

Quitando el velo: mujeres y derecho islámico

Christie Warren¹

Senior Lecturer y Directora del “Programa in
Comparative Legal Studies and Post-Conflict Justice”,
William and Mary School of Law —EE.UU.—

*“Tratad a vuestras mujeres bien y sed amables con
ellas, porque son vuestras compañeras y ayuda”*

De la Despedida del Santo Profeta Muhammad²

RESUMEN: Trabajando sobre las interpretaciones clásicas del Derecho islámico, este artículo trata sobre el papel de la mujer desde el nacimiento del Islam y los tiempos del Profeta hasta la época actual. Se ocupa de numerosos aspectos sociales y jurídicos respecto a la situación de la mujer en las sociedades contemporáneas y los analiza tanto desde un punto de vista interno como externo al ordenamiento jurídico islámico para modernizar las leyes y las interpretaciones que continuarán impactando a las mujeres en las próximas décadas.

PALABRAS CLAVE: Mujeres. Género. Shari’ah. Poligamia. Ijtihad. CEDAW.

ABSTRACT: Building upon classical interpretations of Islamic law, this article traces the role of women from the birth of Islam and the time of the Prophet into the current era. It addresses a number of social and legal issues facing Muslim women in con-

¹ Traducción de María José FALCÓN Y TELLA, del original inglés “Lifting the Veil: Women and Islamic World”, de la conferencia impartida en el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 8 de mayo de 2007, en un acto organizado conjuntamente con la Embajada de EE.UU. en Madrid, por Christie Warren, Senior Lecturer y Directora del “Programs on Comparative Legal Studies and Post-Conflict Justice”, William and Mary School of Law. La autora quiere agradecer a Jennifer Sekula, Nadia Hyder, Shana Hofstetter, David E. Sella-Villa y Syed Masood, por su ayuda en la investigación, y a Tamara Sonn por sus enseñanzas y condición de mentor.

² *The Farewell Address of the holy Prophet Muhammad* (Nu Ha Min Keller trans.), <http://muslim-canada.org/farewell.htm>.

temporary societies and analyzes approaches from both within and outside the Islamic legal system for modernizing laws and interpretations that will continue to impact women in the next decades.

KEY WORDS: Women. Gender. Shari'ah. Polygamy. Ijtihad. CEDAW.

ZUSAMMENFASSUNG: Diese Forschungsarbeit geht vom Ausgangspunkt einer klassischen Auslegung der islamischen Gesetzgebung aus, und handelt über die Stellung der Frauen, von der Entstehung des Islams und der Zeit des Prophets ab, bis heute. Sie analysiert mehrere soziale und gesetzliche Aspekte bezogen mit islamischen Frauen in aktuellen Gesellschaften. Sie befasst sich mit der Angleichung zwischen Punkte die sich innerhalb und ausserhalb der islamischen Gesetzgebung finden, um die Gesetze und ihre Interpretation, die in den nächsten Jahren über die Frauen einwirken werden, zu modernisieren.

SCHLÜSSELWORTE: Frauen. Weibliches Geschlecht. Shari'ah. Poli-gamie. Ijtihad. CEDAW.

1. INTRODUCCIÓN

A finales de febrero del 632 y a la edad de 63 años, el Profeta Muhammad supo que sus días en esta vida tocaban a su fin. Anunció a sus seguidores que dirigiría la Hajj, la peregrinación anual a la Mecca, él mismo ese año³. El 3 de marzo, el profeta expuso el Sermón de Despedida en Arafat. Entre el limitado número de temas que decidió incluir en su última alocución pública, estaba el exhorto a sus seguidores de llevarse bien entre sí y tratar correctamente a las mujeres⁴.

En la era moderna, los derechos de la mujer bajo el Derecho islámico han sido ampliamente escudriñados. Algunos comentaristas consideran que el discurso de despedida del profeta es inconsistente con la forma en que las

³ El hajj es uno de los cinco pilares del Islám. Los musulmanes están obligados a peregrinar al menos una vez en su vida si les es posible física y económicamente. Ver, SONN, Tamara: *A Brief History of Islam 21* (Blackwell Publishing 2004).

⁴ Ver, ARMSTRONG, Karen: *Muhammad: A Biography of the Prophet 252-55* (Harper SanFrancisco 1992).

mujeres son tratadas en algunas áreas del mundo musulmán. En Arabia Saudí, por ejemplo, las mujeres no pueden conducir ni votar⁵. En el Afganistán post-talibán, a las mujeres se les exige llevar el burkha⁶. En junio de 2007, se condenó a muerte por lapidación a una mujer y su pareja por cometer adulterio y tener un hijo fuera del matrimonio⁷.

¿Puede conciliarse la posición de la mujer en el Derecho islámico con la aparente exigencia del Profeta de respeto y atención? ¿Defiende el Islam la igualdad de las mujeres y sus parejas o las discrimina, sostiene su posición de segunda en asuntos legales y les impide participar plenamente en la vida pública? Estas cuestiones preocupan a la gente, tanto dentro como fuera del Islam; son también importantes en un mundo en el que el Islam, practicado por 1.3 miles de millones de personas, es la religión que crece con más rapidez⁸.

Estas cuestiones son también complejas, porque, aunque muchas feministas laicas critiquen las leyes patriarcales que vienen justificadas por la religión en los países musulmanes, numerosas musulmanas defienden el Islam como el garante *par excellence* de los derechos de la mujer. Este artículo estudiará si las dos posiciones pueden conciliarse.

⁵ Ver QUSTI, Raid: "Women Driving Cars is a Sinful Thing: Al Qarni", *Arab News*, enero 25, 2004, consultable en <http://www.arabnews.com/?page=1§ion=0&article=38586&d=25&m=1&y=2004>; "Saudi Women Barred from Voting", *BBC News*, octubre 11, 2004, http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3734420.stm. Ver también los desarrollos más recientes, descritos en la nota 123, *infra*.

⁶ Ver, COLGAN, Jill: "Afghanistan – Beauty School", *Foreign Correspondent*, Sept. 30, 2003, <http://www.abc.net.au/foreign/stories/s957804.htm>; ver también, AFARY, Janet: "The Human Rights of Middle Eastern and Muslim Women: A Project for the 21st Century", *The Human Rights Program Workshop*, Feb. 24, 2004, <http://humanrights.uchicago.edu/workshoppapers/janetAfary.pdf>.

⁷ Ver, SAHRAEI, Fariba y JAVAT, Teenaz: "Iran... Back to the Stone Age", *The Hamilton Spectator*, Agosto 7, 2007, disponible en <http://www.thespec.com/article/230458>.

⁸ KATHLEEN, A., MILLER, Portóan: "The Other Side of the Coin: A Look at Islamic Law as Compared to Anglo-American Law – Do Muslim Women Really Have Fewer Rights than American Women?", *16 N.Y. Int'l L. Rev.* 65 (2003); ver también, KHAN, Hamid M.: "Nothing is Written: Fundamentalism, Revivalism, Reformism and the Fate of Islamic Law", *24 Mich. J. Int'l L.* 273, 276 (2002).

2. EL ISLAM COMO CREDO, EL ISLAM COMO LEY: *USUL AL-FIQH*

El Islam no es sólo una religión. Es también uno de los ordenamientos jurídicos más antiguos y desarrollados del mundo. El Derecho islámico procede de dos fuentes principales, la revelación divina y el razonamiento humano, y tiene dos componentes diferentes, Shari'ah y *fiqh*. Mientras la Shari'ah se encuentra estrechamente ligada con la revelación, *fiqh* es principalmente el producto del razonamiento humano⁹. La Shari'ah, que puede traducirse como "el camino adecuado", indica la senda de lo correcto. *Fiqh* implica una conducta racional, en general el resultado del razonamiento humano, y posee un grado menor de autoridad que la Shari'ah¹⁰. El ámbito de la Shari'ah incluye no sólo el Derecho, sino también la Teología y las enseñanzas morales. *Fiqh*, más cerca del Derecho positivo, tiene que ver con las normas jurídicas prácticas relacionadas con la conducta de los individuos. La distinción conceptual entre Shari'ah y *fiqh* es el producto del reconocimiento de los fallos inevitables de los esfuerzos humanos de comprender los designios e intenciones divinos. Los seres humanos, los juristas, no poseen la habilidad por comprender y llevar a la práctica la gran sabiduría de Dios¹¹. Por eso, el Derecho islámico a menudo se caracteriza por poseer una naturaleza dual, tanto divina como humana.

Aunque el Islam, como conjunto de fe y Derecho, es un solo sistema indivisible llamado a ser observado en su integridad, los temas de este artículo serán analizados exclusivamente desde una perspectiva jurídica. Por ello, es

⁹ KAMALI, Hashim: "Mohammad Law and Society: The Interplay of Revelation and Reason in the Shariah", *Oxford History of Islam* (Oxford University Press 2000), disponible en, *The History of Islamic Law*, http://arabworld.nitle.org/texts.php?module_id=2&reading_id=210&sequence=2.

¹⁰ *Id.*

¹¹ EL FADL, Khaled Abou: *Speaking in God's Name: Islamic Law, Authority and Women 32* (Oneworld Publications 2001).

útil comenzar con una explicación de los pilares básicos de la doctrina islámica, o *usul al-fiqh*¹².

2.1. JERARQUÍA DE LA FUENTES DEL DERECHO

Las fuentes del Derecho islámico y su jerarquía aparecen fijadas en el Corán¹³. El principal texto en el que se establecen las fuentes del Derecho se encuentra en *sura al-Nisa* 4:58-59: “¡Oh, creyentes! Obedeced a Dios y obedeced al Mensajero y a todos vosotros que estais al frente de asuntos. Si surge una disputa en relación a cualquier asunto, referidla a Dios y al Mensajero”. En el verso “Obedeced a Dios” se refiere al Corán y “Obedeced al Mensajero” hace alusión a la Sunnah. La obediencia a aquellos que están al frente de asuntos se refiere a la *ijma*, o consenso de la doctrina. La parte final del verso, que exhorta a encomendar la resolución de las disputas a Dios y al Mensajero, autoriza la *qiyas*, que permite la analogía de las reglas ya explícitas.

2.2. FUENTES DEL DERECHO

EL CORÁN: La palabra Corán significa lectura o recitación. El Corán es la fuente más autorizada para los musulmanes y la principal fuente de la Shari’ah. El Corán, que consiste en la recitación verbal de Dios, fue revelado al Profeta Muhammad durante un período de veintitrés años y contiene 114 *suras*, o capítulos, y 6.235 *ayat*, o versos, de extensión desigual. De estos versos, solo unos 6.000 aproximadamente se refieren directamente a cuestiones legales¹⁴.

¹² *Usul al-fiqh* comprende el estudio de las fuentes del Derecho islámico y la metodología de su desarrollo. Ver, KAMALI, Hashim: *Mohammad: Principles of Islamic Jurisprudence* vii (Cambridge Islamic Texts Society 2003). Mucho de la explicación de los principios del Derecho islámico en la sección siguiente es tomado directamente de esta fuente.

¹³ *Id.*, pp. 11-12.

¹⁴ SONN: *supra* nota 3, pp. 5-8.

