



HAL
open science

La protección de los derechos y las obligaciones personales: los documentos en la ley islámica

Christian Müller

► **To cite this version:**

Christian Müller. La protección de los derechos y las obligaciones personales: los documentos en la ley islámica. Awraq Yadida, 2022, La shari'a o ley sagrada de los musulmanes, 20, pp.67-75. halshs-03508754

HAL Id: halshs-03508754

<https://shs.hal.science/halshs-03508754>

Submitted on 12 Jun 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

El estudio comparativo de los documentos jurídicos nos proporciona una nueva perspectiva en la comprensión de la ley islámica a lo largo de su historia, ya que los primeros ejemplares se remontan al siglo VIII de nuestra era. Aquí nos centramos en un solo aspecto imprescindible para todos los sujetos de derecho, la protección de sus derechos individuales a través de la ley. Sin duda «las escrituras auténticas son reliquias del derecho aplicado, ya que se emitían en casos reales a individuos específicos con el fin de proteger sus derechos o definir sus obligaciones dentro del ordenamiento jurídico de su época». No hay constancia de ningún archivo institucional en el mundo islámico anterior a los registros de la corte otomana del siglo XV, pero algunos documentos redactados en árabe, siguiendo patrones similares, sobrevivieron a los avatares del tiempo y se conservan en la actualidad en diversas colecciones repartidas por el mundo. Los motivos de su conservación difieren, al igual que el contenido y la forma jurídica de los documentos. Los papiros egipcios son residuos desechados por sus propietarios que se han preservado gracias a la arena seca. La Geniza de El Cairo, con su rico acervo documental, también sirvió de depósito de escritos sin utilizar. Las instituciones religiosas más duraderas, como los santuarios musulmanes, las iglesias cristianas o los monasterios, conservaron documentos a lo largo de los siglos. Otros fondos documentales escaparon a la destrucción gracias a sus circunstancias particulares: entran en esta categoría los papeles mamelucos del Haram al-sharif de Jerusalén, las escrituras de donación de los últimos sultanes mamelucos y los documentos en árabe de Granada conservados por las instituciones cristianas. Los ejemplares únicos de diversas bibliotecas y archivos suelen consistir en escrituras de donación (*waqf*, *hubus*).

Hasta tiempos recientes, la investigación académica consideraba que este rico material de fuentes originales –sólo parcialmente enumerado aquí– se producía fuera del pensamiento jurídico musulmán (*fiqh*), la ley sagrada del islam. La hipótesis predominante consistía en suponer que existía un antagonismo entre teoría y práctica cuyo origen residía en el carácter sagrado e inmutable de las normas en la ley islámica, lo que hacía que no se adaptaran a unas realidades jurídicas en constante evolución.¹ El estudio comparativo de los documentos jurídicos propuesto por el proyecto de investigación europeo “Islamic Law Materialized” y su base de datos CALD (“Comparing Arabic Legal Documents”) pone en tela de juicio este tópico sobre el carácter puramente teórico del derecho de los juristas musulmanes. La pregunta clave aquí es ¿cómo se relacionan estos documentos conservados (heteróclitos) con el pensamiento jurídico musulmán de su época? ¿Seguían las normas jurídicas, les hacían caso omiso o las contradecían? Según la respuesta, podremos averiguar si el *fiqh* regía la práctica jurídica –reconstruida a partir de los documentos auténticos– o si se mantenía al margen de la práctica como ley sagrada sin aplicar.

Método de investigación comparativa con un nuevo conjunto de datos

Al abordar estas preguntas, el proyecto recopiló información sobre las escrituras y las legalizaciones notariales en lengua árabe a partir de las fuentes disponibles y las codificó en una base de datos para crear un nuevo conjunto de datos textuales, además de un nuevo método de investigación: La base de datos CALD contiene metadatos de los documentos y divide sus textos en lengua árabe en secuencias con significados idénticos o similares. Esta última característica permite una lectura y una comparación muy cercana de los elementos textuales que, junto con la comparación estructural de los documentos, subraya las continuidades y los cambios dentro de los documentos del mismo tipo o de otros.² El conjunto de datos creado por el grupo de investigación

¹ Para explorar esta hipótesis, véase el influyente libro de Joseph Schacht (1964), *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, pp. 199 y ss. Esta perspectiva la cuestiona Christian Müller (de próxima publicación) en *Das Islamische Recht und die Entwicklung der Scharia*, Berlín: De Gruyter, el cual ha inspirado este artículo en muchos aspectos.

