Ibn A`qīl*, Qom: Dār Āl-Ī`lm, 1374 H. sh., t. I, p. 313 [dedicado a explicar la forma que la noticia o *jabar* adquiere en una gramática clásica de lengua árabe]; ĀSH-SHARTŪNĪ, Rashīd: *Mabādī Āl-A`rabīat - 4-*. *Qism Āl-Nahū*, Qom: Dār Āl- Dhikr, 1417 H. q., p. 105.

68 ĀL-JURRASĀNĪ, Muḥammad Kāzhim. *Kifāyat Āl- Ūṣūl*, Qom: Daftar-e Īntishārāt-e Īslāmī, 1415 H.q., p. 27.

69 En el peculiar estilo expositivo *ya`farī* se dice que es un *universal* o *Kullī* que encuentra su ubicación concreta en una *individualidad* o *Fard*, de entre las muchas existentes y posibles de la realidad plural. Pero no es un universal por sí mismo, sino por su capacidad de uso aplicado a muy diversos *individuos*, dado que es símbolo, y por tanto genérico, e inútil si no se proyecta sobre una *tipicidad -Nu`-*, que es, en definitiva, lo que le aporta la concreción. Ver: A`ĀRFĪ PUSHĪ, A`lī: *Āl-Badāiat fī Tūḍīḥ Āl-Kifāyat*, Teherán: Niā'ish, 1375 H. sh., p. 24.

70 La mejor explicación filosófica que conocemos en torno a la tesis mollasadriana y la importancia del *motor causal* para el pensamiento *ya`farī* se puede hallar en: MUṬAHARĪ, Murtaḍa: *Jarakat ba Zamān*, Teherán: Hikmat, 1369 H. sh. [obra en la cual el autor desarrollara para sus alumnos de los cursos de postgraduados de los seminarios teológicos la parte del *Āsfār* dedicada a el Acto y la Potencia]. Sintéticamente, podemos anotar que la causalidad motriz se considera una noción del ámbito de las cualidades formales de la entidad, ya que determina el cómo-cuánto-dónde, etc. de la cosa -*kiifīyat*-, por tanto, forma parte de los aspectos formales o *maqūlāt*, de entre los que es uno de los más relevantes la presencia concretada de la cosa o *uqūḍā*. Esto se enfrenta a la concepción heredada de la ciencia moderna europea que ya en el s. XIV que con las tesis de Juan Buridano y Nicolás de Oresmes considera que el movimiento está determinado no por una cualidad que el motor haya impreso al móvil, sino como un estado resultado de una fuerza, explicación *fisicista* que se distancia del aristotelismo del que no reniega la escolástica islámica, la cual

Una exposición del Derecho Islámico

es más próxima a la antigua opinión de Pedro Juan Oliví, muy cargada de *color* metafísico, aunque ignorante del hecho físico de la inercia.

- 71 ÎBN SINA: *Âsh-Shifâ` . Âl-ilahîât*, Teherán: Ârmân, 1363 H.sh., págs. 25 (15) y 143 (9).
- 72 ÂT-TÛSÎ, Muḥammad İbn Âl-Ḥasan: *Tamhîd Âl-Ûsûl*. (*A treatise on the Principles of Islamic Theology*), Teherán: Iranian Academy of Philosophy, 1980, p. 167 y ss.
- 73 Situamos el “deseo del orador” en segundo término por cuanto la observación condiciona el esquema de la comprensión textual, puesto que ese deseo es *interpretado*, a partir del “mensaje emitido”; aunque lo idóneo sería entender que la voluntad del orador antecede al mensaje, éste es el motivo de la significación, la cual actúa como causa de la reflexión, pasando a ser considerado el deseo como efecto en y para la observación.
- 74 ÂS-SADR: *Durûs...*, t. II (correspondiente a la 3ª. sec.), p. 25; HÂSHIMÎ, Mahmûh, *Buḥûz fi l'Im Âl-Ûsûl. Mabâhiz Âl-Dalîl Âl-Lafzh*, Qom: Ê lâm Êslâmî, 1405 H.q., p. 116-171.
- 75 VAN DIJK, Teun A.: *La ciencia del texto*, Barcelona: Paidós, 1983, p. 143.
- 76 *Ibidem*, p. 200.
- 77 Nos estamos refiriendo en el ejemplo, al programa leibniziano, que adelanta las ideas de Gödel, sobre ordenación lógica y su aplicación a las gramáticas, programa que por su propia ambición nunca llegó a concretarse, aunque descubierto dos siglos después por Louis Couturat fue aprovechado en su reelaboración del sistema lingüístico del Esperanto, en la lengua artificial *ido*. Ver: GRUA, G.: *Jurisprudence universelle et Théodicée selon Leibniz*, París: Gallimard, 1953; PAP, A.: *Semántica y verdad necesaria*, México: F.C.E., 1970.
- 78 ÂL-MÛSAÛÎ ÂL-JUÎ, Âbû Qâsim: *Muḥâdirât fi Ûsûl Âl-Fiqh*, Qom: Ânsârîân, 1996, p. 113.
- 79 La idea del *tabâdur* se puede situar en el origen de lo que Pottier denominara *semantema*, aunque no es posible equiparar ambas nociones por cuanto que la observación y las peculiaridades que las *Ciencias Islámicas* clásicas establecen sobre el idioma coránico son de difícil asimilación a los parámetros críticos al uso en Occidente. Ver: MARCHESE, Angelo y FORRADELLAS, Joaquín: *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria*, Barcelona: Ariel, 1991, p. 367.
- 80 HUDSON, R.A.: *La sociolingüística*, Barcelona: Anagrama, 1981.
- 81 ÂL-FADĀLÎ, Hâdî: *Mabâdî Ûsûl-e fiqh*, Qom: Muṭabû`ât Dînî, 1374 H. sh., p. 36.
- 82 Para él, el prototipo sociolingüístico establece las terminologías de las ciencias, por ejemplo -se debe tener en cuenta que nos estamos ocupando del Derecho islámico como tal ciencia-, ha de ponerse en relación con la lógica doctrinal

islámica que considera que el texto de la Revelación da las bases terminológicas, dicho esto con carácter *deduccionista*, pues la terminología coránica aporta al *Fiqh* tanto la obtención de las claves interpretadoras de los términos, como la ubicación de los límites conceptuales, más aún si se parte de la premisa de Hudson de que “*los elementos lingüísticos son conceptos*”. Ver : HUDSON: *La sociolingüística*,..., p. 92. Por otra parte, el concepto se entiende como un término que posee un conjunto de rasgos necesarios y suficientes para ser válido a la comunicación; en definitiva, posee ese *tabâdur* que activa la recepción, algo que se asemeja a lo que los psicólogos como Eleanor Rosch consideran que es el *prototipo mental* del lenguaje.

83 GOODENOUGH, A.: “Componential analysis and the study of meaning”. En *Lenguaje* 32, nº. 195-216, p. 86.

84 Los teóricos del *Ūsûl* han establecido tres tipos de sentido figurado, que sirven en cada caso para ubicar dónde está la relación de la comprensión con el sentido directo del vocablo, y la distancia de éste respecto a la realidad. Detallan un sentido figurado del vocablo mismo, como en el caso *hombre valiente y león*; otro respecto al objetivo del mensaje, así en la frase “*A lî es la Sabiduría*”, se está entendiendo que él es *un hombre sabio*, no que sea la Sabiduría misma, ni siquiera su expresión formal, o concreta, lo cual tendría una dimensión espiritualista que excede del mero ámbito jurídico; finalmente se prevé otro sentido figurado en el origen de la comprensión, o mejor de la relación vocablo-realidad, tal como se entiende en la equivalencia que se establece entre *floreecer y primavera*, por ejemplo. Véase: BURÛYERDÎ, Huseîn: *Âl-Huyat fî Âl-Fiqh*, Isfahân: Risâlat, 1419 H.q., p. 49.

85 ÂL- MÛSAÛÎ ÂL-JUI': *Muĥâdirât...*, p.121.

86 ÂL-QUDSÎ, Âĥmad: *Ânúâr Âl-Ūsûl. Taqřrât li-mubâĥaz Âl-Sheĥj Makârim Âl-Shirâzî*, Qom: Nasil Yaûân, 1416 H.q., t.I, p. 121 y ss.

87 Etimológicamente esta palabra tiene dos sentidos básicos:

- Algo que se relaciona con otras cosas, a las que se condiciona, literalmente es *lo que está al lado de...*

- Dar conformidad a lo que se recibe.

En muchas ocasiones en textos árabes y persas aparece anexo al concepto de *a`dat*, tratándose de una reiteración semántica que parece tener por finalidad enfatizar la circunstancia de condicionamiento a otra cosa o instancia ajena a la mencionada, y generalmente, esa otra cosa en la relación que el *u`rf* reúne es algo parecido a la *opinión generalizada*, en relación con el asunto en cuestión, en una comunidad o ámbito determinado, en definitiva el criterio de las gentes, como la expresara Âl-Gazalî cuando escribió que se trata de “*aque-llo que en el decir de los hombres es asentado, en tanto en cuanto es con-natural con la esencia del individuo, y por tanto susceptible de ser asumido*”. Âl-Gazalî escribía esto en una época en la que no se conocía la formación deliberada de la opinión pública, que hoy puede alterar considerablemente lo que las gentes consideran como aceptable y relacionado con su naturaleza social, de forma que el filósofo, aun tratando un tema político y social, orientaba su re-

Una exposición del Derecho Islámico

flexión al *a`dat* en tanto en cuanto uso generalizado. Obsérvese que la definición de Gazalí hace explícita referencia a la esencia del individuo, de manera que lo que entendían, verdaderamente por *u`rf* era una entidad de ámbito individual, mientras que el sentido legal de *u`rf* es sustancialmente diferente por cuanto está referido siempre a un plano social del individuo, de forma que se puede decir que desde el punto de vista de la filosofía del Derecho el primer sentido, el personal, es estable como el concepto universal que la escolástica islámica entiende para el individuo, y el segundo sentido es móvil y alterable como la propia sociedad a la que se refiere. Esta matización ha dado lugar a que al referirse al *u`rf* muchos textos tengan que concretar a qué tipo se refieren, o con qué modalidad relacionarlo, lo que ha supuesto una complicada gama de variantes, desde el genérico *de las gentes*, hasta el más concreto *de los especialistas o expertos* en una materia, lo cual no deja de ser una paradoja, pues este último se asimila bastante al consenso técnico referido a las opiniones de los expertos en jurisprudencia, que como explicáramos en la voz correspondiente, es una modalidad concreta del consenso histórico, el cual se rige por otro sistema de los que el *Úsûl* ha diseñado, puesto que se trata de una figura básica del Derecho, mientras que el *u`rf* social es complementaria y circunstancial. En el *Úsûl*, y en la práctica jurídica de él derivada, la noción de *u`rf* tiene varias opciones para su aplicación. En primer lugar, y posiblemente siendo ésta la más importante, sirve para definir lo que las gentes entienden de manera genérica de un mensaje, o como sitúan el sentido de un término, vocablo o expresión, lo cual no deja de tener algún que otro problema técnico por cuando sitúan el idioma en la encrucijada de las modas semánticas, de manera que se puede dar el caso que ante un determinado vocablo el especialista se encuentre con varios *u`rf* superpuestos en una secuencia histórica, o en un espectro geográfico diverso, como poco pueden encontrarse dos: el correspondiente al momento de la lectura o la aplicación del mensaje al juicio legal o a la elaboración de la norma, y el *u`rf* del momento en que se creó la noción o se fijó el mensaje, que puede ser su momento de emisión o no, y por supuesto no siempre son coincidentes entre sí; de forma que no es difícil encontrar en la jurisprudencia conflictos semánticos entre la comprensión de un término en función del *u`rf* que lo lee, y el sentido que un especialista le puede conceder.

En el ámbito del Derecho islámico, hasta la fecha, se ha sostenido que el sentido que el *u`rf* confiere a las palabras es el correcto y por tanto el de aplicación en la construcción de los juicios, anteponiéndose este sentido de consenso o conformidad social, a cualquier otro planteamiento por técnicamente riguroso que puede resultar, por cuanto que -genéricamente- el sistema jurídico islámico está concebido *para las gentes*, más que para los técnicos, por lo que la voluntad de mantener las nociones legales en un plano *populista* se ha antepuesto a la sofisticación erudita. Sin embargo, se pueden percibir algunos cambios en este planteamiento por la progresiva adición de nuevos elementos en la sociedad islámica, a causa de la expansión que el propio Islam ha tenido desde el siglo pasado, y más recientemente, como consecuencia de la globalización cultural a que el mundo se encuentra sometido, lo que inevitablemente está afectando a la propia autopercepción que los musulmanes tienen de su cultura política y legal, que en relación con la tradición jurídica existente hasta los inicios de este siglo, se puede definir como aculturación, con la con-

siguiente interrogación sobre la noción de *u`rf* como referencia ponderable.

Las escuelas jurídicas sunnitas aceptan esta opción, la movilidad del *u`rf* es parte de los presupuestos técnicos asumidos, y en función de tal planteamiento puede verse como se adaptan los juicios legales a las tendencias sociales; sin embargo la tendencia más generalizada, aunque no es necesariamente la más elaborada entre los juristas duodecimanos, estima que el *u`rf*, aun siendo considerado un elemento no estático en la opinión legal, no es tan móvil, por el momento hasta el punto que pueda alterar sustancialmente los juicios clásicos, puesto que se considera que a partir del concepto de *u`rf* no se puede poner en peligro la transcendentalidad del Derecho islámico, como sistema basado en una revelación profética, y por tanto Derecho de origen divino, e inalterable por esencia, de manera que algunos de los juristas entre los *shīa`* entienden que sobrevalorar esta noción, que consideran más como un ratio sociológico que de auténtica utilidad legal, situaría a la *Sharīa`* en las proximidades ideológicas de cualquier sistema jurídico laicista y con una base consensuada. Este debate, y el conflicto que subyace en él, se solventa entendiendo que el *u`rf* es un referente de valor legal, en tanto en cuanto él mismo se es sabedor y consciente de sus raíces, y no se trata de una entidad aleatoria o caprichosa; de manera que cuando se altera el esquema genérico que ordena el acto legal, y que consiguientemente sostiene los juicios, el propio *u`rf* es un testigo de la referencia originaria que el juicio tuvo, aunque este tipo de *u`rf* es en realidad el que conservan los especialistas y los arqueólogos del Derecho en sus textos, y no suele ser de utilidad mediata y práctica, puesto que la noción más prosaica es la que el jurista aplica en su afán de homologar su juicio a las demandas sociales. Consideraciones técnicas aparte, en esta exposición nos interesa destacar, por cuanto luego habrá ser de utilidad para comprender la *realidad legal islámica*, la "función de expresión" que el *u`rf* resulta ser en aquello que Umberto Eco denominara *cultura popular*.

Eco comenta, citando a Franz Fanon, de qué forma tan relevante medida la radiodifusión colaboró a despertar el sentimiento nacionalista en la Argelia independentista, y eso, el italiano lo explica como cultura popular. En el caso legal se puede traer a colación un ejemplo que ilustrará en qué medida la *Sharīa`* y su prohijado el *Ūsūl* conforman una identidad comunitaria, y una señal de identidad nacional, una convención cultural en definitiva, que puede pervertir la forma primera de la ley religiosa. En el Irán de la revolución de 1979 los *u`lāmāh* destacaban por su modestia y probidad, de forma que el *u`rf* consideraba que un jurista islámico, aún prestigioso y con responsabilidades en el nuevo poder había de conducirse con mesura; ejemplo: un modesto vehículo y una muy discreta vivienda en un barrio popular -otra cosa hubiera descalificado al jurista en cuestión para opinar legalmente-; sin embargo, la nomenclatura político/religiosa del postjomeinismo, apoyada en el uso de la radio y la televisión ha logrado alterar esta formalidad -*u`rff*- de forma que los juristas del estado iraní, hoy se conducen en, otrora, insultantes vehículos y con escoltas anteriormente inconcebibles, sin que esto altere su estado de solvencia legal, ni su credibilidad doctrinal. Un aspecto legal positivo del *u`rf* que se confunde con la *Cultura de masas* de Eco, se ha visto alterado, tras siglos de permanencia inalterada, por la presión política de la lógica nacional persa, necesitada de ostentación; por ello se puede apuntar que el *u`rf*, si bien es un elemento fun-

Una exposición del Derecho Islámico

- cional del *Ūṣūl* que permite adaptar la *realidad legal* -de la que más tarde hablaremos- a la realidad histórica, sin embargo, puede hacer de la ley religiosa un rehén de la conveniencia política. Ver: ECO, Umberto: *Apocalípticos e integrados*, Barcelona: Lumen, 1981, p. 55, n. 22.
- 88 MADRASÎ, A'li Haïdar: *Hidâiat Âl-Ūṣūl*, Qom: Âl-Mutabâa't Â'l-Imîat, 1373 H. sh., p. 25.
- 89 Otro ejemplo será el término *Hayy* que originariamente era visita o viaje para la visita, así aparece en el texto coránico -Sura 22-, sin embargo la práctica legal lo ha decantado para designar la peregrinación canónica que es pilar de la práctica religiosa, y sólo y específicamente para esa acción. Ver: BEHYAT, Muḥammad Taqî: *Manâsik Hayy*, Qom: Âmîr, 1416 H.q., p. 2.
- 90 MADRASÎ: *Hidâiat...*, p. 27.
- 91 RUSSELL, B.: *La filosofía del atomismo lógico* [tr. Sara Atí Jafella], La Plata: Revista de Filosofía nº 15, 1964, p. 65.
- 92 LANKARÂNÎ, Fâḍil: *Âîdâh-e Âl-Kifâiat*, Qom: Âmîr, 1374 H.sh.
- 93 A fin de ilustrar sintéticamente la cuestión y las reservas de Russell, explicaremos que él partía de un ejemplo del tipo siguiente: en la frase [A] "*Copérnico creía que las órbitas planetarias eran circulares*", y en la frase [B] "*las órbitas planetarias son circulares*" se establece un conflicto en torno a la verdad, en definitiva, en torno a la realidad del mensaje, ya que la oración A es verdadera, y la B es falsa, sin embargo la verdad comparte un espacio de concreción exterior en ambas frases, de manera que lo importante es dilucidar el *sentido real*, en nuestro caso el sentido legal es el importante, pese a la comunidad veritativa que ambas frases, en diferente plano de coherencia, conllevan. Frege diría que en ambos casos el valor de verdad se conserva, sin embargo eso tiene nula utilidad legal, pues es evidente que hay un error histórico en la flexión de la primera frase. El problema radica en que la relación de valor fregeana es indirecta; por su parte Russell se aperció de que el problema estaba en que "*toda expresión constituyente de alguna oración es nombre de algo*", de ahí su crítica a la *mala gramática* metafísica, para él "*toda palabra que figura en una oración debe poseer significado*", de forma que comprende -y esto es lo importante en la evolución lógica- que ha de prescindirse de la opinión de que las palabras han de significar algo por sí solas. En definitiva, había llegado al punto en que Jurrasânî deja la noción de significación legal, como aplicación práctica y útil, la cual es más relevante que la convención genérica, que tronca con la posición russelliana de no esperar que las palabras tengan significado en la frase por sí mismas, sino por el uso, en este caso el legal, que se les atribuya. Se puede decir que Jurrasânî, como posteriormente Russell, desplazan el debate semántico sobre el sentido del símbolo incompleto que es la convención ordinaria y genérica, y lo llevan al símbolo concreto que es el uso legal del término. Ver: RUSSELL, B.: *Los principios de la aritmética*, Madrid: Espasa Calpe, 1977, p. 71 y ss.
- 94 Peter Sloterdijk escribe: "*El Libro se revela como*" sagrado "*en la medida en que es un texto arraigado en lo absoluto. Ninguna interpretación sería, por*

tanto, suficiente para agotar su plétora de sentido, sentido que se va renovando en cada una de las épocas humanas. La exégesis no sería otra cosa que el intento, tan vano como necesario, de llenar con este océano de significados la pequeña cuchara de nuestra comprensión. Sin embargo, todas las aclaraciones y aplicaciones seguirán siendo, en última instancia, meramente humanas y en vano sin la suposición de que el texto mismo sea divinamente inspirado. (...) Al saber humano se le obliga a retirarse a los límites de la historia, de la filología y de la lógica (...) Por muy irresistible que pueda ser la crítica histórico-filológica (...), el absolutismo de la creencia de la religión organizada no quiere darse por enterado de que está suspendido según las reglas del arte”.