Tanto el orden de los *ayat* dentro de cada sura, como la secuencia de las suras en sí misma, fueron reprogramados y ordenados en su versión final por el Profeta durante su último año de vida. Los contenidos del Corán no están ordenados por materias ni tienen orden alguno, consistentemente con la idea de que el Islam es un sistema único e indivisible que debe ser vivido y practicado en su integridad. El Corán fue comunicado por Dios a Muhammad a través del Arcángel Gabriel mientras Muhammad estaba dormido; por eso, toda la revelación es manifiesta, y en absoluto fruto de la inspiración interna o de los sueños. El Corán no es considerado exclusivamente como un libro de leyes o Código; debe entenderse como una amplia guía para la Humanidad, que deja los detalles a otras legislaciones y normas.

SUNNAH: El término Sunnah significa senda o camino claro. En el contexto del Derecho islámico, la Sunnah es la fuente principal de Derecho después del Corán. La palabra también se emplea para incluir la práctica normativa o un curso de conducta determinado. En la Arabia pre-islámica, por ejemplo, los árabes usaban la Sunnah en referencia a las antiguas y continuas prácticas de la comunidad que heredaron de sus ancestros. Lo contrario a Sunnah es *bidah*, o innovación, que se caracteriza por la falta de precedentes y de continuidad con el pasado.

Para los practicantes del Islam, la Sunnah se refiere a todo lo que fue narrado, practicado y aprobado por el Profeta. El contenido de la Sunnah se contiene en una serie de *hadith*, o informes. Del mismo modo, aproximadamente dos mil *hadith* se refieren a asuntos jurídicos. Los *hadith* más autorizados son los compilados por Muhammad ibn Ismael al-Bukhari, que vivió entre los años 810 y 870, y Sahih Muslim, que lo hizo entre el 202 y el 261.

IJMA: *Ijma*, o consenso de opiniones, es la tercera fuente del Derecho islámico. Como fuente del Derecho, *ijma* se diferencia del Corán y la Sunnah en que no se basa en la revelación divina sino más bien en la prueba racional y la

razón. *Ijma* se define como el acuerdo universal de la doctrina y de la comunidad musulmana durante cierto período. Por definición la misma excluye la opinión o el consenso del hombre común¹⁵. Como las diversas escuelas del Islam emplean diferentes interpretaciones y técnicas jurídicas, *ijma* tradicionalmente se ha considerado muy difícil de conocer.

QUIYAS: *Quiyas*, o el argumento analógico, literalmente significa medida de la extensión. En el contexto jurídico significa comparación, o extensión de la idea de Shari'ah a una nueva situación. El recurso a la analogía sólo se realiza cuando la solución a un nuevo problema legal no puede encontrarse en el Corán, la Sunnah o el consenso de la doctrina científica. Como *quiyas* significa la aplicación de las leyes existentes a nuevas situaciones, no incluye el establecimiento de nuevas leyes, lo que está, según muchos musulmanes, prohibido. Los textos jurídicos a los que se aplica la analogía son siempre el Corán y la Sunnah¹⁶.

URF: *Urf*, o costumbre, es la quinta fuente del Derecho y es similar en muchos aspectos a la idea de Derecho consuetudinario en otros ordenamientos jurídicos. *Urf* es la práctica de un gran número de gente, como opuesta a la costumbre individual. Es definida como las "prácticas que son aceptables por la gente, de carácter contundente"¹⁷. *Urf* es usada para resolver detalles específicos y situaciones sobre las que el Corán calla. Por ejemplo, aunque el Corán establece que los maridos deben mantener a sus esposas, la cantidad para la manutención no se especifica. Es a través de *urf* como dicha cantidad se clarifica¹⁸.

IJTIHAD: *Ijtihad*, o razonamiento individual, es objeto de algo de controversia en la doctrina islámica. La raíz de la palabra, *jihad*, significa esfuerzo individual o empeño.

¹⁵ KAMALI: *supra* nota 12, p. 230.

¹⁶ *Id.*, pp. 264-68.

¹⁷ *Id.*, p. 369.

¹⁸ *Id.*, p. 371.

La práctica de *ijtihad* implica analizar una de las fuentes legales originales para la solución de un problema nuevo, en el caso de que los textos originarios no prevean una respuesta, comenzando un proceso racional de análisis para buscar una solución. Solo los *mujtahid* cualificados, la doctrina científica islámica cualificada, ha venido teniendo autorización para practicar la *ijtihad*. Para adquirir la condición de *mujtahid* se requiere ser musulmán, tener una mente despierta y apta intelectualmente, poseer un conocimiento del árabe suficiente para leer los textos en el idioma originario, y estar bastante familiarizado con el Corán y la Sunnah, pudiendo interpretar y comprender ambos tanto literal como teleológicamente, así como distinguir los *hadith* débiles de los fuertes¹⁹.

Existe la creencia generalizada de que la práctica de la *ijtihad* finalizó en el siglo trece (correspondiente al siglo siete del calendario islámico). Las razones sugeridas por la doctrina para la interrupción de la práctica de la *ijtihad* son que en esa fecha se había completado el proceso de desarrollo de la teoría general islámica²⁰, cuando las tensiones entre autores religiosos independientes, que habían disfrutado siempre de un gran poder en las sociedades musulmanas, se convirtieron en una amenaza demasiado grave para los califas gobernantes, que por eso crearon el puesto de mufti como un modo de diluir la independencia de los autores. En consecuencia, el vigoroso debate que había nutrido y sostenido el desarrollo de la doctrina islámica cesó, y la práctica escolástica se atrofió²¹.

TAQLID: Una vez que la interpretación independiente, o *ijtihad*, no se practicó ya, los juristas fueron dejados con la doctrina del *taqlid*, o imitación, para resolver nuevos problemas. *Taqlid* puede ser traducido como la aceptación implícita del ejemplo existente; el mismo reducía a los juristas a la simple condición de seguidores de las doctrinas

¹⁹ Ver, HADDAD, GF: *What is the definition of a mujtahid mutlaq, and are there any today*, junio 16, 2001, http://www.livingislam.org/fiqhi/fiqha_e60.html.

²⁰ SCHACHT, Joseph: *An Introduction to Islamic Law* 45-46 (Oxford 1964).

²¹ MAKDISI, John: *Islamic Property Law* 5 (Carolina Academic Press 2005).

legales que ya se habían recopilado en manuales generados por las distintas escuelas del Islam²². Los autores que lamentan que “la puerta de *ijtihad* se cerrase” argumentan que la adhesión al principio del *taqlid* ha dejado al Derecho islámico incapaz de adaptarse a las cambiantes condiciones de la sociedad²³.

3. EL ISLAM Y LAS MUJERES

En los últimos años, determinadas cuestiones jurídicas en relación con los derechos de las mujeres en ciertas zonas del Islam, incluyendo la herencia, el matrimonio y el divorcio, así como leyes en relación con la posición de las mujeres en los procedimientos judiciales, han sido debatidas. Existe mucha confusión sobre lo que el Derecho islámico dice de hecho sobre las mujeres. Esta sección trata del contenido del Corán y, en su defecto, de la Sunnah respecto a los derechos de las mujeres en sectores muy controvertidos²⁴.

- El *matrimonio*: El matrimonio es una relación contractual, no un sacramento. Una mujer no puede estar casada sin otorgar su consentimiento²⁵.
- La *dote*: El Corán establece que la dote debe darse a la propia mujer y no a su familia²⁶.
- La *poligamia*: El Corán permite a un hombre casarse hasta con cuatro mujeres “a no ser que no se pueda

²² KHAN: *supra* nota 8, p. 295.

²³ *Id.*

²⁴ Para una excelente discusión del significado de estos derechos y el contexto en el que las leyes surgieron, ver SONN, Tamara: “Conventional Expectation Versus This Religious Tradition: What Do Husbands and Wives Owe One Another?”, en *Ethics of Family Life* (Jacob Nusner ed., Wadsworth 2001); ver también, ESPOSITO, John L.: *Women in Muslim Family Law* (Syracuse University Press 2001).

²⁵ *Qur'an* 4.19 (Yusuf Ali trans., NTC/Contemporary 2001) [de aquí en adelante *Qur'an*]; ver también, *Interpretation of the meanings of the Noble Quran in the English language: a summarized version of at-Tabarî, al-Qurtubî, and Ibn Kathîr with comments from Sahîh al-Bukharî 9:86:101* (Taqi al-Din Hilali & Muhammad Muhsin Khan traductores, Riyadh, Saudi Arabia & Maktaba Dar-Us-Salam 4th ed. 1994) [en adelante Bukhari].

²⁶ *Qur'an* 4.4.

cumplir adecuadamente con las cuatro, en cuyo caso es mejor tener una sola”²⁷. El profeta Muhammad dijo: “El que tenga dos mujeres y no se porte con justicia e igualdad con ambas aparecerá el Día de la Resurrección paralizado parcialmente”²⁸.

- La *disciplina*. El Corán establece que si el marido sufre deslealtad o mala conducta de su mujer, debe primero advertirle, luego dejar de compartir el lecho, y sólo finalmente golpearla ligeramente²⁹.
- El *divorcio*. El Corán permite tanto al marido como a la mujer pedir el divorcio³⁰.
- El *Hijab*: El Corán aconseja a la mujer ocultar sus encantos cuando está fuera a fin de no ser molestada. El mismo mensaje se contiene en los *hadith*³¹.
- La *herencia*. El Derecho hereditario es bastante complejo, pero en general lo que el Corán establece es que la porción de un varón equivale a la de dos mujeres³².
- *Procedimientos jurídicos*. El Corán establece que dos testigos varones prestarán testimonio en los procedimientos legales. Si no hay dos hombres disponibles, testificarán un hombre y dos mujeres “para que si una de las mujeres se equivoca la otra pueda corregirle”³³. Esta regla se encuentra contenida también en varios *hadith*. De acuerdo con la opinión de numerosos autores, incluido al-Bukhari, una mujer no puede

²⁷ *Qur'an* 4.3.

²⁸ Ver MILLER, Portoán: *supra* nota 8, p. 85.

²⁹ *Qur'an* 4.34. Algunos *hadith*, sin embargo, dicen que el Profeta expresó a sus compañeros que no debían pegar a sus mujeres. Ver *Bukhari* 8: 73:68, USC-MSA Compendium of Muslim Texts, *Partial Translation of Sunan Abu-Dawud* 1: 0142, 11: 2138 (traducción del Prof. Ahmad Hassan) <http://www.usc.edu/dept/MSA/fundamentals/hadithsunnah/abudawud> [en adelante Abu Dawud]. En Abu Dawud 12: 2220, el Profeta ordenó a un hombre conceder el divorcio a su mujer cuando descubrió que el hombre había golpeado a su esposa.

³⁰ *Qur'an* 2.228, 2.229, 2.231, 4.128.

³¹ *Qur'an* 33.59, 24.31; ver también, *Bukhari* 7:65:375, 6:60:282; Abu Dawud 32:4092.

³² *Qur'an* 4.11-4.12.

³³ *Qur'an* 2.282; ver también, *Bukhari* 1:6:301, 3:48:826, USC-MSA Compendium of Muslim Texts, *Translation of Sahih Muslim* 1:142 (traducción de Abdul Hamid Siddiqi) <http://www.usc.edu/dept/MSA/fundamentals/hadithsunnah/muslim/> [en adelante Sahih Muslim].

servir como *qadi*, o juez, por la misma razón —las mujeres están inclinadas al olvido—³⁴.