² Para más detalles sobre el CALD, los principios científicos y los enfoques prácticos, véase <https://dilih.hypotheses.org/>.

ILM se centra en documentos legalizados según las reglas del *fiqh*, como las declaraciones de testigos, o que contienen derechos sustantivos definidos en el *fiqh*. Este nuevo corpus histórico incluye miles de documentos procedentes de diversas regiones y épocas, desde Asia Central hasta al-Ándalus, desde el siglo VIII hasta el siglo XVI. A pesar de sus orígenes heteróclitos, las comparaciones dentro del conjunto de datos CALD muestran algunas asombrosas semejanzas que respaldan la hipótesis de una tradición de derecho común, que se puede considerar “islámica”. Otras observaciones se relacionan con una serie de cambios decisivos en la forma de escribir a lo largo del tiempo. Estas distintas fases implican aspectos externos e internos de los documentos notariales en lengua árabe. Se pueden resumir de la siguiente manera:

Los ejemplares más antiguos, que datan de la primera mitad del siglo VIII, son textos cortos y simplemente declaratorios, escritos en la letra de una única persona. Contienen afirmaciones básicas sobre los derechos u obligaciones de una persona, como una deuda o su satisfacción, un tipo de contrato pactado, o similares. Sólo en alguno de estos documentos muy tempranos se mencionan las declaraciones de los testigos dentro del texto, y lo hacen de una manera que no se encuentra en los documentos posteriores.³ A partir del siglo IX, los documentos separan los atestados del restante contenido jurídico, en forma de notas de atestación añadidas detrás de la fecha indicada al final del texto. Inicialmente, esto se hacía mencionando a los testigos, y luego los testigos firmaban personalmente. Su letra manuscrita permitía la certificación. Al contrario que en los ejemplares anteriores, el hecho de atestiguar se convierte claramente en una acción distinta que no se incluía en la información sobre los sujetos del documento y la acción legal, derecho u obligación documentada. Se conocen notificaciones posteriores sobre la validez jurídica del contenido del documento –hechas por parte de personas sin identificar– a partir del siglo X. Éstas demuestran un uso más amplio de los documentos que con toda probabilidad se presentaban a los jueces para su aprobación. Unos pocos ejemplares de los siglos XI-XII nombran después a un juez en concreto y su “llamada a atestiguar” (*ishhad*) sobre el procedimiento legal que él mismo había llevado a cabo en relación con el documento. El uso de estos documentos se amplió más tarde, y a partir del siglo XIII vemos a los cadíes como sujetos de los documentos, que habían dado fe notarialmente y “establecido como hecho legal” diversos negocios jurídicos, ventas y otros actos jurídicos. Sobre ellos emitían una sentencia de validación (*hukm*) que los testigos del tribunal confirmaban como “legales de acuerdo con la *sharí*”.⁴

Desde el siglo VIII hasta el XIII y después, las referencias a la “atestación” (*shahida*) y a la “certificación” (*shahada*) cambiaron tanto en su forma externa como en su función. De ser un simple hecho mencionado en los documentos más tempranos, la atestación se convirtió después en una muestra de la autenticidad de las escrituras y otros documentos en general; y a partir de fechas aún más tardías, en garantía de la legalidad del procedimiento del cadí y su juicio en particular. Esto demuestra el carácter cambiante de los ejemplares conservados que son –no hace falta recordarlo– tan sólo una muestra muy reducida de todos los documentos que la administración de justicia produjo en su día.

¿Relacionar la práctica del derecho por parte de los juristas con ciertas épocas mediante pruebas documentales?