Y criticando no logra más que indicar las bonificaciones que el orden confesional reclama para sí, de forma que reprochar a la lectura de las revelaciones su militancia, desde la militancia opuesta, administrada en los mismos términos no es más que un galante y ocioso ejercicio de *turnismo* intelectual. Un uso *literalista* de las fuentes doctrinales, apoyado en el razonamiento legitimista de una semántica dominada por la Lógica, ya clásica ya formal, aún siendo posibilista parece ser la única opción del jurista que cree poder administrar justicia ante el espejo divino, de manera que su argumento sobre el uso figurado se impone como una necesidad técnica, planteamiento que en todo caso es de una contundente vigencia epistemológica, dado que no hace sino llevar la necesidad de coherencia lógica a su extremo más ilativo. Ver: SLOTERDIJK, Peter: *Crítica de la razón cínica I*, Madrid: Taurus, 1989, p. 55 y ss.

95 BEHESHŪ, M.H.: “¿Cómo entendemos el Corán?”. En *Risālāt Āz-Zaqalaīn* nº. 4 (Julio 199), Qom: Buniad-e Andishe Islami, 1417 H.q., págs 90 a 105.

96 JURRASĀNĪ: *Kifāīāt...*, Qom, p. 52.

97 Del *Qurān*, concretamente de la *Sura Āl l’mrān -La Familia de Imran* (Joaquín)-aleya 7. Con el término “ambigüas” -*mutashābihāt*-, procedente de la raíz **sh-b-h**, que quiere significar *similitud compartida, multiplicidad de sentidos*, el propio Libro recoge la idea que venimos exponiendo, de la idea que transmite sobre esa peculiaridad del texto, lo que permite, o mejor decir obliga, a la observación analítica, a la interpretación del sentido, lo cual es el germen primigenio del *Īyṭihād* mismo.

98 Dice Jurrasānī y tras él bastante de sus comentaristas, que es importante tener en cuenta que el idioma árabe, observado semióticamente, “*se conforma a partir de tan sólo 28 letras, de forma que no es imposible la repetición de sonidos* [refiriéndose a palabras pronunciadas (el caso del gato/felino y el gato/herramienta)] *que tienen diversos usos*”, así como también explica que “*los sentidos [semánticos] son ilimitados frente a la contención de las posibilidades del idioma, en el marco de las posibles combinaciones de esas 28 letras*”.

Nuestro autor considera que no se puede argumentar que haya unas capacidades limitadas de expresión, pese al marco finito que imponen esas letras concretas, puesto que considera que el conformador primero del lenguaje es la deidad, para la cual no hay limitación dogmáticamente concebible. Véase: JURRASĀNĪ: *Kifāīāt...*, Qom, p. 56. Sin embargo, si se sostiene que el conformador del lenguaje es el individuo, se podrá considerar que las necesi-

Una exposición del Derecho Islámico

dades del uso de éste condicionarán las capacidades; lo cual, según el propio *âjûnd*, se pone de manifiesto al observar:

- Los sentidos *genéricos*, los cuales no son aplicables a los casos en los que se busca una significación específica, salvo con una carga anexa de sentido figurado, con el cual, por otra parte, el propio idioma solventa la dificultad que pueda existir entre posibilidades de la combinación de letras y sonidos y las necesidades de comunicación.

- El uso intencionado del sentido *figurado*, cuando existe una correlación real entre lo que se dice en el mensaje transmitido y lo que entiende quien lo recibe; lo cual es otra forma de solventar con suficiencia el conflicto que se produce ante el uso específico de un término genérico.

De la contemplación de estos dos puntos deduce el autor que no se puede sostener la opinión sobre la limitación de los medios del idioma, que apuntaba como hipótesis argumental; así, lo que desde el punto de vista de la Filosofía islámica más generaliza se consideraría como un simple *contenedor formal* o *Haî'ât*, pues no se explica de otra forma la repetición o el caso de los diversos sentidos y usos que comparte un vocablo; si el creador y conformador del lenguaje es el hombre, se ha de considerar que puede encontrar mejores recursos técnicos, como son los sistemas de sufijos y prefijos, por ejemplo, para eludir la repetición de vocablos, y si se considera que el conformador del lenguaje, ya que nos estamos refiriendo a un texto revelado, es Dios mismo, el teólogo descarta que esté limitado por causa de las posibilidades iniciales de esas 28 letras. Concluye la cuestión uno de los comentaristas del *Kifâ'iat*, indicando que la mejor posición parece aquélla que se orienta a considerar que hay una suerte de sentido figurado que se independiza y encuentra la forma de pasar a ser *otro uso genérico* del término, cuando de un vocablo ambiguo se trata; en el ejemplo que aportamos sobre la palabra "gato", se puede pensar que el camino hacia ese *otro* sentido fue la imagen mental del animal pasando bajo el vehículo. Lo cierto es que el jurista se enfrenta a un conflicto documental previo a la aplicación del documento mismo, para la construcción de una teoría legal, y tal conflicto es que dispone de textos que le vinculan y condicionan de manera previa, sobre los cuales ha de tomar algún tipo de determinación, lo que a su vez condiciona y determina el valor de los textos, y la reflexión sobre los mismos, en una especie de bucle sofisticado. Ver: LANKARÂNÎ, Fâdil: *Âidâh-e...*, t. I, págs 65 y ss.

99 Entre ellos el autor del *Mua`âlim Âd-Dîn*, Shams Âd-Dîn Muḥammad Shuyâ` Qaṭân Hillî, Ver: p.39.

100 Mîrza Qomî, autor de *Âl-Qaûânîn*. Ver: t.I, p.70.

101 TEHRÂNÎ, Muḥammad Yaûâd: *Tahrîr-e Âl-Ûsûl*, Qom: Hâdeq, 1406 H. q., t. I, p. 257 y ss.

102 Es uno de los argumentos de valor legal, en concreto corresponde a los mencionados como no-lingüísticos, pues se refiere a aquellas noticias documentales que no se apoyan en un texto conservado y transmitido. La *sîrat* es el *comportamiento*, de forma genérica, ya que por tal se entiende la manera de desenvolverse de las personas a las que se refiere, aunque ha de tenerse en

cuenta que en realidad es una noticia que se recibe en forma de relato, al igual que si de una tradición escrita se tratara; no obstante la diferencia estriba en que el origen del argumento no es la expresión del Infalible sino la acción, y por tanto hay algunas diferencias técnicas en el momento de analizar la información y el mensaje. En el caso de la *sîrat*, se analiza la transmisión con la mecánica al uso para las tradiciones textuales, sin embargo se aplican criterios de coherencia y corrección historicista en lugar de los filtros filológicos específicos de los textos transmitidos, del tipo de los que estamos observando en esta sección. En definitiva se trata de la información histórica contrastada que permite conocer qué tipo de comportamiento o devenir, del modo de ser y estar en sociedad de los Infalibles, principalmente, aunque de igual forma es considerada *sîrat* y como tal argumento de interés legal, las noticias provenientes del comportamiento de otras personalidades históricas, por ejemplo, los primeros musulmanes, aquéllos que adoptaron usos y costumbres relacionables con las enseñanzas del Profeta (PBd) o los Imames (P), o el comportamiento de los *u'lamah* de las primeras y más clásicas épocas del Derecho islámico, puesto que en algunos casos, especialmente los relacionados con los usos sociales generalizados o *u'rf*, esta información tiene un espacio técnico de cierta relevancia legal. Lo que es legalmente relevante en este último caso, es el comportamiento histórico de las sociedades, o mejor de las personalidades, que se consideran *atentas* a sus responsabilidades doctrinales y legales, o aquéllas que por su predicamento académico son consideradas dotadas de una *inteligencia* histórica, por lo que se considera que tuvieron el sentido de fijar usos y costumbres legalmente relevantes, de manera que la simple rutina costumbrista no es jurídicamente interesante, sólo aquellos aspectos del comportamiento que denotan pautas concretas y deliberadas de actuación, con sentido trascendente de la legalidad expresada por las mismas. De forma que la *sîrat* es el comportamiento regular, ordenado y evidente de las personalidades a tomar en cuenta como referente legal, dependiendo éste de la relevancia histórica y del grado de importancia doctrinal del individuo o colectivo observado. Cuando se trata del comportamiento de un Infalible es directamente vinculante como argumento legal; siendo para el resto de los casos susceptible de una aplicación ponderada y sujeta a debate técnico, aunque generalmente se acepta como argumento legal en el caso de los individuos próximos o colaterales a la vida del Profeta (PBd) y de los Imames (P), y vinculados a éstos hasta el punto de observar por parte de aquéllos un comportamiento relacionable con las directrices doctrinales y legales de los Infalibles. Comportamiento que es tipificable como referencia legal tanto de forma individual como colectiva. Por supuesto, en este segundo caso el acto ha de corresponder a un cuadro circunstancial similar a la *sîrat* conocida de los Infalibles, para poder ser considerado como tal, pues lo que es argumento legal no es tanto el acto en sí, como la pauta de coherencia en la reiteración del comportamiento. Otros de los aspectos a tener en cuenta, por parte del jurista, al utilizar una información sobre *sîrat* en la construcción de un juicio legal, es la utilidad de la información, el carácter conceptual o de noción del acto o *mafhûm*, y no tanto la concreción puntual y anecdótica del mismo -*misdâq*-. A modo de ejemplo: el concepto de *respeto* a los mayores trasciende a las diversas evidencias formales que en las noticias históricas pueden llegar al jurista de las

Una exposición del Derecho Islámico

costumbres con que, en determinadas épocas, se les honra; para el juicio lo verdaderamente interesante es, evidentemente, la noción y no tanto el anecdotario costumbrista. Dado que el comportamiento o *sīrat* puede ser argumento legal, tal como hemos apuntado, tendrá valor de referencia legal o *ḥuyyat*, y como tal habrá de estar avalado por el refrendo, o el silencio aprobatorio del Infalible del momento, pues sólo de esta forma es considerable como legalmente categórico en su valor para la vinculación Véase: FEĪḌ, A`līredā: *Mabâdī Fiqh ba Ūsūl*, Teherán: Īntishârât-e Dāneshgâh, 1373 H.sh.

- 103 JURRASĀNĪ: *Kifâiat*, Qom, p. 54. Aquí el *âjünd* no menciona quiénes sostienen esta tesis, sin duda por considerar que la misma no tienen gran relevancia doctrinal y simplemente la menciona para utilizarla como pretexto a fin de completar su argumentación.
- 104 Escribimos “natural” puesto que nos referimos al sentido cuantitativo de las palabras en su forma singular o plural, y, mediante ese término, nos apoyamos en la nomenclatura matemática, tal como Dedekind y Peano lo expusieran para la moderna aritmética, y, por supuesto, con las implicaciones y atribuciones que los estudios lógicos prevén para el concepto de número natural, como intersección -en el singular genérico- de los conjuntos inductivos, que no son otra cosa que los sentidos plurales posibles, en tanto en cuanto éstos son particularidades o *sucesiones* del *natural*.
- 105 Aún a riesgo de resultar reiterativos, recordaremos que el concepto de *zhâhir* determina un espacio muy concreto de la relación entre la documentación y el sistema teórico legal. Ésta es básicamente aquella indicación procedente de una frase o expresión idiomática, la cual nos da la comprensión del mensaje pretendido por el emisor. A veces se trata de una indicación explícita, de manera que la posibilidad de error es prácticamente nula, y sin embargo, en otras ocasiones la indicación no llega a oído del que escucha como un mensaje evidente, y deja lugar a una especulación, que se apoyará en los diferentes sentidos que a la expresión se le puedan atribuir. En resumen se puede decir que el *zhâhir* es la acepción de una palabra o expresión que es comprensible y comprendida por la generalidad de los oyentes, tomándose como válido, de entre todos los sentidos posibles, el que en primer lugar llega a la mente del oyente. Esta relación de un sentido, sobre los demás que el término pueda poseer, se denomina en la ciencia del *Ūsūl evidencia*, lo que sería la traducción literal y técnica de la expresión árabe *zhâhir*. Este sentido que el *Ūsūl* considera evidente no es necesariamente el auténtico, aunque será el más común y fácilmente asumible por la generalidad de los oyentes, por cuanto la noción de evidencia se relaciona directamente con la de *tabâdur* que es, como apuntamos, semánticamente el sentido del término que primero se aloja en la mente del individuo, bien por ser el primero que aprende o bien porque alguna circunstancia singular -como puede ser un accidente o anécdota que prime esa aplicación- lo destaque sobre los otros sentidos posibles. La noción de *zhâhir* se opone sistemáticamente en las *Ciencias Islámicas* a la de sentido *figurado* o *mayâz* en cuanto éste es aquel sentido de la palabra siempre necesitado de la adición de un matiz aclarador o *qarīnat*, el cual concede a lo figurado el doble o segundo sentido que, superpuesto al evidente, enriquece la expresión,

aunque en términos legales pueda entenderse que complica o vela la comprensión del sentido que el emisor diera a la expresión en cuestión. La aplicación en el pensamiento legal islámico de este concepto, en definitiva, permite al juicio legal una clasificación en función de la semántica de la fuente documental que lo apoye, de forma que una expresión aparecida en un texto coránico, o en un hadiz habrá de ser observada por el jurisprudente a fin de ubicar la intencionalidad de la literalidad del mensaje legal para, mediante la comprensión de éste, delimitar el ámbito o la morfología del juicio legal; de manera que una buena parte de la norma positiva tiene su origen en la comprensión personal que el jurista haga a partir de la *evidencia* de la fuente.

106 A veces aparecerán estas palabras denominadas como compuestas, aunque lo correcto es considerarlas derivadas, puesto que la nomenclatura gramatical árabe diferencia netamente entre las palabras *originales* o *yâmid*, que son aquéllas de las que se derivan las formaciones gramaticales subsiguientes, y todas las demás. Generalmente los gramáticos han sistematizado las palabras *yâmid* en función de una serie de aspectos definitorios de su originalidad, tanto por la raíz de procedencia cuanto, las más de las veces, que por su función gramatical. Así se consideran *originales* aquellas palabras que:

1. Evidencian en su sentido la esencia de algo, por ejemplo: *Însân* = Persona, o *Shayara* = Árbol, etc.
2. Cuando son la entidad abstracta o formal de algo; esto es, una noción neutra que significa una condición, como puede ser el caso de: *Raqq* = Esclavo, o *Hurr* = Libre, etc.

Por su parte, para las derivadas se contemplan divisiones sistematizadoras de su condición, así se dicen que éstas son:

1. Las que evidencian una función gramatical activa: es el caso de los *sujetos activos* gramaticales o *Fâi`l*, o los *complementos directos* en la oración o *Mafu`ûl*, así como los complementos y atributos o *Sifat*, todos ellos con derivaciones mediante fórmulas a partir de la estructura neutra de la palabra.
2. Aquellas palabras que significan una acción exterior, y derivan de una noción de acto, como la palabra “actuación” -*Âfa`âl*- que procede de la raíz *f-a`-l*, significante de “acto”, etc.

