

NOTA BIBLIOGRÁFICA

SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LEY SAGRADA, JURISPRUDENCIA ISLÁMICA Y DERECHO CONSUETUDINARIO EN COMUNIDADES TRIBALES LIBIAS CONTEMPORÁNEAS

DELFINA SERRANO RUANO
CSIC

En su libro *Sharī'a and Custom in Libyan Tribal Society*¹, Aharon Layish traduce al inglés 72 documentos árabes que contienen decisiones judiciales (*aḥkām*) procedentes de los archivos (*siyill*) de los tribunales de *ṣarī'a* de las ciudades libias de Ajdabiyya y Kufra durante un período comprendido entre principios de los años 30 y principios de los años 70 del siglo pasado. Los 72 documentos fueron seleccionados por A. Layish en virtud de su interés legal, histórico y sociológico, a partir de una colección de 160 decisiones judiciales fotografiadas por el antropólogo de la Universidad de Oxford John Davis, durante la elaboración de un trabajo de campo en Libia.

Los documentos traducidos ahora han sido ya objeto de una edición crítica por parte de A. Layish². Tanto en el prefacio (vii-xvii) como en el estudio introductorio que precede a la traducción de los documentos, titulado «*Sharī'a and custom in Tribal Society*» (1-10), A. Layish se reafirma en las tesis que ya expuso al editar los documentos: en su opinión, éstos reflejan el proceso mediante el cual el islam normativo representado por el *cadī* se enfrenta a la realidad social reflejada en las normas del derecho tribal consuetudinario. El trabajo llevado a cabo por Layish pretende mostrar ahora la naturaleza y extensión de la interacción entre *ṣarī'a* y derecho consuetudinario y las distintas visiones del mundo que ambas concepciones del derecho revelan, tal como aparecen reflejadas en los documentos. En la interacción entre ley sagrada y costumbre tribal Layish ve la necesidad de establecer una

¹ A. Layish, *Sharī'a and Custom in Libyan Tribal Society. An Annotated Translation of Decisions from the Sharī'a Courts of Ajdabiyya and Kufra*, with a Linguistic essay by Alexander Borg, *Studies in Islamic Law and Society* 24, Leiden, Brill, 2005, XXII + 471 pp.

² *Legal Documents on Libyan Tribal Society in Process of Sedentarization*, Wiesbaden, 1998.

línea de separación clara entre las percepciones de la gente común —en este caso los beduinos libios— y el conocimiento de los especialistas en derecho, de manera que aunque los primeros actúen convencidos de que sus prácticas diarias constituyen *šarī'a*, el historiador del derecho islámico no puede aceptar esta suposición —por mucha que sea su relevancia desde un punto de vista antropológico— puesto que existe una distinción neta entre los dos ámbitos, y que cuando los beduinos están siguiendo su costumbre, el estudioso debe señalarlo. Esta tesis fue rebatida por el antropólogo John Davis³ que no compartía la visión según la cual las prácticas que se desvían del islam normativo han de ser consideradas no islámicas o interferencias de otras religiones. Volveré sobre este debate más adelante.

La existencia de esta línea divisoria, matiza Layish, no implica excluir influencias mutuas y asimilación de normas procedentes de la costumbre en la *šarī'a* y viceversa. Layish observa también que el hecho de que los tribunales religiosos actúen sobre la base de la *šarī'a* no implica necesariamente que las decisiones que salgan de ellos se lleguen a aplicar, especialmente en casos en que *šarī'a* y costumbre entran en conflicto (p. 2). No obstante, de esta afirmación no debe inferirse que las decisiones de los tribunales religiosos sean del todo inefectivas, pues cuando la gente acude a ellos es porque esperan obtener alguna ventaja. Y no les falta razón, como veremos.