- El *adulterio*. El Corán determina que una mujer y un hombre culpables de adulterio y fornicación serán castigados con cien latigazos³⁵. Sin embargo algunos *hadith* establecen para estos casos mejor la lapidación³⁶.

4. TRATAD A VUESTRAS MUJERES BIEN: SENTIDO DE LA LEY

¿Puede el lenguaje del Corán y la Sunnah reconciliarse con una interpretación contraria a la discriminación de la mujer? La respuesta a esta cuestión se encuentra en parte en un análisis del contexto de la posición histórica de las mujeres en el mundo en general, el contexto en el que el Corán fue revelado, y la naturaleza particular de la interpretación doctrinal del Derecho islámico.

4.1. EL CONTEXTO DE LA REVELACIÓN

Como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, para comprender el sentido del lenguaje jurídico se requiere un examen del contexto en el que el Derecho surgió y la intención de los trabajos preparatorios. Esto es algo que los juristas suelen hacer; la cuestión del contexto y la intención original son relevantes para entender e interpretar muchas leyes, no sólo las musulmanas³⁷.

³⁴ Ver, MURTAZA AZAD, Ghulam: *Judicial System of Islam* 15 (Islamic Research Institute 1987).

³⁵ *Qur'an* 24.2.

³⁶ *Bukhari* 8: 82: 804, 4:56: 829, 5:58:188, 8:78:629, 8:82: 805, 8:82:806, 8:82:816; *Sahih Muslim* 008:3437, 017: 4192. Sin embargo, la secuencia de estos *hadith* hace surgir la duda de si el Profeta cambió de opinión más tarde en su vida y recomendó la lapidación en casos de adulterio. Ver la discusión de la teoría del gradualismo, *infra*.

³⁷ En Estados Unidos actualmente se discute sobre la doctrina de la intención original en el contexto de la interpretación constitucional. Ver, por ejemplo, MOUNT, Steve: *Constitutional Topic: Constitutional Interpretation*, Mar. 15, 2006, http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html. Para un excelente repaso de la

En el tiempo en el que el Corán fue revelado al Profeta, la Península Arábiga estaba poblada con una sociedad patriarcal, tribal, politeísta, del desierto, que creía en muchos dioses y diosas que habitaban en sitios como árboles, piedras, aguas y otros objetos inanimados³⁸. Las costumbres de este período, conocido como Jahiliyyah, o período de ignorancia, incluían el infanticidio femenino, la venta de adolescentes como esclavas, los matrimonios de conveniencia de niñas muy jóvenes. Las mujeres no tenían derechos humanos o legales; se las consideraba mercancía y eran tratadas cruelmente. Se permitía a los hombres tener tantas esposas como deseasen. Los derechos hereditarios otorgaban a la mujer un poder o influencia nulo, y los hombres a menudo se casaban únicamente para obtener el control de los bienes de la mujer³⁹.

La protección del Corán a las niñas y mujeres resultó revolucionaria y se alejó considerablemente de las prácticas tribales previas⁴⁰. El Islam fue la primera religión en el mundo en honrar a las mujeres y la primera en dictar normas que reconociesen el derecho de la mujer a ser tratada como un ser humano independiente⁴¹. El Corán prohibió el infanticidio de mujeres y garantizó a éstas el derecho de heredar, divorciarse y mantener sus dotes. Se aseguró a las mujeres los mismos derechos de propiedad que a los hombres, y se prohibió a éstos manejar las finanzas de las esposas sin su permiso. Se concedió a las mujeres el derecho de rechazar el matrimonio⁴².

interpretación literal, la interpretación histórica, el originalismo y la referencia al espíritu subyacente en el Derecho islámico, ver QURAISHI, Asifa: "Interpreting the Qur'an and the Constitution: Similarities in the Use of Text, Tradition, and Reason in Islamic and American Jurisprudence", 28 *Cardozo L. Rev.* 67 (2006).

³⁸ SAYEH, Leila P. y MORSE, Adriaen M. Jr.: "Islam and the Treatment of Women: An Incomplete Understanding of Gradualism", 30 *Tex. Int'l L. J.* 311, 314 (1995).

³⁹ ARMSTRONG: *supra* nota 4, p. 60.

⁴⁰ SONN: *supra* nota 24, pp. 73, 77; ver también, RODGERS-MILLER, Brooke D.: "Out of Jahiliyya: Historic and Modern Incarnations of Polygamy in the Islamic World", 11 *Wm. & Mary J. of Women & L.* 541 (2005).

⁴¹ KHAN: *supra* nota 8, p. 330, citando el *Report of the Round Table Workshop: CEDAW and Islam and the Human Rights of Women*, (United Nations Development Fund for Women ed. 1999).

⁴² KHAN: *supra* nota 8, pp. 330-31.

Como resultado de sus nuevos derechos y status mejorado, las mujeres se convirtieron en pilares de la sociedad musulmana. Durante la vida del Profeta, las mismas desempeñaron un papel importante en los ámbitos religioso, político, educativo, legal, moral, económico y militar⁴³, y las esposas e hijas del Profeta le ayudaron a establecer la nueva religión. Se sabe que el Profeta buscó el consejo de sus esposas en muchos asuntos importantes.

Como se verá más abajo, el ascenso de las mujeres a posiciones de relevancia pública y política fue un fenómeno temporal que terminó con la muerte del Profeta. De hecho, los intentos de éste por cambiar el modo en que las mujeres eran tratadas han cedido; lo cierto es que muchas de las tradiciones e interpretaciones misóginas en el Derecho islámico surgieron como una forma de resistencia masculina al poder y al papel público activo desempeñado por la mujer durante los primeros años⁴⁴.

4.2. EL PAPEL DE LA MUJER EN EL MUNDO EN GENERAL

De todos modos, el tratamiento no equitativo de la mujer en el Derecho islámico no es históricamente anómalo. Las tradiciones y normas que subordinan a la mujer están profundamente enraizadas en el patriarcado, definido como el imperio institucionalizado del hombre, que ha existido en la mayoría de sistemas del mundo⁴⁵. La institucionalización de prácticas patriarcales en los años posteriores al Profeta en el mundo árabe musulmán estuvo enormemente influenciada por valores y costumbres de los vecinos imperios persa y bizantino⁴⁶, y el desarrollo de los derechos de las mujeres bajo el Derecho islámico debería verse en el contexto histórico de la evolución de los derechos femeninos en esas y otras zonas.

⁴³ *Id.*, p. 331.

⁴⁴ *Id.*, pp. 229-30.

⁴⁵ Ver, LENTZ, Susan: "Revisiting the Rule of Thumb; An Overview of the History of Wife Abuse", *10 Women & Crim. Just.* 2, 10 (1999).

⁴⁶ AL-HIBRI, Azizah: "Islam, Law, and Custom: Redefining Muslim Women's Rights", *12 Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 1, 5 (1997).

Las mujeres en casi todas las sociedades han sido consideradas históricamente como naturalmente inferiores a los hombres, tanto física como intelectualmente. En las antiguas sociedades occidentales todas las féminas —ya fuesen esposas, hijas o concubinas— estaban sometidas a la autoridad paterna y, a los ojos de la ley, se concebían como su propiedad⁴⁷. En el Decreto de Graciano del siglo XII, el primer tratado sistemático de Derecho cristiano, el imperio de los maridos se justificaba con el argumento de que las mujeres (bajo la forma de Eva) habían traído el pecado a la Humanidad. Por eso se consideraba correcto que el que había sido conducido al mal controlase a quien lo había causado, impidiendo así que volviese a suceder⁴⁸.

En el Derecho inglés medieval, cualquier miembro de la familia que perturbase la paz doméstica estaba sujeto a corrección, ya verbal ya física. En 1782, Sir Francis Buller, un jurista inglés, permitió el castigo corporal de las mujeres con una vara. La regla luego fue incorporada a la jurisprudencia de gran número de Estados en los Estados Unidos⁴⁹.

En Israel, la posición de la mujer en el Derecho de familia incluso hoy es considerada el mayor obstáculo para progresar en la igualdad entre ambos sexos⁵⁰. Los judíos en Israel, ya sean practicantes o laicos, sólo pueden obtener el divorcio por un tribunal rabínico. Los tribunales rabínicos aplican el Derecho religioso, que favorece a los maridos. Por ejemplo, existe una diferencia fundamental entre hombres y mujeres en torno a la necesidad de una declaración de divorcio, conocida como un *get*. El consentimiento voluntario del marido en el *get* es un requisito indispensable para obtener el divorcio, sin el cual éste es inválido⁵¹. En ciertos casos se permite al hombre volverse a casar sin haber obtenido el divorcio, mientras que a la mujer no se le reconoce este derecho nunca. Es más, si

⁴⁷ LENTZ: *supra* nota 45, p. 10.

⁴⁸ *Id.*, p. 11.

⁴⁹ *Id.*, pp. 17-18.

⁵⁰ Ver, BOGOCH, Bryna & HALPERIN-KADDARI, Ruth: "Divorce Israeli Style: Professional Perceptions of Gender and Power in Mediated and Lawyer-Negotiated Divorces", *28 L. & Pol'y* 2, 137 (2006).

⁵¹ *Id.*, p. 140.

una mujer que no ha obtenido un *get* tiene una hijo fruto de la relación con otro hombre, el niño es estigmatizado como un bastardo, condición que acarrea sus consecuencias en la comunidad judía. Por el contrario, los hijos de un hombre que no está estrictamente divorciado no sufren el mismo estigma. Finalmente, las causas de divorcio son muy diferentes para los hombres y para las mujeres en Israel. Un único caso de adulterio de una esposa constituye un motivo de divorcio inmediato, obligatorio e irrevocable, mientras que en el caso del hombre se requiere una relación extramarital prolongada y sólo en opinión de algunas autoridades⁵².

Las desigualdades entre hombres y mujeres continúan existiendo hoy en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Durante los últimos diez años, el Tribunal Supremo de Zimbabwe rechazó permitir la revisión constitucional de una regla consuetudinaria que permitía a la mujer recibir parte de los bienes de su difunto padre mientras existiese un hijo con vida⁵³. Incluso en los Estados Unidos, donde el movimiento sufragista femenino tardó un siglo y medio hasta que reconoció el derecho de voto en 1920⁵⁴, una enmienda garantizando la plena igualdad para las mujeres, propuesta por primera vez en 1923, no ha sido todavía ratificada⁵⁵.

4.3. INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y HEGEMONÍA MASCULINA

Tradicionalmente, el Derecho ha sido el dominio de los hombres⁵⁶. En los Estados Unidos, la primera mujer

⁵² LENTZ: *supra* nota 45, p. 140.

⁵³ SUNDER, Madhavi: "Piercing the Veil", 112 *Yale Law Journal* 1399, 1431 (2002-3).

⁵⁴ *Timeline of Women's Suffrage in the United States*, Sept. 23, 2007, <http://www.dpsinfo.com/women/history/timeline.html>.

⁵⁵ *The Equal Rights Amendment*, Agosto 26, 2007, <http://www.equalrightsamendment.org/>.

