Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 212
Volumen II
Año LXX
Julio-Diciembre 2002
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Revista de Derecho 212:631-671, 2002 ISSN 0303-9986

DERECHO INTERNACIONAL Y MUNDO ISLAMICO. UNA APROXIMACION JURIDICA A SUS RELACIONES

FAROUK GARFE JARUFE
Universidad Católica de Valparaíso

INTRODUCCION

La irrupción del fundamentalismo islámico en la escena mundial durante las últimas décadas, cuya vertiente más radical, aunque absolutamente minoritaria, ha optado por diversas alternativas como la utilización del terrorismo para alcanzar objetivos políticos, la imposición en determinados casos aislados de regímenes de gobierno que se identifican con el integrismo religioso[1], o la aplicación de normativas que se consideran incompatibles con los valores aceptados universalmente, ha originado una visión absurdamente extensiva y distorsionada de todo el mundo musulmán, al que se hace aparecer en una oposición militante y agresiva contra los valores occidentales y el ordenamiento jurídico internacional y como una amenaza a la paz y seguridad internacional.

Se olvida frecuentemente que el fundamentalismo como fenómeno es muy antiguo y que no es una exclusividad del mundo islámico, ya que se ha dado en los más diferentes lugares así como en todas las épocas y ámbitos o esferas, especialmente las religiosas. Incluso, el origen del término se encuentra en Occidente y más específicamente en Estados Unidos de Norteamérica de comienzos del siglo XX[2].

[1] Los regímenes de Khomeini en Irán y el impuesto por los talibanes en Afganistán.
[2] "En este sentido, la referencia científica e histórica inmediata alude al origen del primer movimiento denominado 'fundamentalista' (sin más connotaciones que las que le otorgaron en propiedad sus fundadores), y que –como analiza S. Petschen más adelante– ven la luz en Estados Unidos entre 1910 y 1915 en forma de una serie de escritos bajo el título The Fundamentals, acontecimiento que dio lugar a la aparición posterior de una World's Christian Fundamentals Association (1919)" (Corral Salvador, Carlos (ed.) Los fundamentalismo religiosos, hoy, en las relaciones internacionales, UPCO, Madrid, 1994, p. 14.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por otra parte, las imposiciones de una determinada creencia por la fuerza y las guerras religiosas no son extrañas a la historia europea o de Occidente.

Es posible también advertir algunos rasgos de esta naturaleza en determinadas ideologías políticas contemporáneas, y en concepciones económicas vigentes que pretenden transformarse en verdades absolutas. La actual política internacional quizás no sea ajena a este fenómeno, en especial la sostenida por los máximos dirigentes de algunas grandes potencias que no vacilan en ignorar y aun infringir el ordenamiento jurídico internacional inspiradas en objetivos nacionales no exentos de una cierta pretendida vocación mesiánica secularizada, encubierta o declarada, que excluye la discusión o crítica acerca de su racionalidad, con evidente riesgo para la paz y seguridad internacionales. En una acepción amplia del concepto, pero no por ello errada, creo que casi todos los imperialismos, mayores o menores, de una forma u otra, poseen una raíz fundamentalista, basada en la supremacía racial, la cultura, concepciones políticas, económicas o sociales, credo religioso y otras, e históricamente uno de sus principales recursos es y ha sido el uso de la fuerza en todas sus formas. En un estadio inferior, el factor racial y religioso también se encuentra entre las causas de numerosos conflictos armados recientes en los que la pretensión de superioridad étnica o de una determinada raza o creencia sobre las otras existentes, son expresión de fundamentalismos temporalmente localizados en determinadas zonas geográficas[3].

En el caso específico del fundamentalismo islámico, es innegable que ha experimentado un desarrollo importante, especialmente en el mundo árabe, aunque es necesario diferenciarlo de este último y señalar que siendo muy minoritario lo es más su tendencia radical. En efecto, el actual fenómeno que preferimos llamar de reislamización, entendido éste como un retorno a las enseñanzas coránicas como fuentes originales, nace como una reacción a la crisis, tanto interna como externa, que experimentan principalmente los países árabes y otros de población mayormente islámica, según explicaremos más adelante, y no puede ser confundido con el integrismo extremista, el que incluso es criticado por sectores religiosos musulmanes

[3] De ello dan prueba algunos conflictos armados recientes como los de la antigua Yugoslavia y Rwanda, en cuyo origen se encuentran, sin perjuicio de otras, las causas religiosas y raciales, con las conocidas secuelas de persecución y limpieza étnica. Asimismo, la guerra civil en Sudán y la guerra independentista de Chechenia son otros dos ejemplos actuales, en que los factores mencionados tienen importancia ya sea como causas efectivas y principales o como razones esgrimidas por los gobiernos de Jartum y Moscú para legitimar internamente una brutal represión armada. No se puede ignorar en estos casos un determinado componente integrista.

[4] Un observador señalaba al respecto: "Los fundamentalistas de Hamás, Hezbollah, Jamaa Islamiya, GIA y muchos otros pervierten la herencia del Islam espiritual, tolerante y culto, transformándolo en la droga de necios e intolerantes, sembrando el terror y la desolación. Es una lástima que, tras muchos

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

como contrario a los preceptos coránicos[4]. Menos aún se puede pretender que este proceso sea contrario al orden jurídico internacional o que pueda transformarse en una amenaza a la paz y seguridad internacionales. No constituye tampoco el antecedente inmediato de un hipotético futuro choque de las civilizaciones islámica y occidental como pretende Huntington[5].

La reislamización es un fenómeno, legítimo por supuesto, para cuya comprensión se requiere conocer la religión islámica ya que los alcances y efectos de ésta difieren de nuestras concepciones cristianas en general. Es verdaderamente lamentable la ignorancia que existe en el mundo occidental acerca de una religión que hoy profesan 1.100 millones de personas aproximadamente, y que originó una civilización que perduró durante siglos y de la cual es tributaria nuestra propia cultura. Igualmente es deplorable la simplificación que existe al respecto y la utilización interesada de algunos hechos con finalidades descalificatorias, tendientes a poner en evidencia la supremacía de un occidente supuestamente civilizado frente a un mundo islámico[6], anacrónico, retrógrado, fanático y peligrosamente amenazante, dando lugar así a lo que alguien denominó como "mentalidad cruzadista".

1. BREVE REFERENCIA AL DERECHO ISLAMICO

Para analizar la incorporación del mundo islámico a la comunidad internacional mediante la aceptación de su orden jurídico e institucionalidad, será necesario hacer una muy breve relación introductoria del derecho islámico y sus fuentes, para luego, en otros párrafos, al examinar algunos temas específicos, estudiar las tensiones y compatibilidades normativas que existen con este sistema jurídico y su realidad actual.

a) Generalidades

El origen y fundamento del Islam[7] se encuentra en la revelación divina, en la palabra de Dios contenida en el Corán[8], que fue dictado literalmente por el

siglos de ignorar el Islam, Occidente lo redescubra a través de este tipo de manifestaciones retrógradas", "Islam, frustración ante Occidente", Jordi Llompart, La Vanguardia, 15.12.97.

[5] Huntington, Samuel P., El choque de las civilizaciones, Editorial Paidós SAICF, Buenos Aires, 1997.

[6] Ver declaraciones de Silvio Berlusconi, Primer Ministro de Italia.

[7] Que significa sumisión o entrega a la voluntad de Dios.

[8] También Qur'an, que significa leer, recitar; Alcorán, Libro de Dios. Se compone de 114 capítulos que reciben el nombre de suras o azoras, cada una de las cuales consta de un número variable de versículos que se denominan aleyas o ayat.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

arcángel Gabriel a Mahoma, por lo que su autoría pertenece exclusivamente a Alláh. Mahoma es sólo un intermediario entre Dios y los hombres, un mandatario que debía difundir la enseñanza divina contenida en el Corán, en otras palabras, un profeta tal como lo fueron sus antecesores, entre otros, Abraham y Jesús. Esta circunstancia genera importantes efectos como serían, a vía de ejemplo, la inmutabilidad de su contenido, con todas las múltiples consecuencias que ello significa, incluso en el ámbito jurídico según tendremos ocasión de comentar, y que de acuerdo a los sectores ortodoxos no cabe traducirlo para fines litúrgicos, ya que podría implicar de alguna manera una modificación de la palabra divina, a pesar que de hecho lo ha sido a innumerables lenguas. Tal como señala un autor: "El origen divino del Corán es el fundamento de su autoridad indiscutible y absoluta para los musulmanes. El Corán es infalible, por lo que puede exigir una obediencia incondicional"[9].