Layish señala además que, tal como se desprende de los documentos, los cadíes libios son plenamente conscientes de la diferencia entre *šarī'a*, costumbre (*'āda*) y derecho estatutario (*qānūn*) y que realizan amplias concesiones en favor de la costumbre y a costa de la ley sagrada con el fin de atraer hacia el islam normativo a unos beduinos que, en el período abarcado por el estudio, se encontraban en proceso de sedentarización. Sin embargo, en este proceso, observa, la balanza no parece haberse inclinado especialmente en favor del islam normativo, de manera que, en la actualidad, se da una coexistencia pacífica entre *šarī'a* y derecho consuetudinario en la que cada sistema mantiene su propio dominio, con zonas grises entre ambos como la institución para la resolución de conflictos matrimoniales o *dār 'adl* (véase p. 2 y doc. n.º 41). También son conscientes de la mencionada diferencia los beduinos del desierto occidental libio, según Layish. De hecho, una de las razones por las cuales recurren a los tribunales religiosos es que piensan que el tipo de justicia que estos dispensan garantiza, frente al derecho tribal consuetudinario, la igualdad de las partes, independientemente de afiliaciones tribales, orígenes, posición legal o estatus social. Otros factores que inclinan la balanza en favor de los tribunales religiosos son las lagunas del derecho consuetudinario tribal o aquellas situaciones en que dos normas procedentes de este último entran en conflicto, de manera que en estos casos, los beduinos recurren a la *šarī'a* como auxiliar y al juez como árbitro. Curiosamente, además, las mujeres suelen preferir los tribunales religiosos

³ Véase ob. cit., pp. 1-20.

porque estos les reconocen una serie de derechos de los que carecen en el sistema de la costumbre, como la dote matrimonial, la pensión de mantenimiento y el pago diferido de la dote tras un repudio, el derecho a la separación en determinadas circunstancias como la ausencia prolongada del marido o el maltrato, y a heredar.

Estos tribunales religiosos funcionaron al mismo tiempo que otros de carácter secular, formando un sistema judicial dual que sobrevivió hasta después de ganar el país la independencia de los italianos en 1952, momento en el que su jurisdicción quedó reducida a las cuestiones de estatuto personal, herencias y habices. En 1973 los tribunales religiosos fueron abolidos y su jurisdicción transferida a los tribunales civiles. Hasta el golpe de Estado de Gadafi en 1969 no se había producido ningún intento de codificar la ley religiosa (*šarʿī law*) relativa al estatuto personal, las herencias y los habices, de manera que cuando los cadíes necesitaban resolver cuestiones de derecho religioso recurrían a los tratados de jurisprudencia islámica compuestos por los alfaquíes de la escuela *mālikī*, que siguió en vigor en la zona a pesar de los intentos de los otomanos por imponer la doctrina *ḥanafī* en los tribunales.

La sedentarización de los beduinos en tiempos modernos les puso bajo la tutela de las autoridades estatales, para las cuales la instauración de tribunales de *šarʿīʾa* fue una manera bastante más efectiva de gobernarles que intentar controlar sus manifestaciones religiosas y las costumbres populares (p. 5). Así pues el cadí, aparte de juez y árbitro, aparece en los documentos como instrumento de islamización y de ahí, del sometimiento de los beduinos a la supervisión del Estado ⁴.

Los documentos giran en torno a diversos temas: la gran mayoría de ellos (cincuenta y cuatro) tienen que ver con cuestiones de estatuto personal (matrimonio, divorcio, paternidad) y herencias; seis documentos tratan de homicidios, daños corporales y calumnia contra la reputación de las mujeres, otros seis de propiedades, obligaciones y contratos, y cuatro giran en torno a medios de prueba y procedimiento judicial. Las traducciones son magníficas y constituyen una eficaz herramienta metodológica para la lectura y análisis de textos legales en árabe.