¿Cómo relacionar la información que procede de los documentos con la evolución del pensamiento jurídico musulmán? Por vez primera, el nuevo conjunto de datos CALD contiene suficiente material de fecha ya determinada para responder a esta pregunta y avanzar en la investigación. Para ello, debemos revertir el orden cronológico y retroceder en el tiempo. Los documentos tardíos se ajustan plenamente a las normas del *fiqh* y a las reglas de atestación. El uso de la escritura como instrumento de prueba se hizo posible gracias a una teoría jurídica que dividía

³ Para estas y otras observaciones relacionadas con los documentos jurídicos, véase Christian Müller (de próxima publicación). *Das Islamische Recht. op. cit.*, capítulo 4.1 (Beurkundungen), pp. 268-298.

⁴ Cfr. Christian Müller (2018a). The Power of the Pen: Cadis and Their Archives. From Writings to Registering Proof of a Previous Action Taken, en *Manuscripts and Archives. Comparative Views on Record-Keeping*, Alessandro Bausi et alii. (Eds.), (Studies in Manuscript Cultures 11), Berlín: De Gruyter, pp. 361-385, sobre todo pp. 372-6.

la atestación (*shahada*) en dos procedimientos distintos, en los que la “aceptación del testimonio” (*taḥammul al-shahada*) producía la obligación jurídica de que el testigo “realizara el testimonio” (*ada’ al-shahada*) siempre que se lo exigiera el juez. Esta teoría la encontramos a partir de finales del siglo X, y no antes. De esta manera, el pensamiento jurídico musulmán regía a la perfección el compromiso de los testigos de declarar por escrito y la realización oral del testimonio posterior. El que firmaba un documento con las palabras «yo atestigo», o impersonalmente «él atestigua», quedaba obligado por ley a hacer lo mismo oralmente. Posteriormente, el cadí citaba a la persona en cuestión y tenía la opción de aceptar este testimonio como prueba o no.⁵ Según los ejemplares conservados, las firmas de los testigos se convirtieron en la forma habitual de certificar los documentos. A partir del siglo X, todos los documentos que dan fe de los derechos individuales llevan esta clase de firmas. En el siglo IX, no siempre había sido así. La creciente importancia del *fiqh* como referencia normativa a lo largo de este periodo se refleja en el uso de un número cada vez mayor de fórmulas jurídicas que buscaban excluir toda objeción jurídica basada en las normas del *fiqh*. Una comparación minuciosa de las frases en árabe en contextos concretos dentro de la base de datos CALD demuestra cómo los documentos de los siglos IX al X añaden frases jurídicas sobre la obtención de los derechos, cómo las partes llegaron a conocer el contenido del documento o su conformidad con la ley. Esto implicó que los ejemplares que se conservan fueran más extensos, haciéndolos más técnicos y complejos a su vez. De ello se desprende también la profesionalización de los testigos como notarios y expertos jurídicos, un proceso que ya había comenzado a finales del siglo IX.

El creciente número de sentencias de los cadíes conservadas a partir del siglo XIII se puede relacionar con desarrollos posteriores dentro de un proceso que supuso la evolución de lo que hasta entonces había sido un derecho de juristas hacia una ley sagrada llamada “*sharíá*”.⁶ Fue en este contexto en el que los juristas mamelucos desarrollaron una norma jurídica que hacía que las consecuencias legales de una sentencia emitida por un cadí en relación con casos concretos fueran obligatorias para otros jueces –la “teoría del precedente vinculante” (*muyabat al-hukm*)–, a pesar de las diferencias doctrinales existentes entre las cuatro escuelas de derecho suní aceptadas en ese momento.⁷ Posiblemente como consecuencia de este proceso, un ejemplar de documento *hukm* certificado judicialmente pasó a servir como “testimonio” de los hechos, los derechos y las obligaciones legalizados ante notario en virtud de sus marcas de certificación, sin más confirmación oral por parte de los testigos. Según la “teoría del precedente vinculante”, estos documentos excluían toda reclamación basada en una posición jurídica diferente de acuerdo con otras escuelas de derecho y hacían que una decisión (*hukm*) validada de esta manera por parte del cadí fuese inapelable en base a razones doctrinales. Esto puede explicar la proliferación de este tipo de documentos *hukm* entre los cadíes (denominados *ḥuyya*) durante las épocas mameluca y otomana (siglos XIII al XIX). Antes de esa época, los documentos que contienen decisiones de los cadíes son muy poco frecuentes. El documento de tipo *hukm* más antiguo que se conoce procede del siglo XI en El Cairo de los fatimíes y se refiere a una sinagoga, y adopta la forma de la “llamada a la atestación” (*ishhad*) por parte del cadí, al igual que otras de fechas inmediatamente posteriores de Yarkand y Ardabil.⁸