Algunos gramáticos opinan que esta última categoría de palabras derivadas en la práctica jurídica puede ser considerada como de palabras con entidad propia, y lo apoyan en una peculiaridad retórica del árabe, ya que consideran que una frase que tenga solamente un nombre propio y un sujeto activo tiene un sentido pleno, y es un mensaje íntegro, como en el siguiente ejemplo clásico: “*Zaid A`âdil*” -¡atención! que no dice: “*Âl-A`âdil*”, lo que sería una predicación- = “Zaid [es] Justo”, que es técnicamente asimilable a una frase del tipo “*Zaid A`dal*” = “Zaid [posee, tiene] Justicia”, de forma que el sujeto activo declinado, porta todo el sentido de su palabra original, sin que en la significación haya una diferencia que evidencie que la clasificación gramatical es determinante para la lógica *ûṣûlî*. Otros autores, éstos básicamente de formación jurídica, sostienen que las formas derivadas tienen un sentido genérico o *itlâqî* que las asimila a las originales, aunque, evidentemente esta opinión es mera-

Una exposición del Derecho Islámico

- mente especulativa. Sin embargo el criterio que Jurrasânî apoya parece muy adecuado al debate gramatical/jurídico por cuanto pondera ambas dimensiones, ya que partiendo de la opinión que el sustantivo declinado para ser sujeto activo de la oración *-Îsm Fâi'l-* es una forma derivada, a la que no puede concederse un carácter más que figurado, dado que significa un acto o una noción en activo, lo que supone en acción concreta -y necesitada de la información anexa que es la especificidad del momento o suceso concreto, por tanto dependiente de una *qarînat* informativa-, y como tal figuración no es permisible gramaticalmente asimilarla al grupo de las palabras originales, que deben estar desposeídas, en virtud de su neutralidad significante, de cualquier concreción particularizadora. Ver : HASAN, A' bās: *Âl-Nahû Âl-Ûâfi*, Qom: Âmîr, 1416 H.q., t.I, p. 14.
- 107 Véase como ejemplo sobre el estado de la cuestión el reciente comentario: ÂL-A' ÂRAFÎ AL-PASHAÎ, A' lî: *Taûdîh Âl-Kifâiat*, Teherán: Nîâshî, 1374 H. sh., p. 93 y ss.
- 108 TEHRÂNÎ: *Tahrîr-e...*, t.I, p. 409.
- 109 Mediante el amamantamiento se produce cierto grado de familiaridad entre las criaturas y sus nodrizas, estado legal que se proyecta sobre los ascendientes y descendientes, especialmente en relación con las limitaciones al matrimonio. Ver: ÂL-HUSEÎNÎ, Hâshim (Maa`rûf): *Târij Âl-Fiqh Âl-Ya`farî*, Qom: Dâr Âl-Kitâb, 1411 H.q., p. 75.
- 110 Puede ser ilustrativo de las consecuencias legales la anécdota que el Doctor Tiyanî narra de un caso judicial tunecino en el cual participó como letrado, caso en el cual se pretendía anular un matrimonio, con la consiguiente bastardía legal para los hijos habidos en él, sobre la base de una relación de familiaridad procedente de una lactancia compartida, e ignorada por los conjugues. Véase: TIJANI, Smaui Mohamed: *Comment j`ai été guidé...*, Qom: Ansariyan Publications, s/f, p. 154.
- 111 Ver: MAGHNIYYAH, M.Y.: *The five Schools of Islamic Law*, Qom: Anssariyan, 1995, p. 272 y ss.
- 112 ÂS-SUBHÂNÎ, Ya`far: *Âl-Mûyiz fî Ûsûl Âl-Fiqh*, Qom: Maktabat Ât-Taûhîd, 1418 H. q., p. 30.
- 113 La lógica lingüística del *Qurân* ha sido motivo de un exhaustivo trabajo de observación, reflexión y análisis en el contexto de las *Ciencias Islámicas*. Para el particular caso que nos ocupa nos interesan aquellas reflexiones que han llevado a la decantación de una ciencia de la Retórica o *Balâgat* de ese árabe coránico. Esta disciplina periférica de los estudios filológicos en las *Haûza* se ha ocupado en sistematizar los usos gramaticales del texto revelado, a fin de establecer leyes gramaticales e incluso lexicográficas, que permiten ahondar en el sentido semántico del Libro. Los verbos son una de las áreas de observación más interesante y compleja, puesto que es una peculiaridad del árabe del *Qurân*, un uso original de los tiempos en combinación con partículas y construcciones gramaticales, que hace más rica y compleja la ya complicada gama de matices que el árabe encierra. De la comprensión de esos, a veces muy

sofisticados, matices dependerá buena parte de la capacidad de adecuar el juicio legal a la buscada intencionalidad de la revelación. Véase: ÂL-YÂRAMÎ, A'îf y ÂMÎN, Mustafâ: *Âl-Balâgat Âl-Ûâdîhat ûa dalîl balâgat Âl-Ûâdîhat*, Qom: HÛyyat, 1372 H. sh.; ÂL-SHARTÛNÎ, Saa'id: *Âqrab Âl-Mûârid fî fÛsh Âl-A' rabît ûa Âsh-Shûârid*, Beirut: Maktabat Lubnân, 1992.; SÂFÎ, Mahmud: *Îrâb Âl-Qurân ûa Sarfaḥu ûa Baîānahu maa` faûâi` d nahûiat hâmat*, Damasco-Beirut: Âr-Rashîd, 1990.

114 Una detallada exposición de estas cuestiones se puede encontrar en: ÂL-GARAÛÎ AL-NÂÎ NÎ, Muḥammad HÛseîn: *Faûâi` d Âl-Ûsûl*, Qom: Mûa' ssat Âl-Nashir Âl-Îslâmî, 1418 H. q., t.l. p. 124 y ss.

115 ÂS-SADR: *Durûs...*, t.l, p. 172.

116 ÂS- SADR, Muḥammad Bâqir: *Âl-Mûyîz fî Ûsûl Âd-Dîn*, s/l: Ḥabîb, 1418 H.q.

117 Véase: OGDEN, C., Y RICHARDS, I.A.: *El significado del significado*, Buenos Aires: Paidós, 1954.

118 CUNHA, L.: "Análise documentaria". En *Grupo Temma: Análise documentaria: a análise da síntese*. Brasília: Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, 1987, p. 56.

119 Ver: PUENTE, A.: "Teoría del esquema y comprensión de la lectura". En: *Comprensión de la lectura y acción docente*. Madrid: Fundación Germán Sánchez Ruipérez, 1991.

120 Éstos son:

- Comprender un mensaje implica construir una correspondencia entre un esquema preexistente y los elementos incluidos en el texto. Comprender es integrar e interpretar, es crear el significado.
- En la comprensión intervienen tanto los procesos ascendentes -bottom-up- como descendentes -top-down-.
- La profundidad del procesamiento textual aumenta su comprensión.
- La perspectiva adoptada por el lector condiciona sensiblemente la comprensión

Cfr.: PINTO MOLINA, María: *El resumen documental: principios y métodos*. Madrid: Fundación Germán Sánchez Ruipérez, 1992, p. 188.

121 Para algunos autores las diferencias de capacidad y en la forma de realización de las inferencias justifican las distintas interpretaciones que de un mismo texto documental se pueden llegar a obtener, pese a que éste sea presentado en similares situaciones y que la interpretación sea realizada por diversos lectores e interlocutores. Ver : GONZÁLEZ MARQUÉS, J.: "Las inferencias durante el proceso lector". En: *Comprensión de la lectura y acción docente*. Madrid: Fundación Germán Sánchez Ruipérez, 1991, p. 125.

122 VAN DIJK, T.: *La ciencia del texto*. Barcelona: Paidós, 1978, p. 178.

123 VAN DIJK, T.: *La ciencia...*, p. 180.

Una exposición del Derecho Islámico

- 124 Ver: JAKOBSON, R.: *Ensayos de lingüística general*, Barcelona: Seix Barral, 1975.
- 125 WHOERF, B Y SAPIR. E.: *Language, Thought and Reality*, Cambridge: Cambridge University Press, 1954, p. 76.
- 126 ÂS-SADR: *Mûyiz...*, p.104.
- 127 ÂS-SADR: *Durûs...*, t.I, p. 174.
- 128 Este concepto tiene que ver con las circunstancias legales del individuo, con sus obligaciones o con lo que le es prohibido de entre las acciones a las que se enfrenta. De forma que determina el grado de capacidad de asimilación del mensaje que recibe, básicamente en forma de asunción mental de sus obligaciones. Estas obligaciones se delimitan por una serie de condiciones establecidas por el legislador, de forma que hay condiciones generales de la obligación que son las que relacionan ésta con todos los individuos, y otras específicas de éstos para con aquélla, de forma que si el individuo reúne estas condiciones, *que en él son personales*, queda bajo el ámbito de las especificaciones de tipo general. Definir éstas, es definir la obligación misma, por cuanto es algo que tiene relevancia en la conjunción con el individuo; delimitar sus condiciones es más explícito. Básicamente las condiciones del individuo son tres en relación con su vínculo hacia la obligatoriedad: ser mayor de edad, estar cuerdo y tener capacidad para interpretar formalmente el acto que se le presenta como obligatorio. Hay eruditos jurisprudentes que sitúan tras éstas una cuarta condición: la atención o conciencia del acto, ya que éste, realizado de manera mecánica, inconsciente o por inercia, pierde su utilidad o se ve mermado, considerablemente, en su eficacia. Estos mismos autores consideran como quinta condición, estimada como aleatoria, que en los casos de indicación de no realizar el acto, esto es, en las prohibiciones, se considera como esencial el momento concreto para la prohibición respecto a la acción. Por ejemplo, la situación clásica de una práctica religiosa reflejada legalmente: el comer durante el día cuando se está ayunando invalida el acto, siendo una prohibición que en la noche desaparece.
- 129 GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 206.
- 130 JURRASÂNÎ: *Kifaîât...*, Qom, p. 183.
- 131 A`RAFÎ PUSHÎ, A`lî: *Âl-Bidâiat fi Taûdîh Âl-Kifâlat*, Teherán: Nîâish, 1375 H. sh., t.I, p. 196.
- 132 Hemos de recurrir a esta licencia en la traducción para facilitar la comprensión del delicado entramado lingüístico árabe, a fin de diferenciar el *imperativo* o *Âmr* de la *negación* o *Nahî*, ya que si bien ambas fórmulas gramaticales son imperativas, la primera *pretende -Talaba-* la consecución activa de la acción que enuncia ("Realizar X acto"), y la segunda pretende que el actor obvie la acción, esto es que la inacción sea el acto ("No hacer X acto"). El profesor Corriente define el imperativo como una forma verbal con carácter "agentivo", y es este sentido el que hemos de relacionar con la *pretensión de la consecución*

ción de la acción o la omisión del acto Ver: CORRIENTE, F.: *Gramática árabe*, Barcelona: Herder, 1988, p. 161, y HAYWOOD-NAHMAD: *Nueva gramática árabe* [tr. Francisco Ruiz Girela], Madrid: Coloquio, 1992, p. 125 y ss.

- 133 Ha de tenerse en cuenta los matices que con anterioridad se apuntaron sobre los diferentes grados de la noción de obligatoriedad en el contexto doctrinal islámico, puesto que esto condiciona la intensidad con que el individuo se siente apremiado por la carga transcendentalista de la norma.
- 134 Técnicamente plantea un ejemplo tomado de la mecánica filosófica aviceniense, ya que asimila la orden a la existencia de la cosa ordenada, y la prohibición a su negación o inexistencia, de forma que ambas entidades no son susceptibles de unión, lo cual se consideraría un *imposible lógico -Mujât-*, por lo que se impone una prelación, en definitiva una orden de prioridades entre ambas nociones, que primará una categoría sobre la otra, que es lo mismo que decir que buscará la forma de anticipar programática -o dogmáticamente- una noción sobre la otra, lo que asimila, definitivamente, la orden a la existencia y la negación a la inexistencia, ya que de otra forma se estaría condicionando cualquier lectura de la doctrina, jugando entre posibilidad y pasividad. Ver: JURRÁSÂNÍ: *Kifâiât...*, Teherán, t. I, p. 187.
- 135 En ocasiones los hadices, tanto proféticos como de los Imames (P), suponen una compleja suerte de cajas chinas con sentidos recónditos, puesto que la interpretación, incluso semántica, es variable si el especialista legal conoce el contexto de la opinión del Infallible, ya que diversas ordenes son específicas para un caso o personalidad determinada, y la extrapolación generalizadora supone alguna contradicción con otro tipo de opiniones emitidas para un colectivo más amplio, o simplemente diferente. Ver: MUDÍR SHÂNEHCHÎ, H.: *l'Im Âl-Hadîz ûa Dirâiat Âl-Hadîz*, Qom: Daftar-e Ìnteshârât-e Ìslâmî, 1374 H.sh., p. 125. Sobre la diferencia entre tradición fiable y testimonio histórico.
- 136 JURRÁSÂNÍ: *Kifâiât...*, Qom, p.224.
- 137 JURRÁSÂNÍ: *Kifâiât...*, Qom, p.226.
- 138 ÂL-QUDSÎ, Âḥmad: *Ânuâr Âl-Ûsul. Taqrâraan li-mubâhḥ musâḥat Âiat Âl-Lah Makârim Âsh-Shirâzi*, Qom: Nusal Yaûân, 1416 H.q. t.I, p. 554 a 568.
- 139 El ejemplo más habitual de este caso es el de la orden de rezar en un tiempo determinado, y la prohibición de hacerlo en un espacio impuro o ilegítimo, de forma que a cada orden -positiva del acto, y negativa del mismo- se dota de un complemento de accidentalidad, tiempo y lugar. Ver: LANKARÂNÎ, Fâḡil: *Âidâh-e...*, t. I, págs 89.
- 140 No siempre los juristas duodecimanos aplican con tanta coherencia filosófica las bases metodológicas clásicas, por ejemplo Âḡsârî y algunos otros autores, entre ellos el de *Kitâb Âl-Fuṣûl* será partidario de un criterio de compromiso en estas situaciones, ya que combinando las nociones de precaución y disculpa opta por ser cauto en los casos relacionados con las normas de contratación y decide separar ambas ordenes, primando la positiva. Así, en el contexto de los negocios y contratos niega que se puedan combinar ambas entidades, no obs-

Una exposición del Derecho Islámico

- tante en la adoración, observa el caso desde la lógica de lo que es genérico en el acto y lo que resulta accidental o matizable, a fin de preservar con la cautela el derecho divino a ser adorado. Ver: JAÚAYÚ`Î MÂZENDARÂNI, Muḥammad Îsmâil: *Âl- Fûṣûl Âl-Jamsat fi`Âsh-Shafia`t*, Qom: Kitânjâneh-eie Mara`shî, s/f. p. 88.
- 141 ÎSLÂMÎ, Ridâ: *Qaûâi`d-e Kullî Îstinbât*, Qom: Markaz-e Întishârât-e Daftar-e Tablîgât-e Islâmî, 1375 H.sh., t.I, p. 312.
- 142 Traeremos a colación uno de los ejemplos escolares más frecuentes, en la frase: “*Si tienes piedad, te encontrarás entre los agraciados con el Paraíso*”. La segunda parte al ser causal establece una relación, que invertida puede llevar a entender que “*Si no eres piadoso, no serás agraciado con el Paraíso*”. De manera que lo comprensible o *mafhûm* de esta expresión, puede ser que los piadosos serán retribuidos, siendo este el sentido evidente; no obstante, a efectos de utilidad legal, ¿puede el jurista inferir que los no-piadosos serán excluidos de ese beneficio espiritual? La nomenclatura legal técnica duodecimana denomina, pues, *mafhûm* al sentido primero o evidente el que se obtiene de oír el texto, y considera que ese *mafhûm* es a la vez el *objeto* principal del mensaje o *mûdqû*, del cual se deduce la *opinión* legal o *ḥukm*; pero también ha de establecer qué se hace con el sentido inferido, que tras la convención entre los teóricos del Derecho pasa a ser también *mafhûm*, y con el tiempo acaba por ser en auténtico *mafhûm* de las frases causales, al cual el sistema *ûṣûlî* ubicará en el ámbito de lo *deducible* o *Îltizâmî*; es en este ámbito donde se ha de prestar la atención para comprender los mecanismos, técnicos y doctrinales, con los que el jurista *ya`farî* obtiene sus criterios legales, los cuales proceden en este plano del Derecho de la literatura revelada, aunque no directamente de su literalidad, dado que a la comprensión primaria se añade un mecanismo foráneo e intelectual que decanta la opinión, esto es que determina *qué comprender*.
- 143 Se suele plantear un ejemplo sencillo para ilustrar ésta cuestión con la frase: “enaltece al sabio honrado”; de forma que se considera que el *mafhûm* posible y extenso puede ser el inferir la frase: “execra al sabio corrupto”; oración en la cual aparecen aspectos colaterales de la propia literalidad, puesto que los juicios y opiniones legales que se pueden cristalizan en normas, a partir de ella, sobrepasan en su referencia esa literalidad y se abrogan la legitimidad de extenderla a las deducciones que se puedan obtener de la interpretación comprendida/deducida o *mafhûmî*. Ver: ÂL-QUDSÎ, Âḥmad: *Ânûâr Âl-Ûṣûl....*, t.II, p. 21 a 26.
- 144 No es infrecuente en los tribunales islámicos ordinarios oír a la moderna defensa de parte en los casos de adulterio recurrir la acusación misma, con la estrategia *literalista* de no permitir la tipificación del delito si no hay la evidencia, por supuesto literal, que las fuentes clásicas determinaron para esos casos, en las cuales se establecía que la penetración, testificada por dos personas, era la prueba de tal acto delictivo, cuando tal penetración les era evidente a los testigos, certeza de tal evidencia que sólo se consideraba verificable si era literalmente vista, algo que puede rayar en lo pornográfico; es más, algún

autor comentando a los autores más clásicos explicita que es estrictamente necesario que los testigos pasen un cordel entre los amantes para verificar si hay penetración o se trata de una simple unión de los cuerpos, puesto que esto segundo no es técnicamente un delito de adulterio. En este ejemplo la exclusión del *mafhum* de la penetración, que puede ser la observación de una pareja en su intimidad, y la literalidad interpretativa lleva al surrealismo procesal, y es un exponente de las dificultades con las que un ordenamiento referencial y literalista se encuentra si no asume que hay espacios, colaterales si se desea, que han de equipararse a la literalidad misma, aún a riesgo de debilitar el supuesto rigor doctrinal de los planteamientos más puristas.

Uno de los teóricos modernos del *Fiqh* escolar sostiene que estas precauciones literalistas, si bien limitan la capacidad coercitiva del juez ante el posible delito, preservan al orden legal islámico de las interpretaciones subjetivas, e incluso de los prejuicios de los testigos, de forma que para el sistema de testimonios legales establece una serie de prevenciones y filtros procesales que anulan prácticamente todo indicio de interpretación *mafhumí*. Ver: ÂL-TABRÎZÎ, M.Y.: *Úsas Âl-Adâ`ûa Âsh-Shahâdat*, Qom: Mûa`saat Âl-Imâm Âs-Sâdiq, 1415 H. q., p. 535.

145 Véase el clásico andalusí: ÎBN MÂLIK, Muḥammad Yamâh Âḡ-Dîn: *Shej İbn A`qil*, Qom: Laqâ`, 1375 H. sh., t.III, p. 63.

146 Puede ayudar el ejemplo que *A`lâmah Tabâṭabâi* propone cuando desarrolla su explicación sobre el concepto de la generalidad frente a la globalidad, quien menciona que los elementos de un ejército -cada soldado, tomados éstos individualmente y de uno en uno-, al ser sumados dan la globalidad o totalidad de ese ejército, pero que la noción misma de ejército, ha de considerarse como la suma de esa globalidad más la relación que entre todos y cada uno de los elementos concretos se establece con el conjunto *englobador*, de forma que lo genérico es la totalidad de los elementos, que se desenvuelve en un plano concreto o específico, contemplada desde la relación, indisoluble, que entre ellos se establece por formar parte del colectivo definido por lo genérico, al cual se apela y del cual se significa en el mensaje genérico. Ver: İTABÂİTABÂÎ, M.H.: *Úsûl-e Falsafeh...*, t.II, p. 319; MISBÂH İAZDÎ, M.T.: *Ta`lîqat a`lâ Nihâiat Âl-Hikmat*, Qom: Tariqa Âl-Haq, 1405 H.q., p. 220.

147 Actualmente un prestigioso expositor del *Úsûl* en la *Haûza*, Lankarâni, facilita en su comentario de *Âl-Kifâiat* un estado de la cuestión bastante preciso. Ver: LANKARÂNÎ, F.: *İqdâh-e Âl-Kifâiat*, Qom: Âmir, 1374 H. sh., t. III, p. 360.

148 Se establece una clasificación del valor o peso legal de las expresiones en función de la tipología en que se encuadre su carácter genérico; así, siguiendo el ejemplo tópico de casi todos los comentarios del *Úsûl*, es jurídicamente más vinculante la expresión “*Ayuna en el mes de Ramadân*” (genérico englobante), que la expresión “*Ayuna treinta días*” (genérico común reunido), y es de menor valor como referente la frase “*Ayuna un mes*” (genérico uniformador), de forma que una norma tendrá mayor relevancia y peso categórico, tanto en su concreción como en su destinatario, si tiene como fuente referencial uno o otro grado de tipificación genérica. Ver: ÂL-GARAÛÎ ÂL-NÂÎ NÎ: *Faûâi`d...*, t.I-II. p. 492 y ss.

