

Pinzón Contreras, Juan Pablo

La influencia del islam en las instituciones jurídicas del derecho privado en los países de tradición musulmana

Revista de Derecho Privado, núm. 48, julio-diciembre, 2012, pp. 1-27

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033219009>



Revista de Derecho Privado,
ISSN (Versión electrónica): 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia



**LA INFLUENCIA DEL ISLAM EN LAS INSTITUCIONES
JURÍDICAS DEL DERECHO PRIVADO EN LOS PAÍSES
DE TRADICIÓN MUSULMANA**

JUAN PABLO PINZÓN CONTRERAS

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 48

Julio - Diciembre de 2012. ISSN 1909-7794

La influencia del islam en las instituciones jurídicas del derecho privado en los países de tradición musulmana¹

Juan Pablo Pinzón Contreras*

RESUMEN

Este artículo académico tiene como objeto exponer la influencia que tiene el islam en el derecho privado, tomando como referencia los países de tradición musulmana. El estudio primero define los rasgos del derecho islámico en general, haciendo una exposición de su naturaleza y la relación intrínseca con el derecho, delimitando teóricamente sus características. Posterior a esto se elaboró un recorrido por sus fuentes, interpretación y conceptos más relevantes, exponiendo lo necesario para entender cómo el derecho privado en Oriente Medio está matizado por elementos de la religión islámica. Finalmente se incluyen algunos apartes donde se comparan varias instituciones del derecho colombiano con elementos del derecho de los países en los que se hizo el estudio.

PALABRAS CLAVE: islam, derecho islámico, Corán, sharia, derecho privado en Oriente Medio.

ABSTRACT

This article aims to expose the influence of Islam in private law in countries of Muslim tradition. First, this document defines the general features of Islamic law with an exhibition of his nature and the intrinsic relation with the law. This was developed after an analysis of their sources, interpretation and relevant concepts; thus, we see what is necessary to understand how private law in the Middle East is colored by elements of the Islamic religion. Finally, it includes several excerpts which compare many institutions of Colombian law with elements of the law in Middle East countries.

KEYWORDS: Islam, Islamic law, Quran, Sharia, private law in Middle East region.

¹ Un especial agradecimiento al director de este artículo académico, Juan Pablo Moya Hoyos. Sus conceptos, experiencia y trabajo fueron fundamentales en la elaboración de este documento. Para mi madre y su inmenso amor, a mi padre con su submarino amarillo, a mi colegio y su blasón de verdad, a mis amigos imprescindibles en esta batalla. Es imposible dar gracias a todos aquellos que estuvieron presentes en mi camino, aquellos que me enseñaron que todo lo sólido se desvanece en el aire.

* Abogado de la Universidad de los Andes, con diplomado en Derecho Español y estudios en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona. Actualmente trabaja como abogado investigador para el Banco Mundial en el Consejo de Estado, en el Proyecto del Plan Especial de Descongestión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Correo electrónico: juanpabloopinz@gmail.com

SUMARIO

Introducción – I. LA NATURALEZA DEL ISLAM Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO – A. *Del derecho islámico general al derecho privado islámico* – B. *Economía islámica* – C. *Delimitación del área de estudio* – II. FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO – A. *Fuentes del derecho islámico y su interpretación* – 1. El Corán o Alcorán – 2. La Sunna – 3. El Consensus – 4. El Qiyás – B. *Interpretación de las fuentes del derecho islámico* – C. *Usos de las fuentes y los criterios de interpretación en el derecho privado* – III. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES – A. *Generalidades de las obligaciones en el derecho islámico* – B. *Modificación y extinción de las obligaciones* – IV. CONTRATOS EN EL DERECHO MUSULMÁN – A. *La voluntad como elemento esencial en la teoría general del contrato musulmán* – B. *Prohibición de la usura desde el derecho musulmán* – C. *Clasificación de los contratos* – V. SOBRE LOS CONTRATOS QUE TRANSMITEN LA PROPIEDAD – A. *Compraventa en el derecho musulmán* – 1. Algunos tipos especiales de compraventa – B. *Donaciones en el derecho musulmán* – VI. CONTRATOS QUE TRANSMITEN EL DERECHO DE DISFRUTE O MERA TENENCIA EN EL DERECHO ISLÁMICO Y QUE SON RELEVANTES EN EL DERECHO PRIVADO – A. *Arrendamiento* – B. *El préstamo en Oriente Medio* – C. *Contrato de depósito* – D. *Contratos frecuentemente usados en el entorno comercial musulmán* – 1. El contrato de sociedad – 2. Contrato de aparcería – VII. CONCLUSIONES – Bibliografía.

Introducción

La investigación realizada por expertos en temas como economía, derecho o ciencias sociales, se ha establecido por mucho tiempo en áreas específicas de estudio. Estas áreas no solo ocupan determinadas líneas del conocimiento, sino también determinadas zonas del planeta. Por esto es común encontrarse en repetidas ocasiones con los mismos apellidos, orientados a resolver problemas de tipos similares en lugares ya conocidos.

Desde hace algún tiempo se ha destinado una posición casi que predeterminada a los países desarrollados y subdesarrollados en cuanto a investigación se refiere. Esto genera un modelo científico que reproduce los mismos cánones sociales perceptibles en la actualidad dentro del contexto académico. Es decir, se busca legitimar procesos políticos, económicos o culturales a través de estudios que siempre estén orientados a conservar los mismos ejes de pensamiento que mantengan el *statu quo*.

Llama la atención, cuando examinando apartes del libro *The Poverty of Clio: Resurrecting of Economic History*, del catedrático de Economía de la Universidad de Princeton, Francesco Boldizzoni, se encuentra la denuncia de que el objetivo que yace en el corazón de la nueva economía institucional es “encontrar fundamentos arraigados a la naturaleza de cada cultura para explicar el fracaso a nivel cultural, económico, institucional o social” (Boldizzoni, 2011, p. 23), es decir, la demostración desde la economía o el derecho de que unas culturas son inferiores a otras.

Este “naturalismo etnocentrista” le asigna categorías morales a las diferencias en ingresos, riqueza, desarrollo humano e infraestructura, llevando a justificarlas con características que son inherentes a las sociedades, en especial a las del Medio Oriente. En esta medida se busca legitimar la supremacía del individualismo occidental, sobre la colectividad en Medio Oriente, dejando lo demás a un supuesto “orden natural encarnado por las políticas económicas del hemisferio norte” (Boldizzoni, 2011, p. 23).

Esto pone de manifiesto que algunos países se sitúan dentro del marco mundial como relevantes por sus políticas externas, economías o industrias desarrolladas, pero a la par también se está olvidando explorar nuevas zonas mundiales que resultan importantes por determinados factores.

En *The Poverty of Clio* se muestra cómo los países de tradición musulmana son atacados culturalmente, incluso desde la academia, dejando poco margen para la exposición del desarrollo de sus ciencias en Occidente. De esta manera se crea un círculo vicioso que no permite interactuar con los avances que tengan en cualquier nivel; inclusive, mucha de la doctrina relacionada con el tema aún no ha sido traducida a idiomas como el inglés, alemán o español.

El Medio Oriente está en crecimiento económico (Allen, 2006), debido a la diversificación de sus actividades a causa de las reservas petroleras que controlan. El movimiento de sus industrias se presenta como un mercado atractivo a todos aquellos inversionistas que desean mover sus capitales a zonas donde habitualmente no los

solían llevar. Esto ocurre porque desde hace varias décadas “se ha perdido la idea de buscar en Medio Oriente un escenario para el desarrollo industrial” (Abruzzese, 2010).

Este artículo pretende rescatar un poco esa intención de examinar nuevos escenarios utilizando el análisis jurídico como herramienta de trabajo. Se enfocará en mirar cómo el islam permea el derecho privado de los países de tradición musulmana, intentando acercar al lector a los conceptos más relevantes de la ciencia jurídica musulmana. Este acercamiento se dará exponiendo las instituciones principales para el derecho islámico y su relación con los contratos más usados en el mundo de los negocios.

También se compararán algunas instituciones de la legislación colombiana, con las instituciones que presenten alguna similitud o que sean difíciles de describir, para lograr una relación entre el conocimiento previo del lector y la información del documento. De esta manera se procede a exponer la naturaleza de la religión islámica y su relación intrínseca con el derecho.

I. LA NATURALEZA DEL ISLAM Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO

El islam es una religión que practica más de un billón de personas alrededor del planeta; la mayoría de la población en al menos 43 países del mundo profesa esta fe, sumado a que es la religión oficial de 28 naciones donde están “incluidas aquellas que controlan la mayoría de las reservas de gas y petróleo en el mundo”. (Roberts, 2007, p. 12).

El islam no solo cumple un papel religioso en esta zona mundial, sino que engloba diferentes tradiciones y culturas que se han trazado en caminos diferentes, pero que la naturaleza musulmana ha logrado juntar por medio de la práctica de la religión y de rasgos inherentes a la historia de la expansión del islam. Es así como los países del golfo Pérsico, Mashreq, norte de África y Asia central donde se practica esta fe tienen rasgos comunes, que a pesar de residir en sociedades completamente diferentes se pueden distinguir.