⁵ Para este procedimiento y para los documentos en los que el rechazo de los testigos por parte del cadí se hizo tangible, terminando así el procedimiento judicial, véase Christian Müller (2013a), *Der Kadi und seine Zeugen. Studie der mamlukischen Haram-Dokumente aus Jerusalem*. Wiesbaden: Harrassowitz, pp. 349-351.

⁶ Christian Müller (2018b). *Islamische Jurisprudenz als Gottesrecht: Die schariatische Wende des 12. Jahrhunderts*, en *Islamische und westliche Jurisprudenz des Mittelalters im Vergleich*, Ch. E. Lange, W. P. Müller & Ch. K. Neumann (editores), Tübingen Mohr Siebeck, 57-83, e *idem* (2019). *La fabrique de la charia en Islam : actes notariés et épistémologie juridique à l'épreuve de l'histoire*, en *80 ans de l'Institut de recherche et d'histoire des textes*, F. Bougard y M. Zink (editores), París: AIBL, 51-62.

⁷ Talal Al-Azem (2017). *Rule-Formulation and Binding Precedent in the Madhhab-Law Tradition. Ibn Quṭlūbughā's Commentary on the Compendium of Qudūrī*, Leiden: Brill.

⁸ Christian Müller (2018a). *The Power of the Pen*, *op. cit.*, p. 370, nota 46. No conozco ningún otro documento de este tipo.

¿Ausencia o pérdida de los “documentos del cadí” más tempranos?

Los documentos de épocas anteriores no hacen referencia a las decisiones de los cadíes. Esto sorprende desde la perspectiva del derecho islámico posterior, pero tiene su explicación: Los textos jurídicos de los siglos VIII y IX hacen referencia a las sentencias de los cadíes como *qada'* (“lo decidido por el cadí”)⁹ –en vez de *hukm*, término que se empezó a utilizar para referirse a una sentencia basada en pruebas (*bayyina*) en el ordenamiento legal de los juristas a partir del siglo X.¹⁰ Dada la multitud de opiniones jurídicas transmitidas por los eruditos ḥanafíes dominantes, que ocupaban la mayoría de los puestos de cadíes durante la primera era abasí, este “período formativo” puede explicar la falta de una teoría jurídica coherente sobre las sentencias de los cadíes.¹¹ En aquella época el cadí era un funcionario estatal dentro del ordenamiento jurídico del califa.¹² Hasta cierto punto, las decisiones judiciales cumplían la ley en vigor (cuyo contenido desconocemos hoy en día), la cual, ciertamente, siguió sin estar totalmente definida en las normas de *fiqh* posteriores.

Con el paso del tiempo, el pensamiento de los juristas se hizo cada vez más importante en este sistema judicial, ya que las escuelas de derecho se institucionalizaron y las doctrinas jurídicas transmitidas en su seno se fijaron.¹³ Queda por descubrir en qué momento el derecho de los juristas acabó siendo decisivo –y exclusivo– en las decisiones de los cadíes emitidas en forma de sentencia (*hukm*). Los autores andalusíes de los siglos X y XI utilizan el término “*hukm*” para referirse a varios tipos de magistraturas y no sólo a las sentencias de los cadíes.¹⁴ Cuando los primeros cadíes decidían casos sobre derechos subjetivos (es decir, individuales) y lo hacían constar por escrito, algo que sin duda ocurrió,¹⁵ evidentemente no lo definían explícitamente como sentencia. Sólo con la consolidación del derecho de los juristas surge la teoría del procedimiento legal como base de la sentencia de un cadí (*hukm*). Esta teoría, que aún no se había mencionado en las enseñanzas de los fundadores de esta escuela de pensamiento, vincula los papeles (intercambiables) de demandante y demandado en un litigio con la “prueba” de dos testigos respetables, el reconocimiento del demandado o la autorización de un juramento (*yamin*) por parte del juez en ausencia de otros elementos de prueba. En la tradición jurídica, estas reglas básicas permanecieron inalteradas como particularidad propia de la jurisdicción del cadí.¹⁶