Una exposición del Derecho Islámico

- 149 JURRÂSÂNÎ: *Âl-Kifâiat...*, p. 290 y ss
- 150 MÎRZÂ QOMÎ: *Âl-Qaûânîn...*, t. I, p. 321 a 325.
- 151 ÂNSÂRÎ: *Âl-Farâî'd...*, t. I, p. 342 y ss.
- 152 ARISTÓTELES: *Analíticos posteriores [Teoría de la ciencia]* (ed. J.D. García Bacca), Caracas: Océano, 1968, p. 71, 1-2.
- 153 De las tres tradiciones lógicas (sintáctica, algebraica y semántica) nos referimos a la *semántica* tal como la desarrollara Kripke, puesto que en la interpretación modal se establece una serie de elementos que en forma de teorías-tipos permiten completar el esquema aristotélico clásico. En concreto, es de gran utilidad para comprender la cuestión, la denominada *teoría de la incompletitud*, formulada por Kurt Gödel, y basada en los *marcos*, por la cual, si toda fórmula es válida en todo marco lógico, pasa a ser un teorema de la lógica, que facilita lecturas más complejas; esto es, se pueden establecer opiniones generales -juicios legales- a partir de referentes no categóricos que se complementan con los marcos-teoremas, que son, para el caso del *Úsûl*, los atajos metodológicos *prácticos*; o la *teoría de la correspondencia* o marco de Kripke, que lleva el "orden posible" -ubicado en el sistema *ûsûlî* en los sentidos semánticos interpretables- a un espacio de aplicación relativa de aquéllo incierto como veraz, esto es la documentación no categórica operando como referente dogmático, puesto que se apoya en la tesis que se explica mediante el ejemplo de la formulación del "par lógic" ($\langle M, R \rangle$, donde M es un conjunto no vacío y R es una relación en M), el cual permite combinar los conocimientos documentales tanto por su relación con el tipo legal, como por su valor referencial; o, finalmente, la *teoría de la dualidad*, que tal como se ha aplicado a las topologías lógicas y a las álgebras de Boole, tienen semejanzas como las aplicaciones lingüísticas de la semántica de las lenguas naturales, ya que ésta, aplicada a los mundos -*sentidos* o *mâna*- posibles, es la semántica típica de las lógicas intensionales, que ha servido de introducción metodológica a las gramáticas de Montague, ya que los planteamientos metodológicos del cual se asemejan, como tendremos ocasión de analizar, a los desarrollados por el *Úsûl Práctico*, en tanto en cuanto que éste se ocupa de suplir la carencia del carácter *huyyat* de algunos documentos doctrinales duodecimanos. Ver: HUGUES, G. E. y CRESWELL, M.: *Introducción a la lógica modal*, Madrid: Tecnos, 1973; JANÉ, I.: *Álgebras de Boole y lógica*, Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1989; MAKINSON, I.: "On some completeness theorems in modal logic". En *Zeit. Matk,logic*, Grund 12, p. 379 a 384; MAKINSEY, J.C.C. y TARSKY,A.: "The Algebra of topology". En *Annals of Formal Logic*, nº 12, p. 252 - 254.
- 154 Es por la importancia concedida al valor de la función lógica por lo que nos atrevemos a relacionar el *Úsûl Práctico* con la lógica modal moderna. Téngase en cuenta, por ejemplo, el sentido del denominado *conector diádico* (en el cual la fórmula del tipo: $f: A \mathbf{4} B$, que significa que f es una función de A en B), posibilita tener lógicamente presente el carácter de *huyyat* de una frase determinada (A) en una norma legal concreta (B), cuando la relación no es directa, o está matizada por circunstancias que se pueden conferir, con sistematiza-

ción, a la *función*, la cual actúa como *macro referencial* en la relación, de forma que lo que es carencia de ese referente legal o *huyyat* pasa a ser un medio indirecto de establecer juicios paralelos a la voluntad revelada. Ver: JANSANA, Ramón: *Una introducción a la lógica modal*, Madrid: Tecnos, 1990.

155 CANALS VIDAL, F.: *Sobre la esencia del Conocimiento*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1987, p. 42.

156 Es interesante observar que, basándose precisamente en esta cita del filósofo griego, Santo Tomás plantea su tesis sobre la demostrabilidad de la existencia de Dios. Nos parece significativo que la sensibilidad escolástica latina coincide con la islámica en ordenar un debate que pone en relación la esencialidad del saber, como expresión de la Voluntad divina, para el caso del *Fiqh*, con la trascendente cuestión de la prueba existencial de la divinidad mediante la misma argumentación aristoteliana. Ver: SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Summa Theologica*, Madrid: B.A.C., 1965, I, qu.2ª, a. 2º, ad 2; qu. 13, a. 10, ad 5.

157 HEGEL, G.W.F.: *Ciencia de la Lógica* [ed. y tr. A. y R. Mondolfo], Buenos Aires: Eudeba, 1968. Préstese especial atención al Preámbulo.

158 A nuestro entender, se añan en esta percepción las tesis de Austin y la Escuela Analítica de Jurisprudencia y de Karl Binden, puesto que en la norma jurídica desarrollada a partir de la gradación del valor referencial documental se contemplan los mandatos categóricos genéricos, así como los tipos que describen el comportamiento punible; en lo que encontramos la evidencia de que lo que se define no es tanto el *qué* de la referencia como el *qué ser* de la norma a la cual nos lleva. En el esquema clásico, el conocimiento que se aporta en el espacio documental impreciso, como en el categórico lo fuera con anterioridad, es la enunciación de los supuestos actuantes del Derecho o tal vez los preceptos, siendo la consecuencia jurídica el resultado, graduado, de la acción reflexiva del *muytahid*. Ver: RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.: *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Madrid: Tecnos, 1976, p. 90.

159 Ver: JUSSON, L.: "Analyse critique de le Méthode de L'Exegese". En *Archives de Philosophie du Droit*, nº XVII, 1973, p. 129 y ss.

160 Ver: BOBBIO, Norberto: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Torres Editor, 1980, p. 204.

161 Sería un acto de frivolidad metodológica minimizar la relevancia del aparato conceptual y argumental lógico, especialmente en una ciencia social como el Derecho, siempre necesitado de todo respaldo y credibilidad. Kalinowski escribió: "... los representantes de las ciencias humanas comparten frecuentemente el desdén de los filósofos por la lógica...Recordemos solamente que no hay cultura intelectual completa sin cultura lógica. Las ciencias humanas, sin los métodos precisos a los que la lógica sirve en última instancia de fundamento, pueden todavía ser humanas pero serán difícilmente ciencias...". Ver: KALINOWSKI, Georges: *Introduction a la logique juridique*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p.2.

162 Ha de tenerse en cuenta que cuando faltaba en una opinión la *certeza* o *îaqîn*,

Una exposición del Derecho Islámico

la escolástica islámica había previsto desde antiguo la matización de las opiniones -teológicas y jurídicas- en *auténticas* o *ûâqî'î* y en *aparentes* o *zhâqîrî*, considerando ambas categorías como suficientemente válidas para expresar criterios susceptibles del respaldo de la ortodoxia religiosa que representa todo *Kalâm* académico. Ver: ÂL-KÂSHÂNÎ, Muhsin Ibn Âl-Murtadâ: *Ilm Âl-Îaqîn fî 'Ûsûl Âd-Dîn*, Beirut: Dâr Âl-Balâgat, 1990, t.I, p. 521 (Sobre la diferencia teológica entre la revelación del Libro y las sentencias conservadas en hadices); BADAWI, Abd-ur-Rahman: *The History of Islamic Theological Speculations* [tr. Hossein Saberî], Mashad: Islamic Research Foundation/Astan-e Quds Razavi, 1995, t. I, p. 655.

163 A`RAFÎ PUSHÎ, A`lî: *Âl-Bidâiat fî Ta'ûdih...*, t.I, p. 438.

164 Básicamente, las condiciones para considerar como *categorica* una información, y consecuentemente al conocimiento de la entidad jurídica que aporta ésta al jurisprudente, se puede sintetizar en dos puntos:

- Ha de ser intelectivamente evidente que actuar en relación con la información de la fuente comporta una obligación doctrinal, puesto que si se trata de una noticia no ubicada en este espacio de lo determinante legalmente, se obviará su categoría, dado que en los juicios preferibles o *mustahabât* la rotundidad de la fuente y su historicidad no condicionan o vinculan legalmente.

- Por otra parte, esa obligatoriedad se limitará a aquello que se conoce del juicio legal categorico, de forma que los aspectos colaterales de éste no están condicionados por la tipificación. Podemos considerar que de esta forma se concreta la legitimidad para emitir dicha obligatoriedad, puesto que ha de ser referida a las especulaciones escolásticas, ya que lo metodológicamente jurídico no es doctrinalmente determinante. Ver: JURRASÂNÎ: *Kifaîât...*, Teherán, t.II, p. 25.

165 Véase: ÂS-SUBHÂNÎ, Ya`far: *Âl-Îhâit a`lâ hudâ Âl-Kitâb ûa Âs-Sunat ûa Âl-A`q*, Qom: Mû`sasat Âl-Îmâm Âs-Sâdiq, 1418 H. q., t. III, p. 520. En relación con la cuestión ha de destacarse el apartado dedicado a: "*La admisión de la referencia intelectualiva como categorica en ámbitos especiales*".

166 Los partidarios de limitar las capacidades argumentativas del sistema jurídico a la literalidad coránica apelan a aleyas del tipo: **«No hubiéramos sido bien dirigidos, si no nos hubiera guiado Dios. Llegó un Profeta de nuestro Señor con la Verdad»** (Sura *Âl-A`râf* -Los Lugares elevados-, aleya 43), o: **«... para que perezca quien ha de perecer por una prueba clara, y viva quien ha de vivir por medio de una prueba clara»** (Sura *Âl-Ânfâl* -El Botín-, aleya 42). Por su parte los seguidores de las tesis interpretadoras recurren a la muy comentada aleya que hace referencia al sentido del mensaje: "*Algunas aleyas [son] unívocas y [conforman] la Matriz de la Escritura, y algunas otras [poseen] sentidos diversos...*" (Sura *Âl-I`mrân* -La Familia de Imrân (Joaquín)-, aleya 7). De cualquier forma ambas argumentaciones, apoyadas desde el texto coránico, necesitan -paradójicamente- de una reflexión interpretadora, lo que consolida la tesis de los defensores de la posibilidad -se podría decir: *imperiosa*- de tomar al Libro como referente susceptible de diversas lecturas alternativas,

unas de otras y que superan el monolitismo *literalista*. Ver: MISBÂH ÎAZDÎ, M.T.: *Ma`âraf-e Qurân. Qurân Shenâsî*, Qom: Madraseh-eie l`Imîeh-eie Maa`sûmîeh, 14131 H. q., t. II, p. 110.

- 167 En la literatura jurídica islámica, se suele tomar como referente para abordar este tipo de hadices la aleya sexta de la *Sura Âl-Huyarât -Las habitaciones privadas-* que dice: **«Creyentes, si un corrupto llega hasta vosotros con una noticia, analizadla, no fuera a suceder que perjudiquéis a alguien por ignorancia, y tengáis que arrepentiros de lo que hagáis».**

En esta aleya, para algunos autores, la noción de corrupto se considera *genérica* y amplia, y no necesariamente despectiva, sino que se entiende que se hace referencia a alguien que simplemente no aporta certeza a su testimonio; de forma que, técnicamente, el *corrupto* es el individuo legalmente contrapuesto al veraz o *sano -mâlim-*; sin embargo, otros autores, apoyándose en la referencia histórica concreta de la manifestación de la aleya en cuestión -que se reveló al Profeta (PBd) a causa de la información aportada por un oscuro personaje de la primera época del Islam, Úalîd Ibn A`qabah, uno de los notables de entre los Omeyas, enemigo personal del *Îmâm A`lî (P)* y contrario a su estatuto doctrinal privilegiado, quien levantó un infundio sobre la actuación de éste como representante profético en una expedición militar- sostienen que el “corrupto” a que se refiere el texto coránico es un extraviado doctrinal, de forma que la implicación se reduce a desconfiar de la información de los heréticos o traidores religiosos. Ver: A`LÎ BÂBÂÎ`, Âḥmad: *Barkuzîre-ie Tafsîr-e Numûneh*, Teherán: Dâr-e Âl-Kitâb-e Âl-Îslâmî-e, 1374 H. sh., t. IV, p. 496. En uno u otro caso, la aleya ayuda a considerar que la información, aun susceptible de cuestionamiento, ha de ser considerada con prevención; de manera que es en esa prevención donde se emplea el esfuerzo metodológico del *Úsûl*, a fin de habilitar una forma, doctrinalmente satisfactoria de aplicar la noticia al sistema legal. Ver: TABÂTABÂÎ, M. H.: *Âl- Mizân...*, t. XVIII, p. 479 y ss.; ÂS-SUBḤÂNÎ, Y., *Âl-Mûyiz...*, págs. 43 a 55.

- 168 ÂS-SADR: *Durûs...*, t.I -*Âl-Halaqat Âz-Zâniat-*, p. 319.

- 169 Se puede leer en la aleya : “*No tienen por qué acudir todos los creyentes; de cada comunidad que algunos acudan a instruirse en la religión, a fin de ilustrar a los suyos al regreso. Quizás así tengan cuidado*”. Siguiendo el criterio de primar la información, se apela a la aleya 159 de la *Sura Âl-Baqarat -La Vaca-* que dice: **«Quienes ocultan las pruebas claras y la dirección que hemos revelado...incurren en la maldición de Dios y de los hombres»**; un texto en el cual se encuentra, según los modernos comentaristas, la clave jurídica para la obligatoriedad legal de informar, esto es de considerar jurídicamente aplicable la información, más allá de las reservas sobre la certeza o no de la información misma, cuestión que se dirime en el espacio dedicado a la tipificación, y consecuente la valoración jurisprudencial, del mensaje documental conservado. El itinerario coránico que los especialistas recorren para fundamentar la *funcionalidad* legal de las *noticias únicas* es muy extenso y de intensas consecuencias interpretativas. Sirva apuntar, por el momento, que en el *Úsûl* se toma en consideración jurídica este tipo de documentos, aún con las correspondientes prevenciones técnicas, sobre la base sólida de un apoyo indi-

Una exposición del Derecho Islámico

- recto en la Revelación, aunque habría que precisar que esto se puede hacer mediante las interpretaciones *-tafâsîr-* que de esa Revelación se hacen, lo que sitúa el prestigio doctrinal de la *noticia única* en un grado relativizable de importancia referencial; sin embargo, las exigencias documentales, dada la abundancia y extensión de estos hadices así como la diversidad de asuntos que en ellos se reflejan, llevan a que sea necesario contar con ellos muy frecuentemente. Ver: ÂL-HÂSHIMÎ, Maḥmud: *Mubâhaz Âl-Huyay ûa Âl-Ûsûl Âl A' malfât*, Qom: Âl-A' lâm Âl-Îslâmî, 1405 H. q., t. IV, págs. 426 a 438.
- 170 El más clásico exponente de esta tesis es Ibn Îdrîs, quien apoya su opinión en la aleya 36 de la Sura *Âl-Îsrâ' -El Viaje Nocturno-* que dice: «**No sigas aquello sobre lo que no tienes conocimiento alguno**». Véase: ÂS-SADR: *Durûs...*, t.I -*Âl-Halaqat Âz-Zânîat*, p.291.
- 171 Ver: ÂS-SADR: *Durûs...*, t.I -*Âl-Halaqat Âz-Zânîat*, p. 293.
- 172 La categoría de los transmisores *veraces* o *ziqat* según la metodología verificadora desarrollada para el Hadiz, es la compuesta por los personajes presentes en la acción narrada, de los que no se tiene noticia de que en cualquier otra situación o aspecto de su vida fuesen embusteros, infieles a sus compromisos o ambiguos en materia política -tal como esto último se entiende en el combativo contexto *shîa`* tradicional-. Ver: ÂL-ÎRAÛÂNÎ, Bâqir: *Durûs tamhîdîat fî Âl-Qaûâi' d' Âl-Riyâliyat*, Qom: Pâsdâr-e Îslâm, 1418 H.q., p. 206 y 207.
- 173 ÂS-SADR: *Durûs...*, t.I -*Âl-Halaqat Âz-Zânîat*, p. 294 y 295.
- 174 Ver: ÂL-HÂSHIMÎ: *Mubâhaz Âl-Huyay...*, t.IV, págs.456.
- 175 Entendemos esa *circunstancialidad* accidental en contraposición a la *esencialidad* que determina a los hadices *mutaûâtîr*, ya que éstos definen doctrinalmente la autenticidad *-ḥaqîqât-* revelada. Ver: SHIRA' ÂNÎ, Âbû Âl-Ḥasan: *Sherḥ Tayrîd Âl-Îtiqâd*, Teherán: Îslâmîah, 1376 H.sh., p. 131 y ss.
- 176 Ver: ÂS-SADR: *Durûs...*, t.I -*Âl-Halaqat Âz-Zânîat*, p. 301.
- 177 Utilizamos el término “fractal” en el sentido *dimensional* que le aportara Benoit B. Mandelbrot, por cuanto es un sentido mucho más abstracto que el usado por la geometría euclidiana, ya que considera a la parte tomada como referencia o muestra del fractal en su proporción de exponente. Trasladando esta idea, y el ejemplo de la moderna aplicación digital de los sistemas fractales en la informática, nos atrevemos a sugerir la *imagen* de la *Noticia única* en el *Ûsûl*, como la expresión fraccionada de las posibilidades, siempre abiertas y dimensionales, que se pueden ofrecer al jurisprudente dispuesto a exceder el ámbito teórico convencional, marcado por la *Ḥaûza* -esencialmente *qâyârî-* en el último siglo y medio de Historia legal duodecimana.
- 178 Ver: SPINOZA, Benedictus de: *Ética: demostrada según el orden geométrico* [ed. Vidal Peña], Madrid: Editora Nacional, 1984, libro II.
- 179 En su *Lógica*, sec. 889, citado por: ZIEHEN, Theodor: *Leherbuch der Logik*, Bonn, 1920, p. 821.
- 180 Véase: RESCHER, Nicholas: *Sistematización cognoscitiva*, México: Siglo XXI,

1979, p. 24 y ss.

181 Ver: RESCHER, Nicholas: *The coherence Theory of Truth*, Oxford: Oxford University Press, 1973, cap. VII.

182 La referencia más directa en el texto coránico a la obligación de participar en la oración colectiva semanal aparece en la *Sura Âl-Yuma´ - El Viernes-*, aleyas novena y décima que dicen: **«Creyentes. En el momento en que se convoque para la oración del día de la reunión, apresuraos a recordar a Dios y abandonad la venta, ya que es mejor para vosotros, si es que sabéis . Concluida la oración, dispersaos por la Tierra, buscando el favor de Dios. Recordad mucho a Dios. Quizás prosperéis»**. Este ejemplo puede ayudarnos a explicar cómo un juicio legal está sujeto a muy diversas consideraciones, puesto que la acción, legal y canónica, si bien tiene por origen una orden directa de la Revelación misma, en ésta no se explicitan algunos términos, como el día en que ha de producirse esa reunión, o si ésta es regularmente convocada. Para conocer esta información el jurista duodecimano ha de recurrir a los hadices que describen el comportamiento del Profeta (PBd) a tal efecto, que narran que era el viernes el día designado por él para tal acto; por otra parte se sabe que esta oración era diferente a las ordinarias, y, de nuevo, se ha remitir el analista a los hadices y tradiciones en torno al comportamiento de los primeros musulmanes para conocer la morfología de la acción, etc.; todo ello apelando a informaciones que no siempre son de toda fiabilidad, sino que adquiere por medio de una metodología, y ésta acaba siendo la causa del tamiz técnico de las figuras jurídicas *ûsûlî*, que complementan los documentos *mutaûâtir*.