El derecho islámico surge en sus innumerables características, como lo veremos más adelante, de un desarrollo que se ha dado a partir de los estudios de juristas musulmanes de las diversas fuentes del derecho y que se ha denominado como “*Sharia o camino al Islam*” (Al-Qayrawani, 1993, p. 58), convirtiendo el concepto del derecho en la mayoría de estos países, como la definición que traza Glenn Roberts cuando se refiere a la ciencia jurídica islámica: “El Derecho Islámico no es un Derecho con Religión, sino un Derecho desde la religión” (Roberts, 2007, p. 12).

Partiendo de este hecho, recordemos que la palabra islam significa, en árabe, sumisión (Coulson, 1964, p. 164), refiriéndose no a la sumisión al prójimo, sino a la sumisión a un único Dios existente, o sea, Alá. Contrario al cristianismo moderno, que se ha dedicado a ocupar rincones de la existencia humana como la conciencia, la moral, el trazado de valores humanos y demás, el islam “aspira día a día a ser una guía de comportamiento y de vida, desde el momento en que un musulmán nace hasta su muerte”

(Roberts, 2007, p. 14). De esta manera se convierte en un aspecto determinante en la vida de un individuo que se ha visto moldeado desde el momento en que empieza a pertenecer a una sociedad, pretendiendo concatenar todo tipo de actividad humana con un comportamiento ideal a seguir.

Estos comportamientos son indispensables desde su entendimiento hasta su práctica, lo que resulta muy parecido al conocimiento que podemos tener sobre la ley en esta zona del planeta. La diferencia entre visiones jurídicas se marca radicalmente cuando se dice que “la Sharia incluye en sí misma Derecho, pero no derecho en el sentido occidental de la palabra, puesto que contrario al pensamiento jurídico occidental, en el islam la noción de un Derecho progresista no existe², siendo la sharia algo divino, constante y eternamente establecido” (Roberts, 2007, p. 15).

Contrario al cristianismo donde la teología se sitúa por encima del derecho, en el islam se instala el derecho arriba de la teología. Esto ocurre porque no se concibe la ley como algo derivado o suplementario; se concibe la ley como “algo necesario para que el Islam exista, partiendo de la idea de que la sharia es algo que se dio como una revelación divina” (Roberts, 2007, p. 15).

A partir de este concepto, se debe manifestar que los elementos que hacen constituir el derecho islámico como un derecho de religión o

proveniente de esta, enmarcan el sentido de este estudio, pues un derecho permeado por la religión o proveniente de esta es la respuesta a la particularidad de las instituciones que se examinarán más adelante.

A. Del derecho islámico general al derecho privado islámico

El reconocido catedrático y profesor de la Universidad de Columbia (Nueva York), Joseph Schacht, hace una división interesante entre las principales materias a las que se ha dedicado en su vida académica sobre el derecho islámico, estas son: ciencia jurídica, derecho público y derecho ritual (Schacht, 1982, p. 17). Particularmente nunca ha hecho estudios muy profundos sobre derecho privado, lo cual resulta bastante relacionado con el hecho de que el derecho islámico es visto últimamente como materia de investigación solo para especialistas en derechos humanos.

Aun así, el estudio de las instituciones jurídicas en los países de tradición musulmana sí ha sido observado para comprender la dinámica de la economía en esta zona. La importancia de entender cómo diversos ordenamientos jurídicos son influenciados por un compendio de doctrinas es fascinante. Pero más interesante es saber que no influye solo en aspectos de derecho ritual, sino que logra matizar la forma de llevar a cabo negocios jurídicos, redacción de contratos, disputas por problemas en los contratos y varias acciones relativas al tema.

Este derecho privado surgió para “dirimir esos conflictos presentes al celebrarse transaccio-

2 No por esto significa que el derecho islámico no haya evolucionado en sus diversas formas, pero sí resultan determinantes sus aspectos constitutivos que hoy en día siguen presentes en las legislaciones de estos países.

nes por los comerciantes en vida de Mahoma" (Mandirola, 1998, pp. 113 - 115), permaneciendo hasta la actualidad por la labor de los codificadores. Estos se dedicaron a integrar todos los conceptos de economía y derecho que construían paralelamente, relacionados con las normas de comportamiento (Roberts, 2007, p. 34). Básicamente, estudiar las instituciones jurídicas del derecho privado islámico se deriva de buscar esa relación implícita que tiene con la economía, pues explica mucho de la formación de dichos elementos de derecho que se adaptaron a las formas de desarrollo económico por la ley musulmana.

B. Economía islámica

Si bien en el Corán se encuentran hasta 500 apartes con contenido jurídico, solamente hay "alrededor de 20 que se refieran a economía" (Roberts, 2007, p. 34). Esto a pesar de su origen, que tiene más partícipes comerciantes que propiamente juristas. Contrario a la impresión popular, el islam no fue una religión transmitida por nómadas por el desierto, fue una religión transmitida por comerciantes de elevada posición social. Este se esparció a través de los mercaderes de La Meca, de hecho Mahoma era uno de ellos (Roberts, 2007, p. 34).

El islam vino a incorporar muchos principios mercantiles importantes para los mercaderes que viajaban en caravanas. Entre estos se incluían "la protección de la propiedad privada, el juramento bajo palabra, seguridad de la mercancía y los pactos de certeza en tratos comerciales" (Roberts, 2007, p. 34). La honestidad en

el comercio es un requisito en el islam, hasta la actualidad quebrantar este principio tiene graves repercusiones.

El reconocido economista y profesor de la Universidad de Malasia, Khurshid Ahmad, define la relación economía y religión planteando que "la economía está arraigada en la cosmovisión particular del islam y deriva sus premisas-valores de las enseñanzas éticas-sociales del Corán y de la Sunna" (Syed Nawab, 1934, p. 35). Tomando esto como referencia, se puede inferir que para comprender la mayoría de fenómenos sociales en Oriente Próximo necesitamos entender la incidencia del islam, lógicamente la economía y el derecho no pueden escapar a tal influencia.

Es precisamente lo que este trabajo pretende, comprender cómo inciden factores inherentes al derecho islámico y a la económica islámica en el mundo del comercio, analizando las oportunidades y obstáculos que tenemos para acceder a este mercado que hasta el momento ha sido explorado solo en algunos sectores (Galma, 2010). Oriente Medio es una zona con mucho potencial económico en el planeta, "países como Catar, Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudita y Omán han pasado en menos de 50 años de una economía de pesca y recolección de perlas a economías basadas en servicios y en explotación de minerales e hidrocarburos" (Syed Nawab, 1994, p. 86).

También tenemos que recordar que los países de esta zona mundial han entrado en un auge de crecimiento económico (Sachs, 2012, p. 13) que destaca dentro de la crisis financiera que viven actualmente Europa y Estados Uni-

dos. Es así como hoy se habla del naciente grupo BRICA (posible ampliación del BRIC con los países de Arabia Saudita, Qatar, Kuwait, Bahréin y Emiratos Árabes Unidos), unión aún no oficial de los países petroleros más influyentes en la zona y en el mundo. También más de la mitad de los miembros del “N-11 o Next eleven” (Sachs, 2012, p. 13) profesan la fe islámica, lo cual da fuerza al estudio que se realiza.

C. Delimitación del área de estudio

Este artículo se planteó la idea de estudiar la influencia del islam en el derecho de los países de tradición musulmana. Lograr llegar a esta categoría es producto de desechar otras abstracciones que se habían pensado para agrupar los países que se referencian y hacer el estudio. Determinar algunos de ellos como países árabes es incorrecto, por cuanto muchos donde el islam ha permeado las instituciones no tiene por idioma el árabe. Así mismo, no se puede incluir específicamente en un grupo como países del norte de África o del oeste asiático porque hay países con tradición musulmana ubicados en otras partes del globo. Por último se llegó a la conclusión que no es conveniente usar la división de “Magreb y Mashreq”,³ puesto que las dos zonas constituyen áreas que representan una segmentación territorial cultural y social enorme, así que al usar una de estas se excluiría tajantemente a la otra.

Los derechos positivos de los países musulmanes han cambiado con respecto a lo que se podía

apreciar hace tan solo un siglo. Los ordenamientos internos guardan un espíritu similar en la ley, que solo se los ha garantizado “las inalienables características culturales que comparten y el islam” (Coulson, 1964, p. 164). Por esto existe una diversidad de tradiciones, por ejemplo, Egipto, Argelia, Pakistán e Indonesia difieren en múltiples aspectos de la rigidez que sí se tiene en otros países sobre la aplicación del derecho. Aún así, las variables que conservan a pesar de ser radicales en algunos sentidos “son tan solo matices comparados con el trasfondo que guardan, que es inmensamente mayor, pues nacen de la misma raíz como Islam” (Schacht, 1982, p. 17).

Parte de ese trasfondo es constituido por las fuentes del derecho islámico. En el siguiente capítulo veremos de qué fuentes surge o emana la fuerza de la ley islámica, cómo estas se armonizan entre sí para dar sentido a su derecho y cómo son interpretadas.

II. FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO

A continuación se describirán las fuentes del derecho islámico, usándolas como punto de partida para explicar la incidencia de aspectos religiosos o del mismo derecho ritual islámico en sus instituciones jurídicas. El fin de exponer estos conceptos es plantearle al lector elementos que luego pueda distinguir en los contratos que se analizarán en la parte final del artículo, explicando además algunas definiciones que son indispensables para leer el documento.

Al igual, se podrá percibir la forma en que interactúan los conceptos de los conocedores

3 Estas dos áreas (Magreb y Mashreq) definen respectivamente la parte más occidental y oriental del “mundo árabe”, razón por la que consideré impertinente llamarles como tal.

del derecho islámico, ayudando a distinguir los rasgos inherentes a las fuentes por el hecho de permear toda la estructura de los ordenamientos jurídicos de los países de tradición musulmana. Es sumamente relevante esta sección pues enlaza la naturaleza del derecho islámico y el aterrizaje en los diferentes contratos que se usan en el mundo de los negocios.

Al final, se podrá ver cómo aparte de una evidente influencia de aspectos religiosos en el derecho, también existe una armonía en las fuentes, que permite que el derecho islámico se regenere y permanezca perpetuamente, incidiendo en todos los aspectos de la vida de los habitantes de estos países.

A. Fuentes del derecho islámico y su interpretación

La ciencia jurídica islámica elaboró desde hace bastante tiempo una teoría de las fuentes del derecho. Esta ha sido desarrollada al tiempo que se ha evidenciado la inclusión de algunos métodos para complementar dichas fuentes.

En un principio todas las fuentes del derecho islámico tienen punto de partida en la “voluntad divina o *fonsessendi*, que constituye por principio Islámico la naturaleza del Corán” (Schacht, 1982, p. 22). Ahora, la revelación de esta *fonsessendi* no sería distinguible sin la *fonscognoscendi* (López, 1932, p. 19), que es la forma en que Alá transmitió a Mahoma el mensaje de vida y comportamiento a seguir por los fieles musulmanes. La *fonscognoscendi* permanece en el Corán, como veremos.

1. El Corán o Alcorán

Alcorán o Corán como me referiré de ahora en adelante, significa en árabe recitación o declamación (Coulson, 1964, p. 164). Desde la tradición musulmana, es el resultado de la comunicación hecha a Mahoma de un “libro celestial, que existe en el paraíso desde la eternidad” (Schacht, 1982, p. 22). Dicho libro fue entregado a Mahoma por medio de quien el mismo profeta definiría en Medina como el ángel Gabriel. El libro está dividido en 114 capítulos o azoras y a cada parte o versículo se le designa con el nombre de *aleyá*, palabra antigua que significa milagro (Hallaq, 1995, p. 31).

Para los investigadores es difícil asegurar si en vida de Mahoma se empezó a escribir el Corán (López, 1932, p. 18). Sin embargo, se tiene la certeza de que Abubequer, sucesor inmediato de Mahoma, ordenó que se recogiera una gran cantidad de manuscritos donde se encontraban las revelaciones hechas al profeta, estos fueron entregados por una de sus viudas para que se recopilaran y se custodiaran.

Para el derecho tiene un gran interés solo una fracción del Corán, exactamente donde están contenidas las azoras medinenses (Coulson, 1964, p. 164), puesto que Mahoma en sus predicaciones en La Meca asistió otros temas diversos alejados del ideal de la constitución de un Estado musulmán que más adelante calaría en su discurso. Debido al carácter de “doctrina eterna” del Corán, unido a su característica fundamental de revelación, se presentan salientes contradicciones. En un principio, en la predicación en La Meca por parte de Mahoma “solo se

incluyeron temas piadosos, estableciendo la obligación del hombre como hombre en un mundo no apto" (López, 1932, p. 18), pero llegaría después la inclusión de elementos de carácter jurídico, lo cual fue considerado por los primeros musulmanes como un completo adefesio, que en vida de Mahoma alcanzaron a criticar. Para esto salió una revelación bastante importante que dice: "las revelaciones posteriores derogan las anteriores, por las alejas que abroguemos daremos otras mejores o semejantes. ¿No sabéis que Alá es poderoso para todo?" (Corán II 100); en este sentido opinan los especialistas que "se trataban de leyes circunstanciales que se revelaban a situaciones particulares y quedaron posteriormente con carácter general y absoluto" (Hallaq, 1995, p. 31).

2. La sunna

Significa en árabe *vía, método o modo*, pero en la definición de la *sharia* significa "*lo que haya dicho, hecho y afirmado el profeta*" (Coulson, 1994, p. 64). Encontramos en el Corán un aparte que llama la atención, donde recalca perfectamente la magnitud de la sunna: "hermoso ejemplo os ha dado el profeta para todos los que esperáis en el Señor y en el día del juicio y habéis tenido a Alá en vuestra memoria" (Corán, XXX, 21). Lo que dijo e hizo Mahoma no podía ser algo diferente a la realización del ideal revelado por Alá; su conducta o sunna había de ser un comentario viviente de la revelación.

Esta sunna tiene que manifestarse de tres maneras: "lo que dijo, en preceptos meramente extra coránicos; lo que hizo, mostrándose como

modelo a seguir y lo que finalmente consintió" (López, 1932, p. 42), que fueron las costumbres o hechos acerca de los cuales guardó silencio, aprobándose tácitamente. Todo esto, en conjunto, comprende el término general de sunna.

La transmisión legítima de la sunna es oral, pues se basa en una expresa narración conocida como *hadiz*. Uno de los *sahibes* (compañeros) de Mahoma comunica a uno de sus *tabihibes* (oyentes) un hecho o dicho del profeta intentando persuadir al que por tradición ininterrumpida debe llegar como fuente indiscutible (López, 1932, p. 19). Por eso es que la *hadiz* es garantía de autenticidad, porque está compuesta por un *isnad* o cadena de nombres de los transmisores a través de los cuales ha llegado el relato desde su origen y el *matn* o texto del Corán como tal.

Este punto es muy importante en este estudio, pues de la tradición expresamente oral surge la necesidad de codificar poco a poco la sunna de cada una de las autoridades a través del tiempo y que se convertiría entonces en una colección que se denominó *mosnada*, que va adquiriendo un importante uso para el derecho islámico como tal. En este punto es importante recalcar el argumento de Joseph Schacht, quien expresa que "el hecho de que la tradición obligara a una recopilación general no se debe contemplar como una codificación como tal, pero de hecho encubaron dos de las más famosas colecciones las del Bojari y de Muslim" (Schacht, 1982, p. 22).

Los últimos años de investigación en Europa no han podido establecer si definitivamente la

tradición es, en efecto, una fuente de derecho o simplemente una consecuencia de la aceptación de la sunna a nivel material.

3. El *consensus*

El consentimiento de la comunidad musulmana o *ichma* como fuente de derecho ha sido entroncado con algunos textos coránicos, no muy claramente relacionados con él (López, 1932, p. 20), a su vez se encuentra íntimamente ligado a algunas tradiciones internas de los pueblos en Oriente Medio.

El *consensus* opera indagando sobre las posibilidades de comportamiento que se tienen dentro de las comunidades. Esto responde a la máxima directa de “lo que a los musulmanes parece bueno le parece también a Alá” (Hallaq, 1995, p. 31). Por antonomasia esta fuente acude directamente al modo de interpretar el Corán y la sunna por parte de una comunidad, generando al mismo tiempo cátaros de convivencia que se vuelven fundamentales, estando presentes en Estados no seculares.

El reputado profesor de la Universidad de Santiago de Compostela e intelectual español, monseñor José López Ortiz, definió que el valor de esta fuente se funda en una especie de “asistencia providencial” (López, 1932, p. 23) que asegura una cierta infalibilidad al sentir unánime de los musulmanes. Sin embargo se pregunta ¿cómo se puede apreciar directamente esa unanimidad existiendo la diversidad de posiciones respecto al carácter obligatorio de una fuente de Derecho islámico?

Los estudios del tema han atribuido esa unanimidad a los *sahibes* y *tabies* (Schacht, 1982, p. 22), exhibiendo en pleno que a pesar de que se pueda atribuir a la *sunna medinense* parte del carácter estricto de esta fuente de derecho (López, 1932, p. 20), el *consensus* es en sí mismo una aceptación que se equipara a la costumbre.

En otras palabras, el consentimiento ejerce una gran función práctica en el juego de las demás fuentes; él sanciona la interpretación de estas y asegura los presupuestos históricos de la revelación: existencia de Mahoma y autenticidad del Corán y la sunna, y es, además, la consagración legal de la costumbre. En cuanto a su introducción, se acepta sin ningún tipo de discusión por el pueblo musulmán, aparte de que a “él se debe la regulación de ciertas instituciones no previstas por el libro sagrado y descuidadas también por la tradición como la constitución del califato” (López, 1932, p. 21).