Es muy importante tener presente el carácter totalizante del Islam originario y de su concepción ortodoxa, que no se presenta en las otras religiones monoteístas y que lo distingue de éstas. En efecto, el Corán, es decir la palabra revelada de Dios, se refiere a todos los aspectos de la vida individual y social de los creyentes y a las relaciones que éstos deben mantener con aquellos que no pertenecen a su credo. Incluye no sólo los deberes religiosos de sus fieles sino que también los morales, el comercio, la política, el derecho, etc.; se proyecta sobre toda la actividad humana individual o colectiva, incluyendo la organización social y política, la que debe adecuarse a sus mandatos y enseñanzas. Lo espiritual y lo temporal se fusionan, constituyendo un todo, y nada es ajeno al Corán. El dogma religioso rige en toda su plenitud.

En íntima relación con lo expuesto se encuentra el concepto islámico de umma, es decir la comunidad de todos los musulmanes del mundo, que de conformidad a la ortodoxia islámica se sobrepone a los nacionalismos particulares, y cuyo fundamento es la religión que los fieles comparten, comunidad querida por Allah en la cual reina la igualdad, la justicia y la solidaridad. No se la debe confundir o asociar con la idea de iglesia, en especial porque en el Islam no existen sacerdotes, clase religiosa ni jerarquías eclesiásticas. La umma posee una clara vocación universal, y está integrada por todos los creyentes unidos por su fe, es decir, por el mundo islámico, Dar al Islam en oposición a Dar al Harb[10].

La consecuencia inmediata de estas concepciones religiosas es la profunda relación que se manifiesta entre el derecho y la religión. Un autor la ha explicado certeramente, señalando lo siguiente:

[9] Khoury, Adel Th., Los fundamentos del Islam, Editorial Herder, Barcelona, 1981, p. 121.
[10] Dar al Islam: la casa o tierra del Islam; Dar al Harb: la casa o tierra de la guerra.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El Islam es esencialmente una religión legal. Nada se deja a la iniciativa del creyente. Este sólo tiene un deber: obedecer, someterse (Islam). La razón de ello es sencilla: el Islam se basa todo él en la revelación divina. Pero como Dios no revela su Persona, tiene que revelar sus órdenes. Por eso en el Islam la Ley es más importante que la Teología. Siempre la situación del musulmán frente a Dios será la de servidor (abd).

Esta ley se extiende a todos los aspectos de la vida, sin distinción posible entre lo espiritual y lo temporal. La distinción entre derecho, religión y moral es impensable en el Islam tradicional. Todo acto humano tiene en la Ley su etiqueta moral, que sólo puede ser conocida por la revelación, ya que todo deber es un deber hacia Dios.

La Ley (chari'a) es esencialmente divina. Más aún, el acto humano como tal no tiene por sí mismo calidad moral intrínseca. Su valor viene por ser ocasión de obediencia y sumisión a Dios. Dios no tiene nada que hacer con nuestra perfección, sólo pide sumisión. Por eso fuera de la Ley no hay salvación, ni las obras transforman interiormente convirtiendo a la persona en una nueva criatura[11].

Como es posible observar, la función del derecho de acuerdo al Islam tradicional y ortodoxo, es la satisfacción de la voluntad divina por medio del acatamiento de un conjunto de reglas que norman tanto aspectos religiosos como conductas individuales y sociales, públicos y privados. De esta manera, religión y derecho se entremezclan, confunden, formando un solo todo. Desconoce la distinción romana entre el fas y el ius, entre lo teológico y lo jurídico. La comprensión de este carácter fundamental del derecho islámico, tan ajena a los sistemas jurídicos occidentales, es esencial para entender los problemas que se presentan en los países islámicos en el proceso de aceptación y aplicación de algunas instituciones del ordenamiento jurídico internacional, los valores innegables de su propio derecho, las dificultades que experimentó su inserción en la comunidad internacional, su actual realidad política y social, y fenómenos como la creciente adhesión al fundamentalismo religioso.

b) Fuentes del derecho islámico

La fuente originaria del derecho islámico es la Sharia, integrada por el Corán, libro sagrado que contiene la revelación divina, al cual ya nos hemos

[11] García Hernando, Julián, Pluralismo religioso en España (obra en colaboración), tomo III, "Religiones no cristianas", Sociedad de Educación Arenas, S.A., Madrid 1997, p. 242.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

referido, y la Sunna. Esta última complementa al primero y está constituida por el comportamiento del profeta, sus dichos, sus hechos e incluso su silencio, y su objeto o función es llenar las lagunas del Corán. La Sunna contiene las narraciones de los mencionados dichos y hechos, las que reciben el nombre de hadiths. Estos se trasmiten por tradición oral, sin perjuicio de su posterior recopilación escrita[12]. Están precedidos por una enunciación de sus transmisores, desde el último hasta llegar al propio Mahoma, cadena que recibe el nombre de isnad, la que confiere plena legitimidad al hadith, si la cadena es perfecta y su texto no ha sido contradicho.

Una tercera fuente del derecho islámico está constituida por la iyma, que es el consentimiento de la comunidad de teólogos y juristas musulmanes, y cuyo objeto es llenar vacíos frente a una determinada situación concreta que no puede resolverse a través de la aplicación de la sharía (Corán y sunna), por no haber sido prevista. Este consensus crea una regla de derecho que adquiere obligatoriedad para el futuro. Encuentra su fundamento religioso en la afirmación del profeta de que "mi comunidad no puede cometer errores".

La importancia de esta fuente reside en que "...ha servido para conformar un real derecho en surgimiento, en cuanto representó la adecuación de la Ley Divina al caso concreto frente a la aprobación unánime del pueblo. Ha servido también para valorizar el isma, o sea, la infalibilidad de Mahoma, superando al mismo Libro en cuanto a que, no quedando asentada la total impecabilidad del profeta, ella le ha sido atribuida por la comunidad musulmana por vía, precisamente, del ijma"[13].

La última fuente de importancia en el derecho islámico es el qiyas, es decir, la analogía, la que no tiene un origen divino ni se basa en el consentimiento de la comunidad, ya que se funda exclusivamente en el razonamiento humano, por lo que carece de la infalibilidad de las otras fuentes. Tiene por tanto un carácter de fuente secundaria, debiendo distinguirse entre el ra'y (razonamiento) y el iytihâd (deducción).

Finalmente, también se contemplan como fuentes secundarias la costumbre (orf), la jurisprudencia (amal) y la normativa aprobada por la autoridad política (kanun), las que no consideramos necesario analizar para los efectos de esta ponencia.

[12] Entre los primeros recopiladores se destacan Abu Abdu'ilah Mamad ibn Isma'il ibn Ibrahaim ibn al-Mughirah al Ju'fi (nacido en el año 810) y Abu'l Husayn Muslim ibn Al Hajjaj al Qushairi (nacido el año 820).

[13] Estévez Brasa, Teresa M., derecho Civil musulmán, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981, p. 160.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En términos generales deberíamos señalar que la fuente mediata e inmediata del Derecho islámico es la religión, caracterizándose por una gran complejidad y que, al igual que otros sistemas jurídicos, ha dado origen a diferentes escuelas jurídicas y tendencias tanto históricas como contemporáneas, ortodoxas y heréticas, progresistas y conservadoras.

2. LA INCORPORACION DEL MUNDO ISLAMICO AL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL

En su origen el Derecho Internacional Público fue un ordenamiento propio de los países europeos y cristianos entre los cuales regía. Incluso los considerados como sus fundadores, Vittoria y Grocio lo eran, uno español y sacerdote católico dominico y el otro holandés y protestante. Si bien es cierto que es posible encontrar en las culturas de la antigüedad algunas instituciones jurídicas que guardan una cierta similitud con las actuales, no existe una relación de continuidad entre ambas. Hacia 1648, y con la Paz de Westfalia que puso fin a la Guerra de los Treinta Años, nace lo que la doctrina ha denominado como Derecho Internacional clásico, cuyo ámbito espacial de vigencia todavía permanecía limitado a unos pocos estados europeos. Con la Paz de Westfalia se inicia una nueva etapa en la evolución del Derecho Internacional al reconocerse los principios estructurales de independencia de los estados y su igualdad jurídica. Comienza entonces un proceso de paulatina expansión que culmina con su plena universalización.

En forma paralela, evoluciona y perfecciona sustancialmente su contenido normativo a la vez que se institucionaliza al crearse posteriormente innumerables organizaciones internacionales.