Redefinición del papel del *fiqh* en el derecho aplicado desde perspectivas cronológicas

La comparación entre la argumentación jurídica y las pruebas documentales permite reformular la relación diacrónica entre la teoría y la práctica jurídica del derecho islámico. En resumen, la influencia del *fiqh* en el derecho aplicado aumentó paulatinamente con el tiempo y se convirtió en la referencia normativa decisiva en ciertos campos del derecho, superando así a la autoridad califal inicial en materia de derecho. Este proceso se puede vincular con la normalización de la doctrina jurídica dentro de las escuelas de derecho corporativo y con la institucionalización de

⁹ Christian Müller (de próxima publicación). *Ibidem*, Capítulo 4.2.1. (Frühabbasidische Kadipraktiken), pp. 300-308, sobre todo la nota 1446, basada en al-Shaybani (2012). *al-Asl li-l-imam Muhammad b. al-Hasan al-Shaybani (179h. - 805m.)*, ed. Mehmet Boynukalin (Muhammad Buynukalin), 13 volúmenes, Beirut: Dar Ibn Hazm, vol. 12, p. 6.

¹⁰ Primera síntesis de los capítulos de derecho procesal de la escuela hanafí en el manual de al-Quduri (m. 428/1037): al-Quduri (1997). *Mujtasar al-Quduri fi l-fiqh al-hanafí*, ed. Kamil M. 'Uwayda, reimpresión en Beirut: Dar al-kutub al-'ilmiyya, pp. 214-226.

¹¹ Véase también Peter Scholz (1997), *Malikitisches Verfahrensrecht. Eine Studie zu Inhalt und Methodik der Scharia mit rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Anmerkungen am Beispiel des malikitischen Verfahrensrechts bis zum 12. Jahrhundert*, Frankfurt/M: Peter Lang, *passim*, citando el *Muwatta'* de Malik y la *Mudawwana* de Sahnun, que no proporcionan una teoría coherente sobre el *hukm* de los cadíes.

¹² Compárese con Mathieu Tillier (2009). *Les cadis d'Iraq et l'État Abbaside (132/750-334/945)*, Damasco: IFEAD.

¹³ Christopher Melchert (1997). *The formation of the sunnī schools of law: 9th-10th centuries C.E.*, Leiden: Brill.

¹⁴ Para ejemplos en el contexto de un *tasyil* por parte de Ibn al-Attar (m. 399/1008), véase Müller (2018a). *Ibidem*, 368; para otros más genéricos con Ibn Sahl (d. 486/1093), véase Christian Müller (1999). *Gerichtspraxis im Stadtstaat Córdoba: zum Recht der Gesellschaft in einer mālikitisch-islamischen Rechtstradition des 5./ 116. Jahrhunderts*. Leiden: Brill, sobre todo pp. 103-6 y 305.

¹⁵ Véanse las referencias al archivo del cadí en Christian Müller (2018a) *idem*, pp. 364f., 371f.

¹⁶ Los documentos del Ḥaram demuestran que las normas de procedimiento se respetaban en los casos judiciales, sobre todo en el *yamin*; véase Christian Müller (2013a). *Der Kadi und seine Zeugen. op. cit.*, p. 351.

dichas escuelas. Una influencia temprana del pensamiento jurídico en la ley aplicada llevó a poner un límite al número de testigos en función de su “honorabilidad” a comienzos del siglo IX.¹⁷ En consecuencia, los documentos pasaron a estar firmados, y posteriormente a ser redactados también por testigos. Con el paso del tiempo, algunos “testigos honrados” se convirtieron en notarios profesionales, acreditados en el tribunal del cadí.