⁵⁶ Ver, por ejemplo, KAGAN, Elena, HARV., Daen, SCHOOL, L. LESLIE, H.: *Arps Memorial Lecture at the Association of the Bar of the City of New York* (Nov. 17, 2005), disponible en <http://www.law.harvard.edu/news/abnyspeech/>.

en licenciarse en una Facultad de Derecho no lo hizo hasta 1870⁵⁷, e incluso hoy en día los salarios semanales de las mujeres en el campo jurídico alcanzan sólo el 77% de los de los hombres en puestos similares⁵⁸. Un reciente estudio del sistema judicial francés puso de manifiesto que el modelo tradicional galo de la profesión jurídica era marcadamente masculino y que los atributos de los hombres constituían una parte integrante de la definición de las funciones de la autoridad que se suponía que los jueces debían poseer⁵⁹. En Asia se considera que el Confucionismo continúa reforzando sistemas patriarcales, lo que se plasma en el énfasis puesto en el papel desempeñado por la virtud, la maternidad y la familia en las mujeres y su función subordinada en la profesión jurídica y otras⁶⁰.

Con todo, el rol de la mujer en el Islam ha sido tal vez más restringido que en otros sistemas jurídicos. Pese a sus tempranas aportaciones al desarrollo del Derecho, las mujeres musulmanas fueron apartadas de la vida política y pública pronto tras la muerte del Profeta⁶¹. La domina-

“Fue ante la negativa de admisión en Columbia de varias mujeres en 1890, cuando un miembro del Consejo dijo: ‘Ninguna mujer debe degradarse practicando el Derecho en Nueva York, especialmente si yo puedo evitarlo...’ O consideremos una resolución estudiantil de 1911, ampliamente apoyada —aunque finalmente no prosperó— en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pennsylvania, resolución que habría introducido una sanción de veinticinco centavos semanales a los estudiantes sin bigote. O las palabras del Rector de la Universidad de Harvard a la pregunta de cómo se las había arreglado la Facultad de Derecho durante la Segunda Guerra Mundial. Dijo que no había sido tan malo como esperaba —‘Tenemos 75 estudiantes y no hemos tenido que admitir a ninguna mujer’—”.

⁵⁷ IMBORNONI, Ann-Marie et al.: *Famous Firsts By American Women* (Pearson Education 2007) <http://www.infoplease.com/spot/womensfirsts1.html>.

⁵⁸ Ver, *A Current Glance at Women in the Law* (ABA Commission on Women in the Profession ed. 2006), <http://www.abanet.org/women/CurrentGlanceStatistics2006.pdf>.

⁵⁹ BOIGEOL, Anne: “Male Strategies in the Face of the Feminisation of a Profession: the Case of the French Judiciary”, en *409 Women in the World’s Legal Professions*, (Ulrike Schultz & Gisela Shaw eds., Hart 2003).

⁶⁰ Ver, GRACE KUO, Shu-Chin: “Rethinking the Masculine Character of the Legal Profession: A Case Study of Female Legal Professionals and Their Gendered Life in Taiwan”, *13 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L.* 25, 45 (2005). El autor argumenta que las mujeres en China fueron liberadas de los límites tradicionales debido a la ideología revolucionaria del Partido Comunista, que protestó contra los roles tradicionales del sexo femenino.

⁶¹ AL HIBRI: *supra* nota 46, pp. 5-8.

ción social masculina, firmemente asentada antes de la revelación del Corán, se convirtió en venganza tras la muerte del Profeta, y pronto se erosionaron los avances que habían sido realizados en el sector de los derechos femeninos⁶². Los hombres asumieron el papel central en la interpretación del Corán, y aunque se desarrollaron varias escuelas de interpretación, todas incluían un sistema de valores patriarcal. Como las escuelas no permitían la participación de la mujer en la vida pública, la doctrina coránica y la interpretación del Derecho islámico se convirtieron en dominio exclusivo del hombre. La consecuente repercusión en los derechos de las mujeres fue grande y predecible⁶³. Al aplicar los principios de la doctrina islámica, todos los teóricos varones y los jueces tendían a definir sus ideas y a analizar los conceptos fundamentales en términos que no sólo reflejaban una perspectiva marcadamente masculina, sino a menudo también la perspectiva de las autoridades políticas (igualmente masculinas)⁶⁴. Los teóricos varones, aún cuando se referían a asuntos que concernían a las mujeres en general, sólo lo hacían como representantes y siempre imponiendo sus prejuicios y mentalidades patriarcales⁶⁵.

La exclusión de la mujer de la esfera pública, y de hecho de cualquier sector con repercusión potencial en el desarrollo del Derecho, puede considerarse deliberada. Ibn 'Umar, el hijo del segundo Califa y una autoridad importante en el *hadith* y el Derecho, se dice que comentó: "Cuando el Profeta vivía teníamos cuidado al hablar y tratar con nuestras mujeres temiendo que surgiese una revelación divina sobre nuestra conducta. Pero cuando el Profeta murió teníamos mayor libertad para hablar y tratar con ellas"⁶⁶. Esta frase refleja la admisión de la existencia social de las reformas islámicas primeras respecto a las mujeres. Ello es consistente también con muchos testimonios que reflejan el re-

⁶² SAYED & MORSE: *supra* nota 38, p. 321.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ AL HIBRI: *supra* nota 46, pp. 5-8.

⁶⁵ KHAN: *supra* nota 8.

⁶⁶ EL FADL: *supra* nota 11, p. 223.

chazo generalizado, especialmente entre hombres de la Meca, a la presencia de mujeres, incluso durante la vida del Profeta, en foros públicos, reclamando del Profeta, por ejemplo, que no prohibiese a los hombres que impidiesen a las mujeres orar en las Mezquitas⁶⁷. Pese a esto, los hombres continuaron permitiendo a las mujeres asistir a la oración sólo por la mañana, pero no de noche, lo que llevó al Profeta a especificar que el derecho de orar de las mujeres comprendía las plegarias nocturnas también⁶⁸.

En síntesis, que pese a la fuerte tradición histórica que ilustra el modo en que el Islam reconoció a las mujeres más derechos de los que habían tenido previamente en la Península Arábiga, el espíritu de igualdad nunca cristalizó plenamente en el Derecho islámico. Muchos de los progresos del Islam murieron con el Profeta. Para la mayoría de los teóricos religiosos la protección y los privilegios del Corán no continuaron avanzando, y la desigualdad entre hombres y mujeres persiste hoy en día⁶⁹.

4.4. EL ASCENSO DEL DERECHO LAICO EN EL MUNDO MUSULMÁN

El Derecho islámico no se ha desarrollado consistentemente a lo largo del tiempo. En sus últimas etapas, sin embargo, este escaso desarrollo no se debe a fallo alguno del mundo musulmán.

⁶⁷ *Id.*, p. 223.

⁶⁸ *Id.* Debe señalarse que la práctica de excluir a las mujeres del rezo en las Mezquitas todavía es estudiada. Un trabajo de 2005 de la *Women and Islam and Islamic Social Services Association* descubrió que el 75% de los que acudían asiduamente en las actividades de la Mezquita eran hombres y que el 19% de las Mezquitas declaraban que no ofrecían ningún programa para mujeres. El 31% de las Mezquitas prohibían a las mujeres formar parte de sus comités ejecutivos. Es más, ha aumentado la práctica de que las mujeres oren en las Mezquitas tras una cortina o en una estancia separada. Mientras, en 1994, el 52% de las Mezquitas así lo establecía, esta práctica fue adoptada por el 66% de las Mezquitas en 2000. Muchas mujeres musulmanas creían que estos prejuicios radicaban más que en los principios del Islam en el trato que se les daba en las Mezquitas y centros comunitarios. Ver, *Council on American Islamic Relations*, <http://www.cair.com/>.

⁶⁹ KHAN: *supra* nota 8, p. 331.

La doctrina describe cinco etapas en el desarrollo del Derecho islámico⁷⁰. Las cuatro primeras vieron como el Derecho se desarrollaba sin obstáculos externos. En la quinta etapa, que comenzó y terminó en sólo dos décadas, es cuando la revelación del Corán al Profeta y la misión de éste en la Meca y Medina tuvieron lugar. Los elementos básicos del *fiqh* surgieron en este período. En las fases segunda y tercera, se llevó a cabo una importante interpretación e integración de los textos originarios. Durante esos períodos, los Compañeros del Profeta intentaron entender e interpretar las leyes que habían surgido en vida del mismo, y el ámbito territorial del Islam se expandió con rapidez. En la cuarta etapa, conocida como la era de razonamiento independiente, surgieron las principales escuelas del Islam que existen hoy. La discusión se centró en torno a las teorías e interpretaciones expuestas por los grupos Tradicionalistas y Racionalistas⁷¹.

La quinta fase duró casi nueve siglos y fue testigo de la decadencia de los imperios islámicos y de la expansión de los poderes políticos y militares occidentales. Como parte de sus esfuerzos colonizadores, los poderes coloniales propagaron sus propias doctrinas y códigos jurídicos en muchos sectores del Derecho. En consecuencia, el nacimiento y desarrollo de *fiqh* cesó casi por completo⁷². Se desalentó el pensamiento propio y el análisis directo de las fuentes de la Shari'ah, y prevaleció la opinión de que los primeros juristas habían considerado e interpretado exhaustivamente los textos originales (tanto el Corán como la Sunnah). Así, *taqlid*, o el seguimiento del precedente, se convirtió en el principal medio de resolver los problemas jurídicos.

La colonización conllevó el dominio del Derecho occidental sobre casi todos los aspectos del Derecho y los ordenamientos jurídicos de los países colonizados. Los tribunales de la Shari'ah fueron desterrados casi por completo, y

⁷⁰ KAMALI: *supra* nota 9.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

los tribunales nacionales que los sustituyeron combinaron elementos de ambos, el Derecho occidental y la Shari'ah. Donde las fuerzas colonizadoras introdujeron los sistemas de Derecho continental, la integración no resultó necesariamente fácil. El impacto en el desarrollo del Derecho fue duradero y el Derecho mismo cambió⁷³. Los instrumentos básicos de los sistemas continentales, que descansan en estructuras jerárquicas centralizadas, son los Códigos sistemáticos que articulan los principios generales del Derecho. Como consecuencia de la colonización, muchos teóricos del Medio Oriente se formaron en la tradición continental, ya en sus propios países ya en el extranjero. Ellos tendían a imponer sobre la tradición jurídica islámica marcos conceptuales sistemáticos en consonancia con su formación continental y trataron de reconstruir las tradiciones islámicas en una serie de reglas claras y precisas que se asemejaran a las continentales. Estos teóricos ejercitaron un sutil, pero claramente discernible, impacto en el desarrollo del Derecho islámico⁷⁴.

Aunque en las últimas décadas el resurgir de la Shari'ah se ha intentado en varios países musulmanes, los juristas islámicos reciben frecuentemente la crítica de haber perdido contacto con las condiciones cambiantes de la vida contemporánea y ser incapaces de relacionar la Shari'ah con los procesos gubernamentales modernos. La misma crítica se dirige contra los países islámicos por no lograr la inserción de *usul al-fiqh* en las prácticas jurídicas. La introducción del Derecho legal como herramienta jurídica que sustituya la práctica de la *ijtihad* habría erosionado la iniciativa de los juristas de participar en el proceso legislativo. La importación de conceptos e instituciones jurídicos extranjeros en los países islámicos y los incómodos modelos en la educación jurídica y la práctica judicial en los que se reflejó son factores entre otros del resurgir del Islam en muchas sociedades musulmanas actuales⁷⁵.