En los inicios de este proceso, la aplicación del ordenamiento jurídico internacional a las naciones que no pertenecían al círculo cerrado de los estados cristianos europeos, no siempre fue consentida por aquellos, más bien les fue impuesta mediante la colonización o el uso de la fuerza. No contribuyeron a su formación, limitándose a recepcionar la normativa vigente a la época, que traducía las concepciones, cultura y valores del mundo occidental ("naciones civilizadas") [14]. Ello dio origen a impugnaciones, incluso con anterioridad al proceso de descolonización impulsado por Naciones Unidas, como sucedió con los estados latinoamericanos en relación, por ejemplo, con las intervenciones y la aplicación

[14] Una reminiscencia de tal época aún perdura en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del estándar mínimo internacional para hacer efectiva la responsabilidad internacional. La situación cambia a partir de 1950, con el nacimiento de nuevos estados, especialmente africanos y asiáticos, que alcanzan su independencia al lograr terminar con el dominio de las potencias coloniales. Estos comienzan entonces a efectuar sus propios aportes a la creación y perfeccionamiento del Derecho Internacional y su desarrollo progresivo, en forma más acorde a sus propias realidades e intereses nacionales y comunes, en especial en el campo de la autodeterminación, coexistencia pacífica, soberanía permanente sobre los recursos naturales, cooperación económica y desarrollo, creación de organizaciones internacionales de carácter regional dentro del marco de la Carta de las Naciones Unidas, participación efectiva en esta última, etc., para terminar con una aceptación plena, aunque con algunas reservas. Ello debería marcar, en nuestra opinión, el inicio de una nueva fase en el desarrollo histórico o evolución del ordenamiento jurídico internacional.

Los países islámicos, que a excepción de Turquía, habían sido colonizados a partir del siglo XIX, no fueron ajenos a esta situación y sus concepciones jurídico-religiosas no tuvieron incidencia en el proceso de creación del Derecho Internacional Público sin perjuicio de las normativas propias que aceptaban y aplicaban en sus relaciones con otros pueblos y de su posterior contribución y participación, en los términos ya descritos.

Es necesario precisar que los nuevos estados que nacieron como consecuencia del proceso de descolonización no objetaron la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico internacional vigentes al alcanzar su independencia política, sino que tal como expresa Akehurst, lo hicieron sólo respecto de aquéllas que afectaban sus intereses, "...pues tal cosa supondría la eliminación de muchas reglas que le son favorables". También el tratadista citado expresa: "El hecho de que los nuevos países independientes sean principalmente no europeos y no cristianos ha producido escaso impacto sobre sus actitudes hacía el Derecho Internacional. No han mostrado el menor interés en una resurrección de los sistemas locales de Derecho Internacional existentes antes de la llegada de los europeos, o en una reformulación del Derecho Internacional de acuerdo con analogías sacadas de sus sistemas nacionales jurídicos preeuropeos. La razón es patente: sus concepciones jurídicas pre-europeas solían ser muy conservadoras y dirigidas a perpetuar las desigualdades económicas, lo que es totalmente contradictorio con los intereses de estados generalmente pobres e insatisfechos"[15].

[15] Akehurst, Michael, Introducción al Derecho Internacional, Alianza Editorial S.A., Madrid, España, segunda edición, 1982, p. 34.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Deberíamos agregar, además, que numerosos nuevos estados que accedieron a la independencia carecían de una cultura jurídica internacional o de concepciones propias respecto del Derecho Internacional, a excepción de ciertos principios elementales de respeto a los acuerdos y alianzas, conducción de hostilidades, o aquellas que derivaban de sus creencias religiosas y morales.

En el caso de los países islámicos, su sistema jurídico originario se fundaba en la religión, tal como explicamos, y estaba más bien dirigido a regular relaciones y materias de derecho privado, capacidad, obligaciones, contratos, familia, herencia, etc. En cambio, el Derecho Público y en especial el Derecho Internacional no poseen el mismo grado de desarrollo en el Derecho islámico clásico, aunque existan normas que se refieran a determinados tópicos como la paz y la guerra, el Siyar[16]; respeto de los pactos, trato de extranjeros, etc. Esta debilidad se atenúa con la aplicación de los principios generales contenidos en el Corán y sus otras fuentes, en las cuales pueden encontrarse o derivarse las normas necesarias que deben regular las relaciones internacionales.

a) La yihád o guerra santa. Algunas precisiones

Desde la antigüedad y hasta una época relativamente reciente, el uso de la fuerza y más específicamente la guerra, constituía desde una situación permanente a una actividad habitual de los pueblos que la consideraban como uno de sus más importantes derechos. Entre las múltiples causas que se invocaban se encontraban las religiosas. Considerar como enemigos a los que profesaban otra creencia y asumir la obligación de convertirlos imponiéndoles la fe propia fue una actitud relativamente común en una época en que el poder político y el espiritual se identificaban o confundían. Esta realidad se dio especialmente respecto de naciones que adoptaron alguna de las tres más grandes religiones monoteístas, judaísmo, cristianismo e islamismo. Ello se daba en un contexto histórico determinado y, por supuesto, con el transcurso de los tiempos y la propia evolución de los pueblos y nuevas interpretaciones de los respectivos textos sagrados, estas guerras fueron desapareciendo.

El mundo islámico no fue una excepción a esta regla. Habiéndose transformado en un poder político teocrático y conquistador, se ha afirmado que "...sus concepciones básicas de derecho internacional son hijas de un prolongado conflicto entre los estados musulmanes y cristianos. El islamismo, a

[16] Normas que regulan la guerra.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

semejanza del cristianismo, fue en su etapa inicial una religión que se propagó por el entusiasmo, actividad y casi agresividad de sus seguidores; el Derecho islámico clásico no reconocía igualdad de derechos a las naciones no islámicas; la paz que había entre las naciones mahometanas y no mahometanas era temporal. El objetivo final del islamismo era lograr la supremacía de la ley mahometana; durante varios siglos lucharon por tal meta y, en general, el resultado fue bastante bueno. Según los juristas mahometanos, las naciones del mundo se dividían en dos clases: las que seguían la ley musulmana (dar al Islam) y el resto del mundo (dar al harb); el instrumento o medio para alcanzar la supremacía islámica era la guerra santa o jihád que según los tratadistas del sistema jurídico islamita es el equivalente del bellum justum[17].

Debemos recordar que al comenzar a divulgar su mensaje religioso el año 610, Mahoma fue perseguido y desterrado por los mequíes[18], que veían en su prédica un serio peligro para el politeísmo que practicaban, su forma de vida y hasta sus intereses económicos. Posteriormente, se vio obligado a huir a Medina (año 622), ciudad en la que continuó su prédica, aumentando notablemente el número de sus seguidores. Tuvo que enfrentar una guerra con los mequíes que se desarrolló en varias etapas en los años 624 y 625. En el año 628 pactó una tregua de 10 años con sus opositores y en el 630 a la cabeza de su ejército ingresó a la Meca sin oposición de sus habitantes y se apoderó de la Kaaba, que fue transformada en un santuario para el Islam. Finalmente murió en Medina el 8 de junio del año 632.

De esta breve relación se desprende que el contexto histórico, muchas veces omitido, en que el Islam nace y se desarrolla, no fue pacífico y que el recurso a la guerra fue uno de los medios que utilizó el profeta contra sus enemigos para consolidar su nueva religión, lo que por supuesto se refleja en el Corán, especialmente en las aleyas que se refieren a los infieles, y al sentido religioso de su beligerancia, la que continuó durante varios siglos después de su muerte. Sin embargo, también es posible encontrar en el Libro Sagrado de los musulmanes numerosos pasajes en que se recomienda la paz[19]. Un autor ha resumido estos aspectos del Islam primitivo señalando que el Corán "...predica la guerra contra los infieles, pero aconseja que se viva en paz con aquellos que no persiguen a los musulmanes por sus creencias. Para las 'gentes del Libro' –cristianos y judíos–

[17] Friedmann, Wolfgang, La nueva estructura del Derecho Internacional, Editorial F. Trillas, S.A., México, D.F., 1967, p. 366.
[18] Gentilicio que se aplica a los habitantes de la Meca.
[19] Corán 47:35 y 8:61, entre otros.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

existe la institución del amán[20], la salvaguardia que cualquier islamita puede concederles. La guerra santa contra los paganos sólo termina o aceptando el Islam o con el exterminio; y la dirigida contra la 'gente del Libro' mediante la capitulación (amán), por la que reconocían la soberanía del Califa y quedaban bajo su protección (dhimma)"[21,22].

Sin embargo es muy importante y necesario precisar el concepto islámico de yihád, ya que habitualmente los ius internacionalistas lo identifican con el de guerra santa, interpretada ésta en su acepción exclusivamente belicista, y con esa connotación, sin mayores distinciones y con prescindencia de sus otras acepciones. Ello, en nuestra opinión, origina o puede originar una imagen negativa e injusta del musulmán de nuestros tiempos, al proyectar una visión de un ser belicoso, fanático, que está dispuesto a la guerra con el fin de alcanzar sus propósitos religiosos o políticos, imagen que se agrava aún más si el término se asocia al islamismo radical y dentro de éste al extremismo terrorista de algunos movimientos u organizaciones, especialmente del Medio Oriente. Yo diría que éste es el concepto que ha primado en sectores muy amplios de Occidente.