4. El *Qiyás*

La palabra significa directamente analogía (Schacht, 1982, p. 22) y como fuente ha servido para agrupar varios procedimientos deductivos en el derecho islámico. Su función principal es comprender los diversos métodos lógicos de adaptación de las fuentes a los casos concretos de la vida jurídica, las formas para suplir las lagunas que dejan las otras fuentes y regular el rigor de la aplicación.

En la obra *Usul al fíq* (Fuentes del Derecho) del Xafei, expresa que la misión del *qiyás* debe apreciarse teniendo en cuenta que “estas fuentes (*usul*), para la técnica musulmana no equivalen

en absoluto a lo que nosotros entendemos por fuentes del Derecho" (López, 1932, p. 23). La exposición de los *usul* comprende el "justiprecio de los documentos en los que se contiene la revelación y la utilización de estos interpretándolos que es propiamente la función del Quiyás" (López, 1932, p. 24).

Esta institución se convirtió en una fuente más que necesaria, puesto que a partir de los sucesos que ocurren en una sociedad particular surge el apremio de permitir a las instituciones vigentes de derecho que se amplíen para permear espacios donde antes no les era posible. Así mismo debemos decir, que "una interpretación por muy fiel que se quiera suponer, si realmente se preocupa más de la aplicación de una norma a la realidad, que de una investigación filosófica o filológica de lo que la fuente significaba en su medio histórico, no puede menos que crear también a su modo reglas no previstas en el texto o documento así interpretado" (Al-Qayrawani, 1993, p. 15).

La analogía en el derecho islámico parte de la dualidad "*itchihad* que significa deducción en general y *ray* que significa razonamiento" (López, 1932, p. 27). Desde este presupuesto la analogía no toma como punto de partida el caso que se presente, sino el espíritu de la ley considerado en su conjunto.

B. Interpretación de las fuentes del derecho islámico

Dentro del criterio más tradicional, la necesidad de ejecutar una interpretación se vuelve indispensable para llevar el alcance del derecho a

puntos donde no puede llegar debido a la ausencia de formas previstas para la casuística.

El derecho islámico tiene cuatro fuentes que a pesar de complementar el sistema entre sí, necesitan de ejes que puedan servir como puntos de partida desde donde fuentes como el *consensus* o el *qiyás* otorguen mayor coherencia al texto coránico.

Hasta el momento se han observado las principales características en las fuentes para resolver cuestiones presentes en la ley; el problema surge cuando hay un vacío entre estos criterios o es tan inocua la respuesta que no satisface la situación.

Es este punto donde se aplica el concepto de *ichtihad* que viene de la palabra árabe que significa esfuerzo (Schacht, 1982, p. 17). Este describe un trabajo científico encaminado a "la interpretación de las fuentes y a la sistematización de la ciencia jurídica, de esto se deriva que se llame al sabio que se dedica a este trabajo como *mochtahid*" (López, 1932, p. 27).

A pesar de que el islam considera este *ichtihad* prioritario para llenar lagunas o solucionar antinomias en la ley, no se le considera como algo personal o de libre aplicación, sino que hace parte de un ejercicio en el cual la búsqueda del espíritu de la ley aplicable es fundamental ya que es motor del *qiyás*.

Otro punto fundamental lo expone la escuela fundada en el siglo VIII por Malik ibn Anas (esta escuela ha tenido trascendencia hasta la época por el trabajo de recopilación de los discípulos

en el Al muwatta y tiene gran tradición porque sus principios fueron aplicados en España y el norte del África. Tomado de López, 1932, p. 27), que habla de la necesidad de buscar el “*istislah*”, que significa *utilidad pública*, para los musulmanes esta utilidad debe ser en general de toda ley” (López, 1932, pp. 27-28). Esta escuela a pesar de considerar contraria la mayoría de posiciones de la escuela del teólogo y jurista Abu Hanifa, comparte otro criterio de interpretación conocido como *istihsan* que significa “lo que se toma por bueno” (López, 1932, p. 27-28). Este criterio de interpretación dice que se deben llenar los vacíos de la ley y resarcir sus errores, incluso ir contra la letra de la misma ley si esta no es coherente con lo bueno.

C. Usos de las fuentes y los criterios de interpretación en el derecho privado

Entre las fuentes de que se ocupa la obra *Usul al fíq*, la costumbre muestra un importante desarrollo a lo largo de la legislación de los países donde ha permeado el derecho islámico, mientras en algunos pasa de simples criterios secundarios de interpretación en ciertos negocios jurídicos a ser de aplicabilidad obligatoria. Este desarrollo jurídico se ha dado a partir de una “no secularización” del Estado y permanece en las instituciones jurídicas tanto del derecho público y ritual como del derecho privado, que corresponde abordar en este documento de trabajo.

Así, después de describir someramente la complejidad del sistema de fuentes en el derecho islámico, es necesario mostrar cómo este se ha

instalado en puntos claves del ejercicio comercial en los países de esta parte del globo.

III. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

A. Generalidades de las obligaciones en el derecho islámico

Para empezar a hablar de obligaciones jurídicas en el derecho islámico es necesario retomar el concepto de “espíritu de la ley” que se extrae del Corán y las otras fuentes mencionadas en el aparte anterior. La teoría de las obligaciones en el derecho islámico se relaciona directamente con la “teoría de los deberes conjuntamente con las obligaciones que nacen de los preceptos jurídico-religiosos de la ley” (López, 1932, p. 40). Esencialmente se reconoce como principal característica de una obligación, la eficacia de la manifestación de voluntad, emitida en todas las condiciones y con todos los requisitos que la ley determina⁴ para crear una “obligación especial en el islam” (López, 1932, p. 41).

Los juristas musulmanes consideran que la obligación especial, que en el derecho islámico da nacimiento u origina obligaciones, es el contrato. En el derecho islámico el contrato es fuente principal porque “se presenta como manifestación plena de la voluntad” (Al-Qayrawani, 1993, p. 112), pero a esto me referiré más adelante.

Las obligaciones en general pueden garantizarse de diversas maneras; cuando hablamos de

⁴ Los requisitos que exige el derecho islámico para que la manifestación de voluntad tenga eficacia son: 1. Plena capacidad de obrar. 2. Capacidad para disponer del patrimonio. 3. Objeto lícito.

garantías reales el derecho islámico no distingue entre garantía mobiliaria o inmobiliaria, puesto que “ambas son concebidas como prenda” (López, 1932, p. 190). La cosa en prenda que garantiza el derecho del acreedor pasa siempre al poder de este, así le sirve como prueba de que la obligación existe pues tiene la posesión que representa la deuda aún no saldada. También, en caso de que no se cancele la deuda, el acreedor puede vender la cosa para satisfacer la obligación que el deudor no ha cumplido.

Aún así, el acreedor no puede disponer de los frutos de la cosa en prenda, “a no ser que se haya pactado con la parte pasiva que la deuda se cancelaría de esta forma” (López, 1932, p. 190). Como se planteaba antes, el acreedor no puede quedarse con la cosa “así exista convención expresa con el deudor” (López, 1932, p. 190); solo deberá venderla con permiso del deudor y si este no da el consentimiento, deberá entonces acudir al *cadí* [esta palabra aplica para los jueces de los territorios musulmanes, que aplican la *sharia* (tomado de Coulson, 1964, p. 164)] para que este proceda a realizar la venta en pública subasta.

Contrario a la función del pacto de retroventa en la legislación colombiana, donde por herencia del derecho romano se concibe como “una venta sometida a una condición resolutoria, mediante el ejercicio del derecho del recobro por el vendedor” (Bonivento, 2004, p. 181). En el derecho islámico el pacto de retroventa se sitúa como garantía real, encontrándose como “un contrato accesorio que obliga directamente al deudor a cumplir con una obligación para recuperar la posesión” (Al-Qayrawani, 1993, p. 114).

Este pacto se encuentra presente en la legislación de algunos países del mundo musulmán, aunque no fue acogido por la mayoría de países del *Magreb*,⁵ entre ellos Argelia, puesto que sus respectivas comisiones codificadoras consideraron que “los efectos prácticos que producía la medida no eran comparables con el detrimiento a la figura histórica presente en la ley por siglos” (Ferrari y Braney, 2000, p. 105).

Así mismo, la figura del fiador existe en la mayoría de las legislaciones de los países del mundo árabe; esta se instituye como “un acto de libertad y amor al prójimo que se hace a favor del deudor” (López, 1932, p. 190), encontrándose estrechamente ligada con las primeras *sunnas medinenses* que constituyen la esencia del Corán, hablando de temas como “la redención, la ayuda y el compromiso” (Al-Qayrawani, 1993, p. 112). Se debe mencionar que el fiador no renuncia a ninguno de los medios para reducir su responsabilidad en el caso de un incumplimiento por parte del deudor respaldado.