Para los juristas de la escuela *ya´farî* este acto, con toda la carga social y política que el Profeta (PBd) mismo le imprimiera, ha sido motivo de un extenso e intenso debate, puesto que en la oración comunitaria se dirimía, desde antiguo, la imagen política y el prestigio de la autoridad política, de ahí el rigor purista en cuestionar, mediante la metodología *ûsûlî*, esta acción en los tiempos de la Ocultación, dado que se entiende que tal acto es de aquéllos que no tienen vigencia si no es explícitamente convocado por un Infalible o alguien digno de su representación, esto es, un sabio/teólogo considerado mayoritariamente como justo, etc. También la forma concreta de la acción ha sido motivo de ciertas reservas metodológicas, al igual que para algunos otros actos tradicionales que son expresión de las ordenes coránicas; en concreto, en la morfología canónica de la oración los duodecimanos son especialmente rigurosos, lo que nos parece la expresión de la complejidad metodológica del propio *ûsûl*, puesto que no se reconocen las prácticas rituales, posteriores al Profeta (PBd), que uno de los primeros califas introdujera, deslumbrado en su ignorancia y simplismo por los usos palatinos bizantinos y las prácticas litúrgicas de las sectas siríacas de su tiempo. Ver: MAGHNIYYAH: *The Five Schools...*, p. 111. Entre los propios autores duodecimanos hay, sobre esta cuestión, una diversidad de criterios y matices que ejemplifican las diferentes áreas de la Teoría general jurídica que pueden ser implementadas en la reflexión legal. Algunos juristas se aproximan bastante a las tesis sunníes, pero cuestionando la autoridad de los poderes temporales para presidir el acto, no existiendo teólogos versados en la ley islámica; otros consideran que solamente un juris-

Una exposición del Derecho Islámico

ta duodecimano está doctrinalmente legitimado para dirigir esa oración. Por su parte algunos consideran que la convocatoria de tal acto en nombre de los Infalibles es suficiente para dotarlo de esa problemática legitimidad; e incluso hay autores, especialmente rigurosos en sus planteamientos metodológicos, que niegan la posibilidad de que tal oración sea legalmente coherente en el periodo de Ocultación del Imam. De cualquier forma es un explícito caso de *conocimiento impreciso* que se ha de solventar por parte del *muytahid*, a partir de criterios tomados del *Ūsŭl Práctico*. Por nuestra parte hemos de comentar que en la literatura jurídica que hemos analizado se encuentra un interesante caso, ya que la legitimación de la Oración del Viernes, importante acto político del periodo revolucionario iraní actual, académicamente se apoya en los autores clásicos que venimos mencionando como exponentes del pensamiento tradicional duodecimano, no obstante buena parte de ellos vivieron en el periodo *Qāyār*, que por ser característico del momento en que los teólogos se distanciaron del poder político *shīa`*, fue un tiempo académico caracterizado por la poca disposición de esos autores a aplicar con *generosidad* argumental los elementos técnicos que validarían la convocatoria de la Oración colectiva; muy por el contrario suelen ser autores, especialmente Jorrāsānī, partidarios de cuestionar la coherencia de su convocatoria. Actualmente en el Irán *shīa`* y postrevolucionario, y a su imagen, en bastantes puntos del resto de la geografía duodecimana, se convoca esa oración sobre la base ideológica de la autoridad doctrinal que se refleja en la Constitución islámica persa, que expresa la tesis de la *Ūlāiāt* del Jurisprudente. Además, los teólogos estudian el Derecho islámico que sostiene esa teoría ideológica a partir de los textos clásicos que cuestionan, precisamente esta medida, conflicto que las autoridades académicas persas han solventado censurando un importante párrafo de *Kifāiāt*, en el cual Jurrāsānī opina contra la convocatoria *civil*, esto es la que no se hace por un **explícito** representante del Infalible.

Compárense las dos ediciones que venimos aplicando a nuestro estudio de *Kifāiāt Āl-Ūsŭl*; la que hemos denominado edición teheraní y la editada moderadamente en Qom, la primera en su t.II p. 30, correspondiente a la segunda en su p. 309, último párrafo. Ver: ĀL-QUDSĪ, Āḥmad: *Ānŭâr Āl-Ūsŭl. Taqrāraan limubāḥḥ musāḥat Āiat Āl-Lah Makārim Āsh-Shīrāzī*, Qom: Nusal Yaŭān, 1416 H.q. t.III, p. 47 a 63.

- 183 Este término aparecerá, en la literatura jurídica islámica, indistintamente en masculino y en femenino, dependiendo de las palabras próximas con las que se relacione, en cada caso. Ver: YA` FARĪ LANKARŪDĪ, M.Y.: *Termīnŭlŭyī huqŭqī*, Teherán: Kony-e Dānesh, 1376 H. sh., p. 107 y ss., cánones 831 a 839.
- 184 El texto revelado menciona que: **«Nadie ha de soportar la carga ajena. Nunca hemos infringido un castigo sin enviar [previamente] un mensajero [amonestador]»**. Ver: JURRASĀNĪ: *Kifāiāt...*, Qom, p. 385.
- 185 ĀS-SADR, M.B.: *Āl-Mŭyiz fī Ūsŭl Ād-Dīn*, Qom: Ḥabīb, 1418 H.q., p. 125 a 148.
- 186 El hadiz es un muy sólido referente ya que se encuentra en el incuestionable

Âl-Kâfî del *Shejî* Kulainî, concretamente en el apartado dedicado a *La fe y la incredulidad*, y en el capítulo sobre “*Lo que se aparta para la Comunidad*”. Ver: ÎBN ÎA`QÛB ÂL-KULAINÎ, Âbî Ya`far Muḥammad: *Âl-Ûṣûl mina Âl-Kâfî*, Beirut: Dâr Âl-A`dûâ`, 1985, t. II, p. 463.

- 187 Ver la referencia actualizadora que se hace en una reciente síntesis de las más célebres tesis interpretadoras en: ÂSHTÎÂNÎ, M. R. y otros: *Paiâm-e Qurân*, Qom: Quds, 1374 H. sh. t. X, p. 85 y ss. “*Sobre el ordenamiento constitucional islámico*”.
- 188 ÂL-MÛSAÛÎ ÂL-JÛÎ, Âbî Qâsim: *Muḥâdirât fî Ûṣûl Âl-Fiqh*, Qom: Ânsariân, 1996, t.V, p. 183.
- 189 ÎSLÂMÎ, Ridâ: *Qaûâi`d Kullî Îstinbât*, Qom: Center of Publications of The Office of Islamic Propagation of the Islamic Seminary of Qum, 1376 H.sh., t.II, p. 245.
- 190 JURRASÂNÎ: *Kifâiât...*, Qom, p. 398 y ss.
- 191 Ver: ḤÂKIM NÎSHÂBÛRÎ, M.: *Âl-Mustadrak a`lî Âṣ-Ṣaḥîḥîn fî Âl-Ḥadîz*, Riad: Nasir Âl-Ḥadîz, s/f.
- 192 Ver: JURRASÂNÎ: *Kifâiât...*, Qom p. 402.
- 193 Véase: ÂL- MUDARRISÎ ÂL-BUHSÛDÎ, Ḥaidar A`lî: *Hidâiat li-Ûṣûl fî Sherḥ Kifâiât Âl-Ûṣûl*, Qom: Âl-A`lamîat, s/f, t.II, p. 329.
- 194 Ver: ÂL-MÛSAÛÎ ÂL-JÛÎ: *Muḥâdirât fî Ûṣûl...*, t.V, p. 246.
- 195 Muḥammad Bâqir ÂṢ-Ṣadr ofrece varias definiciones clásicas de *Îstishâb*, todas ellas procedentes de los textos tradicionales que sistematizaran esta entidad técnica. Algunas definiciones son muy escuetas, como, por ejemplo: “*El juicio permanente de lo que fue*”; otras se refieren con mayor precisión a su referente metodológico cuando explican que consiste en: “*dar al juicio nuevo la forma continuada de aquello que se le relacionara y de lo que poseíamos certeza*”. Sin embargo, a nosotros nos parece que su propia definición introductoria a la materia muy rotunda, además de muy sintética, ya que explica con gran precisión la utilidad de esta entidad, puesto que aclarar que el *Îstishâb* es “*la acción de ubicar [o establecer] como resultado [de una reflexión de algo], el estado previo [de esa cosa]*”. Como el propio autor apunta el estado previo viene determinado por el juicio *aparente -zhâhirî-* anterior, de manera que la prolongación de la permanencia viene a ser a partir de un juicio aparente, y está consecuentemente sujeta a las especificidades que para este tipo de juicios apuntamos. Ver: ÂṢ-ṢADR: *Durûs...*, t.I -*Âl-Halaqat Âz-Zâniât*, p. 415 y 416; t.II -*Âl-Halaqat Âz-Zâlizat*, p. 455.
- 196 ÂṢ-ṢADR: *Durûs...*, t.I -*Âl-Halaqat Âz-Zâniât*, p.423; t.II -*Âl-Halaqat Âz-Zâlizat*, p. 476 y ss.
- 197 Ver: ÂL- MÛSAÛÎ ÂL-JÛÎ: *Muḥâdirât fî Ûṣûl...*, t. V, p. 97.
- 198 Ver: ÂṢ-SUBḤÂNÎ: *Âl-Mûyîz fî Ûṣûl...*, t. I-II, p. 183.
- 199 Ver: ÂṢ-ṢADR: *Durûs...*, t.I -*Âl-Halaqat Âz-Zâniât*, p. 423.

Una exposición del Derecho Islámico

- 200 Podemos destacar de qué forma el *Īstishâb*, aplicado en combinación con el resto del sistema de fuentes jurídicas, ayuda determinadamente a construir algunos de los *principios del derecho* más útiles del *Fiqh*, como es, por ejemplo, el que regula el estatuto de *participación* o *Īshtirâk* que une, en cuanto a deberes legales, a los modernos musulmanes con sus antecesores pretéritos y clásicos, concretamente en lo que a las situaciones legales de carácter inalterable se refiere, esto es, en aquellas cuestiones que los juristas tradicionales consideraron como *aspectos de la legalidad islámica necesarios para la perpetuación de la identidad religiosa* o *Ād-Darūriat Ād-Dīn*. Si tomamos un caso prototípico como el que mencionaremos a continuación, observaremos de qué forma el *Īstishâb* sirve de punto argumental entre los juicios clásicos y las modernas situaciones legales. El sentido lingüístico preciso del término *participación -Īshtirâk-*, por su procedencia etimológica -proveniente de la raíz **shara-ka**, que puede significar *uniformidad equiparadora-*, no es otro que el de “*perpetuar o vincular un estado o estatuto entre diferentes entidades*”, superando los matices diferenciales que entre ambos puedan existir. De forma que este *principio* se invoca a fin de hacer partícipes a los musulmanes a lo largo de la historia islámica, de las ordenes precisas que aparecen en el *Qurân* con una determinada carga puntual aparente, que podría llevar a pensar que son mandatos específicos para los oyentes directos de la Revelación; esto es, imperativos de actos supuestamente privativos de los coetáneos del Profeta (PBd). Así puede tratarse del mandato coránico de llevar a efecto la peregrinación a La Meca -contenido en el *Qurân*, aleya 97 de la *Sura Āl l’mrân -La Familia de Imrân (Joaquín)-*, o del mandato genérico de establecer la Oración -*âqimûâ âs-salât-*, etc., o de normas referenciales amplias, consagradas por hadices de prestigio documental, como la que indica que: “*lo que permite Muḥammad (PBd) está permitido hasta el Día del Juicio [final], y lo que él prohíbe lo será hasta ese día*”. Ver: KULĀĪNĪ: *Āl-Kāfi...*, t.I, p. 58, sec. (*Sobre las bondades del conocimiento*), hadiz nº 19. Independientemente de lo anteriormente comentado sobre la negativa teológica a considerar, que el hecho de que la transmisión del Libro fuese un suceso de transcendencia limitada a los individuos que físicamente la presenciaron, existe un mecanismo técnico, del cual forma parte esencial la teoría sobre la *permanencia -Īstishâb-*, puesto que esta entidad metodológica permite proyectar las normas asumidas como válidas en el pasado, sobre el resto de los periodos temporales, con la única salvedad que esas normas fuesen, en su momento, deducidas sobre presupuestos de tipo genérico, a fin de decantar posibles concreciones o matices específicos. Mecanismo que Muṣṭafaūi explica diciendo : “*la base [argumental] reside en el Īstishâb, en el sentido que los juicios fijados para el conjunto de los musulmanes en el origen del Islam permanecen en su estadio [legalmente consolidados] en los periodos de tiempo posteriores para la Comunidad, con la plenitud de la estructura de la permanencia*”. Ver: ĀL-MUSTAFAŪĪ: *Āl-Qaūi d...*, págs. 43 a 45.
- 201 Un ejemplo habitual que ilustra el primer principio es la duda sobre el importantísimo estatuto de “justo” de un juez; si la referida duda no es susceptible de ser despejada, se considerará que el estado de justicia previa se conserva vigente y sus sentencias son conforme a Derecho, hasta el punto que si

más tarde se descubre la corrupción, esas sentencias del periodo de duda no quedan afectadas, pues se rigen por este principio de referencia al estatuto certero anterior. En cuanto a la segunda pauta técnica es frecuente verla ilustrada con el ejemplo de la necesidad de alimento y el robo por causa de esa misma necesidad, si bien con este principio la culpabilidad decae, no sucede así con la responsabilidad por el acto. Véase: *ÂL- MÛSAÛÏ ÂL- BUYUNÛRDÏ*, M.H.: *Âl-Qaûâi'd Âl-Fiqhât*, Nayaf, 1969, t. I, p. 35 y 46.

202 Este conocido hadiz procede de *Zurârat*, un personaje muy relevante en la transmisión de los hadices duodecimanos, especialmente de los del Quinto Imam, de quien fue coetáneo y devoto, lo que confiere al transmisor un prestigio que es la sustancia de la noticia, dado que en ella se sostiene que la reserva sobre la narración queda superada por el carácter de fiable *-ziqat-* del narrador, de manera que se sitúa la esencia de la transmisión no en la cuestión puntual, sino en la forma y medio de conservación y perpetuación del caso legal. Mencionaremos la anécdota puntual del hadiz, pues en él se narra que, preguntado este Infallible sobre el sentido de una expresión coránica procedente del *Âiat Âl-Kursi* -aquella que indica que Dios no se “adormece”- *lâ tâjudhuh sinatu* -por su estado de soberanía efectiva-, el Imam definió genéricamente el estado de somnolencia en relación con el sueño, que comporta la pérdida de la pureza ritual, remitiendo a la certeza sobre la vela, y consiguiente pureza, del anteriormente purificado, y a su certeza de no haber dormido durante el periodo de sopor que implicaba a la duda. El hadiz comporta algunas reservas metodológicas, pero el prestigio del narrador lo avala, lo que viene a resultar una primera forma de *Îstishâb*; por otra parte, el asunto compete de pleno a la cuestión concreta de la norma sobre la pureza, lo que se considera una segunda y definitiva forma de aplicación de esta figura técnica. Véase sobre el hadiz referido: *ÂT-TÛSÏ*, M.: *Âl-Tahdhîb Âl-Âhkâm*, Teherán: *ÂS-Şadûq*, 1418 H.q., t.I, hadices “*Sobre la obligatoriedad de la pureza*”; sobre *Zurârat*, el narrador: *ÂL-ARDÏLÏ ÂL-GARÛÏ*, H.: *Yâmia'Âl-Riûât*, Qom: Maktbat A. Âl-Mara'shî ÂN-Nayafî, 1403 H. q., t.I, p. 324 y ss.; y sobre la cuestión técnica que nos ocupa: *ÂS-ŞADR: Durûs...*, t.I -*Âl-Halaqat Âz-Zâniat*, p. 419; t.II -*Âl-Halaqat Âz-Zâlizat*, p. 483 y ss. Aún tratándose de un aspecto colateral, no queremos dejar de mencionar que es precisamente a partir de este hadiz sobre el razonamiento que sostiene la *permanencia*, que *Jû'î* elabora su tesis particular sobre la necesidad de diferenciar en los casos de *Îstishâb* entre el *asunto* referido -*mûqû*- y el *juicio -hukm-*; puesto que, opina él, sólo en el primer supuesto es factible aplicar la disposición sobre la *permanencia*, dado que el referente del hadiz de *Zurârat* así lo impone; sin embargo, para el juicio no considera que sea posible transferir el atributo de algo ya opinado -y por tanto, solventado- a una cuestión que es netamente otra entidad jurisprudencial.