La traducción de cada documento va precedida de una breve introducción con el objeto de poner al lector en contexto, habiéndose pospuesto el análisis global de los documentos a una próxima publicación, aunque algunos análisis parciales ya han sido publicados por Layish (véase bibliografía, 279-80). De todas formas, las actuales introducciones y anotaciones representan un notable avance en ese sentido. La numeración de las notas es independiente en cada documento, lo cual permite consultas individualizadas, sin que sea estrictamente necesario tener en cuenta el resto, por más que su

⁴ Pues como afirma F. H. Stewart, *EP*², s.v. “‘*Urf*. 2. Arab Customary Law”, allí donde el derecho consuetudinario tribal es fuerte, el Estado es débil.

lectura conjunta resulte altamente recomendable. Quisiera destacar, por ejemplo, los documentos n.ºs 39 y 40 que constatan la vigencia de las doctrinas del «niño dormido» y de «la paternidad del niño nacido en el seno de un matrimonio se atribuye al esposo» (*al-walad li-l-firāš*) y la manera en que el sentido común regula su aplicación en la práctica; en el documento n.º 57, vemos la doctrina clásica del precio de la sangre aplicada a la liquidación de responsabilidades financieras que se derivan de un accidente de tráfico; en el n.º 58, un padre solicita un certificado del cadí en el que se haga constar que la pérdida de virginidad sufrida por su hija se ha debido a un accidente y no a causas que podrían entrañar la deshonra de su grupo agnaticio, y el n.º 31 gira en torno a un divorcio por maltrato.

El trabajo incluye además un glosario de términos jurídicos y un índice general que resulta muy práctico para agilizar las búsquedas de información.

Aunque se trata en su mayoría de sentencias pronunciadas por un cadí, los documentos contienen también órdenes oficiales emitidas por éste para validar un contrato matrimonial, iniciar el reparto de una herencia, ratificar el nombramiento de un procurador o certificar la transmisión escrita de un testimonio (*šahādat naql*), mientras que dos de los documentos son fetuas (n.ºs 71 y 72) emitidas por el cadí, no sentencias. La función de estas dos fetuas resulta difícil de explicar sobre todo si se tiene en cuenta que Layish no ha encontrado un solo caso en que los cadíes de Kufra o Ajdabiyya consulten a los muftíes antes de tomar una decisión (p. 266).

Los documentos aportan interesantes datos acerca de la composición y funcionamiento de los tribunales libios (véase prefacio)⁵, sobre todo por lo que se refiere a la «notarización» de la práctica judicial, es decir, al registro escrito de las diferentes fases del proceso, a su certificación y a la custodia de la documentación resultante en archivos judiciales (pp. x-xii), datos que son valiosos de por sí, pero que además pueden ayudar a resolver algunos de los interrogantes que con respecto a estas mismas prácticas se les plantean a los investigadores de otros períodos para los cuales no se han conservado archivos judiciales.

Layish ha podido observar que, desde el punto de vista de la argumentación jurídica, los documentos procedentes de Kufra son menos sofisticados que los de Ajdabiyya y que en los de Kufra no se hace mención alguna a tratados de jurisprudencia *mālikí*, algo que Layish asocia con el alejamiento de Kufra de los centros políticos y administrativos del país y con el hecho de que esté situada en medio de tribus cuya islamización es aún incompleta. Por otra parte, aunque en los documentos procedentes de Ajdabiyya puede encontrarse alguna referencia a tratados de jurisprudencia *mālikí* (entre los que destaca la *Tuḥfa* del jurista granadino Ibn ‘Āṣim), esas referencias son escasas en su conjunto. Tal vez, apunta Layish, sea esta falta de sofisticación o el

⁵ Un dato muy interesante de este tipo es el de la necesidad de pagar las costas judiciales si se quiere que un divorcio sea registrado por escrito (p. 84).

no muy elevado nivel de formación de los cadíes lo que explica que éstos no intenten nunca salvar los vacíos existentes entre ley sagrada y costumbre recurriendo al concepto de *maşlaḥa* (interés público) o al de *iṭtihād*.

De los documentos se desprende también que el cadí, aparte de su tendencia a buscar el acuerdo entre las partes sin necesidad de tener que dictar sentencia, aparece como un actor mucho más dinámico y creativo —que no arbitrario— que el mero agente legal, ejecutor mecánico de procedimientos judiciales que nos presentan otras fuentes de carácter más teórico (v.gr. doc. n.º 11).