De hecho, salvo pacto en contrario, el acreedor no puede dirigirse contra el fiador sino en defecto del deudor principal, y siempre tiene el fiador una acción contra este para que se le reintegre de lo que respaldó. En este sentido, operaría en una forma similar al principio de excusión, positivizado en el artículo 2383 del código civil colombiano, que consiste en darle la oportunidad al fiador cuando este ha sido requerido por el acreedor de la obligación, para que “exija al acreedor que antes de proceder contra él se

5 El Magreb es la zona más occidental del mundo árabe. Los países de esta área del planeta son: Marruecos, Túnez, Argelia, Mauritania y Libia.

persiga la deuda en los bienes del deudor principal y contra las garantías que este haya prestado" (Bonivento, 2002, p. 202). También pueden obligarse los fiadores solidariamente cuando varios afiancen una misma deuda, incluso pueden también afianzarse sucesivamente (en este caso el acreedor ha de seguir el orden de los fiadores).

Existen elementos en el derecho islámico que hacen que las obligaciones se conviertan por sí mismas en "acciones de honor" (Bonivento, 2002, p. 202); uno de estos es el juramento. Este presta firmeza a las obligaciones, puesto que la eficiencia de la idea religiosa que permea las diferentes legislaciones del mundo árabe acude como una constante. Es más, algunos especialistas en el tema han dicho que "Mahoma dejó la puerta abierta de la *alfara* o compensación por fallar al juramento" (López, 1932, p. 190). En la conciencia musulmana siempre vive como alternativa la opción de creer en el juramento, ya que la intrínseca relación del honor al acto de jurar está íntimamente relacionada con la moral y "en algunos puntos del derecho penal saudí se considera el falso juramento como una ofensa *hadd*⁶" (Ferrari y Braney, 2000, p. 105).

Sin embargo, el juramento se ha vuelto una garantía sobre todo para el derecho penal islámico. En el juramento de compromiso, que es el que nos importa en la matización del derecho islámico privado, la única garantía del juramento "está en la elevada cuantía de la redención, que se sujeta de acuerdo al *consensus* practi-

cado por cada región" o división administrativa (López, 1932, p.194).

B. Modificación y extinción de las obligaciones

Al igual que en Colombia, en el derecho islámico se extinguen las obligaciones cuando estas se cumplen, es decir, cuando se hace el pago en la forma previamente acordada. Pero este no es el único medio para extinguir una obligación en el derecho islámico, de hecho se pueden extinguir cuando una obligación es sustituida por otra, lo que genera la pérdida de "la emanación de voluntad contenida en un principio" (López, 1932, p. 194).

Uno de los medios para extinguir las obligaciones es la compensación; esta tiene lugar cuando dos créditos pecuniarios equivalentes en todo se vencen al tiempo. Si la equivalencia llega a ser de tipo monetario se pueden compensar aun cuando no estén vencidos. Sin embargo, no son compensables los créditos en especie que provienen de una compraventa, "puesto que en ambos contratos se debe entregar la cosa prometida" (López, 1932, p. 194).

El derecho islámico también reconoce, como otra forma de extinción de las obligaciones, la delegación de la deuda en la medida en que entre un sustituto a cumplir la función de deudor con el acreedor. La escuela de Malik ibn Anas considera sin embargo que "en la delegación de deudas no existe extinción de alguna clase de obligación" (López, 1932, p. 194) y que, por el contrario, se forman dos, una que tiene el nuevo deudor con el acreedor y otra que tiene el

6 Crímenes castigados con penas severas, tales como la lapidación, los azotes y la amputación de miembros. Sin embargo, no todas estas penas se adoptan universalmente en los países islámicos.

deudor sustituido con el nuevo deudor, y que solamente se considera extinguida la obligación cuando se extingan las dos obligaciones.

Se podría comparar en el caso colombiano con la novación consagrada en el artículo 1687 del código civil colombiano, cuyo contenido dispone lo siguiente: “*La Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida*”.

En otras palabras, la novación consiste en sustituir o remplazar una obligación por otra nueva, que puede ser en condiciones diferentes a la primera o en las mismas condiciones, y en todo caso la antigua obligación se extingue por completo, por consiguiente solo se podrá exigir el cumplimiento de la nueva obligación que se ha pactado, junto con las nuevas condiciones que se hayan acordado.

Para el reputado escritor iraní sobre derecho islámico, Parviz Owsia⁷, la fórmula más amplia y acorde al Corán para extinguir una obligación es la transacción (Owsia, 1994, p. 123). Mediante esta se pueden reducir o sustituir sin limitación las obligaciones contractuales y demás. El Corán considera la transacción “como un acto loable, que se recomienda en la práctica y la interpretación en el *quiyás* pues restituye al deudor y evita litigios y problemas” (López, 1932, p. 196). Opera igual que la compensación en el derecho colombiano, donde ante un supuesto de hecho igual dos personas obligadas recíprocamente, realizan el pago de sus deudas para buscar ex-

tinguir la obligación cumpliendo el deber (Bonivento, 2004, p. 90).

Para concluir, los *faquis* consideran que existen cinco modos para extinguir una obligación: el pago, la sustitución, la compensación, la delegación de deudas y la transacción (Bonivento, 2004, p. 90). Como se ha visto, resultan comparables a algunas formas que contempla el derecho colombiano en el artículo 1625 del código civil. Este dispone que los medios para extinguir una obligación son: la solución o pago efectivo, la novación, la transacción, la remisión por la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe, la declaración de nulidad o la rescisión por el evento de la condición resolutoria, por la prescripción y por la transacción.

Después de ver algunos apartes de la teoría de las obligaciones en el mundo islámico, es necesario hablar de un tema ya mencionado en el principio del capítulo. El contrato es fuente principal de las obligaciones, pero también dentro del derecho privado se encuentran variables de la teoría contractual que es importante mencionar. El siguiente capítulo tratará algunos de los contratos más usados en el mundo islámico diariamente, su ya aludida relación con los rasgos religiosos de sus fuentes y sus referencias más interesantes para tener en cuenta.

7 Este eximio autor iraní ha elaborado importantes compendios de derecho islámico y estudios comparativos fortaleciendo la bibliografía en la materia.

IV. CONTRATOS EN EL DERECHO MUSULMÁN

A. La voluntad como elemento esencial en la teoría general del contrato musulmán

El término que en el léxico jurídico del islam se acerca más a nuestro contrato es el de “*acd* que significa literalmente ligadura” (Schacht, 1982, p. 39). Se aplica literalmente a la conjunción jurídica de una propuesta y una aceptación, siendo así el acuerdo de dos voluntades un elemento esencialísimo en la teoría del contrato musulmán.

La coincidencia entre la oferta y la aceptación es la que da vida jurídica al contrato en el derecho Islámico, puesto que dice que es suficiente que al mismo tiempo que se produce la aceptación la oferta siga aún vigente.

Para que exista eficacia contractual en el derecho musulmán se debe poner atención en “el momento de la sesión, es decir mientras dura la negociación entre el oferente y el aceptante” (Bonivento, 2004, p. 197). Ciertos elementos de la oferta, como se concibe desde la legislación colombiana, cabrían en esta categoría. Es en el artículo 846 del código de comercio donde se establece que: “La propuesta será irrevocable. Por consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario”. Hay que recordar que la oferta se hace presente también en apartes del derecho islámico bajo la figura del *tigni* (López,

1932, p. 199), operando de un modo similar a como la conocemos en el derecho nacional.

Además, para que el contrato sea válido, los contratantes tendrán que gozar de la capacidad apropiada a la finalidad de este, en unos casos “será la edad (*mukallaf*)⁸, el sexo, la categoría” (López, 1932, p. 199). En la categoría entra en especial atención el concepto de *kafir* o persona no perteneciente al mundo islámico. Esto llama la atención pues en ciertos países como Arabia Saudita, Omán o Yemen, la condición de extranjero puede reducir las posibilidades de celebrar contratos sin los debidos permisos, incluso en muchas ocasiones la permanencia en dicho territorio es complicada (Owsia, 1995, p. 125).

Sintetizando los criterios que se establecen en el resumen del escritor José López Ortiz, además de la voluntad representada en el consentimiento, los requisitos para la existencia de los contratos serían: capacidad (*mukallaf*), voluntad de los participantes (manifestado en la voluntad) y que el negocio jurídico tenga objeto y causa lícita.

Resulta curioso que los requisitos generales para obligarse, que enuncia nuestro código civil en su artículo 1502, son prácticamente los mismos: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. De hecho para el reconocido doctrinante y catedrático de derecho civil colombiano, José Alejandro Bonivento Fernández, estos requisitos son “aquellos que son imprescindibles en todo contrato o acto jurídico” (Bonivento, 2004, p. 181).

⁸ Es todo aquel musulmán cuerdo, adulto y libre que haya llegado a la pubertad, momento en el cual pasa a ser responsable legalmente de sus actos.

B. Prohibición de la usura desde el derecho musulmán

La usura es una limitación característica del derecho de contratación islámico, puesto que está rotundamente prohibida. La palabra más parecida a usura en árabe es *riba* (Shacht, 1983, p. 39), que se traduce como aumento o ventaja. En *riba* se incurre cuando se pacta un beneficio desmedido a favor de un contratante y a costas de otro, resultando en el pago desproporcionado de lo inicialmente pactado. El contrato entonces será declarado nulo y el usurero comete un pecado tan grave como la apostasía o el adulterio bajo la ley islámica (López, 1932, p. 197).