Volviendo a la conocida división por períodos del derecho islámico (*fiqh*) en un “período formativo” durante los siglos VIII-IX, otro “período clásico” entre los siglos X-XII y un “período posclásico” a partir del siglo XIII, la evolución del pensamiento jurídico musulmán se puede resumir de la siguiente manera desde la perspectiva del derecho aplicado¹⁸, y su papel dentro de los cambiantes ordenamientos jurídicos. Durante el “período formativo”, los juristas musulmanes actuaron dentro del ordenamiento jurídico califal, al que contribuyeron con sus conocimientos jurídicos. Es muy probable que transcurrieran varios siglos hasta que las sentencias del *fiqh* fueran aptas para servir como cuerpo legal –más allá de las referencias a normas únicas–. Todo esto coincidió con el “período clásico” y sus más avanzadas escuelas de derecho, las referencias a la validez legal y la fórmula jurídica de los documentos que daban fe de los derechos subjetivos según el derecho *fiqh*. (Conocemos las primeras notificaciones sobre la validez legal (*ṣiḥḥa*) –de personas sin identificar– a partir del siglo X. Demuestran un uso más sofisticado de los documentos, que con toda probabilidad se presentaban a los cadíes para su aprobación).

Desde la perspectiva de los documentos jurídicos, el “período posclásico” corresponde claramente a lo que yo llamo la fase de la *sharí'a* en el derecho de los juristas. Los documentos jurídicos árabes se refieren a la validez legal de las acciones notariales como «válidas de acuerdo con la *sharí'a*” sólo a partir de finales del siglo XIII, pero no antes. Luego se convirtió en la fórmula más habitual encontrada en este tipo de documentos, junto con otras referencias a los aspectos basados en la *sharí'a* en las actas notariales. Este fenómeno coincide con un profundo cambio en la construcción y la imagen propia de la ley de los juristas y sus dictámenes, a las cuales las fuentes contemporáneas se refieren como “ley *sharí'a* sagrada”.¹⁹ Al definir las normas de la ley sagrada como emanaciones jurídicamente justificadas de la ley divina, el derecho de los juristas se desvinculó de cualquier legislador mundano, por un lado, y exigió una distinción tajante entre los componentes “cariáticos” eternos y los aspectos “mundanos” cambiantes de una norma jurídica, por otro. La ya mencionada teoría sobre las consecuencias del *ḥukm* puede haber surgido de los esfuerzos de los juristas por superar las desavenencias entre las escuelas jurídicas en la búsqueda de un enfoque universal para la ley islámica, y de su aplicación.

Visto desde la perspectiva de los documentos auténticos que dan fe de los derechos y las obligaciones de las personas, la conocida división de la ley islámica por períodos adquiere un significado muy diferente y refleja los cambios que ocurrieron en el ordenamiento jurídico.

¹⁷ Para más información sobre este proceso en Egipto a finales del siglo VIII, véase Émile Tyan, *Histoire*, 239-242, y Mathieu Tillier (2017). *L'invention du cadí. La justice des musulmans, des juifs et des chrétiens aux premiers siècles de l'islam*, París: Publications de la Sorbonne, p. 314; como parte de la política abasí de justicia, Baber Johansen (1997). “Wahrheit und Geltungsanspruch: zur Begründung und Begrenzung der Autorität des Qāḍī-Urteils im islamischen Recht”, en *La giustizia nell'alto medioevo II (secoli IX-XI)*, Spoleto, pp. 1003-1012, Müller (de próxima publicación), ibídem p. 275f.

¹⁸ Sobre los requisitos de previsibilidad y estabilidad de las normas en un sistema de sentencias jurídicas dentro de la más amplia tradición jurídica islámica, véase Christian Müller (2013b), “Mamluk Law: a reassessment”, en: Conermann (Hg), *Ubi sumus? Quo vademus? Mamluk Studies – State of the Art*, Bonn: V&R unipress, 263-283.

¹⁹ Christian Müller (2019). *La fabrique de la charia en Islam*, op. cit., 61f., y Christian Müller (de próxima publicación). ibídem, capítulo 3.4 (The jurists' law as sharia), pp. 234-266.