Tras esta breve valoración, que espero haya conseguido llamar la atención sobre las muchas posibilidades de análisis que ofrecen los documentos, y volviendo al debate entre antropólogos e historiadores del derecho islámico sobre la relación entre ley sagrada y costumbre, pienso que el principal problema radica en utilizar el término *şarī'a* («ley sagrada») como sinónimo de jurisprudencia islámica clásica (*fiqh*). Es cierto que no existe unanimidad por lo que respecta a la definición exacta del término *şarī'a*, lo cual indica hasta qué punto el término está cargado de subjetividad. Para Layish, *şarī'a* es «ley revelada tal como es interpretada por las autoridades legales e impuesta a la sociedad, mientras que la costumbre es una ley no escrita constituida por la práctica y la experiencia colectiva de la gente común, que al aceptar sus normas por un largo período de tiempo han hecho posible que esa ley cristalizara en un sistema legal vinculante con respecto al lugar y la materia de la que se trate» (p. 1). Para mí, sin embargo, lo que Layish entiende por *şarī'a* es *fiqh* y lo que él entiende por costumbre es, en parte, *şarī'a*. Sobre la base de los textos jurídicos islámicos que conozco, me atrevería a definir *şarī'a* como la parte legalmente relevante de las fuentes sagradas, Corán y hadiz, que ha estado sujeta a interpretación por parte de sucesivas generaciones de musulmanes. En esta interpretación han intervenido concepciones acerca de lo que es o no es normativo provenientes en muchos casos de una costumbre, más o menos islamizada, y que se caracteriza por no tener un origen textual. Dentro de esta visión, *şarī'a* es el objeto de la interpretación, mientras que *fiqh* es tanto la ciencia de la interpretación de la *şarī'a* como el producto de la aplicación de esa ciencia, recogido por escrito en las obras de jurisprudencia islámica. El *fiqh* es, básicamente, la obra de los expertos en jurisprudencia, mientras que la *şarī'a* es obra del Legislador por excelencia, es decir, Allāh, y de su Profeta. Pondré un ejemplo sencillo que creo que ilustra el problema que se plantea al tratar de definir el concepto de *şarī'a* y que parece estar en la base de muchas confusiones: en algunos de los documentos traducidos por Layish, y como él mismo señala, el cadí aparece validando acuerdos cuyo contenido implica una contravención de las normas de la jurisprudencia islámica según la interpretación de la escuela mālīkī. Sin embargo, las partes que han recurrido al cadí estarán perfectamente legitimadas para pensar que, una vez validado por el cadí, el acuerdo alcanzado por ellas es legal (*şar'ī*) y que por tanto, al llevarlo a efecto, están

actuando conforme a los principios de la *šarī'a*, aunque en ese estadio, el contenido del acuerdo no pueda ser denominado ni *šarī'a*, ni *fiqh*. Sin embargo, si validaciones de acuerdos del mismo tipo se produjeran de forma sistemática y continuada, y empezaran a ser consideradas prácticas de autoridad, cabría la posibilidad de que finalmente fueran incorporadas a los manuales de *fiqh*, pasando entonces a ser consideradas parte de la jurisprudencia islámica.