203 Véase: *KÛZÂNÏ*, Maḥmûd. *Âl-Îstishâb fî Âsh-Sharîa't Âl-Îslâmîat*, Beirut: Dâr ÂS-Şufût, 1993, p. 175 y ss.

204 Ver: *ÂL-GARAÛÏ ÂN-NÂÏ NÏ*, M. H.: *Faûâid...*, t. IV, p. 413.

205 Ver: *ÂS-ŞADR: Durûs...*, t.I -*Âl-Halaqat Âz-Zâniat*, p.426; t.II -*Âl-Halaqat Âz-Zâlizat*, p. 476.

Una exposición del Derecho Islámico

- 206 Valga como muestra actualizada la referida obra de SLOTERDIJK, Peter: *Crítica de la razón cínica*, Madrid, Taurus, 1989, t. I.
- 207 LAGARDE, Georges de: *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen-Âge*, Lovaina: Nauwelaerts, 1956-1970.
- 208 Se podrían aportar varias referencias coránicas, nos limitaremos a una de las más usuales de entre las esgrimidas por los textos jurídicos y teológicos que teorizan sobre este, siempre controvertido, asunto: la aleya 89 de la *Sura Ân-Nahl* o *Las abejas*, que dice: **«hemos hecho descender para ti [en referencia al Profeta] la Escritura aclaradora de todos los asunto».**
- 209 MŪKĤĤĪ, A'bd Âl-Rahîm: *Âhkâm-e taqlîd ba Âytihâd*, Qom: Daftar Tablîgat-e Âslâmî, 1375 H. sh., p. 32.
- 210 La aleya 27 de la *Sura Âl-Mâi'dah*, en la que se puede leer: **«... de manera que Dios acepta lo que proviene de los temerosos».**
- 211 Véase: PÂRSÂNÎÂ, Hamîd: *Hadîz-e Peîmâneh*, Qom: Mu`âüenat-e Ômûr-e Âsâtîd-e ba Durûs-e Mu`ârif Âslâmî, 1376 H.sh., p. 318.
- 212 Ver: KHOSROKHAVAR y ROY: *Irán de la...*, p.30.
- 213 JURRASÂNÎ: *Kifaîât...*, Qom, p.529.
- 214 Insistentemente se mencionará en las obras técnicas, en torno a la legitimidad para considerar sus tesis jurídicas como la expresión correcta de la legalidad islámica, aquellos hadices de los Infallibles que anunciaban cómo a la comunidad islámica le llegaría el día en el que se produciría un vacío doctrinal, en el cual sólo los preservadores de las Tradiciones tendrían autoridad para opinar; en evidente referencia -según las tesis en boga- a la condición de herederos de profetas e imames que poseen los teólogos/juristas. Ver: ÂL-HASANÎ Hâshîm [Ma`rûf]: *Sîrat Âl-Âi`mat Âl-izna' a`shara*, Qom: Âmîr, 1415 H.q., t.II, p. 554 (" Sobre la representación del Imam en la Pequeña ocultación "); y *A'Ûn Âl-Âjbâr*, Nayaf, Âmamîat, s/f, t. II, p. 101.
- 215 MUJAHARÎ, M.: "Sherj-e Busût-e Manzhûmah". En *Maymûa`h Âzar*, Qom: Sadr, 1374 H.sh., t. IX, p. 71, nota nº 1.
- 216 JURRASÂNÎ: *Kifaîât...*, Qom, págs. 531 y ss.
- 217 MŪKĤĤĪ: *Âhkâm-e taqlîd...*, p. 41.
- 218 Básicamente, a partir del principio de la *precaución -Âhtîât-*, que asegura que actuar en consonancia con la certeza, asumida, del otro sobre la base de su *conocimiento -i'Im-*, independientemente que la acción sea errada o no, hace al autor del acto acreedor del mérito y la recompensa espiritual que finalmente es objetivo de todo el sistema confesional.
- 219 Ver: CHITTICK, William C.: "From the *Meccan Opening*: The Myth of the Origin of Religion and the Law" En *The World and I*, 3/1, 1988, págs. 655-665.
- 220 Centramos nuestra reflexión en Kelsen, por lo que su obra tienen de exponen-

te arquetípico del pensamiento constitucionalista actual, pero tal vez habríamos de mencionar en la reflexión las opiniones de Heller, Schmitt, Smend, Hauriou, Carré o Santi Romano, ya que -como dijera M. Aragón, prologando a García-Pelayo- "de cuyas doctrinas aún vivimos intelectualmente, incluso para criticarlas". Ver: GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, Madrid: Alianza, 1999, Prólogo, p. III.

221 Con la introducción en las constituciones de Austria y Checoslovaquia de la tesis de la *higher law*, y la creación de un órgano de justicia constitucional competente para juzgar la constitucionalidad de las leyes, Kelsen incorpora al Derecho político europeo el sentido del control jurídico de la constitucionalidad, en el cual vemos evidentes concomitancias con el dominio sobre el ámbito político que la *Shar'ah* prevé para los jueces, en tanto en cuanto éstos tienen la facultad de delimitar al poder temporal, mediante un control judicial efectivo, incluidas las normas, que podemos denominar laicas y administrativas, de los soberanos. Ahora bien, esta similitud no es del todo lineal pues de, una u otra forma, se invierte la dirección del control: mientras que los *u'lámah* controlan doctrinalmente a los reyes, en tanto en cuanto éstos son expresión del poder político, en Europa el proceso es inverso ya que es el poder político -expresado en el orden constitucional- quien hace un lugar a los jueces, para *inventar* un control judicial del sistema. En el caso islámico, el sentido de la legitimidad legal de las normas es reflejo del sentido descendente de la soberanía, mientras que la experiencia europea extiende ese sentido de forma horizontal por el sistema legal. Para Kelsen una norma jurídica individual es una continuación del proceso de creación jurídica de lo general a lo individual, y supone una concepción de la soberanía constitucionalista; sin embargo, en el orden legal *ya'farí* el planteamiento se funda en sentido contrario, dado que la opinión del *muytahid* establece la forma jurídica definitiva y legítima de la doctrina religiosa, de manera que el orden político es incapaz de controlar la creación jurídica, y sin embargo queda controlado por el sistema jurisprudencial, especialmente, cuando éste es judicial, ya que se considera que la soberanía es trascendente, y los teólogos son sus depositarios. Ver: KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho* [tr. de Roberto Vernejo], México: Universidad Nacional Autónoma, 1981; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Barcelona: Bosch, 1933; FAVOREU, Louis: *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

222 Estamos refiriéndonos a las tesis aplicadas en el Congreso de Filadelfia de 1774, en el cual se rechazó, por parte de los colonos americanos, el cumplimiento de ciertas obligaciones tributarias impuestas por el Parlamento inglés, e incluso la decisión sobre el *papel sellado - tamp act-* del Congreso de Nueva York de 1775, y, finalmente, la mención introducida por el propio Jefferson en la Declaración de Independencia en la que se expresa la cuestión de la *praevalère* de la autoridad divina sobre las normas de los hombres, cuando apela a "las leyes naturales y de Dios, a [...] esas verdades evidentes en sí mismas..."; lo que parece expresión de la doctrina de Locke, quien utilizando como precedente argumental el *Bonham's case*, sostenía que la legislación recibida por los colonos americanos de la metrópoli inglesa no podía vulnerar

Una exposición del Derecho Islámico

ciertos derechos esenciales fundados en la ley de Dios y de la naturaleza. Cuestión que ya apareciera en el pensamiento escolástico cristiano en la obra de Tomás de Aquino, y su matización entre *ius naturale* y *ius positivum*. Ver: BELLOFF, Max: *Thomas Jefferson y la democracia americana*, San José de Costa Rica: Universidad Autónoma de Centroamérica, 1987; HUGHES, C.E.: *La Corte Suprema de los Estados Unidos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 139; AQUINO, Tomás de: *Summa Theologica*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1985, t. II, q, 60, art. 5 y I-II, q, 60, art.2.

223 Alfonso de Castro.

224 WALLACE, Anthony F.C.: *Religion: An Antropological View*, Nueva York: Random Hause, 1966.

225 Escribimos "sacerdotal" siguiendo la nomenclatura que el propio Wallace establece, pero nos parece evidente que su sentido, en el espacio de análisis antropológico, excede a la convención que se puede atribuir coloquialmente a esta expresión, ya que la "función sacerdotal", se vincula a *lo sacro* -por supuesto-, pero también, y especialmente, se ocupa de la "liturgia" que concreta y cristaliza los valores trascendentes o superiores en la casuística legal. A cualquier observador atento no se le escapará que las formas procesales -ropajes, protocolos, etc.- que adornan cualquier vista judicial en un moderno juzgado, tanto en el Asia metafísica como, por ejemplo, en nuestro neo-laico país, se han de ver definidas por la expresión "sacerdotal", sin que ello suponga establecer metáforas de lejanas referencias. Incluso, a medida que la informatización y la burocracia alteran las formas de los procedimientos jurídicos, aparecen nuevos elementos que se pueden vincular a ese sentido antropológico amplio de *lo sacerdotal*, en relación con la justicia ¿qué sino se puede pensar del criticismo burocrático en que han devenido las cuestiones legales más sencillas?

226 Ver: CASSIRER, E.: *Antropología Filosófica*, México: Fondo de Cultura Económica, 1975; CHOZA, J.: *Manual de Antropología Filosófica*, Madrid: Rialp, 1988

227 Este término procede de la raíz fa-ṭa-ra, significante de *creación*, tendencia, *inclinación*, en definitiva de *hacer con natural orientación*. Para Fârâbî se trata de la base del orden social; por su parte Ya`far Sayâdî precisa que es aquello por medio de lo cual el individuo puede comprender las *intelecciones básicas -ma`qûlât-e najastîn-*. En el plano más sustancial, la *fitra* se puede entender como el instinto trascental y básico del individuo; sin embargo, la dimensión más atractiva para nuestra observación del concepto ha de centrarse en el carácter de soporte esencial de lo que la Filosofía del Derecho tradicional denominaba valores superiores, aunque en el caso del Pensamiento islámico se descarta la opinión de Peces-Barbas, que basa éstos en "un fundamento racional e histórico", ya que los teólogos duodecimanos entienden que es algo consustancial a la ipsidad individual. En ningún caso la referencia al *instinto* se debe entender, para el caso que nos ocupa, como el sentido que desde la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglos XX se concede en Occidente a éste término, que procede de Darwin, W. James y W. McDougall, ya que

esto nos conduciría a las teorías conductista de Watson y de la escuela reflexológica, y de ahí a los planteamientos etólogos de Tinbergen, Lorenz y Eibl-Eibesfeldt o al neoconductismo de Skinner. En todos estos autores y tendencias la observación del instinto se centra en considerarlo como la expresión mecanicista de un sistema funcional, que de alguna forma orienta al hombre en su comportamiento. La *fitra*, por su parte, no guarda relación directa con el comportamiento, como expresión de la actividad individual, sino con la percepción que el hombre posee de su entorno vital, la cual le impele a pensar, observar y actuar de una forma que no está exactamente preestablecida, ya que lo predeterminado es cierta forma o pauta de código lector de la realidad existencial. En nuestra opinión la traducción más aproximada que se puede hacer de este término, tal como se aplica en la teología islámica, es: *dinámica tendencial ontológica*. Ver: VAJDA, G.: "Langage, philosophie, politique et religion d'après un traité d'al-Fârâbî". En *J.A.*, nº 258, 1970, págs. 247-260. CRUZ HERNÁNDEZ, M.: *Historia del Pensamiento...*, t.I, p. 192. SAYÂDÎ, Saïd Ya'far, *Farganq-e u'lûm-e falsafî ba kalâmî*, Teherán: Amîr Kabîr, 1375 H.sh., p. 558. PECES-BARBA, Gregorio: *Los valores...*, p. 43. LORENZ, K.: *Evolución y modificación de la conducta*, Madrid: Siglo XXI, 1976; SKINNER, B. F.: *Ciencia y conducta humana*, Barcelona: Fontanella, 1974.

228 Especialmente interesante es el sentido de *pureza* inicial y previa *-tahârat-* que plantea A'lâmah Tabâtabâî para el individuo, en el comentario que ofrece a partir de las aleyas 30 y 31 de la Sura La Vaca *-Âl-Bararat-* en las cuales se menciona que «**Él [Dios] mostró [a Adán] el significado de todo lo existente**». Véase: TABATABÂÎ, M. H.: *Însân az Âgâz-e tâ Înyâm*, Teherán: *Sahâfî* ba Nush-e A'lâmah Tabâtabâî, 1371 H. sh., p. 15 y ss.

229 CHOZA, J.: *Op. cit.*, p. 199.

230 Ver: MERLEAU-PONTY, M.: *Fenomenología de la percepción*, Barcelona: Península, 1975.

231 Ver: FABRO, C.: *Percepción y pensamiento*, Pamplona: Eunsa, 1978, págs. 191 - 291.

232 Aparece en el *Qurân*, en la Sura *Las Habitaciones Privadas -Âl-Hujurât-*, concretamente en la aleya número 13: «**Os creamos de varón y hembra, y Os hemos conformado en linajes [naciones] y tribus, para que mutuamente os reconozcáis...**». Texto éste en el que los teólogos clásicos de la escuela duodecimana encuentran el fundamento de las tesis sobre la esencialidad eminentemente del ser humano en tanto en cuanto es entendida como entidad social, que condiciona la percepción no-individualista de todo lo que concierne a la estructuración normativa penal, en la manera en que ésta regula el ámbito *público* del sistema jurídico.

233 Ver: GULDÛZÎÂN, Îray: *Huqûq-e Yizâ-e Ûmûmî-e Îrân [Droit Pénal Général de L'Iran: Généralité]*, Teherán: Tehran University Publications, 1376 H. sh., p. 4. El subrayado de la cita es nuestro.

234 Dice literalmente la aleya 25 de la Sura *El Hierro -Âl-Hadîd-*: «**Enviamos a nuestros mensajeros con la aclaración [baînat = para comprender los divi-**

- 243 Se puede encontrar un interesante muestrario de las tesis religiosas *tradicionalistas*, enfrentadas a las opiniones *liberales* en materia de pensamiento confesional, en la polémica abierta entre algunos profesores y teólogos de la *Hauza* de Qom y el filósofo Doctor A'bd Âl Karîm Surûsh, polémica de la que nos hemos ocupado con anterioridad. Ver: LÂRÎYÂNÎ, Sâdeq: *Ma`rifat-e Dinî*, Teherán: Center for Translation & Publication, 1370 H. sh.
- 244 BOSTANI, Madmud: *Islam & Psychology*, Mashad: Islamic Research Fuondation/Astan-e Quds Razavi; 1993, p. 225.
- 245 SIEGEL, Larry J.: *Criminology*, New York: West Publishing Company, 1983, p. 6.
- 246 F. VON LISZT, en su *Tratado de Derecho penal*, citado por: COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990, p. 31.
- 247 Ver: MACPHERSON, C.B.: *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke* [tr. de J.R. Capella], Madrid: Fontanella, 1979, p. 77.
- 248 COBO y VIVES: *Op. cit.*..., p. 33.
- 249 Nos distanciamos de la etimología de esta expresión jurídica, ya que esas leyes islámicas no están *puestas* -del latín *positum*- por el poder político, sino que son *descubiertas* -de ahí la idea de *ÿtihad*- por el teólogo como parte del entramado existencial, y como una parte de la cosmología religiosa misma.
- 250 Por ello al sistema de penas positivas islámicas se le denomina *hudûd*, que etimológicamente no significa otra cosa que *borde* o *aledaño*.
- 251 Sirva de muestra uno de los más modernos historiadores de la evolución argumental de la escuela *ya`farî*: SUBHÂNÎ, Ya`far: *Âl-ÿlahiât*, Qom: Mûa`saseh-eie Âl-ÿmâm Âs-Sâdiq, 1417 H.q.
- 252 TABATABAÏ, M. H.: *Ûsûl-e falsafeh ba Raûash-e Ralîsm-e*, Qom: Yâmia`h Mudarresîn, s/f, t. IV, p. 43 y ss.
- 253 Sobre los criterios actualmente imperantes de admisibilidad y límites del "ius puniendi" se puede ver: TERRADILLOS, Juan: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid: Akal, 1981, p. 9 a 16.
- 254 Rawls parece referirse a "institución" en un sentido técnico, pues él considera que éstas entidades son "el sujeto de la justicia", ya que entiende que éstas son las entidades actoras del hecho jurídico; por lo que consideramos interesante su observación sobre la debida amplitud en la consideración.
- 255 RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*..., p. 79.
- 256 Ha de tenerse muy presente que en la dinámica discursiva y en la propia lógica doctrinal duodecimana la noción de "familia" tiene un carácter complejo que excede las lecturas que se puedan hacer desde la antropología y la sociología, que limitan su reflexión al análisis estructuralista. La *familia* como institución para cualquier teólogo *ya`farî* es una proyección imitable y necesariamente

Una exposición del Derecho Islámico

te asumible del patronato divino de la Familia Profética, noción que guarda relación directa con el sentido de “linaje” o de “estirpe”, algo que la cultura occidental ha perdido definitivamente con la aparición de los modelos monoparentales o nucleares de familia, y la frivolidad a que han llegado las propias familias reales europeas, reducidas a ser subproductos institucionales en los constitucionalismos más rancios, o materia del espectáculo mediático. Quizá quien mejor ha reflexionado en Occidente sobre estas cuestiones sea Guenón. Véase: GUENÓN, René, *La crise du monde moderne*, París: Gallimard, 1969; *Símbolos fundamentales de la ciencia sagrada*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1976; *El reino de la cantidad y los signos de los tiempos*, Madrid: Ayuso, 1978.

257 Ha de destacarse que el sentido islámico de “adulterio” es diferente al que se recoge en la tradición occidental, puesto que no se limita a las relaciones ilícitas entre casados, sino que el *Zinâ* es la relación sexual entre individuos que no guardan una relación legítima, sean casados o no. Lo que define el *zinâ* es la relación entre los actores, no los vínculos que estos puedan tener con otras personas o instituciones; ya que la actuante puede ser casada con otro o no, o ser por ejemplo viuda o divorciada, pero no estar aún en disposición de libertad para establecer relaciones sexuales, a causa del periodo de reserva, tras finalizar una relación, que la normativa clásica prevé; y el actor masculino puede ser libre o no para establecer relaciones, pero éstas puede estar vedadas por causas de correlación familiar e incluso de propiedad o disponibilidad, etc. En definitiva es adulterio la “relación sexual, consumada, cuando entre ambas personas no media un estatuto de legitimidad para esa intimidad”, con independencia de las situaciones particulares de cada uno de ellos. De forma que se tipifica como tal adulterio la relación entre dos solteros si no media un acuerdo matrimonial, que en el caso duodécimano puede ser un *mutah* o *contrato temporal*; de manera que los individuos que cometen esa falta lo hacen, según la lógica doctrinal, por perversión, pues la norma legal permite que la relación entre dos personas sea factible y correcta con la simple enunciación del acuerdo mutuo para llevarla a efecto. Mencionaremos que en las fuentes clásicas el primer Imam A’lî Ibn Âbî Talîb (P), reprochaba a la cortedad de criterio del segundo califa del Islam, el grave error de la abolición de la figura legal del *mutah*, que preservaba, según el Imam, a los musulmanes del pecado/delito del adulterio, ya que limitando la institución matrimonial al contrato definitivo, se ignoraba la realidad cotidiana de la Comunidad, en la que los encuentros entre las personas suelen generar relaciones íntimas que no han de ser pecaminosas si media ese único requisito: el establecimiento formal entre ambos del acuerdo para tal acto, lo cual solventa las situaciones ambiguas, y las circunstancias difusas que originan los problemas de las relaciones sociales irregulares. Ver: ÂL-YA’ BÎ ÂL-Â MILÎ, Zaîn Âd-Dîn, *Al-Rozat Al-Bahiyya fi Sharh-e Al-Lom`at Al-dameshqiyya (On shi`i jurisprudence)*, Qom: Center of Publication of The Office of Islamic Propagation of The Islamic Seminary of Qom, s/d,t. II, p. 347.