Esta *riba* tiene dos modalidades: la primera ocurre cuando, por ejemplo, en una permuta se sale de las equivalencias, es decir, que haga a un contratante verse vulnerado por no conservar la proporción que debe estar presente en el pacto. Para lograr una comprensión de cómo opera la figura de *riba*, se puede comparar con la naturaleza jurídica de la lesión enorme en la legislación colombiana.

En general la doctrina colombiana considera que “el precio debe ser justo, no como requisito esencial, sino como elemento para lograr el verdadero equilibrio en las prestaciones de los contratantes” (Bonivento, 2004, p. 128). Por eso, cuando el precio no es justo es lesivo o bien para el comprador o bien para el vendedor, de esta manera ocurre que esa pérdida de equilibrio se convierte en una ventaja. En la doctrina colombiana [el doctor Arturo Valencia Zea considera que la lesión enorme es un vicio de consentimiento porque rompe el equilibrio de las

relaciones contractuales, afecta la voluntad tanto como el error, el dolo o la violencia (tomado de Bonivento, 2004, p. 85)] y en la doctrina de países como Irán, Arabia Saudita, Catar, entre otros, esta ventaja o lesión enorme es un vicio de consentimiento (Owsia, 1994, p. 317).

La segunda modalidad de *riba* ocurre cuando se pacta un plazo para la obligación y se especifica que por el retraso del pago deberá corresponder un pago mayor. Esto contradice totalmente el espíritu del derecho islámico, puesto que en países como “Arabia Saudita, Irán, Irak, Yemen, Omán y Catar contratos como el mutuo tienen carácter gratuito basándose en la gracia que tiene la ayuda a los demás” (Owsia, 1994, p. 128).

Hay que recordar que esta prohibición surge como parte de una respuesta histórica que emprende Mahoma, ante el despliegue de prestamistas usureros de su época (López, 1932, p. 132). Esto fue un freno a la libertad de contratación que ha permanecido por siglos. Al igual que la mayoría de la población respeta los preceptos legales por tener raíz en lo religioso, muchos burlan la tradición acudiendo a “la simulación de contratos por medio de los pactos de retroventa” (López, 1932, p. 132), que anteriormente habíamos mencionado como prohibidos en algunas legislaciones del Magreb.

C. Clasificación de los contratos

Teniendo en cuenta la necesidad de explicar contratos que se ajusten a un uso constante por parte de la comunidad y que en el mundo de los negocios sean recurrentes, encontramos la cla-

sificación hecha por Abdurrahim⁹, quien expone los contratos de acuerdo con su finalidad, en dos grupos que considera relevantes: los “contratos por los cuales se transmite el derecho de propiedad y otros en los cuales se transmite el uso y disfrute o mera tenencia” (López, 1932, pp. 198-199).

Al exponer los contratos se observará la influencia del islam en cada una de las instituciones de derecho privado, desde sus fuentes, opiniones de juristas o por su práctica. Además se expondrán las similitudes con algunas instituciones jurídicas del derecho civil y comercial de nuestro país. El objetivo, más allá de comparar, es exponer la esencia de cada uno de los contratos de esta división hecha por Abdurrahim, matizándola con elementos que sean comunes desde la doctrina colombiana.

V. SOBRE LOS CONTRATOS QUE TRANSMITEN LA PROPIEDAD

A. Compraventa en el derecho musulmán

La *baia* se puede traducir en árabe normalmente como compraventa, pero tiene un significado bastante mayor. En términos más amplios significaría cesión, por lo tanto en Oriente cuando se habla de *baia* se puede estar refiriendo a “venta del disfrute de una cosa” (López, 1932, p. 205). Es por esta razón que aparece el concepto de *baia* cuando se está hablando de un contrato de

compraventa o cuando se habla de la “transmisión de un califato al nuevo califa por el pueblo” (Schacht, 1964, p. 201).

En este orden de ideas, *baia* significa ampliamente la transmisión onerosa y consensual de la propiedad. En el islam los medios de adquirir un bien no están totalmente enmarcados por la tasación de un precio, “es por esto que en el Derecho Islámico no se hace una diferenciación entre venta y permuta” (López, 1932, p. 205). De esta manera, nuevamente la voluntad se presenta como característica importantísima del contrato, reivindicando la forma en que las partes logran tasar la equivalencia que a cada uno interese.

La eficacia del acuerdo de voluntades se amplía en una gran libertad de formas contractuales constituidas por las diversas condiciones que se pueden añadir al contrato, “subsanando procedimientos de contratación a primera vista contrarios a la ley” (Owsia, 1994, p. 145).

Es por esto que en cuanto a la expresa prohibición que se tiene de la práctica de contratos aleatorios, se dice que el objeto de contrato más el comprador y el vendedor deben estar presentes para que se pueda “individualizar el objeto en calidad y cantidad” (López, 1932, p. 205).

Cuando en una compraventa existan vicios ocultos, esto dará lugar a la anulación del contrato o a una disminución proporcional del precio “desde que no se atente contra la voluntad y dignidad de ninguna de las partes” (Owsia, 1994, p. 145); para esto se fija la instauración de la acción redhibitoria que no tiene un tiempo fijo

⁹ Abdurrahim fue un importante sufista y codificador de derecho islámico, responsable de parte de una nueva ola de la filosofía oriental referente a la mística del islam.

de aplicación. De acuerdo con las diferentes interpretaciones que dan las escuelas, el tiempo va desde un par de días como en Irán (Owsia, 1994, pp.146-147) a algo más de un año en Arabia Saudita (Owsia, 1994, p. 147). Igual que en nuestra legislación, la evicción obliga al vendedor a indemnizar al comprador, pero se califica si por la totalidad o solo una parte del perjuicio (López, 1932, p. 205).

A la vez, el código civil colombiano estima en su artículo 1923 para la acción redhibitoria un tiempo de seis meses para los bienes muebles y un año para bienes raíces, en cualquier caso que las disposiciones de los contratantes no estipularan un menor o mayor plazo. El término, al contrario de la mayoría de legislaciones del Medio Oriente, empieza a correr a partir de la entrega real de la cosa, y no desde el momento de la celebración del contrato.

En el derecho islámico se puede estipular un plazo durante el cual el comprador puede desistir del contrato reintegrando la cosa en igual estado al vendedor. También se puede rescindir el contrato de compraventa por mutuo consentimiento, pero hay que tener cuidado porque esto puede llevar a la interpretación de una conducta evasiva de los preceptos que castigan la *riba* (usura), ya que se estaría alterando la naturaleza de las prestaciones contractuales.

La *riba* en un contrato de compraventa puede llevar a que se aplique una acción rescisoria. En el derecho colombiano sucede algo muy similar cuando se habla de acción rescisoria por lesión enorme. Anteriormente se asimiló la primera modalidad de *riba* a la lesión enorme como se con-

cibe desde la legislación nacional; por esta resulta comparable la acción. En Colombia funciona igual: la acción permite al vendedor o comprador afectado restablecer el equilibrio contractual.

1. Algunos tipos especiales de compraventa

Existe un contrato especial que los faquires denominaron *selem*, que es “un contrato intermedio entre la compraventa y el préstamo” (López, 1932, p. 206). Este contrato surge como solución para una sociedad netamente agrícola como era la de la mayoría de los países de Oriente Próximo hasta principios del siglo XX, debido a que funcionaba perfectamente con las ventas de cosechas.

El derecho islámico no consideraba correcto que mucha gente se aventurase a negociar con las expectativas de un cultivo o de un rebaño. Esto generaría desigualdades a la hora de negociar, porque dificultaría el proceso de tasación incluso si obraban de una manera esmerada al equiparar los precios. En el *selem* el vendedor se compromete a que, pasado un plazo pactado con el comprador (que tenía como límite 30 días), entrega el objeto pactado, en forma “que cumpliera con los requisitos de género y cantidad” (López, 1932, p. 206).

El *selem* ha evolucionado y se ha convertido en un contrato que guarda similitud con un contrato de compraventa a condición suspensiva o incluso a la venta de cosa futura positivizada de nuestro ordenamiento (artículo 1869 del código civil), y que permite vender la expectativa de una cosa que en el momento de celebrar el

contrato no existe, pero que se espera sí lo haga en el futuro.

B. Donaciones en el derecho musulmán

Las diferentes escuelas de derecho islámico, los investigadores expertos en el tema y los diferentes faquires han llegado a varias conclusiones respecto de este negocio jurídico y en lo único en que concuerdan es en que en el derecho islámico “la donación transmite la propiedad a título gratuito” (Coulson, 1964, p. 2010).

El primer aspecto que genera dudas es su carácter consensual. Se dice que los derechos del aceptante van desde el momento en que este manifiesta voluntad de recibir la herencia, lo cual en un sentido específico “es incorrecto para la escuela de *malic* puesto que no se ocupan de la primera acción que es la manifestación de la voluntad por parte del donante” (López, 1932, p. 205).