Veo también la necesidad de reconsiderar lo que Layish entiende por derecho consuetudinario tribal. En la mayoría de las ocasiones, las diferencias entre la jurisprudencia *mālikī* y el derecho consuetudinario tribal que Layish señala son absolutamente evidentes, por ejemplo, el hecho de que en el desierto occidental libio, el patrimonio permanezca indiviso incluso después de la muerte del cabeza de familia, contrariamente a lo que establece la jurisprudencia islámica, y que la división de la propiedad cooperativa se posponga al momento en que los hijos se casan, estableciendo cada uno de ellos una unidad propia. Una vez que la propiedad se divide entre ellos, el colectivo familiar ya nunca más es el objeto del que se sustraen las deudas personales, debiendo cada miembro saldar sus propias deudas, incluida la dote para casarse (p. 28). En otros casos, la distinción no resulta tan evidente, dificultad que es reconocida por el propio Layish (p. vii, n. 3). Un ejemplo de este tipo de situación es el de la resolución de los casos de robo según las normas de la usurpación (*gaṣb*), con la obligación de devolver el objeto robado o de pagar una compensación si esto no es posible, y no según las del robo (*sariqa*), que se castiga con la amputación de la mano. Layish establece el origen de esta práctica en el derecho consuetudinario tribal (véase doc. n.º 68). Esta práctica también está documentada en al-Andalus. De hecho, su presencia podría explicar que las referencias a sentencias de amputación por robo sean escasas en las fuentes legales del Occidente islámico pre-moderno, aunque otra razón podría ser la dificultad de que se cumplieran los requisitos necesarios para que la apropiación indebida sea considerada robo (*sariqa*). Algunos habíamos entendido la vigencia de esta práctica como un desfase entre doctrina legal y práctica, similar a otros desfases del mismo tipo que han podido ser documentados y que parecen responder no tanto a una injerencia del derecho consuetudinario tribal en la jurisprudencia *mālikī* sino a un sentido práctico que primaría la resolución de un robo mediante el pago de una compensación a su víctima por encima de medidas traumáticas como la amputación, quizá eficaces desde un punto de vista disuasorio pero poco efectivas para satisfacer materialmente a la parte demandante. No obstante, si bien es necesario admitir que la discordancia entre doctrina y práctica puede deberse no sólo a la fuerza de la costumbre sino también a las metamorfosis que necesariamente experimenta una doctrina legal totalizadora cuando se aplica a realidades concretas, también es necesario reconocer que libros como el de Layish nos obligan a replantearnos muy seriamente la posibilidad de que ciertas prácticas legales discordantes con la doctrina tengan su origen en el

derecho consuetudinario tribal. Un trabajo modélico en este sentido es el que ha llevado a cabo recientemente Maribel Fierro acerca del arbitraje para la resolución de conflictos matrimoniales, en el cual se han perpetuado prácticas cuyo origen, gracias a los trabajos de Layish, Fierro ha podido situar en costumbres vigentes entre los beduinos de la Cirenaica ⁶.

Otra postura de Layish que me gustaría comentar es la de considerar que el *'amal*, o práctica de autoridad de los tribunales, testimonia que la escuela mālikí, tal como se aplica en Libia, presenta una mayor tendencia a llegar a compromisos con la costumbre que otras escuelas (p. 8). Creo que es necesario señalar que el hecho de que el *'amal* haya servido como instrumento a través del cual se ha podido legitimar la aceptación práctica de costumbres pre-islámicas no debe interpretarse en el sentido de que la escuela mālikí es más sensible a las necesidades de la vida diaria que las demás escuelas. Las otras escuelas también desarrollaron mecanismos para adaptar la teoría a la realidad social, como el recurso a las estratagemas legales (*hiyal*) que permiten, por ejemplo, esquivar la prohibición de la usura, o la posibilidad de aplicar a casos de difícil solución opiniones de juristas de otras escuelas (*taḥfīq*); ninguna doctrina legal puede sobrevivir sin adaptarse de alguna manera a las necesidades de la sociedad y la mālikí, a mi juicio, no presenta más singularidad en este sentido que la de los métodos concretos a los que recurrió para conseguir este fin. Por otra parte, los juristas mālikíes, como ya señaló J. Berque, aunque hayan aceptado la costumbre en la práctica, son tan reacios a reconocerle oficialmente el estatus de fuente legal como lo son los de las demás escuelas.

Más allá de estos comentarios, quiero insistir en el rigor, la seriedad, la profundidad y sobre todo, la enorme utilidad que tiene un trabajo como el que viene desarrollando A. Layish sobre los documentos de los archivos judiciales libios.