258 Llegados a este punto, ha de tenerse muy presente que la *Sharîa`* es un orden *primordial* que como tal observa la realidad material, tanto estructural como integralmente; a la cual aborda desde una lógica específica, de manera

que el "matrimonio", cuando es una unión concertada confesionalmente, aun siendo un contrato bilateral, tiene unas connotaciones socio-políticas evidentes que afectan a la sociedad en su plenitud. Pero, por otra parte, el matrimonio como entidad primordial es también un símbolo metafísico, que refleja el orden cósmico: se opina que en el matrimonio se conjuntan dos entes opuestos, nacidos para la integración -aquellos que los alquimistas cifraban en la unión natural y previsible del azufre y el mercurio-, por lo cual la alteración con *infidelitas* de esa unión *telúrica* es de mayor transcendencia que la alteración o infidelidad a cualquier otro orden o contrato. Puede verse una interesante reflexión sobre estos matices y aspectos de la observación simbólica y metafísica del matrimonio en el estudio que el Doctor Lings abordara sobre las obras de Shakespeare, especialmente en las reflexiones sobre *Antonio y Cleopatra*. Ver: LINGS, Martin: *El Secreto de Shakespeare*, Palma de Mallorca: Olañeta, 1988, p. 95 y ss

- 259 En la referida legislación el *adulterio*, en términos generales es susceptible de penal capital; lo era a causa de lo dispuesto en el Código penal laico *palhevî* -artículo 99-, y en el revolucionario/islámico actual Código -artículos 82 y 83-; si bien se prevé esta pena para el hombre o la mujer que estuvieren separada y previamente casados, en *matrimonio permanente* o *dâe 'mî*, -artículo 1000 del moderno código-; sin embargo, si no concurre esta circunstancia, esto es, en caso de solteros la acción no se considera adulterio, y no afrenta a la *institución familiar*, de forma que se estima que es un acto reprobable legalmente de mera *fornicación*, que pudiera haber sido solventado mediante el establecimiento de un *mutah* o *matrimonio temporal*, y se limita el castigo a la pena de cien golpes de látigo para cada uno. Ha de detallarse que el establecimiento de un matrimonio temporal comporta cierta publicidad social del acuerdo entre ambas personas, para lo cual no es suficiente la simple relación privada. Evidentemente esta percepción de los actos sociales implica un sentido muy colectivo de la existencia humana en sociedad, donde el espacio de la privacidad se reduce según la lógica imperante en Occidente, por ello anteriormente anotamos que en la legislación islámica se priman los valores colectivos sobre la individualidad privatista, aunque ha de hacerse una nítida diferenciación entre *individualidad* y *privacidad*, puesto que ésta segunda es una condición del individuo especialmente estimada en el contexto socio-religioso islámico, no en vano Simmel opinó que "*El derecho a la intimidad afirma la sacralidad de la persona*". En adelante, siempre que aludamos a la legislación estatal persa, tomaremos por referencia el ya mencionado CD-ROM editado por: ISLAMIC CONSULTIVE ASSEMBLY OF IRAN: *Lûh-e Qânûn. Maymûa 'h-eie qâûânîn-e ba muqarrarât-e Keshûar*, Teherán: Markaz-e Pazûhesheshâ-ie Maylis-e Shûrâie Islâmî/ Majlis Research Center, 1999.

- 260 Tomemos como ejemplo un clásico, muy vigente por la profusa aplicación académica que de él se hace actualmente: ÂL-ZAJSHIRÎ, Muḥammad Ibn A' mar, *Âl-Kashâf a' n Haqâi' q Gûâmd Âl-Tanzîl*, Qom: Maktab Âl-Îlâm Âl-Îslâmî, 1414 H.q., t.I, p. 322.

- 261 Raphael lo expresa de la siguiente forma: "*debo obedecer en mi propio interés; es mejor que haga esto, de lo contrario sucederá lo peor*". Ver: RAPHAEL,

Una exposición del Derecho Islámico

- D.D.: *Problemas de Filosofía política*, Madrid: Alianza, 1983, p. 90.
- 262 KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, México: UNAM, 1979, págs. 68-69.
- 263 WRIGHT, C.H. VON: *Norma y acción* [tr. de P. García Ferrero], Madrid: Tecnos, 1979, p. 139.
- 264 HART, H.J.A.: "Obligación jurídica y obligación moral" [tr. de J. Esquivel y L. Alfonso Ortíz], en *Cuadernos de crítica*, 3, UNAM/Instituto de Investigaciones Filosóficas de México, 1977.
- 265 GONZÁLEZ VICEN, F.: "La obediencia al Derecho". En *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, p. 376.
- 266 BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán: Edizione di Comunità, 1977, p. 110.
- 267 HUSEÍNÎ NEY'ÂD, Huseina`lî, *Huqûq-e Kaifîrî-e Bein-e Âl-Milâl-e Îslâmî*, Teherán: Mirân, 1370 H.sh., p. 109.
- 268 Ha sido Habermas quien ha evidenciado, al ocuparse de los movimientos de desobediencia civil, en qué medida el *ser alemán*, y el magisterio de Hobbes, ha generado un referente argumental en este sentido. Ver: HABERMAS, J.: "Derecho y violencia. Un trauma alemán" [tr. J. Gil Cremades]. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva época, II, 1985, p. 25. En contra de estas tesis se ha manifestado: TÖNNIES, F.: *Thomas Hobbes*, Madrid: Alianza, 1988.
- 269 BÎ-ÂZÂR SHÎRÂZÎ, A' bd Âl-Karîm: *Risâlah Nûîn. E' bâdat ba Júdsâzî*, Teherán: Daftar-e Neshar-e Farhank-e Îslâmî, 1372 H.sh., p. 22
- 270 La cita coránica procede la aleya 9 de la Sura *Âr-Raḥman -El Compasivo-*. Los términos coránicos *Úazn -balanza-* y *Mîzân -equilibrio, ponderación,* también *balanza-*, son de constante referencia legal, y aparecen en todas las exégesis como una alusión al sentido divino, o de origen divino, de la Justicia. Véase: BADAWI, Abd-ur-Raḥman: *The History of Islamic Theological Speculations* [tr. Hossein Saberî], Mashad: Islamic Researche Foundation / Astan-e Quds Razavi, 1995. Especialmente útil es el primer tomo.
- 271 Ver: WHEELER, Brannon M.: *Applying the Canon in Islam*, Albany: State University of N. York, 1987.
- 272 La noción tiene su base técnica en una de las anteriormente mencionadas leyes prácticas del *Úsûl*, aquella que se denomina: "*De la respetabilidad de los bienes y actos de los musulmanes*" -*Îhtirâm mâl âl-muslim ûa a' maluhu-*. Habiendo sido desarrollada por el *Sheij Ânsârî* en su *Âl-Makâsib*, concretamente en el espacio dedicado a la compra/venta -*Âl-Kitâb Âl-Baî'* - (página 104 de la edición mencionada al referirnos a *Ânsârî*), desde la cual se proyecta al sistema político y social en general. Ver: ÂL-MUSTAFAÛÎ, *Âl-Qaûâi' d...*, p. 24 y ss.
- 273 Citado por ÂL-HÂÏ'RÎ, Kâzhim: *Âl-Qadâ' fi Âl-Fiqh Âl-Îslâmî*, Qom: Bâqerî, 1415 H.q., p. 16.

- 274 Esta tesis se apoya en el prestigio de *Sadûq* y *Tûsî*, tal como lo desarrolla el previamente mencionado *Âfat Âl-Lah Hâi`rî*. Ver: *ÂL-HÂI`RÎ*, *Op. cit.*, p. 25, nota 1.
- 275 Son muy numerosas las referencias coránicas que se mencionan en las obras de teoría legal a fin de asentar y concretar la legitimidad judicial y el modelo divino que se toma como referencia; valga recordar las siguientes: en la aleya 39 de la Sura *Âl-Âhzâb -La Coalición-* se dice, en relación con los sabios teologales: «**Aquéllos que difunden los mensajes de Dios y son temerosos de Él, no temiendo de nadie más**»; por otra parte la aleya 28 de la Sura *Fâtir -Creador-* detalla que «**Aquéllos que han recibido la ciencia divina han de saber que él [el Qurân] es la verdad procedente de Tu Señor...**»; así mismo en la aleya 39 de la Sura *Âl-Ânfâl -El Botín-* aparece que la orden «**Combatidles [a los perdularios] hasta sofocar la sedición [= socio-política y/o por extensión la legal] y que la religión sea totalmente para Dios**». También se puede leer en la aleya 47 de la Sura *Âl-Ânbîâ` -Los Enviados-*: «**Instituiremos balanzas para el Día de la resurrección. Nadie será defraudado en lo más mínimo. Aunque fuere el peso de un gramo de mostaza será tenido en cuenta**», frase que proyecta un sentido de la Justicia divina que ha de ser prototipo para un orden confesionalista, muy puntilloso, lo que lleva a considerar la judicatura como investida de una función transcendentalista de primer orden.
- 276 Los hadices que se pueden mencionar sobre el trasunto judicial, y el prototipo de judicatura religiosa correcta, son excepcionalmente numerosos, algunos de los más analizados aparecen en el célebre *Âl- Úsâi`l*, concretamente en el espacio dedicado a los atributos del juez. Ver: *ÂL-HURRA ÂL-A` MILÎ*, M.: *Âl-Úsâi`l Âsh-Shîa`t*, Qom: Aal ul Bayt Establishment for Revival of the Islamic Heritage, 1417 H.q., t. 27, págs. 9 a 207.
- 277 Este término, en el contexto de las *Ciencias Islámicas*, viene a significar que los requisitos aludidos son un imperativo de tipo doctrinal, no elaborados por la reflexión intelectual humana, más bien se trata de un concepto que suele denominar aquellos aspectos que tienen una nítida raíz revelada o mística. Ver: *SAYÂDÎ: Farhanġ-e U`lûm...*, p.736.
- 278 Un buen compendio de las tesis clásicas perpetuadas hasta la actualidad lo podemos encontrar en el anteriormente mencionado libro del *Âfat Âl-Lah Hâi`rî* : *ÂL-HÂI`RÎ: Âl-Qadâ`...*, págs 43 a 93.
- 279 Las referencias del Libro al término “*hukm*”, son muy numerosas, y siempre la semántica de esta raíz árabe (*h-k-m = Ê*)t viene a significar *juicio, discernimiento*, incluso *gobierno*. En la aleya 89 de la Sura *Âl-Ân`âm -Los Rebaños-* se dice: «**A éstos [los enviados proféticos] les dimos la Escritura, el juicio y la profecía**»; esta referencia se suele vincular en los textos jurisprudenciales islámicos a la aleya 48 de la Sura *Ât-Taûbat -El Arrepentimiento-* en la que se indica que: «**Vino la Verdad y se hizo evidente la Orden de Dios**», de forma que entre ambas menciones coránicas se cierra el itinerario doctrinal que enlaza el juicio -legal-, con las ordenes divinas, y por extensión con el estatuto de representante de éstas, en definitiva, por lo que se presenta el ejercicio judicial como una instancia especialmente unida a la Voluntad de la divinidad, al hecho

Una exposición del Derecho Islámico

religioso.

- 280 Ha de tenerse en cuenta que, históricamente, entre los árabes de los primeros tiempos del Islam, era frecuente considerar la bastardía como una forma de descalificación socio-política, lo que llevaba al ilegítimo a una inevitable dependencia del clan paterno, pero en un grado de inferioridad, puesto que la libertad de comerciar y poseer se restringía por los usos y costumbres que consideraban al bastardo como menos solvente -ya que la solvencia era la de la familia que había de ser solidaria con sus miembros y con él estaba menos obligado-; esa dependencia hacia del hijo desnaturalizado un instrumento social, que careciendo de criterio y estatuto social propio limitaba su capacidad para ser considerado socialmente solvente para la judicatura; todo ello puede ser contrastado con la tendencia antropológica a ubicar la probidad institucional en los linajes “claros”, que por sí mismo obligan al individuo -por la presión del clan avalador- a sostener posiciones sociales respetables. En este sentido se relata en un clásico del *Âdab* o *etiqueta social*, como es *Âl-Ûashâ`*, un relato tradicional de *Âl-Hilâlî*, quien define la virtud en el juez como: “*la piedad en la religión, la rectitud en la forma de vida, la liberalidad en el alma, y mantener la unión [pura] de los lazos de sangre*”. Ver: AL-WASSÂ` : *El Libro del Brocado* [tr. de Teresa Garulo], Madrid: Alfaguara, 1990, p. 51.
- 281 MADADPUR, Muḥammad: *Hukumat-e Dînî ba Ìûnânzadekî dar A`âlam-e Ìslâmî*, Teherán: Center for Oriental Studies of Culture & Art, 1375 H. sh., p. 83 y ss.
- 282 El lector puede encontrar un breve comentario y explicación sobre el valor histórico y doctrinal de este hadiz al inicio de nuestra introducción a la primera parte de esta exposición.
- 283 A`ÂMILÎ, Ya`far Murtaḡâ : *Sîr-eie Şahîḡ-e Pîambar-e Buzurk-e Ìslâm*, Teherán: Âzâd-e Grâfik, 1373 H.sh.
- 284 El propio *Qurân* destaca en las aleyas 97 a 107 de la Sura *El Arrepentimiento -Ât-Taûbat-* la aptitud de los árabes que vinculados a la sociedad musulmana primera, bien como conversos, bien como vecinos de éstos, adoptaron una posición beligerante o cínica ante la aparición de la religión muhamadiana; pero especialmente en la aleya 14 de la Sura *Las Habitaciones Privadas -Âl-Huyarât-* delimita la posición de los creyentes tibios que en aquél momento se adaptaron formalmente a los usos de la nueva religiosidad, sin asumir la carga doctrinal de esta situación, cuando explica: «**Dicen los árabes: Creemos. Tú di: No creéis, sino que os habéis islamizado. La fe no ha entrado aún en vuestros corazones. Pero si obedecéis a Dios y a Su mensajero vuestras acciones no serán desmerecidas**».
- 285 MUṬAHARÎ, M.: “Ìmâmât ba Baiân-e Dîn ba`da Âz Peîgambar (s)”. En *Maymûe`-eie Âzâr*, Qom: Sadr, 1374 H. sh. t. IV, págs 855.
- 286 Estos aspectos de la identidad de lo que denominamos *referente alida*, se pueden encontrar en cualquier comentario a la obra conservada del primer Imam, de entre los cuales, sin duda alguna, el más sólido y mejor documentado es el extenso estudio del recientemente fallecido *A`lâmah* Ya`farî, quien en este último siglo ha actualizado buena parte de los análisis existentes sobre

la obra de A`lî (P), y sus implicaciones en la Historia y doctrinal del Islam. Ver: YA`FARÎ, Muḥammad Taqî: *Taryume-eie ba tafsîr-e Nahy Âl-Balagat*, Teherán: Daftar-e Neshar-e Farhank-e Îslâmî, 1368 H. sh.

287 MUTAHHARI, Murteza: *Polarización en torno del Carácter de `Alî ibn Abi Talib*, Buenos Aires: Al-Fayr, 1993.

288 Ver: ÂL-TABRÎZÎ, M. Yaûâd: *Ûss Âl-Qaḏâ`ûa Âsh-Shahâdat*, Qom: Mû`sasat Âl-Îmâm Âs-Sâdiq, 1415 H.q., p.41.

Su opinión es que es "permisible" que el juez sea remunerado, siempre que lo sea mediante los presupuestos del *Tesoro Público de los Musulmanes* o *Bait Âl-Mâi*, que es un fondo generado por los impuestos religiosos y los legados piadosos, de forma que no serían válidos los pagos provenientes del erario estatal, y de los bienes o propiedades de los poderes temporales. Un planteamiento de este tipo distancia deliberadamente al juez islámico del *josefinismo* que anteriormente hemos mencionado, por cuanto el juez-funcionario queda mediatizado, a juicio del *Fiqh* clásico, por sus vínculos de dependencia con el Estado, aún siendo éste confesional. Ha de contemplarse la cuestión en el sentido singular que esta posición tiene en el ámbito musulmán, por cuanto en la Historia islámica no ha sido infrecuente que desde la judicatura independiente se recusase a los gobernantes -especialmente entre los *shîa`* esta actitud ha sido muy frecuente-; lo cual no deja de tener un interés especial para el estudioso del Islam, dado que en los países de tradición romanista, nunca ha sucedido que los jueces -y sólo ellos- hicieran que un príncipe temiera por su legitimidad, desde la época de las Investiduras; e incluso la reflexión historiográfica moderna presenta a los emperadores acosados por el papado, como luchadores por los derechos civiles frente al oscurantismo escolástico teista, situación que en la Historia musulmana es netamente la contraria, puesto que el juez islámico ha sido históricamente un sofreno frente a la voracidad del poder político.

289 CARRÉ, Olivier: *El Islam laico*, Barcelona: Bellaterra, 1998.

290 ÂL-TABRÎZÎ : *Ûss...*, p. 11 a 26.

291 Ver: GOLDUOZIAN: *Droit Pénal...*, p. 151.

292 NASERÎ, A`bd Âl-Lah: *Takâpû-ie Kerândîshe-ihâ. Zendekî-e,âzâr-e ba Ândîshe-Hâie Ûstâd Ya`farî*, Teherán: Rayûhishe-hâie Farhank-e ba Ândîshe-e Îslâmî, 1376 H. sh., p. 410 y ss.

293 COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho penal: Parte General...*, p. 184 y ss, que remite a los artículos 57.2 y 3 y 73.3.a y b de la española L.O.P.J.

294 Sobre esta clasificación es mucho lo escrito en el medio académico islámico, especialmente en la primera época, de expansiva política y militar de los musulmanes, y, muy posteriormente, a principios del siglo XX occidental, puesto que en ambos momentos el contacto con otros medios culturales y socio-legales impuso una reflexión sobre el marco jurídico de los propios musulmanes, en su territorio, y fuera de él, o sobre éste, cuando los *creyentes* no eran gestores políticos del mismo, cual es el caso de los controles coloniales.

Una exposición del Derecho Islámico

El criterio más genérico, si bien tal vez sea el más reduccionista, fue tradicionalmente considerar la existencia de una nítida diferencia entre ambos contextos: “creyente” o “de zona islámica”, e “incrédulo” o “zona laica”, y el primar al primero con todos los beneficios doctrinales; no obstante, ya en época del séptimo Imam, Ya`far Âṣ-Ṣâdiq (P), se observa un planteamiento más minucioso de la casuística legal, puesto que a resultas de una consulta legal de sus seguidores el Imam opina -véase: el *Ūṣâi`l Âṣh-Shîa`* t. XIV, “*Sobre lo que está prohibido entre los incrédulos*”, hadiz 4º de la sección 2- sobre la corrección de los matrimonios conformados en áreas geográficas no islamizadas, lo que da lugar a un planteamiento jurisprudencial posterior consistente en ponderar las circunstancias de los individuos en ambos espacios o estados, y, consecuentemente, en relativizar las diferencias entre ambas categorías, al menos respecto al primer maximalismo. De cualquier forma, el matiz ha sido de considerable importancia y grandes consecuencias a lo largo de la Historia islámica, especialmente en manos de aquellas tendencias doctrinales más rígidas, e incluso podemos decir, más burdas, que basaron, artificialmente, en esta diferenciación una supuesta legitimidad para el atropello político-legal. Una interesante puesta al día de la cuestión clasicista lo puede encontrar el lector especializado en el extenso artículo que a continuación detallamos, en el que el autor se detiene a ponderar el debate escolar en torno a ambas categorías legales, si bien llevado por la contingencia política de su momento, cargando las tintas en el valor de la noción estatal y nacional, tan del gusto persa actual. Véase: KALÂNTARÎ, A`lî Âkbar: “Dâr Âl-Îslâm ba Dâr Âl-Kufar ba Âzâr-e ûyeyi-eie Ôn dû”. En *Fiqh*, nº X - Invierno, 1375 H. sh., págs. 33 a 117.