Si así fuera, no hubiere sido posible la inserción de los países islámicos en la actual comunidad internacional y su participación activa en ella, ya que uno de sus principios estructurales, y que constituye una norma de jus cogens, es la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Más de mil cien millones de musulmanes quedarían excluidos del ordenamiento jurídico internacional y sus dirigentes deberían ser considerados como autores de crímenes contra la paz al intentar hacer efectiva la aplicación de la yihád originaria que, tal como ya hemos expuesto, obedeció a un contexto histórico determinado y a causas extintas desde hace muchos siglos. La realidad internacional demuestra su obsolescencia.

Pero volviendo al concepto de yihád, debemos señalar que de acuerdo al Corán su contenido es tanto espiritual como militar. En su primera acepción debe entenderse como la lucha, yihád, el esfuerzo que debe efectuar todo musulmán para lograr una mayor perfección, combatir el mal y alcanzar un nivel moral más elevado. El islamita debe esforzarse para cumplir con los mandamientos de Allah y vivir de conformidad al mandato divino.

[20] Perdón que se concede al enemigo vencido en una guerra. No explicado por el autor citado.
[21] Miaja de la Muela, Introducción al Derecho Internacional Público, Madrid, España, 1979, séptima edición, p. 336.
[22] Dimma significa pacto o alianza. Quizás el autor debió haber utilizado la expresión árabe de ahl ad-Dimma, cuya traducción es "Gente no musulmana sometida al Islam" o dimmi, que tiene el mismo significado.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Su segunda acepción es la militar y consiste en el uso de la fuerza y más concretamente el recurso a la guerra, que puede ser defensiva u ofensiva, y que ha sido explicada por un experto en los movimientos islámicos del Centro Al-Ahram de Estudios Políticos y Estratégicos, con las siguientes palabras:

> La yihád contra aquellos que están fuera de la umma es de dos tipos: defensiva y ofensiva. La primera es el deber de todos los musulmanes: defender su fe, su tierra y su honor contra los ataques de los no musulmanes. La yihád ofensiva es el deber del "estado musulmán": tratar de integrar a los pueblos y zonas no musulmanas dentro del país del Islam –es decir, convertir a la gente a la fe monoteísta del Islam y conducirlos a la umma. En ambos casos, la yihád es conducida bajo rigurosas restricciones. En primer lugar, no debe significar una amenaza a las vidas, a la seguridad, al honor, y a la propiedad de los civiles y no combatientes.
>
> Ya que no existe un estado islámico central que incluya a todas las sociedades musulmanas, puede argumentarse que el concepto de la yihád ofensiva, en el sentido de conquista, ha perdido su validez. La esencia del término, sin embargo, sigue siendo aplicable. Es posible ampliar la umma –la comunidad de musulmanes– a través de la persuasión y de la diseminación de la fe, actividades pacíficas en las que pueden participar los medios de comunicación y las diversas comunidades musulmanas.
>
> En lo que se refiere a la yihád defensiva, es esencialmente una forma de "resistencia nacional" que es legítima, según el derecho internacional, como un medio de enfrentar a la ocupación y la agresión extranjeras. La yihád defensiva, en el sentido de la resistencia nacional, no necesita emanar de una autoridad central. Desde el punto de vista islámico, es el deber de todos los musulmanes capaces defender a su país contra el asalto y la ocupación extranjeros[23].

Asimismo, creemos interesante y revelador de la naturaleza de los principios coránicos, destacar que aun en los primeros tiempos del Islam se constata la existencia de numerosas normas humanitarias que regulan la guerra y la conducción de las hostilidades y que tienden a la protección de la población civil (ancianos, mujeres, niños, dementes, enfermos, etc.), trato de los prisioneros, prohibición

[23] Diaa Rashwan, Lidiando con la semántica, Al-Ahram Weekly, traducido para la página web de "Rebelión", 11 de diciembre de 2001.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de ciertas prácticas atroces y otras. Estas normas siguen manteniendo su obligatoriedad para los musulmanes que tengan que intervenir en una guerra, aunque como sucede habitualmente, incluso en nuestro civilizado mundo occidental, ellas en la práctica puedan ser violadas groseramente.

En el sentido anterior se pronuncian también numerosos tratadistas musulmanes de los primeros tiempos del Islam, entre ellos Ibn Abi Zayd Al-Qayrawáni, nacido el año 923 d.C., que corresponde al año 310 de la Hégira, de la escuela jurídica musulmana ortodoxa del jurisconsulto islámico de Medina Malik Ibn Anas (fallecido el año 795 d.C., 179 de la Hégira), autor de un compendio de Derecho islámico (Rísala fi-l Fiqh). El escribió: "No se matará a las mujeres ni a los niños y se evitará matar a monjes y a rabinos a menos que hayan combatido"[24].

En el pensamiento musulmán contemporáneo y en la política de las naciones islámicas, y desde hace varios siglos, la yihád no es invocada como medio para extender o imponer el Islam, que dejó de ser un objetivo, sin perjuicio de las acciones pacíficas que se desarrollan para difundir la religión y obtener la conversión de los infieles y paganos como cualquier otra creencia. Sin embargo, es necesario reconocer que el llamado a la guerra santa ha vuelto a ser utilizado e invocado por algunos Estados aislados, organizaciones políticas musulmanas, líderes religiosos y dirigentes de movimientos radicales islámicos. Un breve examen de este resurgimiento de un concepto caído en desuso, nos indica que éste constituye una respuesta a una agresión o al riesgo de que ocurra, cuando se atenta o infringe el principio de autodeterminación de los pueblos, la independencia o la integridad territorial.. Se transforma en una invocación religiosa dirigida al conjunto de los creyentes para que éstos solidaricen con la resistencia a la amenaza o agresión contra un pueblo musulmán, que puede ser o no el directamente afectado. Sería una aplicación de la idea de la umma, que mantiene aún su plena vigencia. De esta apreciación se desprende que se trata de la yihád defensiva que puede asimilarse, tal como ya se ha expresado, al ejercicio del derecho a la legítima defensa individual o colectiva consagrado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

b) Algunas otras instituciones jurídico-internacionales del antiguo Islam

Tal como ya hemos expresado en otra parte, el Derecho Público, incluido el Internacional, no tuvo en el mundo islámico el mismo desarrollo que el Derecho

[24] Ibn Abi Zayd Al-Qayrawáni, Compendio de Derecho islámico, edición y traducción desde el árabe de Jesús Riosalido, Editorial Trotta, S.A., 1993, Madrid, España, p. 106.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Privado. En general, éste fue uno de los rasgos característicos del Derecho Internacional en una época anterior a Vittoria y Grocio y que se dio en todas las culturas y civilizaciones sin excepción. Las relaciones entre los pueblos sólo se regían por ciertos principios básicos cuyo origen era principalmente la religión, la moral y los acuerdos particulares alcanzados por las naciones en función de sus intereses políticos o económicos propios.

Sin embargo, tanto en el Corán como en la Sunna y en numerosos trabajos científicos de juristas islámicos que escribieron sus obras incluso antes del surgimiento del actual Derecho Internacional, y tan anteriores como el siglo VIII d.C., contienen estudios completos para su época sobre el derecho de guerra, el diplomático, etc. Entre ellos se encuentra Saybání Muhamad Ibn Al-Hasan, seguidor de Abu-Hanífa (699-767), jurisconsulto de Kufa en Irak, y creador de la Escuela Jurídica Hanifa, una de las cuatro principales[25], que "...reconoció a la razón como fuente de Derecho, junto con los Textos Sagrados, las tradiciones y el consensus de los musulmanes, aunque sin sistematizar plenamente estos conceptos"[26].

Un prestigiado internacionalista español señala: "La importancia de Saibani para la fijación y el ulterior desarrollo de la doctrina ha hecho que un autor occidental del siglo pasado le llamara 'el Hugo Grocio de los musulmanes'[27].

Por otra parte, el respeto a los acuerdos alcanzados y a la palabra dada, que incluye a los tratados celebrados con naciones extranjeras, tiene la naturaleza de una obligación religiosa, lo que equivale a nuestro pacta sunt servanda, norma fundamental del ordenamiento jurídico internacional, tal como ha sido universalmente reconocido, tema al cual volveremos en el párrafo siguiente. El cumplir con los pactos y acuerdos constituía una de las características de todo buen musulmán.