El libro, como ya anuncia el título, incluye también un estudio lingüístico de los documentos a cargo de A. Borg, para el cual el uso de documentos es precisamente una característica típica del estadio cultural en el que se encuentran sociedades nómadas en proceso de sedentarización (p. 317). En su opinión, el empleo del árabe clásico literario en los documentos tiene relevancia sociolingüística pero también, y sobre todo, cultural, puesto que implica no sólo una traslación de un discurso estable desde un registro lingüístico bajo a otro alto, sino también la reestructuración de la mentalidad de los beduinos que acompaña a la transición del nomadismo al sedentarismo (p. 318). En los usos lingüísticos que reflejan los documentos, Borg ha buscado configuraciones formales y simbólicas que encierran significados cul-

⁶ Fierro, M., "Ill-treated Women Seeking Divorce: the Qur'ānic Two Arbiters and Judicial Practice among the Mālikis in al-Andalus and North Africa" en M. Kh. Masud, D. Powers y R. Peters (eds.), *Dispensing Justice in Islam: Qāḍīs and their Judgments*, Leiden, 2006, 323-47.

turales. Los documentos dan testimonio de una interacción entre derecho, lengua y cultura que es examinada por Borg a través de las interferencias de la lengua vernácula en el árabe literario (véanse sus conclusiones en pp. 321-32) y del análisis de los antropónimos que aparecen en los documentos como exponentes de la religión popular. En relación con esto último merece la pena destacar la existencia de dos fenómenos: 1) la yuxtaposición y asociación estrecha de Allāh y Muḥammad en antropónimos como ‘Abd al-Rasūl o ‘Abd al-Nabī, que además de expresar el simbolismo del poder en el islam revelan, según Borg, que «al nivel del pensamiento irreflexivo la frontera metafísica entre Allāh y Muḥammad en algunas mentes se encuentra, como mínimo, difuminada» (p. 334), algo de lo que el sufismo sería en parte responsable por justificar opiniones tan poco ortodoxas como la que atribuye al Profeta «pre-existencia antes de la creación» (p. 335). Otro ejemplo de este fenómeno sería la pronunciación velarizada del nombre del Profeta, Mḥammad, presumiblemente por analogía con la pronunciación velarizada de Allāh (p. 336)⁷. Esta tendencia a deificar al Profeta tiene un paralelo en el caso de ‘Alī, bien documentado entre grupos extremistas šī‘īes (p. 338). 2). Un fenómeno menos sorprendente que el anterior pero con una interesante lectura religiosa, es la frecuencia de antropónimos pre-islámicos tradicionales que según Borg encierran un elemento de religión animista que gira alrededor de una escatología ancestral modesta, preferida a una escatología islámica grandiosa y que ha tendido a militar contra el uso de nombres islámicos clásicos, con la excepción del nombre del Profeta y sus derivados (p. 340). Digno de ser reseñado me parece también el hecho de que los nombres de las mujeres que aparecen en los documentos suelen ser, como nota Borg, de carácter secular y de origen no islámico (p. 342).

Es evidente que Borg está muy al tanto de las investigaciones acerca de la función de los documentos en el islam y así señala que los expedidos por los tribunales religiosos constituyen un género literario específico y son exponentes de la cultura legal islámica; propagan explícitamente los símbolos religiosos del islam y sirven para estampar un sello de autoridad al conocimiento legal; son por ello portadores de lo que B. Messick denominó «política textual» islámica (pp. 319-20)⁸. Sin embargo, Borg conoce algo menos la tradición de redacción de documentos legales, algunas de cuyas prácticas más frecuentes como la de describir con exactitud los límites de un inmueble, él remonta al sistema de propiedad inmobiliaria otomano, mientras que sabemos que tiene ya una larga historia en la escuela mālikī, pudiendo ser situados sus inicios como muy tarde en el siglo x. En cualquier caso, este estu-

⁷ Sobre otras variantes más antiguas de la pronunciación del nombre del Profeta (Maḥammad, Maḥummad e incluso Amḥammad) en el Occidente islámico véase el artículo de F. de la Granja publicado en *Al-Andalus*, XXXIII, 1 (1968), 231-40.

⁸ Messick, B., *The Calligraphic State: Textual Domination and History in a Muslim Society*, Berkeley, 1993.

dio nos muestra las posibilidades que ofrece el análisis lingüístico de los documentos legales para hacer aflorar aspectos novedosos de la religiosidad islámica popular que completan la información que aportan a este respecto trabajos llevados a cabo desde otras disciplinas.