295 En relación con esto, ha de recordarse que un error muy común entre los historiadores, especialmente los medievalistas, españoles consiste en sostener que la condición de “musulmán” suponía un privilegio económico-social, respecto a los *protegidos* cristianos o judíos -*dimnis*-. Aún se puede ver en la bibliografía especializada, reflexiones que insisten en considerar que las conversiones hispanas al Islam, durante la Alta Edad Media, se debieron al interés de eludir la presión impositiva por parte de los nuevos gobernantes árabes sobre no-musulmanes, ello denota cierto apresuramiento y una pobre atención sobre las fuentes legales islámicas, puesto que los impuestos y cargas religiosas eran mucho mayores para los *creyentes*, que los que se exigían a los *protegidos*, sin contar con que las obligaciones, por ejemplo militares, de esos *creyentes* eran mayores que las de los cristianos y judíos que habitaban zonas islamizadas. Si no se tiene esta cuestión bien presente se puede olvidar, haciendo la lectura burda que es frecuente, que la diferencia de valor entre un musulmán y un no-musulmán, en sus efectos penales -por ejemplo, en caso de compensación por daño-, guardó, siempre, una estrecha relación con la potencia impositiva, y la condición de generador de bienes materiales; criterio que se distancia, evidentemente, de las explicaciones que atribuyen al *sentido religioso de las normas* algún tipo de discriminación peyorativa, cuestión que es *colateral* y muy posterior a la propia construcción de la norma clásica.

296 CUELLO CONTRERAS, J: *El Derecho Penal español. Curso de Iniciación. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del Delito/1*, Madrid: Cívitas, 1996, p. 279.

José Fernando García Cruz

- 297 ÂN-NABHÂNÎ, Taqî Âd-Dîn: *Muqadamat Âl-Dastûr Âl-Îslâmî*, citado por: DARAÎNÎ, F.: *Huqûq dar Fiqh mua`âsir Îslâmî, /The fees in Islamic Contemporary Law*, Teherán: Hazârân, 1376 H. sh., p. 107.
- 298 El sentido de la expresión "situaciones socialmente anómalas" lo hemos de relacionar con aquello que las modernas Ciencias Sociales, y en especial el trabajo social, actualmente denominan "conductas saludables", cuando de proxilaxis socio-médicas se trata, como por ejemplo el control de las conductas irregulares en las políticas de prevención de riesgos frente a las lacras sanitarias de este final de siglo (v. gr.: drogras, alcoholismo, enfermedades de transmisión sexual, etc.), siendo éste un espacio, posiblemente indeterminado, que comprende las actitudes positivas y contenidas que erradican los "anomalías sociales", como pueden ser la promiscuidad o el comportamiento asocial, etc. Ver: TERRADILLOS: *Peligrosidad social y...*, p. 35.
- 299 ÂL-HÂKIM, Muḥammad Ibn A`bd Âl-Lah: *Âl-Mustadrak a`lâ Âs-Sahîhîn*, Haïdarâbâd: Âl-Hind, 1334 H.q.
- 300 Tal como Roxin mismo lo definiera.
- 301 Ver: KING, Preston: *Toleration*, Londres: Allen and Unwin, 1976.
- 302 DALY METCALFE, B.: *Moral Conduct and Authority: Adab in South Asian Islam*, Glendale/Pasadena: California U.P., 1984, p. 36.
- 303 LEWIS, Bernard: *The Emergence of Modern Turkey*, Oxford: Oxford U.P., 1968; WAGSTAFF, Malcolm: *Aspects of Religion in Secular Turkey*, Durham: Durham University, 1990.
- 304 GRUNEBaum, G.E. von: *Unity and Variety in Muslim Civilisation*, Aurora: Chicago U.P., 1955; MUZHAFAR: *Târîj-e...*, págs. 279, 313 y ss, 341 y 353.
- 305 Cuestión comentada por POSADA, Adolfo: *Tratado de Derecho político*, Madrid: Librería Gral, 1935, t.I, págs 503 y ss.
- 306 LUCAS VERDÚ, Pablo: *Curso de Derecho político*, Madrid: Tecnos, 1986, t. II, p. 67.
- 307 Ver: ÂL-HÂÎ RÎ : *Âl-Qadâ` ff...*, sec.V, págs. 789 a 802. "*De la autoridad judicial*"
- 308 Nos estamos refiriendo al sitema de *testimonios* o *shahadât*, que permitía tanto al demandante como al demandado, ampararse en un juramento solemne de tipo religioso, que apelando a la Justicia divina, e incluso emplazando la cuestión para el Juicio Final, permitiera eludir un hipotético atropello judicial. Ver: TABRÍZÎ: *Úss Âl-Qadâ`...*, págs 432 y ss y 619 y ss.
- 309 SUBHÂNÎ, Ya`far: *Furûg-e Úlilâiat*, Qom: Taúhid, 1376 H. sh, págs. 303 a 309.
- 310 Ver: *Âl- Yaúâhir...*, t. XL, p. 170; *Âl-Úasâi`l...*, t. XVIII, sec. "Las características del juez", p. 167, hadiz 1º.
- 311 En la Constitución de aquel país, los artículos 167 a 174 presentan una cierta equivalencia con el sentido genérico del artículo 53.2 de la vigente Constitu-

Una exposición del Derecho Islámico

ción española, puesto que en aquélla se detalla el itinerario de apelación legal que la moderna legislación *islámica* prevé; bien entendido que ésta adopta una estructura estatalista, puesto que es el Estado persa quién asume la tutela de los principios doctrinales, los cuales, en otros momentos, estuvieran bajo en impreciso, aunque contundente, amparo de los *u`lámah*. Como puede observarse, pese a la sistemática referencia a los "principios islámicos", la estructuración del sistema de garantías legales se asemeja al de cualquier ordenamiento convencional, dado que se crean instancias oficiales que suplen las competencias, que en los periodos clásicos se atribuían alternativamente a los eruditos religiosos. Opinamos que en la asunción de innovaciones hay un cierto grado de oportunidad estatal en un juego dialéctico con cierta resistencia cultural, que aleja el debate sobre las idoneidades de esas innovaciones del espacio meramente doctrinal, puesto que lo que subyace en las posiciones inmovilistas, dentro del pensamiento jurídico islámico actual, son los condicionantes relacionados con el *u`rf* histórico, así como una buena dosis de prejuicios localistas. Ver: MEHRAPÛR, Huseïn: *Dîdgâhhâ-ie Yedîd-e dar Masâi`l-e Huqûqû*, Teherán: Îtelâ`ât, 1374 H. sh., p. 33 y ss.

312 Esta máxima es un mandato que aparece repetidas ocasiones en el *Qurân*, lo cual se considera la evidencia primera de la relevancia que posee y que la jurisprudencia islámica ha de concederle; algunas aleyas en las que se menciona este principio son: Sura *Âl l`mrân -La Familia de Joaquín-* aleyas nº. 104, 110 y 114; Sura *Âl-Hayy -La Peregrinación-*, aleya nº. 41; Sura *Âl-A`râfa -Los Lugares Elevados-*, aleyas nº. 157 y 199; Sura *Ât-Taûbat -El Arrepentimiento-*, aleyas nº. 71 y 112; Sura *Luqmân*, aleya nº. 17; *Ât-Talâq -El Divorcio-*, aleya nº. 6.

313 A modo de ejemplo, se puede *mencionar* que uno de los más extensos espacios del notabilísimo *Kitâb Âl- Úsasâ`l* dedica a esta fórmula, y su relevancia legal, toda una sección específica, con más de un volumen del total de la obra. Por su parte Hillî creó, dentro de su exposición general del Fiqh, un libro específico y especial para esta cuestión; y el *Shahîd Âz-Zânî* situó la cuestión como apéndice destacado del muy transcendental *Kitâb Âl-Yihâd*. Posteriormente ha sido objeto de estudio por parte de aquellos autores dedicados a teorizar sobre los *principios* o *leyes genéricas -qaûâi`d-* como es el caso del anteriormente mencionado *Seîd Âl-Buynûrdî* y sus discípulos.

314 SÂLEH, s.: *U`lûm-e Hadîz ba Istilâhât-e Ôn*, Teherán: Ûsûh, 1376 H. sh., p. 207 y ss.

315 ÂL-KÂÏSARÎ, Huseïn A`bd Âl-Fatâh: *Ta`liqat-e bar Sherj Âl-Luma`t*, Ârk: Shakerînâ, 1418 H.q.

316 En este sentido nos parece de interés mencionar la denuncia que desde Amnistía Internacional se ha efectuado ante la cámara legislativa iraní, en la carta abierta del Secretario general de esta organización independiente sobre el estado de cosas del sistema legal persa. En la mencionada carta abierta Pierre Sané escribe a los integrantes de la 6ª Legislatura del Parlamento iraní -*Majles e Shoura ye Eslami-*: "*Seguimos preocupados por informes según los cuales cientos de personas detenidas en relación con las manifestaciones de estu-*

diantes de julio de 1999 continúan privadas de libertad sin cargos ni juicio y que algunas han sido condenadas a largos periodos de encarcelamiento o muerte tras ser sometidas a juicios manifiestamente injustos a cargo de los Tribunales Islámicos Revolucionarios. La utilización de éste y de otros tipos de tribunales especiales, como el Tribunal Especial para el Clero -*Dadgâh-e viyh-e Ruhaniât*-, ha creado graves obstáculos de cara a la consecución de un juicio justo, debido a incoherencia de los procedimientos seguidos según la normativa internacional. El derecho a un juicio justo está también en entredicho en Irán a causa de la ley de 1994 que establece los Tribunales Públicos y Revolucionarios, en los que, entre otros aspectos, la responsabilidad de la acusación pública fue transferida al juez, basándose aparentemente en que ello aceleraría los procesos. Ello compromete claramente la independencia del poder judicial al violar el artículo 10 de las Directrices sobre la Función de los Fiscales, de las Naciones Unidas, que manifiesta que «el cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales», y el artículo 14 del PIDCP, que regula el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial'. Ver los documentos que la página web de la mencionada organización ofrece en: [http:// www. ai.es](http://www.ai.es)

317 ÂL-KAÎSARÎ: *Ta`liqat-e...*, p. 324.

318 Uno de los casos más evidentes de crispada aplicación de los principios religiosos, descontextualizados de su espacio doctrinal "ponderado", se puede observar en los Estados generados por la descolonización británica sobre la Península arábiga, en los cuales los gestores del territorio colonial se hicieron suceder por una de las más retrógradas doctrinas que el mundo islámico ha visto nacer en su seno: el wahavismo de los Saudíes, credo religioso que ha aprovechado la firmeza de este tipo de principios legales para establecer auténticos regímenes de terror político y legal, que han llegado a ser efectivas *vacunas* contra-islámicas para las sociedades musulmanas que los sufren. Otro caso parejo, éste no estatal, se puede observar en el desarrollo, degenerado doctrinalmente, de los planteamientos dogmáticos más convulsionados en los grupos islamistas argelinos, durante la década de los años ochenta y mediados de los noventa del siglo XX, los cuales apelando a una interpretación, muy retrógrada de este tipo de máximas, llevaron a una sociedad poco confesionalista al sobresalto ideológico, a manos de una clase política neo-religiosa, ínfimamente educada, sobre la base de aplicar las *bondades* del sistema legal tradicionalista, concebido para una sociedad creyente y religiosamente implicada, y, lo más importante, para la gestión de la cuestión legal por parte de un colectivo de *u`lâmah probos*. Ver: ÂL-KÛRÂNÎ, A`lî: *Halâ kat Âl-Gaïb Qâûhûn*, Beirut: Dâr Âl-Îslâmîat, 1986, págs. 375 y ss; AL-AHNAF, M. Y BOTIVEAU, B.: *L`Algérie par ses islamistes*, París: Karthala, 1991, p. 129 y ss.

319 Contraponemos este sentido *integral*, controlador de toda la realidad del país, frente al carácter *lato* que anteriormente tuvieron los reinos y principados musulmanes, en los cuales convivían estructuras de poder político temporal con espacios *doctrinalistas*, controlados por los *u`lâmah* y los juristas religiosos.

320 DARÎNÎ, Fathîa, *Nazharîat Ât-Ta`sif fî Îsti`mâl Âl-Haq*, Beirut: Mûa`ssat Âr-

Una exposición del Derecho Islámico

Rasâlat, 1977.

- 321 CUELLO, *EL Derecho penal...*, p. 145.
- 322 Nuestra apelación a los términos “bien” y “mal” como *primitivos semánticos*, con las consecuencias de conexión interrelacionada con la cosmovisión que de ello podemos deducir, se orienta en el sentido en que lo plantea Anna Wierzbicka [*Semantics. Primes and Universals*, Oxford: Oxford University Press, 1996]. Destacaremos el comentario que a sus tesis aporta José Antonio Marina quien escribe: “*Llama [Wierzbicka] ‘primitivos semántic’ a una especie de molécula significativa universal, con la que se pueden construir organismos significativos más elaborados. Una especie de ADN lingüístico*”. Ver: MARINA, José Antonio y LÓPEZ PENAS, Marisa: *Diccionario de los sentimientos*, Barcelona: Anagrama, 1999, p. 41. Es ese carácter de soporte *significativo* que la filóloga y el filósofo conceden a los conceptos de “bueno” y “malo”, lo que nosotros percibimos en la máxima coránica comentada, que lleva la construcción de un espacio legal abstracto a un plano superior y metafísico, por impreciso o *universal -léase genérico-*. Recuerde el lector que en la segunda parte de nuestra exposición ya recurrimos a la imagen del ADN para explicar el valor *estructural* de algunos aspectos del lenguaje revelado, tal como se aprovechaba éste desde la jurisprudencia islámica.
- 323 CUELLO, *El Derecho penal...*, p. 145.
- 324 CUELLO, *Culpabilidad...*, p.43.
- 325 Autenticidad que relacionamos con el sentido de *Verdad* transcendente o *Ḥaqīqat* que ya explicáramos diferenciándola de la *Realidad* o *ūâqīiat*.
- 326 SUBHÂNĪ, Ya' far: *Buḥūz fī Āl-Malīl ūa Ān-Naḥal*, Qom: Laynat İdārat Āl-Ḥaūzat Āl-İlmīat bi-Qom Āl-Muqadassat, s/f, t. V, págs. 109 y 347. En torno a la aleya 105 de la tercera Sura coránica.
- 327 Recuérdese los enjuiciamientos sumarios de los criminales nazis de guerra, por parte de los Aliados después de 1945, o los juicios políticos del franquismo tras el fin de la Guerra civil de España, o las aplicaciones analógicas en la Unión soviética en torno a la década de los años veinte de este pasado siglo.
- 328 Tomaremos este rotundo ejemplo por cuanto que será de fácil aceptación para cualquier analista.
- 329 CUELLO: *El Derecho penal...*, p. 149.
- 330 CUELLO: *El Derecho penal...*, p. 164.
- 331 ĀMĪNĪ NAYAFĪ, Aḥmad, *Sherḥ Yâmi 'Tayrīd Āl-Ī'tiqād*, Āmīr: Qom, 1369 H.sh., p. 221.
- 332 Véase: MARTÍN MUÑOZ, Gema: *El estado árabe*, Barcelona: Bellaterra, 1999.

Índice

Parte Segunda	3
Teoría General del Derecho Islámico	
Principios generales y metodología de la ciencia del Úsûl, bases doctrinales y tradición legal	
La ciencia legal. Definición, materia, metodología	3
El Derecho islámico a partir de las fuentes reveladas	
El marco conceptual fundamental del sistema legal ya`farî a partir de los documentos históricos inculantes o la Teoría de la Ley deducida	
Literalidad y literalismo ante las bases documentales islámicas	33
Sentido real y sentido figurado en los textos doctrinales ...	51
Algunas tesis lingüísticas en torno al lenguaje doctrinal y sus consecuencias para el ordenamiento legal	
Realidad y veracidad en la convención para la comprensión de los mensajes doctrinales	63
El valor de evidencia doctrinal y legal o Huyyat del texto revelado, y el carácter orientador o Írshâdî de los documentos históricos	75
Algunos elementos básicos para la Teoría del Ordenamiento legal ya`farî	
La acción legal a partir de la orden revelada y el sistema de prohibiciones	
De la lingüística y la semántica a la norma positiva legal	89

La noción de Entes legales o Mafâhîm y su proyección en los principios teóricos del Derecho	
Estado de la cuestión	
Lo genérico y lo específico en la norma legal	
La permanencia de un debate clásico	101
La teoría del Derecho basado en fuentes reveladas indirectas o Âl-îmârât	
Sobre el conocimiento con certeza o qata` y su valor legal	
Un ejemplo del debate clásico: el valor jurídico de la documentación histórica de relevancia legal imprecisa, la noticia única o Jabar Ūâhid	115
El Ūsûl práctico y la Teoría legal intelectivamente inducida	
Sobre el concepto de reserva sobre lo conocido de la cosa jurídica o l`Im âymal	
La disculpa o Barâ`h y la precaución o Îhtîât	
Las alteraciones y permanencias del “estado legal” de la entidad jurídica o Îstishâb	135
Sobre el valor doctrinal/legal de la deducción de los juicios o Îytihâd y el seguimiento e imitación del jurisprudente o Taqlid	
Condiciones del jurisprudente/referente	153
Parte tercera	167
Introducción al sistema penal duodecimano	
Finalidad transcendentalista de las normas penales	
Globalidad e integridad	
La noción de individuo en la codificación penal islámica .	167
La Función genérica del Derecho penal islámico	
Anticipación al delito/transgresión, y amparo del orden socio-político confesional	
La protección y preservación de la Justicia institucional como valor superior	187

La dogmática del enjuiciamiento penal	
Un orden doctrinalmente justo	
El modelo alida y el referente dogmático de los Infalibles .	199
Aspectos básicos de la Tesis islámica general del Derecho penal en relación con los ordenamientos punitivos convencionales	
Garantías doctrinales de las fórmulas punitivas	215
Profilaxis social y cobertura teológica: la previsión de la comisión de delitos mediante el precepto clásico “Imponer el Bien e impedir el Mal” frente al moderno Principio de legalidad	235
Epílogo	247
Notas	255

*Este libro se acabó de elaborar el día 7 del mes de Safar
Âl-Muzhafar del año 1424 de la hégira muhammadiana
[8 de Abril de 2003], conmemoración del nacimiento
del Imâm Musa Âl-Kâzîm*

Biblioteca Islámica Ahlul Bait (P)
www.biab.org
correo@biab.org

Una exposición del Derecho Islámico Tomo II

José Fernando García Cruz

**Una
exposición del
Derecho
Islámico:
Historia del
pensamiento y la
doctrina jurídica y
teoría general de la
Ley Islámica
Tomo II**

José Fernando García Cruz