⁷³ EL FADL: *supra* nota 11, p. 6.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ KAMALI: *Principles of Islamic Jurisprudence*, p. xxi.

En la esfera de los derechos de las mujeres, la prioridad del Derecho laico sobre el Derecho islámico en las antiguas colonias ha producido varios efectos, algunos sorprendentemente no más liberales que las interpretaciones islámicas tradicionales⁷⁶. Sin embargo, esto no es siempre así. En Arabia Saudí, donde se sigue la Escuela Hanbali del Islam, a las mujeres se les prohíbe legalmente trabajar fuera del hogar, aunque algunos teóricos defienden que el Derecho islámico tradicional les permite hacerlo⁷⁷.

5. PRONÓSTICO SOBRE EL FUTURO DE LAS MUJERES

Los musulmanes son herederos de un rico legado jurídico y religioso. Sin embargo, su mundo es muy diferente del de sus predecesores⁷⁸. ¿Qué les reserva el futuro al Derecho islámico y a la mujer musulmana? ¿Se mantendrá el Derecho en su estado original puro o entrará en una era más flexible que le permita afrontar los nuevos retos, entre ellos los concernientes al status de la mujer?

Lo que sigue no son sino unos cambios que podríamos presenciar en el nuevo estadio de desarrollo del Derecho islámico.

5.1. CRECIENTE DISPONIBILIDAD DE LOS TEXTOS JURÍDICOS

Históricamente, el Derecho islámico era relativamente inaccesible salvo a un selecto grupo de teóricos y eso lo hacía difícil de analizar. Casi todo el Derecho está conte-

⁷⁶ Ver, *Women's Rights in the Middle East and North Africa: Citizenship and Justice*, Abr. 11, 2006, <http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=148&year=0>.

⁷⁷ MILLER, Portoán: *supra* nota 8, pp. 125 n. 378, citando a AKADDAF, Fatima: "Application of the United Nations Convention on Contracts For the International Sale of Goods (CISG) To Arab Islamic Countries: Is the CISG Compatible With Islamic Law Principles?", *13 Pace Int'l L. Rev.* 1, 9 (2001) (afirmando que el Islam permite a las mujeres realizar transacciones mercantiles sin el consentimiento de sus maridos).

⁷⁸ KHAN: *supra* nota 8, p. 274.

nido en largos textos sin indexar, la mayoría en árabe. Como un teórico dice: “El difícil acceso al Derecho islámico ha constituido uno de los problemas que ha dificultado el resurgimiento de la argumentación racional e independiente. El grueso del Derecho islámico se contiene en voluminosos tratados medievales en árabe, apenas clasificados y difíciles de emplear; eso tiende al aislamiento de la doctrina”⁷⁹.

Fue sólo en 1951 cuando una Conferencia de Derecho Islámico celebrada en París urgió por vez primera a la compilación en una enciclopedia global del *fiqh*. Posteriormente numerosos proyectos fueron llevados a cabo por la Universidad de Damasco y los gobiernos de Egipto y Kuwait. Las colecciones resultantes perseguían consolidar, más que reformar, el Derecho islámico existente catalogándolo y haciéndolo accesible por vez primera⁸⁰.

En los últimos cinco años, acontecimientos globales han elevado el interés por el Islam y el Derecho islámico en la comunidad mundial. Por ejemplo, un reciente trabajo sobre planes de estudio en las Facultades de Derecho de Estados Unidos muestra que 66 de 166 de ellas, incluidas en la “Association of American Law Schools Directory of Law Teachers”, que constituyen el 40% de todas las AALS Schools, habían ofrecido uno o más cursos de Derecho islámico en los últimos cinco años⁸¹. El autor de este estudio concluye afirmando que el Derecho islámico ha entrado a formar parte de la educación jurídica norteamericana⁸².

⁷⁹ KAMALI: *supra* nota 9, en *Consolidation, Reform, and the Current Status of Islamic*, http://arabworld.nitle.org/texts.php?module_id=2&reading_id=210&sequence=10.

⁸⁰ *Id.* Aunque pueden parecer evidentes los beneficios de recopilar y organizar las leyes, estas actividades son de hecho muy controvertidas puesto que el Derecho se hace así accesible al hombre común, amenazando el dominio exclusivo de las élites. Para una discusión de este tema en relación al Derecho consuetudinario, ver ALLOTT, Anthony: “The Hunting of the Snark or the Quest for the Holy Grail? The Search for Customary Law”, en *79 Comparative Law in Global Perspective: Essays in Celebration of the Fiftieth Anniversary of the Founding of the SOAS Law Department* (Transnational Publishers 2000).

⁸¹ MAKDISI, John: “A Survey of AALS Law Schools Teaching Islamic Law”, *55 J. of Legal Educ.* 583 (2005).

⁸² *Id.* p. 587.

5.2. LA VERSATILIDAD INHERENTE AL DERECHO ISLÁMICO

Algunos teóricos creen que el Derecho islámico goza de varios mecanismos inherentes y flexibles que harán ocupar a la doctrina islámica un puesto entre los más importantes ordenamientos jurídicos modernos del mundo actual⁸³. Creen que la Shari'ah, como se establece en el Corán y la Sunnah, permite nuevas interpretaciones del precedente existente en al menos tres situaciones: 1. En caso de necesidad o interés público; 2. Cuando se produce un cambio en las situaciones de hecho que hicieron surgir el Derecho original; y 3. Cuando se produce un cambio en los usos y costumbres en los que se basa el Derecho⁸⁴. Si se produce cualquiera de estas tres situaciones, se afirma que el jurista puede adaptar el Derecho existente a la nueva situación, siempre que la adaptación no contradiga el Corán.

Algunos ejemplos de las versátiles doctrinas que son parte inherente del Derecho islámico son:

A) *Los principios rectores de la Shari'ah*

El Corán establece principios básicos de acuerdo con los que valorar las prácticas concretas. Según el Islam, el fin de la existencia humana es hacer la voluntad de Dios y crear un orden social que refleje la igualdad y dignidad de todos los seres humanos. En la medida en que una práctica sirva al bien común de la sociedad, es islámica. Por el contrario si la misma implica sufrimiento u opresión, no puede considerarse conforme a los principios del Islam⁸⁵. En suma, la finalidad última de la Shari'ah es servir al bien común⁸⁶.

⁸³ SAYED & MORSE: *supra* nota 38, p. 317.

⁸⁴ *Id.*; ver también, MAHMASSANI, Subhi: *The Principles of Law-Making in Islam* 7 (Meezan Publications 1961).

⁸⁵ SONN: *supra* nota 24, p. 74.

⁸⁶ QURAIISHI: *supra* nota 37, p. 103.

Los principios de *usul al-fiqh* incluyen varias doctrinas de mejora y logro de la justicia en la aplicación del Derecho. *Istihsan*, que se aproxima a la noción anglosajona de equidad, deriva su legitimidad de una creencia en la justicia natural y autoriza alejarse de las reglas jurídicas cuando éstas conducen a resultados no equitativos⁸⁷. *Istislah*, también conocida como *maslahah mursala*, o consideraciones de interés público, asegura que la aplicación de la ley es armoniosa con los objetivos de la Shari'ah —religión, vida, intelecto, linaje y propiedad⁸⁸. Estos mecanismos jurídicos llevan a la aplicación de la Shari'ah—, políticas orientadas al bienestar de la colectividad y a la condena de la corrupción⁸⁹.

En el caso de los derechos de las mujeres, algunos teóricos argumentan que tales técnicas servirían para poner en cuestión los principios teóricos patriarcales y los prejuicios culturales a fin de que el Corán y su principio de equidad y justicia puedan imperar⁹⁰.

B) Cambios en la costumbre

Como dijimos anteriormente, *urf*, o la costumbre, se emplea en el Derecho islámico para resolver algunas cuestiones sobre las que el Corán calla. Las reglas de *fiqh* a menudo se formulan en función de la costumbre prevalente, y parte de la doctrina afirma la posibilidad de alejarse de ellas si la costumbre en la que se basan cambia con el paso del tiempo⁹¹. Consideran que negar el cambio social en esas situaciones sería exponer a la gente a dificultades que la Shari'ah prohíbe.

Los contradictores de esa idea dicen que ello crearía inestabilidad en la Shari'ah. Temen también que confiar en la costumbre como fundamento del Derecho no es siem-

⁸⁷ KAMALI: *supra* nota 12, p. 323.

⁸⁸ *Id.* p. 351.

⁸⁹ *Id.* p. 355.

⁹⁰ AL-HIBRI: *supra* nota 46, p. 43.

⁹¹ KAMALI: *supra* nota 12, p. 371.

pre bueno puesto que es difícil definir la costumbre con precisión⁹². El problema tiende a agudizarse en los tiempos modernos, en los que el cambio social acelerado deteriora la estabilidad de la costumbre social. La creciente movilidad de la gente y de las familias, la urbanización masiva y los desplazamientos de la población, tienden a interferir en la estabilidad y la continuidad de *urf*⁹³. Sin embargo, otros teóricos argumentan que las costumbres que se refieren a mujeres que existían en la época de la revelación y durante los primeros años del Islam habían cambiado, y en la medida en que *urf* sirve como base del Derecho islámico, la ley debería cambiar para reflejar más las costumbres modernas⁹⁴.

C) *La flexibilidad entre las escuelas del Islam*

Como dijimos más arriba, las principales escuelas Sunni del Islam emergieron durante la cuarta fase del desarrollo del Derecho islámico. La doctrina de cada escuela varía de acuerdo con el contexto cultural, político y socio-económico y la filosofía aceptada por su fundador⁹⁵. Aunque los musulmanes generalmente siguen los postulados de la escuela a la que pertenecen, gozan de suficiente flexibilidad como para abandonar la doctrina de su escuela primera y seguir la opinión de otra escuela importante si consideran el punto de vista de ésta superior o más útil para resolver una cuestión jurídica particular⁹⁶.

En el sector de los derechos de las mujeres, existe a menudo una diversidad de interpretaciones de la Shari'ah entre las escuelas. Por ejemplo, la Escuela Hanafi no requiere ni para el hombre ni para la mujer un guardián del

⁹² *Id.* p. 380.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ Ver en general, AL-HIBRI: *supra* nota 46.

⁹⁵ Dr. IMAM, Ayesha: "Women, Muslim Laws and Human Rights in Nigeria", 2 *Woodrow Wilson International Center for Scholars Occasional Paper Series* (Feb. 2004), disponible en http://www.wilsoncenter.org/topics/pubs/Occasional_Paper_2.pdf; ver también, KAMALI: *supra* nota 9.

⁹⁶ AL-HIBRI: *supra* nota 46, p. 9.

matrimonio, mientras que la escuela Maliki considera que los padres tienen el derecho de elegir a los maridos de sus hijas⁹⁷. El derecho de las mujeres para pedir el divorcio varía dependiendo de las escuelas, así como el impacto del embarazo extramatrimonial como prueba de adulterio⁹⁸. Así, la flexibilidad para adoptar una determinada interpretación del Derecho de otra escuela representa una doctrina de gran versatilidad y puede abastecer de reglas alternativas en relación con los derechos de las mujeres.