El trato a los extranjeros es otra de las materias que alcanzó un alto grado de desarrollo en el Derecho islámico tradicional, ya que basado en el reconocimiento de la igualdad entre los hombres, a pesar de las distinciones religiosas y algunas desviaciones que contradijeron la esencia de su contenido, se les otorgó importantes derechos y libertades, incluso a los no musulmanes y en tiempos de

[25] Otras escuelas jurídicas importantes de esa primera época, (que reciben el nombre de madhab, en plural madhâhib), son la Malikita, fundada por Malik Ibn Anas (715-795); la Shafilta cuyos integrantes fueron seguidores del jurista mequí Safi'í (767-820); la Hanbalita, cuyo fundador fue Ibn Hanbal (780-855) a la que se agrega la ya nombrada Hanifa.
[26] Ibn Abi Zayd Al-Qayráwaní, ob. cit. (24), p. 45.
[27] Ver Truyol y Serra, Antonio, "Concepto del Derecho Internacional Público", p. 176, con sus notas anexas.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

guerra, algo absolutamente inédito para su época y que contrastaba con el tratamiento que le daban otras culturas tan antiguas como la griega y la romana. Así, existía la obligación de amparar a los no musulmanes de acuerdo a la institución de la Dimma que se aplicaba a las "Gentes del Libro", judíos y cristianos, y también a los zoroastrianos. Estos debían pagar un impuesto, Yizya, que es necesario diferenciarlo del Jaráy[28], pero disfrutaban de igualdad de derechos con los musulmanes, ejerciendo además la libertad de culto y otras libertades. El mundo islámico exhibía una tolerancia sin precedentes en esa época[29]. Incluso, los no musulmanes alcanzaron situaciones de importancia y privilegio, distinguiéndose además en numerosas esferas de actividad, especialmente la cultura, siendo respetados y apreciados, lo que confirma que recibieron un trato no discriminatorio. Efectos similares producía el amán, que es el perdón concedido al enemigo que ha sido vencido en una guerra.

En relación a lo expresado precedentemente, Truyol y Serra, al analizar los principios doctrinales del Derecho de Gentes en el Islam, expone lo siguiente:

> Dada la estructura teocrático-imperial del Islam, es el problema de las relaciones con los "infieles" y en particular el de la guerra con ellos el que acapara la atención de los autores en lo concerniente al ámbito internacional.
>
> Luego de analizar someramente el pensamiento de algunos juristas, continúa diciendo:
>
> La doctrina musulmana del derecho de gentes, tal como se refleja en estas obras, se estructura en torno a tres instituciones capitales: la "concesión de seguridad", la "incorporación al Islam", el tratado. La concesión de seguridad (aman) hecha a los infieles, individual o colectivamente, suspende la "guerra santa" y sus efectos en el tiempo, permitiendo mientras dure un comercio jurídico. La incorporación al Islam (dimma) de que pueden beneficiarse los miembros de los "pueblos del Libro" es, en cambio, irrevocable, alcanzando en virtud de la misma aquéllos un status de ciudadanía limitada. El tratado internacional (muwada'a) concluido con los infieles se basa en una autorización coránica y en la tradición del profeta, pero sólo la necesidad o la utilidad (si por ejemplo la relación de fuerzas es desfavorable) justificarán el que se recurra a él, siempre para un plazo de tiempo limitado (aunque a

[28] Impuesto sobre la tierra.
[29] Bajo el gobierno del califa omeya Muawiya se "...otorgó a los dhimmi libertad religiosa y derechos personales basándose en las enseñanzas coránicas", Armstrong, Karen, El Islam, Editorial Grijalbo Mondadori, S.A., primera reimpresión, 2001, p. 89.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

veces indeterminado). Dichas instituciones, y especialmente la última, descansan en última instancia en el principio de la fidelidad a la palabra dada, válido con respecto a los no-creyentes como a los creyentes[30].

Complementando lo que expresa el tratadista español, debemos expresar que, al parecer, su opinión se fundamenta en la obra del jurista musulmán Saibani, de la Escuela Hanefi, antes citado, a quien menciona acertadamente, y sus palabras corresponden al derecho vigente en una época determinada de la evolución del Islam.

Otra de las instituciones que como práctica internacional se respetaba hasta en los tiempos más antiguos, es el de la inmunidad personal de los embajadores, la que es recogida por el Derecho islámico. Sin embargo, no se les reconocía inmunidad de jurisdicción.

En cuanto a la institución consular, el Islam no ha sido ajeno a su desarrollo. Al respecto, y en relación al origen de las denominadas capitulaciones, se ha señalado lo siguiente: "En el recuento histórico conviene mencionar que en el siglo VII de nuestra era, una gran parte del Imperio romano cayó en poder del Islam. Los estados musulmanes concedieron a los comerciantes de las ciudades de Occidente, establecidos en sus territorios, un régimen especial de protección". Recordemos que estas Capitulaciones eran "acuerdos tendientes a establecer la condición jurídica de los súbditos de los países cristianos en territorio musulmán. Una de las razones era que el Corán no tiene vigencia entre los infieles y, en consecuencia, éstos quedan fuera de su jurisdicción; debían continuar, pues, sujetos a sus propias leyes. De otra parte, los musulmanes no tenían mayor interés en obtener privilegios".

Más adelante, el autor continúa expresando:

Los principales privilegios, previstos en las Capitulaciones eran:
a) Se autorizaba a los cristianos a entrar en los países musulmanes;
b) Podían construir sus iglesias y practicar su culto;
c) Gozaban de inviolabilidad personal y de domicilio;
d) Se les concedía el derecho de practicar el libre comercio y,
e) No estaban sujetos a la justicia local[31].

Lamentablemente, lo que eran al inicio concesiones graciosas de las autoridades musulmanas, se transformaron posteriormente, con el transcurso

[30] Truyol y Serra, Antonio, ob. cit. (27), p. 176.
[31] Guerra Araya, Jonas, Derecho y Práctica Consulares, tomo I, Santiago de Chile, 1969, pp. 28 y siguientes.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del tiempo, en imposiciones de las grandes potencias europeas, hasta que desaparecieron al final de la primera mitad del siglo XX.

La tolerancia islámica para los pueblos de otras creencias queda así nuevamente confirmada, sin que ello pueda interpretarse como un abandono de su pretensión de universalizar la umma.

En todo caso, es necesario reiterar que el ordenamiento jurídico internacional de fuente religiosa del Derecho Islámico, que por razones de tiempo y espacio no podemos analizar en mayor extensión, incluyendo otras normativas e instituciones, ni tampoco profundizar en sus análisis como hubiéramos querido, no tuvieron ninguna incidencia en el origen y desarrollo de nuestro actual Derecho Internacional Público, y si la hubo fue sólo tangencial y secundaria, aunque posteriormente facilitaron su aceptación como expondremos más adelante[32].

c) La declinación del mundo islámico

Son numerosas las causas que explican la declinación paulatina del mundo islámico y de sus concepciones políticas y jurídicas, que durante siglos dominaron en vastas extensiones del planeta, dejando un extraordinario legado cultural.

[32] En este sentido se pronuncia unánimemente la doctrina. Así y a vía de ejemplo, Josef L. Kunz señala: "Nuestra comunidad internacional es, pues, una creación estrictamente histórica, la comunidad, originariamente, de los estados cristianos europeos, que antes formaban la república cristiana centralizada. Por la misma razón, nuestro Derecho Internacional es una creación estrictamente histórica y europea, nacida para ligar a los estados soberanos y cristianos de Europa. Y aunque desde la Edad Media la Europa cristiana haya estado en contacto diplomático y militar con las potencias musulmanas, con los árabes y después con los turcos, la comunidad internacional queda restringida a los estados cristianos de Europa hasta el comienzo del siglo XIX, los tratados de Derecho Internacional tenían el título, en la lengua diplomática francesa, de Traité du Droit International de l'Europe" (Del Derecho Internacional clásico al Derecho Internacional nuevo, Imprenta Universitaria, 1952, México, p. 16). Alfred Verdross nos indica, en lo que se refiere a la incidencia islámica en la génesis del actual ordenamiento jurídico internacional: "Por otra parte, no hay que pasar por alto el impacto de otros dos círculos jurídico-internacionales, a saber: el bizantino y el islámico, sobre el Occidente medieval. Nosotros no los tendremos en cuenta, sin embargo, porque en general su influencia en la constitución del D.I. moderno ha sido escasa. Recordemos tan sólo que Bizancio fue, del siglo VII al X, un importante centro diplomático, y que allí se pusieron los cimientos del derecho diplomático europeo. El círculo jurídico islámico, en cambio, no dejaría de influir sobre el derecho de la guerra y las reglas del comercio internacional del mundo cristiano" (Derecho Internacional Público, quinta edición, Editorial Aguilar, España, 1967, pp. 33-34). Finalmente, y para no extendernos demasiado, Carrillo nos expresa "El ejemplo analizado –se refiere al fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del Sahara Occidental– pone de manifiesto, en consecuencia, que apenas existen trazos de continuidad entre el Derecho del Islam y el actual Derecho Internacional. Puede afirmarse, por tanto, sin caer en deformación eurocéntrica alguna, que el Derecho Internacional contemporáneo tiene sus orígenes inmediatos en el proceso de desintegración de la república cristiana que culminó con el nacimiento de los estados modernos, al realizarse plenamente unas condiciones y presupuestos políticos que venían formándose desde mucho antes" (Carrillo Salcedo, Juan Antonio, El Derecho Internacional en perspectiva histórica Editorial Tecnos, S.A., reimpresión, 1991, pp. 15-16).