Para ellos la eficacia de la aceptación es limitada, “el acto esencial de la donación es unilateral, pues la donación queda perfecta por la expresa voluntad del donante” (López, 1932, p. 205). Esta es por naturaleza revocable, solo exceptuando la realizada por los padres a sus hijos debido a la naturaleza del patrimonio de familia en el derecho islámico, según el cual el *milc* o patrimonio pertenece por naturaleza al descendiente aunque si “contrae matrimonio o se obliga con deudas puede rechazarla en dicho caso” (López, 1932, p. 205).

Para la mayor parte de la doctrina, la donación perfecta es la hecha a una persona para que

la disfrute en vida, puesto que tiene la transmisión efectiva de la propiedad. Para los detractores de esta posición esta donación “solo es un caso de usufructo, que al morir el usufructuario la propiedad volverá al causahabiente” (Al- Qayrawani, 1993, p. 164).

En Colombia el contrato de donación está referido en el artículo 1443 del código civil, que define *la donación entre vivos como un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que los acepta*. Así, operaría de una manera similar a como funciona esta figura en países como Irán o Egipto (Owsia, 1994, p. 388), donde su irrevocabilidad es meramente momentánea, ya que por ingratitud se puede rechazar la donación, contrario a otras zonas como Arabia Saudita o Yemen donde en ciertos casos es obligatorio recibirla (Owsia, 1994, p. 390).

VI. CONTRATOS QUE TRANSMITEN EL DERECHO DE DISFRUTE O MERA TENENCIA EN EL DERECHO ISLÁMICO Y QUE SON RELEVANTES EN EL DERECHO PRIVADO

A. Arrendamiento

Como decíamos anteriormente, en el islam se construye la doctrina del arrendamiento como la venta del disfrute de una cosa, por tanto uno de sus requisitos es que sea un contrato consensual y con las mismas limitaciones que se establecen para el contrato de compraventa, prohibición de la *riba* y la aleatoriedad.

Es muy similar en el ordenamiento colombiano. Aquí puede darse el caso de que el precio no sea justo, ya que puede no guardar proporción en las prestaciones configurándose la lesión enorme en el arrendamiento. La doctrina colombiana ha señalado como elementos indispensables en el precio del arrendamiento “que consista en dinero o frutos naturales de la cosa arrendada, que el precio sea determinado o determinable, que el precio sea real y **que el precio sea serio**” (Bonivento, 2004, p. 85)

De esta forma un precio que guarde el balance (en el Medio Oriente que no incurra en *riba*) es un requisito fundamental, aunque la acción rescisoria por lesión enorme no está autorizada por la ley, puesto que taxativamente están determinados los actos jurídicos para los cuales se regula la acción, en los cuales no está incluido el arrendamiento.

Siguiendo el análisis, en el derecho islámico existen dos tipos de arrendamientos que parecen no tener nada que ver con la distinción que se percibe desde el derecho romano. Una modalidad es “el arrendamiento de inmuebles y la otra es el de obras o servicios” (López, 1932, p. 307). Cuando se habla de arrendar “el trabajo humano se llama *ichara* y el alquiler de inmuebles y animales es *quira*” (López, 1932, p. 307).

Estos dos se regulan de manera semejante: el arrendatario obtiene el derecho al disfrute de la cosa arrendada en el modo convenido; de acuerdo con la manifestación de voluntad de las partes este derecho se puede transmitir, pero cuando se configura el subarriendo las partes deben revisar.

La doctrina del *qiyás* ha manifestado que la responsabilidad en este tipo de contrato debe configurar un elemento absoluto, por cuanto cuando se arrienda se está confiando un derecho perteneciente al dueño de la cosa, pero que por transmisión ha decidido delegar. “Por tanto, cuando se efectúan daños a la cosa se incurre en un grave daño no solo al bien, sino a la persona puesto que en el Derecho Islámico la honra, el honor y la confianza se ligan a este tipo de negocios” (López, 1932, p. 307).

En Colombia, el subarriendo parcial o total produce incumplimiento del contrato cuando no se ha consentido expresamente y confiere la oportunidad de pedir la terminación del contrato y el resarcimiento de perjuicios, operando de manera muy similar al caso Iraní donde “se invoca la terminación del contrato cuando no se tiene autorización del arrendador” (Owsia, 1994, p. 146).

B. El préstamo en Oriente Medio

Para el *fiqh* el préstamo transmite, por el solo consentimiento, la propiedad de la cosa prestada, quedando obligado a restituir no la misma cosa, sino otra del mismo género y valor. Todo lo que puede ser vendido a título de *selem* (contrato que combina la venta con el préstamo) puede ser objeto de préstamo.

Conforme al Corán este contrato debe ser “gratuito, de beneficencia y no deberá contener elementos impíos que lo vicien”. También en este mismo aparte se dan como prohibidos los pagos de los préstamos en *contratos de cambio* que es la “palabra por la que los musulmanes llaman las letras de cambio” (Owsia, 1994, p.

147). Sin embargo, los faquires desde hace más de cincuenta años han implementado el uso de letras de cambio, puesto que su “efecto práctico es indiscutible y desde que no caiga en usura no contraría el Corán” (López, 1932, p. 307).

Así mismo, el derecho musulmán no considera al mutuo y al comodato como un tipo de subespecies del contrato de préstamo, sino que los desarrolla separadamente, aunque para los mismos *alfaquíes* estas distinciones son prácticamente iguales a las hechas desde el derecho romano donde “se tocan temas como el comodato de cosas fungibles y su relación directa con el mutuo” (Owsia, 1994, p. 274).

Por lo demás este contrato se mantiene en el eje de la compraventa, por cuanto “la manifestación de voluntad como principio Coránico” (Hallaq, 1995, p. 31) está presente en varios apartes del derecho privado en la mayoría de las legislaciones de los países musulmanes.

En Colombia existe el contrato de comodato (contenido en el artículo 2200 del código civil) y el de mutuo (contenido en el artículo 2222 y subsiguientes). Entender porqué opera el contrato de préstamo como un contrato aparte en algunas legislaciones de Medio Oriente, implica remitirse a razones históricas, debido a que los requisitos de existencia se resumen igual: capacidad, voluntad (consentimiento) y objeto lícito (López, 1932, p. 42).

C. Contrato de depósito

Para los *alfaquíes* el depósito es una subespecie del mandato, esto es, un contrato consen-

sual en donde incluso llega a operar el consentimiento tácito. Se recomienda, de acuerdo con el *qiyás*, que sea gratuito, pero no por ello el depositario está impedido para recibir una recompensa por su buena labor. En Colombia el contrato de depósito es por naturaleza remunerado y está facultado por el artículo 1170 del código de comercio nacional. Los requisitos generales de existencia para este contrato en el derecho islámico son: la manifestación libre de la voluntad, que el objeto sea un mueble y que el depositario tenga capacidad para llevar a cabo esta función, es decir, edad y especialidad. Al tener que llevar a cabo la función de depositario, se debe presentar experiencia calificada por la honradez y el buen servicio. (López, 1932, p. 42)

En este contrato surge una particularidad: a pesar de que es de conocimiento que el depositario responde por “negligencia o dolo” (Hallaq, 1995, p. 31), en el derecho islámico cuando se “trata de bienes ajenos, la culpa es igual al dolo” (Owsia, 1994, p. 184), razón por la cual ha ocupado años a los especialistas en *fiqh* conocer el alcance de la responsabilidad en este contrato.

En la legislación colombiana, guardando la relación con el carácter oneroso, el depositario responde hasta de culpa leve en la custodia y conservación de la cosa. Todo deterioro o pérdida se presume como culpa del depositario, quien para librarse de responsabilidad deberá probar la causa extraña basándose en el contenido del artículo 1181 del código de comercio nacional el cual reza:

Artículo 1171. Responsabilidad del depositario. El depositario responderá hasta de culpa

leve en la custodia y conservación de la cosa. Se presumirá que la pérdida o deterioro se debe a culpa del depositario, el cual deberá probar la causa extraña para liberarse.

Aun así, las partes pueden acordar expresamente que el depositario responda por todo tipo de culpa, facultados por el artículo 2247 del código civil.

D. Contratos frecuentemente usados en el entorno comercial musulmán

1. El contrato de sociedad

Los alfaquíes al referirse al contrato de sociedad nunca han sabido si incluirlo en la categoría de contrato o considerarlo como una mera situación de comunidad. En este punto vuelve a estar presente la voluntad que pretende el islam en la mayoría de contratos. Esto ocurre puesto que cada uno de los socios faculta a sus asociados para disponer de algo que en su conjunto también le pertenece, “acarreando obligaciones, deberes y derechos en lo pertinente” (Owsia, 1994, p. 206).

Este contrato tiene un especial matiz, pues es un contrato de confianza donde un grupo de personas encaminadas a desarrollar una actividad divide tareas para optimizar recursos. En cuanto a esto, asegura Schacht que “Los discípulos de Mahoma solían decir que este tipo de asociación era como una especie de contrato de arrendamiento de trabajo y que el profeta solía hacerlo encomendándole sus asuntos a su esposa Hadicha y su hermana” (Schacht, 1982, p. 17).