D) *Ijtihad*

Ijtihad es un recurso al que se apela para modernizar los derechos de las mujeres por parte de la doctrina que entiende que el Islam no fue dado para congelar la historia humana en el momento en que el Corán fue revelado al Profeta⁹⁹. Se dice que el cerrar la puerta a *ijtihad* es uno de los principales factores responsables de las lagunas existentes entre la ley y sus fuentes y las cambiantes condiciones sociales, y se cree que el resurgir de la *ijtihad* representa un intento por modernizar el Derecho islámico y hacerlo hoy relevante. Según estos autores, el resurgir de la *ijtihad* permitiría a los juristas islámicos ejercer plenamente la flexibilidad del Islam frente a un pasado misógino y desarrollar asuntos importantes hoy en día para la comunidad musulmana¹⁰⁰.

Algunos teóricos creen que el resurgir *per se* de la *ijtihad* no sería necesario puesto que no están de acuerdo en que la puerta de esta práctica fuera nunca cerrada. Consi-

⁹⁷ IMAM: *supra* nota 95.

⁹⁸ Ver en general, BAKHTIAR, Laleh & REINHART, Kevin: *Encyclopedia of Islamic Law: A Compendium of the Major Schools* (Kazi Publications 1996) (comparando la doctrina de las principales escuelas).

⁹⁹ SAYED & MORSE, *supra* nota 38, p. 330; ver también, SMOCK, David: "Ijtihad: Reinterpreting Islamic Principles for the Twenty-First Century", *Special Report* N.º. 125, United States Institute of Peace (Agosto 2004), disponible en, <http://www.usip.org/pubs/specialreports/sr125.html> ("Muchos asuntos referentes a los musulmanes requieren hoy de la *ijtihad*, y los siguientes son urgentes: el papel de las mujeres").

¹⁰⁰ SAYED & MORSE: *supra* nota 38, p. 330.

deran la *ijtihad* un obligación colectiva de los miembros de la comunidad musulmana para encontrar soluciones a los problemas nuevos y servir de guía en asuntos jurídicos y religiosos¹⁰¹. Citan un relevante *hadith* en el que se dice que los errores en la práctica de la *ijtihad* no son sólo aceptables, sino recompensados de acuerdo con la sinceridad de cada uno¹⁰²:

“Aquél que practica la *ijtihad* y alcanza la respuesta correcta recibirá dos recompensas (de Dios), y aquél que practica la *ijtihad* y alcanza la respuesta errónea recibirá una recompensa (de Dios).”¹⁰³.

Otros autores encuentran apoyo a la práctica de la *ijtihad* en el propio Corán en el ejemplo de Da’ud y su hijo Sulayman, que llegaron a conclusiones opuestas en el caso de un grupo de ovejas que se extraviaron en un campo una noche¹⁰⁴. Argumentan que la autorización del Corán de la *ijtihad* significa que su práctica nunca debería cuestionarse.

Sin embargo, existen otros autores que consideran que la *ijtihad* no debería fomentarse toda vez que constituye una excusa para una doctrina descuidada y no supone mejora alguna en relación con las metodologías tradicionales de *usul al-fiqh*. Caracterizan a los que emplean modernamente la *ijtihad* como a gente que sólo se mueve por el resultado y cuyas prácticas deniegan al Derecho islámico todo sentido de la integridad, el rigor y la viabilidad en la era moderna¹⁰⁵.

Otro tema controvertido es el de si el resurgir de la práctica de la *ijtihad* sería suficiente en sí mismo para llevar a cabo reformas en un período en el que el Islam como religión y el Estado están a menudo íntimamente relacionados. Algunos creen que la doctrina jurídica del Islam puede haber ido demasiado lejos en su orientación individualista al ofrecer soluciones fáciles en una época en la

¹⁰¹ KAMALI: *supra* nota 12, pp. xxi-xxii.

¹⁰² See QURAIISHI: *supra* nota 37, p. 71.

¹⁰³ 18 Sahih MUSLIM (*Hadith* N° 4261).

¹⁰⁴ ALGAR, Hamid: “A Qur’anic Basis for Ijtihad?”, *4 J. Qur’anic Studies* 1 (2002).

¹⁰⁵ EL FADL: *supra* nota 11, p. 172.

que la nación-Estado y su maquinaria legal se habían hecho demasiado colectivistas y representativas. Creen que a menos que se introduzcan reformas que incrementen el papel del razonamiento jurídico en las Asambleas Legislativas y Parlamentos, su práctica por el jurista privado a solas no es ya una alternativa realista¹⁰⁶.

El futuro de las relaciones Sunni-Shi'a y la importancia comparativa de estas dos ramas del Islam también puede producir su impacto en la *ijtihad* en el futuro. Por razones históricas de desacuerdo dentro del Islam en torno al liderazgo a seguir tras la muerte del Profeta, existe una divergencia de opiniones en materia de *ijtihad* entre las escuelas Sunni y Shi'a. Mientras la práctica de la *ijtihad* cesó en la comunidad Sunni en el siglo XII, nunca lo hizo en la rama Shi'a del Islam. Los partidarios de la Shia'a siempre han podido ejercer la *ijtihad* cuando se observaran ciertas directrices¹⁰⁷.

Algunos autores consideran que el conflicto Sunni-Shi'a es el tema que tendrá mayor relevancia en las próximas décadas y lo caracterizan como una lucha en el alma del Islam mismo¹⁰⁸. Si esta predicción se cumple, el papel de la *ijtihad* puede convertirla en uno de los instrumentos más importantes en el desarrollo de la doctrina islámica.

¹⁰⁶ Ver, KAMALI: *supra* nota 9. En cuanto a la poligamia, el empleo creativo de la *ijtihad* ha sido seguido por el poder legislativo de Argel, Túnez y Marruecos. En Túnez se consideró un asunto de política pública el rechazar la poligamia al no ser posible tratar justamente a más de una mujer. Ver, *Republic of Tunisia*, <http://www.law.emory.edu/ifi/legal/tunisia.htm>. En Argel, un hombre puede casarse con más de una mujer si puede justificar sus razones para hacerlo y si notifica a la esposa su intención. Si la mujer no consiente puede pedir en base a ello el divorcio. Ver, *Algeria Resolved to Adopt Progressive Approach to Restoration of Rights to Algerian Women, Women's Anti-Discrimination Committee Told*, Press Release WOM/1079, United Nations Women's Anti-Discrimination Committee (Enero 21, 1999), <http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990121.wom1079.html>. Las reformas actuales del Código de Familia marroquí controlan estrictamente la poligamia, exigiendo al que quiera casarse con más de una mujer que demuestre ante un juez que puede sostener a las dos familias y que tiene razones objetivas y excepcionales para hacerlo. El juez sólo puede autorizarle si ambas mujeres consienten. Ver, *The Status of Moroccan Women*, Global Rights Morocco Forum (julio 20, 2005), disponible en http://www.globalrights.org/site/DocServer/MoroccoForum_July20_05.pdf?docID=2923

¹⁰⁷ KAMALI: *supra* nota 12, p. 491.

¹⁰⁸ Ver, MASR, Vali: *The Shia Revival: How Conflicts Within Islam Will Shape the Future 20* (Norton Publishers 2007).

E) Una teoría del gradualismo

Ciertos teóricos estiman que el desenvolvimiento del Derecho islámico siempre ha sido gradual, y que tal opinión se basa en el propio Corán¹⁰⁹. Consideran que algunos postulados del Corán, tales como la prohibición de la usura, fueron creados en un principio con carácter absoluto e inamovible. Otros postulados, como la prohibición de beber alcohol, surgieron lentamente y cambiaron significativamente antes de su formulación definitiva. Estos teóricos creen que existen suficientes ejemplos de la evolución gradual del Derecho para probar que el Corán siempre contempló una teoría del gradualismo. Las revelaciones del Corán en relación a las mujeres y los cambios acaecidos en la materia en vida del Profeta indican que el Derecho islámico siempre evolucionó; y de la misma forma evolucionó el tratamiento otorgado a las mujeres¹¹⁰.

5.3. LA MAYOR RELEVANCIA DE AUTORES FEMENINOS

Las mujeres no siempre estuvieron marginadas en el mundo jurídico islámico. La literatura temprana está plagada de relatos en los que las mismas dialogaban con los hombres sobre las prácticas propias del Islam o las interpretaciones más adecuadas de los textos islámicos. Las mujeres fueron también buenas hacedoras de *hadith*¹¹¹, importantes teóricos, físicos y políticos durante la vida del Profeta e inmediatamente después¹¹².

¹⁰⁹ SAYED & MORSE: *supra* nota 38, p. 318.

¹¹⁰ *Id.*, p. 321.

¹¹¹ Ver, SIDDIQI, Zubayr: *Muhammad: Hadith Literature: Its Origins, Development & Special Features* (Cambridge Islamic Texts Society 1993) disponible en *Women Scholars of Hadith*, <http://www.islamfortoday.com/womenscholars.htm>.

¹¹² AL-HIBRI: *supra* nota 46, pp. 41, 42. El listado de mujeres musulmanes profesionales de prestigio incluye a Sukaynah bint al-Hussayn, la nuera del Profeta; A'isha bint Talha; Walladah bint al-Mustakfi; Zainab médico de la tribu de bani Awd; Um al-Hassan, hija del juez Abu Ja'far al-Tanjali; Hind bint Yazid al-Ansariyah; Fatima al-Fudayliya; Akrashah bint al-Utroush; Shajarat al-Durr of Eghpt y la Reina Arwa de Yemen. Ver también, WALTHER, Weibke: *Women In Islam: From Medieval to Modern Times* 109-10 (M. Wiener Pub. 1995), en QURAIISHI: *supra* nota 37, p. 70 n. 10.

Sin embargo, tras la muerte del Profeta las mujeres fueron marginadas de la arena académica, política y pública del Islam y predominaron los valores y las interpretaciones de los textos jurídicos masculinos. Un número de autores, tanto hombres como mujeres, consideran ahora que la dominación patriarcal secular del Derecho islámico clásico, que resultó en dominación patriarcal cultural, sólo puede terminar a través de la participación activa de las propias mujeres musulmanas¹¹³. Aunque es posible lograr una reforma externa no femenina del papel de la mujer en el Derecho islámico, el verdadero éxito reformista en la materia sólo se conseguirá a través de la participación de las mujeres en la determinación de los asuntos éticos y jurídicos que les afectan¹¹⁴. Sin la intervención de las féminas musulmanas, se considera muy difícil reformar las estructuras religiosas en el Islam¹¹⁵. Además, la gran libertad concedida por el Corán en la interpretación de los textos originales y su aplicación a las circunstancias modernas no ha disminuido con el tiempo¹¹⁶.

La participación de la mujer en la doctrina jurídica islámica va en aumento. Hoy en día, algunos de los trabajos más importantes están hechos por mujeres islámicas, entre ellas Asifa Quraishi, Azizah al-Hibri y Madhavi Sunder¹¹⁷. La labor de teóricos como ellas es importante para asegurar el progreso de las interpretaciones no patriarcales del Derecho islámico. Como al-Hibri, Catedrática de

¹¹³ KHAN: *supra* nota 8, p. 341.

¹¹⁴ *Id.* p. 330.

¹¹⁵ *Id.* p. 332.