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Dichas causas se enmarcan en un verdadero y largo proceso histórico de cuyo análisis estamos obligados a prescindir[33]. Desde la perspectiva del objeto de nuestro estudio, tiene sin embargo importancia señalar que esta declinación fue paralela a la evolución experimentada a partir del siglo XVIII por los principales países de Europa occidental, especialmente en el campo comercial, económico, tecnológico y militar. Esta situación contrastaba con el estancamiento, debilitamiento y división del mundo islámico, prácticamente dirigido por Turquía. Todo este escenario preparaba la época de los imperios europeos que dominaron una gran parte del mundo y que comienzan a consolidarse a partir del siglo XIX y perduran hasta el derrumbe del poder colonial de algunas grandes potencias como Francia e Inglaterra, seriamente afectadas por el proceso de descolonización impulsado por la Organización de las Naciones Unidas, con posterioridad a 1945. El primer indicio de lo que sucedería más adelante se presenta con la ocupación de Egipto por Francia durante tres años, a partir de 1798, hiriendo el corazón mismo del mundo musulmán. Posteriormente, y en una escalada que se inicia en 1830, y ya con algunos otros antecedentes anteriores de ocupación, la formación de los grandes imperios europeos culmina con la derrota del Imperio otomano en la Primera Guerra Mundial y la distribución de sus provincias árabes entre Inglaterra y Francia. A esta fecha no existía ningún estado árabe que fuese soberano o independiente. La casi totalidad del mundo islámico, especialmente el Medio Oriente y el Magreb, cae bajo el dominio de estas potencias agresivamente expansionistas. La misma suerte corre el continente indio y numerosos territorios africanos que poseían una gran población musulmana. Todo ello no fue sin una resistencia nacionalista de los colonizados, incluso armada, la que posteriormente condujo a la independencia política. Durante toda esta época y especialmente entre los finales de los siglos XVIII y XIX, se manifiestan en el mundo islámico numerosos movimientos reformistas de inspiración religiosa pero también modernista, que conducen a lo que se ha denominado un despertar del mundo musulmán y a una renovación religiosa que impactan muy profundamente en la sociedad islámica. Sobre este fenómeno se ha escrito que es: "...a la vez político y religioso", y que: "...aparece como la resultante de una doble corriente de pensamiento: una, de inspiración religiosa, fundada sobre la ideología reformista en vías de formación en el mundo musulmán desde finales del siglo XVIII; otra, de origen meramente profano y de orientación modernista (la modernidad vista principalmente a partir de Europa".

[33] Ver Hourani, Albert, La historia de los arabes, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, Argentina, 1992.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"Mientras que las energías desplegadas bajo el signo del Renacimiento (en árabe: Nahda) se emplearon en recuperar los retardos socioculturales del mundo islámico, las búsquedas inspiradas por motivaciones religiosas aspirarán a crear una dinámica de renovación y de reforma (en árabe: Islâh), en la perspectiva de una armonización entre los elementos de la tradición y las condiciones de la vida moderna"[34].

Pero ya con bastante anterioridad a la época colonial, el intercambio comercial con los países europeos y los acuerdos alcanzados con éstos fueron conformando naturalmente un tráfico jurídico permanente entre el mundo islámico y el europeo y cierta participación cada vez más creciente a través de los siglos en la hasta aquel entonces embrionaria sociedad internacional. Todo ello tuvo incidencia en la práctica de las concepciones religiosas y condujo a los musulmanes a aceptar la coexistencia pacífica entre las naciones y creencias.

El colonialismo europeo, al igual que la corriente modernista, tuvo una notable influencia en las instituciones jurídicas de las naciones islámicas, lo que condujo a importantes transformaciones, a las cuáles nos referiremos más adelante.

La independencia política de las antiguas colonias europeas del mundo islámico y el ingreso de éstas a la Organización de las Naciones Unidas, cuyos principios y propósitos tuvieron que aceptar, marca la plena incorporación de los estados islámicos a la comunidad internacional y la aceptación de su ordenamiento jurídico internacional.

Esta incorporación no significó por supuesto una derogación o abandono global del Derecho islámico, cuyas normativas e instituciones en mayor o menor grado continuaron rigiendo en numerosos países musulmanes, coexistiendo en casi todos los casos con un nuevo derecho laicizado que recoge las influencias de los grandes sistemas jurídicos europeos, especialmente el anglosajón.

Sin embargo, y como tendremos ocasión de señalarlo, la continuidad de la vigencia de determinadas normas islámicas se ha transformado en un factor que conspira contra la aplicación integral del ordenamiento jurídico internacional, especialmente en determinadas materias.

Por otra parte, el fenómeno del resurgimiento islámico contemporáneo, que obedece a numerosas causas de diversa índole, lleva implícita la aspiración de aplicar el Derecho islámico original, posición que han asumido como propia los diversos movimientos fundamentalistas, lo que implica, de concretarse una tendencia radical en cualquier país musulmán, un eventual riesgo de ruptura

[34] Ver Merad, Alí, El Islam contemporáneo, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p. 24 y siguientes.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

parcial con el ordenamiento jurídico internacional. Debido a ello, no compartimos en plenitud la afirmación de que las concepciones jurídicas islámicas "sólo tienen interés histórico o académico"[35].

Sin perjuicio de lo ya expresado, opinamos que es posible identificar los principales factores religiosos, jurídicos y políticos que facilitaron la aceptación del ordenamiento jurídico internacional por los países que integran el mundo islámico, como también aquellos que afectan su plena vigencia o son fuentes de tensión en las relaciones internacionales.

3. FACTORES QUE FAVORECIERON LA ACEPTACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL POR EL MUNDO ISLAMICO

Tal como se ha expresado, el mundo islámico no contribuyó sustancialmente a la formación del Derecho Internacional Público, cuya raíz primitiva era europea y cristiana. Aún más, existían y aún existen diferencias abismales entre los sistemas jurídicos occidentales y el sistema jurídico islámico original, fundado en el Corán y la Sunna, sin perjuicio de las normas provenientes de otras fuentes.

Sin embargo, el desarrollo histórico de las relaciones internacionales, condujo en definitiva a que los pueblos musulmanes consintieran en aceptar el ordenamiento jurídico internacional que hoy nos rige.

En ello influyeron factores de diferente naturaleza, algunos incluso de fuente religiosa. En un planteamiento personal, al igual que muchos de los que en esta ponencia se han expuesto, mencionaré a continuación aquellos que en nuestra opinión fueron los más importantes.

a) El respeto de los acuerdos

El Derecho islámico impone, fundado en los claros términos del Corán, la obligación de cumplir con los acuerdos que se hayan celebrado. Su fuente es, en consecuencia, religiosa y dado que el Libro Sagrado es obra de Allah, tiene su origen en Dios. El desconocimiento o infracción de un acuerdo, cualquiera que sea su denominación, importa severas consecuencias para sus autores ya que constituye la violación de un precepto divino.

[35] Mahid Khadduri, War and Peace in the Law of Islam, p. 49-50, citado por Friedmann, Wolfgang, ob. cit. (17), p. 367.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El principio anterior, sin las connotaciones religiosas expuestas, que por supuesto elevan su jerarquía e importancia, no guarda diferencias con la norma pacta sunt servanda, impuesta no sólo por la moral, la razón y el derecho natural, sino también por la costumbre internacional primeramente y el derecho positivo después, que la recepcionó, transformándola en una norma de jus cogens y en un principio fundamental, estructural, del ordenamiento jurídico internacional. Incluso, parte de la doctrina encuentra en ella el verdadero fundamento de la obligatoriedad del Derecho Internacional.

Por tanto, se presenta así una feliz coincidencia entre el Derecho islámico y el ordenamiento jurídico internacional que reconoce en los tratados una de sus principales si no la más importante fuente de creación de las normas jurídicas que la integran. De esta manera, cualquier obligación contraída por los países islámicos mediante la celebración de acuerdos con otras naciones, bilaterales o multilaterales, debe ser escrupulosamente respetada.

A este factor se agrega la circunstancia de que el Derecho Público, incluido el Internacional, tuvo un desarrollo muy limitado en el mundo musulmán, lo que facilitó enormemente su inserción en la comunidad de las naciones por la vía de los tratados internacionales que se celebraban[36]. Ello implicaba, además, una secularización del Derecho Público islámico al desligarlo de una fuente religiosa inmediata, tal como sucedía en el derecho de los países occidentales.