2. Contrato de aparcería

Los intentos de adaptar antiguos contratos de economías de antaño en las partes rurales de los países árabes, han marcado un rumbo en el derecho de los últimos cincuenta años en sus legislaciones. De hecho, un anexo coherente con contratos de arrendamiento es el contrato de aparcería, que ha existido durante siglos en los países de esa zona con tendencia a la explotación agrícola, lógicamente antes del boom petrolero.¹⁰

En este contrato se incluye una gran cantidad de categorías que son importantes para los diferentes usos en la vida agrícola de los países. En estas divisiones se encuentra “el contrato de siembra, el contrato de riego, el de explotación y el de labores” (López, 1932, p. 203).

Este contrato opera de la misma forma que en nuestro país, siendo un contrato mediante el cual una parte (propietario) acuerda con otra que se llama aparcero, la explotación en mutuo trabajo de un terreno determinado, con el fin de repartirse entre sí las utilidades o los frutos que resulten de la explotación agrícola. Curiosamente este contrato tiene problemas de desarrollo tanto en Medio Oriente como en Colombia, debido a la posesión de tierras por parte de terratenientes que cobran una renta excesiva por el uso del suelo, contradiciendo los deberes de los propietarios en este negocio jurídico. En Colombia sucede lo mismo y de hecho es uno de los problemas de la Ley 6 de 1975 que regula este contrato.

10 Países como Marruecos, Irán e Irak aún tienen porcentajes elevados de ingresos por agricultura en su PIB.

VII. CONCLUSIONES

Este artículo académico arroja tres conclusiones importantes. La primera es que, efectivamente, el derecho de los países de tradición musulmana sigue matizado por los elementos más distintivos del islam y de las instituciones que el derecho islámico en general ha formado por medio del análisis de sus fuentes y la doctrina de sus *faquíes*. Aparte de distinguir la clara influencia en su abstracción teórica, su aplicación se puede contemplar en el funcionamiento de los diversos contratos. Se esgrime entonces que las particularidades hacen que principios generales del derecho se vean en algunas de las instituciones jurídicas analizadas.

Al tener clara la naturaleza del islam, es evidente que las instituciones del derecho en los países de tradición musulmana están altamente influenciadas por la religión, pero más allá de esto, muestran un desarrollo que les ha permitido permanecer en el tiempo a pesar de basar su existencia en eventos que, observándolos fuera de una concepción teológica, tienen un origen dudoso.

La segunda conclusión es que las instituciones jurídicas de los países de tradición musulmana tienen muchos elementos comunes que permiten analizarlas globalmente. Esto era algo que se esperaba previamente a mirar detalles de cada ordenamiento; sin duda, las instituciones se han separado un poco, sobre todo en los últimos cincuenta años (Hallaq, 1995, p. 67), de las posiciones más radicales de ciertas partes del golfo Pérsico y de la intención de modificar

el ordenamiento como en países del norte de África.

En esta sección también se trató de aclarar que muchas de las instituciones jurídicas vistas tienen un parecido con las de nuestro ordenamiento. Algunos autores lo justifican debido a que “el derecho romano influenció a algunos *faquíes*, a la vez que la presencia musulmana en Andalucía durante casi siete siglos, combinara rasgos del derecho que hoy se pueden contemplar aun” (López, 1932, p. 212).

La tercera conclusión es que, efectivamente, nuevos mercados se están abriendo a las personas, siendo uno de estos los países de tradición musulmana. Además de controlar los yacimientos de petróleo, estos países están invirtiendo en infraestructura. Como se vio en el aparte de economía musulmana, nuevas alianzas económicas están surgiendo entre los países de esta parte del planeta, sin olvidar que sus Estados más ricos están efectuando inversiones en empresas trasnacionales que lleguen a diferentes países en desarrollo.

En conclusión, no entrar en competencia actualmente significa perder oportunidades en el mercado, y estas oportunidades solo se pueden dar con el conocimiento que da estudiar materias específicas. Tratar de resolver algunos vacíos que existen en economías, políticas o leyes es precisamente la invitación de este documento. Hacer esta exploración de nuevos mercados y sus respectivos ordenamientos jurídicos es una tarea indispensable para los empresarios en el mundo actual.

Bibliografía

Libros y artículos académicos

ABEDINI, Javad y PERIDY, Nicolás. *The Greater Arab Free Trade Area (GAFTA): An Estimation of the Trade Effects*. Universidad de Nantes, 2007. Recuperado el 3 de mayo de 2012 de: <http://economics.ca/2007/papers/0300.pdf>

AL-QAYRAWANI, ibn Abí Zayd. *Compendio de derecho islámico*. Edición de Jesús Riosalido Gambotti. Editorial Trotta S.A. Madrid, 1993.

BOLDIZZONI, Francesco. *The Poverty of Clio: Resurrecting of Economic History*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 2011.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José A. *Los principales contratos civiles*. Editorial ABC, Décima sexta edición. Bogotá, 2004.

COULSON, Noel J. *A History of Islamic Law*. Edinburgh University Press. Edimburgo, 1964.

FERRARI, Silvio y BRADNEY, Anthony. *Islam and European Legal Systems*. Dartmouth Publishing Company Limited. Burlington, 2000.

HALLAQ, Wael B. *The formation of Islamic law*. The Cromwell Press Ltd. Trowbridge, 1995.

LÓPEZ ORTIZ, José. *Derecho musulmán*. Editorial Labor S.A. Barcelona, 1932.

MANDIROLA BRIEUX, Pablo. *Introducción al derecho islámico*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1998.

Nsour, Mohammad F. A. *International Trade Law and Culture... is it "Culture" by the way? The Case of International Trade Law and Islamic Law*. Facultad de Derecho Universidad de Jordán. Consultado el 2 de mayo de 2012 en: http://www.eurojournals.com/EJSS_19_4_04.pdf

OWSIA, Parviz. *Formation of Contract. A comparative study under English, French, Islamic and Iranian Law*. Hartnolls Ltd. Londres, 1994.

SCHACHT, Joseph. *An introduction to Islamic law*. Clarendon Paperbacks. Oxford, 1982.

ROBERTS, Glenn L. *Sharia Law and the Arab oil bust. PetroCurse or cost of being muslim*. Dissertation.com. Boca Ratón, Florida, 2007. Recuperado el 27 de abril de 2012 de: <http://www.bookpump.com/dps/pdf-b/1123485b.pdf>

ROBERTS, Glenn L. *Islamic Human Rights and International Law*. Dissertaion.com. Boca Ratón, Florida, 2003. Recuperado el 29 de abril de 2012 de: <http://www.bookpump.com/dps/pdf-b/1123477b.pdf>

SACHS, Goldman. The N-11, More than an acronym. *Global Economics Paper No. 153*, página 13. Consultado el 3 de mayo de 2012 en:

<http://www.chicagobooth.edu/alumni/clubs/pakistan/docs/next11dream-march%20'07-goldmansachs.pdf>

SYED NAWAB, Haider Naqvi. *Islam, Economics and Society*. Kegan Paul International. Londres, 1994.

Normas consultadas

Tratado de Agadir. Recuperado el 2 de mayo de 2012 en: http://www.arableagueonline.org/wps/portal/ias_en/home_page/?ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os-3gXy8CgMJMgYwOLYFdLA08jF09_X28jlwN_E6B8JG55C3MCuoNT8_TDQXbiNwMkb4A-DOBro-3nk56bqF-RGVHjqOioCAKQoUKM/dl3/d3/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/

El Corán. Recuperado el 2 de mayo de 2012 en: <http://www.coran.org.ar/>

Estatuto de la Liga Árabe. Recuperado el 3 de mayo de 2012 en: <http://www.mit.gov.jo/portals/0/Facilitate%20and%20Develop%20Trade%20Among%20Arab%20States.pdf>

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Recuperado el 3 de mayo de 2012 en: http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II

Noticias y notas de prensa

Comercio con Liga Árabe depende de aplicar normas musulmanas. Consultado el 29 de

abril de 2012 en: <http://www.portafolio.co/negocios/comercio-liga-arabe-depende-aplicar-normas-musulmanas>

Se extiende el boicot a los productos daneses en el mundo musulmán. Consultado el 3 de mayo de 2012 en: http://www.webislam.com/noticias/45301-se_extiende_el_boicot_a_los_productos_daneses_en_el_mundo_musulman.html

Mohammed Image Archive. Consultado el 3 de mayo de 2012 de: http://zombietime.com/mohammed_image_archive/jyllands-posten-cartoons/

Middle East and Africa. The worst country on Earth: Piracy, poverty and perdition: Somalia takes our unwanted prize. Consultado el 14 de mayo de 2012 en: <http://www.economist.com/node/14742450>

The Natural 1st Choice Dairy Company. An Arla Foods case study. Tomado el 3 de mayo de 2012 de: <http://businesscasestudies.co.uk/ara-foods/the-natural-1st-choice-dairy-company/ara-foods.html>