¹¹⁶ Ver, DEGHANPISHEH, Babak et al.: "Iraq's Hidden War", *Newsweek* (2006), disponible en, <http://www.msnbc.msn.com/id/7038038/site/newsweek>. El United States Institute of Peace ha argumentado que las estrategias integrales para combatir el extremismo religioso en el mundo musulmán incluirían dotar de becas a las mujeres para estudiar temas religiosos. Ver, MAGHRAOUI, Abdeslam M.: *American Foreign Policy and Islamic Renewal*, Special Report N^o 164, United States Institute of Peace (junio 2006), disponible en <http://www.usip.org/pubs/specialreports/sr164.html>.

¹¹⁷ EASLEY, Julia Ann: "Legal scholar studies Muslim women reforming from within", *UC Davis News Service* (Nov. 29, 2006), <http://www.ucdavis.edu/spotlight/0806/sunder.html>. BRODER, John M.: "For Muslim Who Says Violence Destroys Islam, Violent Threats", *N.Y. Times*, Mar. 11, 2006, <http://www.nytimes.com/2006/03/11/international/middleeast/11sultan.html?ex=1189396800&en=be3805a715407569&ei=5070>.

Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Richmond, dijo:

La mayoría de mujeres musulmanas comprometidas con su religión no se liberarán mediante el empleo de un enfoque secular impuesto desde el exterior por instancias internacionales o desde arriba por gobiernos no democráticos. El único modo de resolver los conflictos de estas mujeres y de eliminar su temor de llevar vidas fructíferas y ricas es construir una doctrina feminista musulmana sólida que les muestre claramente que el Islam no sólo no les priva de sus derechos, sino que se los otorga¹¹⁸.

Las mujeres musulmanas están recuperando posiciones de liderazgo en sectores distintos del académico. Por ejemplo, en 2006 la “Islamic Society of North America”, la mayor organización religiosa musulmana en Norteamérica, eligió a la Dra. Ingrid Mattson como presidenta. La Dra Mattson, profesora de Estudios Islámicos en el “Harford Seminary”, es la primera mujer en dirigir la organización¹¹⁹.

5.4. CAMBIO DESDE EL INTERIOR: MOVIMIENTOS POLÍTICOS Y SOCIALES

Los cambios en los derechos de la mujer están surgiendo lentamente del trabajo de movimientos políticos y sociales dentro del Islam. Algunos de los progresos más significativos han sido hechos por grupos dentro de la sociedad civil comprometidos en asuntos femeninos. Estas estrategias “de abajo a arriba” tienden a no subordinarse a modelos patriarcales jerárquicos. Las activistas mujeres en el mundo musulmán están deshaciendo construcciones jurídicas fundamentalistas de la religión y del Derecho, negándose a seguir paradigmas tradicionales que fuercen a la mujer a elegir entre la religión y sus derechos. Recha-

¹¹⁸ AL-HIBRI: *supra* nota 46, p. 3.

¹¹⁹ Ver, *Dr. Ingrid Mattson Elected First Female President of the Islamic Society of North America (INSA)*, Islamic Society of North America (agosto 25, 2006), http://www.isna.net/news/article.html?&tt_news=769.

zan la deferencia del Derecho hacia los líderes religiosos y demandan el derecho a construir una identidad no sólo fuera de sus comunidades culturales y religiosas, sino también dentro de ellas¹²⁰. Lo importante de estos esfuerzos es que las mujeres activistas musulmanas buscan aplicar conceptos como la justicia, la igualdad y la democracia no sólo en la esfera pública, sino también en la familia, la cultura y la religión —esferas tradicionalmente definidas en el Derecho occidental como privadas y, por ello, más allá de toda regulación—¹²¹.

Las organizaciones de activistas que promueven el cambio para las mujeres desde dentro del Islam incluyen “Sisters in Islam” (en Malasia)¹²², la “League of Demands of Women’s Rights to Drive Cars” (en Arabia Saudí)¹²³ y el “Women’s Aid Collective”¹²⁴ y BAOBAB (ambos en Nigeria)¹²⁵.

“Sisters in Islam” (“Hermanas en el Islam”) se compone de un grupo de mujeres musulmanas que estudian e investigan sobre la posición de la mujer y que tratan de que el Islam les reconozca una serie de derechos. Derivan sus pretensiones del hecho de que el Islam era una religión liberadora que elevó la condición femenina y dotó a las mujeres de derechos considerados revolucionarios hace 1.400 años. Sus investigaciones revelan que las interpretaciones represivas se deben en gran parte a la influencia de las prácticas culturales y los valores que consideran a la mujer como un ser inferior subordinado al varón. Consideran que “no es el Islam el que oprime a la mujer, sino seres humanos débiles que no han sabido comprender las intenciones de Alá”¹²⁶ y abogan por una reconstrucción de los

¹²⁰ SUNDER: *supra* nota 53, pp. 1406-07, 1410-12.

¹²¹ *Id.*, p. 1460.

¹²² Ver, *Sisters in Islam* (2007), <http://www.sistersinislam.org.my/>.

¹²³ Ver, JUDD, Terri: “Saudi Women to Put Their Foot Down on Driving Ban”, *The Independent*, Sept. 14, 2007, disponible en http://news.independent.co.uk/world/middle_east/article2961300.ece.

¹²⁴ *Women’s Aid Society of Nigeria* (2005), <http://www.wacolnigeria.org/>.

¹²⁵ *Baobab for Women’s Human Rights* (2005), <http://www.baobabwomen.org/>.

¹²⁶ Ver, *Are Women and Men Equal Before Allah?* (Sisters in Islam ed., 1991), disponible en <http://www.sistersinislam.org.my/pubs-equality.htm>.

principios, procedimientos y prácticas islámicos a la luz de los principios coránicos de igualdad y justicia¹²⁷.

En octubre de 2005, tuvo lugar en Barcelona el primer Congreso Internacional de Feminismo Islámico. Los participantes discutieron sus trabajos en contra de las costumbres “asignadas a la mujer al inicio del Islam pero erosionadas por tradiciones tribales que las disfrazaban como Derecho”¹²⁸, tales como la segregación femenina en el hogar y en la Mezquita, la obligación del velo, los matrimonios tempranos forzados, y la violencia doméstica. Un asistente afirmó: “Estamos tratando de leyes creadas en el nombre del Islam por hombres... Pero... no es el Islam el que exige a las mujeres cubrirse, sino la doctrina de las escuelas contemporáneas. Para muchas mujeres la lucha para que el Islam progrese representa poco menos que una revolución”¹²⁹.

El cambio no siempre sucede del modo en que los musulmanes o no musulmanes prefieren. Como una mujer musulmana dijo: “El cambio y el progreso están produciéndose, despacio, pero firmemente... Las sociedades musulmanas no son estáticas, sino que progresan, lo que pasa es que tienen su propia trayectoria”¹³⁰. Sin embargo, se está produciendo un cambio, aunque a pequeña escala. En 2005, un funcionario veterano de la BAOBAB, que ayudó a ganar su causa a una mujer nigeriana condenada a morir lapidada por dar a luz a un niño extramatrimonial, contó como el juez de la Shari’ah rompió con la tradición y se opuso a ella tras seguir un programa de entrenamiento de su organización. Más tarde, un imam nigeriano, tras escuchar un mensaje de la BAOBAB llamando a la *ijtihad*, sorprendentemente exhortó a los musulmanes a buscar escuelas de pensamiento alternativas¹³¹.

¹²⁷ AL-HIBRI: *supra* nota 46, p. 2 n. 3.

¹²⁸ Ver, NOMANI, Asra Q.: “A Gender Jihad for Islam’s Future”, *Wash. Post*, Nov. 6, 2005, en B02, disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/04/AR2005110402306.html>.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ Ver, ABOULELA, Leila: “Restraint? Sure. Oppression? Hardly”, *Wash. Post*, julio 22, 2007, en B03, disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/07/20/AR2007072002147.html?referrer=emailarticlepg>.

¹³¹ NOMANI: *supra* nota 128.

5.5. LA PRESIÓN EXTERIOR: EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho internacional de los derechos humanos es para muchos una herramienta potencial importante en la modernización de los derechos de la mujer bajo el Derecho islámico. Los instrumentos internacionales que prohíben la discriminación de género incluyen la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, y la Convención de los Derechos del Niño.

El objetivo de eliminar la discriminación de género recibió gran relevancia internacional el 8 de septiembre de 2000 cuando la Asamblea General de Naciones Unidas dictó la Resolución 55/2, la Declaración del Milenio de Naciones Unidas, que propuso una ambiciosa agenda de ocho objetivos a alcanzar en 2015. Uno de esos objetivos es la promoción de la igualdad de género¹³². En noviembre de 2003, el Director Ejecutivo del Fondo para el Desarrollo de Naciones Unidas, en relación con dicho objetivo, afirmó:

“El poder de los Objetivos de Desarrollo del Milenio radica en el acuerdo global y compromiso sin precedentes que representan. Establecen un punto común de progreso y colaboración global que pone el énfasis en los más necesitados. Esos Objetivos también proporcionan la oportunidad de concienciarse sobre las conexiones existentes entre los ocho objetivos y los derechos y capacidades de las mujeres”¹³³.

¿Pero, existe realmente tal acuerdo global en esos objetivos y son las definiciones sobre la igualdad y los derechos

¹³² Ver, *UN Millenium Development Goals*, United Nations (2005), <http://www.un.org/millenniumgoals/index.html>.

¹³³ HEYZER, Noellen, Executive Director UNIFEM: *Making the Links: Women's Rights and Empowerment are Key to Achieving the Millennium Development Goals*, Workshop on Gender Equality and the Millennium Development Goals, World Bank, Washington, DC (Nov. 19, 2003), disponible en http://www.unifem.org/news_events/story_detail.php?StoryID=165.

aplicables homogéneamente en todos los países, inclusive en el mundo islámico?

El papel del Derecho internacional y su aplicabilidad a las culturas no occidentales es controvertido. Algunos teóricos islámicos creen que el Derecho internacional moderno y la concepción jurídica islámica son intrínsecamente incompatibles¹³⁴. Es más, la idea de que los derechos humanos se originaron en Occidente es ofensiva para muchos musulmanes, que opinan que el Islam fue uno de los primeros promotores de los derechos humanos, que fueron formulados por los musulmanes hace cuatrocientos años y encuentran su fuente en el Corán, no en la ideología occidental¹³⁵.

Con frecuencia se considera que el Derecho internacional es defendido por los valores occidentales y es insensible a las culturas no occidentales¹³⁶. En respuesta a las pegadas musulmanas al concepto de una noción universal, homogénea de derechos humanos vinculantes para todos, los 45 ministros extranjeros de la Organización de la Conferencia Islámica se reunieron el 5 de agosto de 1990 para adoptar la Declaración de Derechos Humanos de El Cairo en el Islam¹³⁷. La Declaración de El Cairo, que comienza diciendo que los derechos humanos fundamentales son mandatos divinos vinculantes establecidos en los Libros Divinos, afirma que “todos los hombres son creados iguales en materia de dignidad humana, obligaciones y responsabilidades fundamentales, sin discriminación alguna por razón de raza, color, lengua, sexo, creencias religiosas, políticas, posición social u otras consideraciones”¹³⁸. Respecto a los derechos de la mujer, la Declaración afirma:

Artículo 6 (a). La mujer es igual al hombre en dignidad humana, y tiene derechos a disfrutar así como deberes

¹³⁴ Ver, KHAN: *supra* nota 8, pp. 320-21.

¹³⁵ SAYED & MORSE: *supra* nota 38, pp. 330-31.