De hecho gobernantes musulmanes y cristianos mantuvieron con posterioridad a las cruzadas un intenso intercambio comercial respaldado por tratados que se pactaban entre ellos, sin perjuicio de los acuerdos alcanzados sobre otras materias como, por ejemplo, las llamadas Capitulaciones, a las cuales ya hemos hecho mención con anterioridad. Esta práctica internacional logra uno de sus puntos más altos cuando Turquía celebra el Tratado de París de 1856, por el cual se puso fin a la guerra de Crimea, instrumento que le significó su incorporación a la comunidad de estados europeos.

Teóricamente, la principal prueba de la vigencia del ordenamiento jurídico internacional en el mundo musulmán, incluso en países que han consagrado en sus constituciones nacionales su carácter islámico y la vigencia de la sharia, se encuentra justamente en los tratados creadores de organizaciones internacionales y normativos que han firmado y ratificado. Ello ha significado que en algunas materias se acogieron las interpretaciones más modernistas de los preceptos

[36] Un autor ha llegado a señalar: "Las normas de Derecho Público están desvinculadas de los precedentes sagrados y pueden ser consideradas incluso fuera de la noción islámica de Derecho (fic)". Losano, Mario G., Los grandes sistemas jurídicos, Editorial Debate, p. 236.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

coránicos, de conformidad al nuevo contexto histórico, con prescindencia de otras más radicales o literales, rasgo característico del fundamentalismo islámico. Sin embargo, es necesario indicar que en aquellos casos en que se presenta alguna incompatibilidad u oposición entre normas contenidas en un tratado y la propia legislación nacional, muchas veces fundada en la sharia, los estados musulmanes se abstienen de firmar o ratificar, o sencillamente formulan la respectiva reserva.

En lo que se refiere a las normas consuetudinarias existentes al tiempo de incorporarse el mundo islámico a la comunidad internacional, ellas han sido aceptadas en general. Recordemos al respecto que parte de la doctrina ha considerado a la costumbre como un acuerdo tácito entre los estados.

Finalmente, la instauración de regímenes republicanos en estados musulmanes, incluyendo gobiernos de inspiración socialista y laica, ha contribuido sustancialmente a la aceptación del Derecho Internacional y a su incorporación efectiva a la comunidad de las naciones.

b) La colonización europea del mundo islámico

En los siglos XIX y XX culmina la expansión colonial de Europa, especialmente de Francia e Inglaterra, que se transforman en las potencias dominantes del mundo islámico, situación que se consolida luego de finalizada la Primera Guerra Mundial cuando el Imperio otomano se desmembra, pierde sus provincias árabes y desaparece, siendo sustituido por Turquía como estado independiente bajo el gobierno de Kemal Ataturk. Este introduce revolucionarias reformas políticas y emprende la tarea de modernizar el país, con un criterio occidental y laico que prescinde de toda influencia religiosa, algo absolutamente inédito para un país musulmán. Aunque ya se habían experimentado con anterioridad algunas reformas jurídicas laicizantes, el nuevo régimen turco fue más allá y derogó en los hechos el Derecho islámico.

La colonización europea ejerció una fuerte influencia en el derecho que se aplicaba en los territorios musulmanes dependientes. Este fenómeno ya se había advertido con la expansión de Inglaterra a India y de Francia al norte de Africa (1830). En este sentido se ha señalado: "Esta injerencia directa de Europa en el mundo islámico provocó la recepción de numerosas instituciones europeas, que continuaron sobreviviendo incluso después del declive de Europa como potencia colonial"[37].

[37] Losano, Mario G., ob. cit. (36), p. 251.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En general, podríamos señalar que en el ordenamiento jurídico interno de estas colonias se produce, a excepción de Turquía tal como se ha explicado, una especie de coexistencia entre el derecho occidental, impuesto por los países europeos, y el derecho islámico. Esta situación perduraría con posterioridad a la independencia. Un antecedente importante está constituido por la anuencia tácita de los movimientos reformistas y laicos, que ya existían o que luego surgieron en el seno de los nuevos estados, en la medida en que los cambios introducidos al sistema jurídico constituían un aporte modernizador. El mundo islámico comienza a familiarizarse con el derecho aplicable en Occidente y, por supuesto, ello contribuyó a su incorporación a la comunidad internacional.

En una muy interesante investigación, algunos de cuyos párrafos nos permitiremos transcribir íntegramente a pesar de su extensión, se sintetizan las reacciones de los diferentes sectores islámicos a la adopción, y en algunos casos imposición, de concepciones e instituciones jurídicas occidentales en los países musulmanes.

Su autora señala lo siguiente:

> Beginning with the Napoleonic invasión of Egypt (1798-1801), the countries of the Middle East, with the exception of parts of Arabia, were either directly or inderectly subjected to the forces of European imperialism. Elites implicitly, if not always openly, adopted Western models of progress and development. Even within the nationalist movements the most influential ideas were ones involving secular nationalism, and the model of the modern, secular nation´state was generally put forward as the ideal to be realized upon achieving independence. Until the 1970s the countries of the Muslim Middle East seemed to be embarked on programs of modernization in the Western style that would inevitably lead to ever greater secularization.
>
> In the area of law, modernization meant abandoning Islamic law as contained in medieval juristic treatises, and borrowing European law – largely codified law on French models, and Westernizing legal institutions. Some of this borrowings was done by thee choice of indigenous Muslim leaders who saw in the retention of medieval religious law a barrier to progress, but in other instances, it was forced on Middle Eastern societies bay Europeans pressures. Although island of Islamic substantive law survived in some areas, especially the area of personal status law. Middle East legal system had, by and large, been remodelled along European lines by the

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mid-twentieh century.

From the onset of the Westernization process, however, there were Muslims who denounced both the attempts to imitate the "infidel" West and the borrowing of European law, and Muslims who were proponents of Westernization were vulnerable to being castigated as traitors to Islam. Many Muslims associated loyalty to Islam and traditional institutions with patriotic resistence to the encroachments od European influence. A variety of Islamic movements emerged that attacked both the political and cultural manifestations of Western infidel hegemony in the Middle East. For decades, groups that invoked Islamic loyalties and called for respect for the Islamic tradition seemed to be engaged in a futile rear guard struggle against inevitable change and progress. Although these defenders of traditional Islam seemed to be fighting a losing battle, their opposition to the forces of modernization/ secularism created political tensions and constituted stumbling blocks in the way of many reforms and development programs.

The idea of secularism tended to be fully accepted only by members of educated elites and technocrats, while the masses of the population remained devoted to various traditional forms of Islam and were susceptible to mobilization by political groups calling for the defense of Islam. While liberals and leftists demanded modernizing reforme and grew impatient with the political compromises that meant the perpetuation of some traditional Islamic institutions and clerical influence on politics, political leaders, fearful of provoking the hostility of influential religious figures and their numerous followers, were generally wary of undertaking measures that directly challenged the privileged position that Islam still enjoyed or that might prove particulary offensive to conservative religious elements [38].

La desintegración del Imperio otomano, la transformación de sus provincias en colonias y la posterior independencia de éstas, que se constituyen en estados soberanos, afectan seriamente a la concepción islámica de la Umma, es decir, al ideal de la comunidad de todos los musulmanes, de carácter universal, que integra a diversas razas, pueblos y culturas, y cuya unidad descansa en la fe religiosa que comparten, en la palabra divina revelada contenida en el Corán.

Como consecuencia del proceso de descolonización, la Umma, que tuvo

[38] Mayer, Ann Elizabeth, "Law and Religion in the Muslim Middle East", The American Journal of Comparative Law, vol. 35, pp. 127-128.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en sus orígenes proyecciones políticas mayores, se ve seriamente afectada por la atomización del mundo islámico, especialmente el árabe. Los nuevos Estados reafirman con fuerza su individualidad e incluso mantienen diferencias que en ocasiones han conducido a enfrentamientos armados, como las guerras entre Irak e Irán y la invasión de Kuwait por Irak, que provoca la llamada Guerra del Golfo, que divide aún más a los países musulmanes. De esta manera, la Umma queda reducida a ser sólo una comunidad de fe, que es el factor de unidad espiritual del pueblo musulmán.

Sin embargo, esta conciencia común de pertenencia a una comunidad religiosa ha incentivado a los estados musulmanes a crear diversas organizaciones internacionales panislámicas y ha servido como factor unitario que ha permitido la formación de otras de carácter político regional, de acuerdo a las normas jurídicas internacionales y dentro del marco de la Carta de las Naciones Unidas, como examinaremos más adelante.

La Umma, si bien debilitada por las disensiones internas de los estados islámicos, se ha mantenido y ello ha tenido incidencia en el ámbito internacional.