¹³⁶ Ver, HARRIS-SHORT, Sonia: “International Human Rights Law: Imperialist, Inept and Ineffective? Cultural Relativism”, *25 Hum. Rts. Q.* 1 (2003).

¹³⁷ Ver, *The Cairo Declaration of Human Rights in Islam* (agosto 5, 1990), <http://www.religlaw.org/interdocs/docs/cairohrislam1990.htm>.

¹³⁸ *Introduction to The Cairo Declaration of Human Rights in Islam*, *supra* nota 136.

que cumplir; posee su propia entidad civil e independencia económica, y el derecho a preservar su nombre y linaje. (b) El marido es el responsable del sustento y mantenimiento de la familia.

Los artículos 24 y 25 concluyen que todos los derechos y libertades de la Declaración están sujetos a la Shari'ah islámica, que es la única fuente de clarificación de cualquier artículo de la Declaración¹³⁹.

El debate sobre si las mujeres que viven en países islámicos están sometidas a los Tratados internacionales o más bien a las Declaraciones musulmanas como la de El Cairo, a menudo no es más vivo que lo concerniente a los derechos de la mujer. Los Estados pueden decidir al respecto, sin contar con ello con las mujeres. Por ejemplo, de los 185 países que son parte de la CEDAW, 52 son miembros de la Organización de la Conferencia Islámica. A lo largo del mundo, 61 países han hecho reservas a la Convención; de esos, 17 pertenecen a la citada Organización, y sus reservas se basan en la supremacía de la Shari'ah¹⁴⁰. Cuando algunos de los Estados firmantes de la CEDAW se quejaron a Naciones Unidas de que varias de las reservas introducidas por los países islámicos basadas en la religión, la cultura y la costumbre, violaban el Derecho internacional de los derechos humanos, que permite hacer reservas a un tratado sólo si las mismas no violan su esencia, fueron acallados acusados de intolerancia religiosa e imperialismo cultural¹⁴¹.

Se continuará debatiendo sobre la inutilidad del Derecho internacional para lograr la reforma. Muchos teóricos

¹³⁹ La Declaración de El Cairo ha recibido críticas por parte de mujeres y de organizaciones de derechos humanos por discriminación de las mujeres musulmanas. Ver, *Islam at the Human Rights Commission*, International Humanist and Ethical Union (junio 21, 2006), <http://www.iheu.org/node/2269>; ver también, U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Comm. on Hum. Rts., *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Follow-Up to the World Conference on Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/2000/NGO/3 (enero 20, 2000) (preparado por la Association for World Education), disponible en [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/115dcea7d457004d802568a100410b02/\\$FILE/G0010308.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/115dcea7d457004d802568a100410b02/$FILE/G0010308.doc).

¹⁴⁰ Ver, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (2007), <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>.

¹⁴¹ SUNDER: *supra* nota 53, p. 1426.

piensan que la mejor manera de tratar el tema de género no es dictar una lista de principios universales a alcanzar, sino permitir interpretaciones libres de los propios teóricos islámicos¹⁴². Dado el contexto de la *jihad* defensiva y la obligación del Islam de defenderse de cualquier ataque, bien puede afirmarse que el desarrollo interno dentro de los derechos de las mujeres es más prometedor que la presión externa¹⁴³.

6. EL PAPEL DE LOS NO-MUSULMANES

Mientras muchos temas importantes, como los derechos de la mujer, sean objeto continuo de discusión en la comunidad musulmana, es preciso estudiar el papel a jugar por los no musulmanes durante este período.

6.1. LA CRECIENTE COMPRENSIÓN Y ACEPTACIÓN DEL ISLAM Y DEL DERECHO ISLÁMICO

El mundo no musulmán a menudo ha ignorado los pilares del Islam y los principios de la doctrina islámica. Sólo muy recientemente la comunidad en general ha comenzado a prestar atención seria al tema¹⁴⁴.

Un informe de 2003 establecía:

Las mujeres musulmanas y las feministas americanas parecen tan distintas como siempre. A nivel institucional, su relación continúa plagada de estereotipos y sospechas mutuas. Sus puntos de vista —uno creyente, otro secular— parecen irreconciliables. “Cuando se echó a los talibanes la actitud era afirmar: ‘ahora que os hemos liberado, esperamos que os despojéis del velo y nos imitéis.

¹⁴² SAYED & MORSE: *supra* nota 38, pp. 331-32.

¹⁴³ Ver, LAWRENCE, Bruce: “Osama Bin Laden: Qur’an as Mandate for Jihad”, en *174 The Qur’an: A Biography*, (Atlantic Monthly Press 2006).

¹⁴⁴ Ver, “Islam, Apostasy, and PAS”, *Sisters in Islam* (julio 22, 1999), <http://sistersinislam.org.my/BM/te/22071999.htm>. (“For too long, liberal Malays and non-Muslims have shown little concern or interest in the development of Islam in this country.”).

Abandonad el Islám””, decía el Pakistani Riffat Hassan, profesor de estudios religiosos de la Universidad Louisville de Kentucky y un activista a favor de los derechos de las mujeres. “Existe una vena imperialista en el feminismo norteamericano. Lo observo con claridad a veces”¹⁴⁵.

Abundan las falsas percepciones; la desinformación es común. Por ejemplo, muchos en el mundo occidental creían que la eliminación de Sadam Hussein traería consigo una mejora de las libertades y los derechos humanos para todos, especialmente para las mujeres. Sin embargo, aunque el Irak anterior al conflicto era una dictadura brutal, las mujeres tenían allí más derechos que en la mayoría de los países de la zona. Se les permitía el divorcio, la herencia, y la custodia de los hijos tras el divorcio. Tenían puestos de trabajo, iguales oportunidades educativas y raramente cubrían sus cabezas¹⁴⁶.

Las falsas percepciones y la ignorancia pueden tener graves consecuencias no deseadas que sirven para distanciar a los musulmanes y a los no musulmanes. La Doctora Ayesha Iman, teórica musulmana feminista, afirma que la tendencia occidental a meter a todos los musulmanes en el mismo saco y a describir los Derechos musulmanes como si fueran uniformes, fruto de la revelación divina e incapaces del cambio, sirven para legitimar las actividades de los extremistas islamistas¹⁴⁷.

6.2. EL RESPETO POR EL DERECHO A ESCOGER

En base al derecho a la dignidad y la autodeterminación recogido en los tratados de derechos humanos occidentales y en los principios defendidos por las feministas occidentales, muchos creen que el derecho de las mujeres musulmanas a elegir su estilo de vida, aún cuando éste

¹⁴⁵ MURPHY, Caryle: “Islam and Feminism: Are the Barriers Coming Down?”, *2 Carnegie Reporter* 3 (2003), disponible en <http://www.carnegie.org/reporter/07/islam/index.html>.

¹⁴⁶ Ver, DEGHANPISHEH: *supra* nota 116.

¹⁴⁷ IMAM: *supra* nota 95.

contradiga las nociones tradicionales occidentales de libertad e igualdad, debe ser protegido.

Las feministas occidentales consideran que, dicho de un modo simple, una sociedad igualitaria es aquélla en la que “nadie es forzado a jugar un determinado papel por razón de su sexo, y en la que los hombres y las mujeres tienen la posibilidad de planear sus vidas como mejor lo deseen”¹⁴⁸. Esta libertad de escoger es lo que muchas mujeres musulmanas están reclamando. Se quejan de que varias americanas tienen una actitud inmerecidamente crítica en torno a cómo el Islam las trata y acusan a las feministas occidentales de no creer en los movimientos de liberación femenina, centrándose exclusivamente en la cuestión del velo¹⁴⁹. Una mujer musulmana escribió recientemente que el Islam le había dado “rigor y paciencia para disciplinar su vida... Las restricciones no son opresión, y las barreras pueden servir para hacer crecer. La libertad no necesariamente conlleva la felicidad, ni la pluralidad de opciones implica que se elija la mejor”¹⁵⁰.

Los límites a la libertad de elegir se continuarán probando en el futuro. En Irak, por ejemplo, las mujeres profesionales son parte de un grupo de mujeres políticas con creciente poder que tratan de erosionar las leyes que igualan a los hombres y las mujeres en derechos. Estas mujeres, algunas de las cuales tienen posiciones ministeriales y en Ayuntamientos, están a favor de que los hombres tengan cuatro mujeres, en contra de que las mujeres gocen del derecho a la custodia de los hijos en caso de divorcio. Sostienen que la suma de dinero que la mujer puede heredar debe ser menor y están a favor de no poner barreras al matrimonio de niñas menores de 18 años¹⁵¹.

¹⁴⁸ PETERSON, Ester y EATON, Heather: “One Purpose, Many Voices: The Plurality of Today’s Feminist Movement”, *4 Feminista! 1* (2000) (cita omitida), disponible en <http://www.feminista.com/archives/v4n1/eaton.html>.

¹⁴⁹ Ver, MURPHY: *supra* nota 145.

¹⁵⁰ ABOULELA: *supra* nota 130; ver también MILLER, Portoán: *supra* nota 8, p. 24 (“Western society interprets the hijab as a tool of subjugation of women, when in reality, the head scarf is viewed as a tool of liberation and protection by Muslim women.”).

¹⁵¹ Ver, FASSIHI, Farnaz: “Iraqi Shiite Women Push Islamic Law on Gender Roles”, *Wall St. J.*, Mar. 9, 2005, at 1.

7. CONCLUSIÓN

Vivimos en un mundo en el que el ámbito musulmán y el Derecho islámico cobran una importancia creciente en el debate. Se está produciendo un cambio en muchos frentes, incluida la comunidad musulmana. Los musulmanes jóvenes distinguen entre la religión y la cultura, una perspectiva que otorgará un fundamento más flexible para el cambio jurídico y cultural. Un reciente estudio de la Fundación Pew puso de manifiesto que el 60% de los musulmanes entre 18 y 20 años se consideraban “ante todo musulmanes”, en comparación con el 40% de los mayores de 30, y que esta generación más joven iba a la Mezquita con más asiduidad que sus padres todas las semanas¹⁵². A la vez, la generación musulmana más joven tiende a prestar menos atención a las diferencias étnicas y raciales que sus progenitores y a menudo consideran obsoletas las costumbres islámicas sobre los papeles desempeñados por ambos sexos. Un estudiante de la Universidad de Michigan en Ann Arbor, miembro activo en la Asociación de Escuelas de Estudiantes Musulmanes, afirmó que a veces “los hijos piensan que lo importante es la religión, mientras sus padres piensan que lo esencial es la cultura”¹⁵³.

Mientras el debate sobre el papel de la mujer en el Islam continúa, los no musulmanes tienen mucho que aprender aún y pueden servirse para ello de la abundante información de que disponemos hoy en día sobre la materia. Los años venideros pueden presenciar cambios en la manera en que se ha de interpretar el Islam; sin embargo, igual de importante será el tono que se emplee en el diálogo entre musulmanes y no musulmanes en las generaciones futuras.

¹⁵² Ver, Pew Research Center, “Muslim Americans: Middle Class and Mostly Mainstream” (Mayo 22, 2007), disponible en <http://pewresearch.org/assets/pdf/muslim-americans.pdf>.

¹⁵³ Ver MILLER, Lisa: “American Dreamers”, *Newsweek*, julio 30, 2007; disponible en <http://www.msnbc.msn.com/id/19876834/site/newsweek/>.