Según un autor, sus características son las de ser una comunidad igualitaria, teocrática y laica. Sobre este último rasgo, no resisto la tentación de transcribir lo que expresa al respecto, como una información general sobre una materia que es normalmente desconocida. Dice lo siguiente:

> El Islam es una comunidad de seglares. No reconoce a nadie un poder espiritual sobre los demás. El Islam no es una "iglesia", ni lleva consigo un sacerdocio. El creyente musulmán se dirige a Dios directamente sin la obligación de recurrir a un sacerdote. Cada musulmán es su propio sacerdote, y en sus relaciones con Dios prescinde de todo ministerio y de todo mediador de la clase que sea. Nadie en esta comunidad está encargado de juzgar el foro interno de nadie. El creyente se encuentra solo ante Dios en la vida y en la muerte. Solo ante la trascendencia de Dios, del que se proclama servidor sumiso.
>
> Como dice un autor, "el protestantismo más rígido parece casi una religión sacerdotal frente a este monoteísmo individualista intransigente.
>
> Tampoco existe, como en el catolicismo, un magisterio espiritual propiamente dicho. El sabio musulmán, como el almuédano que llama a la oración, o el imán que preside la oración del viernes, son tan laicos como cualquier otro creyente. Son simples funcionarios de un cargo público que se les ha confiado. El Islam ignora la jerarquía. Es anticlerical por

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

naturaleza. Es esencialmente la religión de la fe que salva. La unidad de la umma no la realiza ninguna autoridad o jerarquía, sino la misma fe en un Dios único y la creencia en Mahoma como enviado de Dios"[39].

Asimismo, la colonización de los pueblos islámicos originó movimientos independentistas o de liberación que utilizaron el ordenamiento jurídico internacional vigente a la época, que ya reconocía el derecho a la autodeterminación, para legitimarse y exigir su emancipación, obtenida no siempre en forma pacífica. El Derecho Internacional fue funcional a sus pretensiones, especialmente la Organización de las Naciones Unidas. Esta se transformó en el foro internacional más adecuado e importante para promover la protección de sus intereses nacionales frente a las potencias neocolonialistas; mantener su independencia, defender sus derechos, obtener el reconocimiento de principios fundamentales para su desarrollo económico y social, al igual que otros países del Tercer Mundo; participar activamente en el desarrollo progresivo y codificación del Derecho Internacional; beneficiarse de la cooperación internacional institucionalizada, el desarrollo y el comercio internacional, etc.

En definitiva, todo ello suponía la aceptación del ordenamiento jurídico internacional vigente al momento de transformarse en estados soberanos, prescindiendo en la práctica internacional real y efectiva de algunas concepciones islámicas incompatibles con el Derecho Internacional Público.

c) El nacionalismo secularizador

Los movimientos nacionalistas surgidos a finales del siglo XIX, de tendencia reformista y secular, nacen y se desarrollan en el mundo islámico como una orientación propia de las elites urbanas cultas que paulatinamente y a través de los años van cautivando a las masas. Sin embargo, adquieren características propias en cada colonia y luego en cada Estado independiente que surge de éstas, formándose distintos partidos políticos que integran elementos occidentales y modernistas con ingredientes islámicos, que incorporan nuevas ideas jurídicas occidentales y adhieren al constitucionalismo. A ello contribuye, con todo lo que significa, la caída del califato otomano, que representaba el orden antiguo que desaparecía. El islamismo tradicional ortodoxo pierde su importancia, salvo algunas excepciones, especialmente la aplicación de la sharía, que comienza a

[39] García Hernando, Julián, ob. cit. (11) p. 230.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

verse restringida a ciertas materias, quedando el resto entregada a la regulación de los códigos que se encontraban vigentes gracias a la colonización europea.

En la época postcolonial, los nuevos estados adhieren a la ideología tercermundista y surgen líderes de la envergadura de un Gamal Abdel Nasser, Ahmed Sukarno, Habib Burguiba y otros. Varios de los nuevos países optan por la revolución y el socialismo, a los que se considera compatibles con los valores islámicos. Incluso algunos autores le encuentran su fundamento en los principios islámicos. Los estados, sin perder la visión teórica de una unidad islámica, o de una unidad regional árabe, en su caso, consolidan su independencia y soberanía frente a los otros países musulmanes. Con el fin de esta etapa, que fue sumamente compleja desde la perspectiva religioso-política, cuyo término podríamos fijar tentativamente cuando Egipto y otros países árabes son derrotados por Israel en 1967, se inicia un nuevo período en que, "...el Islam tiende a afirmarse como una fuerza nueva a escala mundial, en razón del poderío económico y político de los estados miembros del conjunto islámico. Esta dinámica del Islam puede ser interpretada como el resurgimiento de una voluntad de poderío propio de una religión conquistadora, donde se trataba simplemente de una reconquista de la libertad"[40]. Pero ésta es una etapa posterior, en la cual emergen el fundamentalismo islámico y la llamada reislamización, como reacción a la situación política, económica y social del mundo musulmán contemporáneo.

Lo importante, es que el nuevo nacionalismo que surge, anterior e inmediatamente posterior a la independencia, tiene un carácter mixto ya que sin renunciar al Islam, es básicamente secularizador en el sentido de separar la acción política y gubernamental de la religión, la que mantiene no obstante una posición privilegiada. Este nuevo nacionalismo obtiene en algunos casos el apoyo de la Unión Soviética y se inserta, consecuencialmente, en la confrontación este oeste. Pero en su mayoría, pasa a formar parte del movimiento de los países no alineados. Paralelamente, en algunos países árabes se adoptan medidas con el fin de controlar o reprimir movimientos fundamentalistas, como fue el caso de Egipto respecto de la Hermandad Musulmana.

En este sentido, son realmente proféticas las palabras de Gamal Abdel Nasser a un periodista yugoslavo, al que declaró: "Si fracasa el nacionalismo árabe en esta región del mundo, si los países socialistas no nos ayudan a derrotar a los occidentales que domina Estados Unidos, los pueblos árabes sólo podrán esperar del Islam" [41].

[40] Merad, Alí, ob.cit. (34), p. 128-129.
[41] Daniel, Jean, "Viaje al Fondo de la Nación", (traducción de "Voyage au bout de la nation" de Editions Du Seil, Francia, 1995), Editorial Andrés Bello, Santiago, Chile, 1995, p. 74.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De esta manera: "El radicalismo izquierdista era la mejor defensa contra el integrismo radical"[42].

Por supuesto que este nacionalismo socialista, revolucionario y laico incidió favorablemente en la participación activa de los países islámicos en la institucionalidad internacional.

Sin perjuicio de lo expresado, algunos estados musulmanes como Arabia Saudita, profundamente islámicos, también inician un proceso de reforma de sus sistemas legales con el objeto de modernizarlos y adecuarlos a las nuevas realidades, especialmente las del comercio, aduanas, impuestos, etc., aunque la sharía continúa manteniendo su importancia en coexistencia con la nueva legislación[43].

d) El panarabismo y el panislamismo

Ambos son movimientos unionistas de diferente naturaleza que poseen bastante importancia en el mundo islámico, en la medida en que han dado origen a numerosas organizaciones internacionales, algunas de las cuales han sido constituidas de acuerdo al ordenamiento jurídico internacional, con subjetividad jurídica internacional y detentando un poder político y diplomático que, aunque limitado, es de todas maneras significativo.

El panarabismo propugna la unidad de los estados árabes, una antigua aspiración compartida no sólo por sus dirigencias sino que también por la población, y que posee sólidas bases étnicas, históricas, culturales y políticas. Además comparten mayoritariamente la misma creencia religiosa. Este movimiento dio origen a la Liga de los Estados Arabes o Liga Arabe, a través del Tratado de El Cairo de 22 de marzo de 1945.

Esta organización es anterior a la creación de las Naciones Unidas y originariamente no todos los países que la integraron eran independientes, como sucedió con la antigua Transjordania, Siria y Líbano, etapa por supuesto ya superada. Debe ser considerada como una organización regional dentro del marco de la Carta de las Naciones Unidas.

Su estructura orgánica es la habitual en toda organización internacional. Su pacto constitutivo contempla normas sobre seguridad colectiva, prohibición del recurso a la fuerza, salvo el caso de agresión, solución pacífica de las con-

[42] Ibídem, p. 77.
[43] Consultar sobre esta materia a George N. Sfeir, "The Saudi Approach to Law Reform", The American Journal of Comparative Law, vol. 36, pp. 729-759.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

troversias, no intervención, etc. No se mencionan cuestiones religiosas ni normas que no sean propias y generales de tratados de esta naturaleza. El factor religioso constituye uno de los variados elementos que permiten la existencia de la comunidad que se organiza políticamente a través de esta institución, aunque sin tener un carácter determinante en su formación. El instrumento constitutivo es expresión de un pensamiento laico y modernista, formalmente independiente de los preceptos coránicos, y basado en la igualdad soberana de sus estados miembros.

Su debilidad radica en la diversidad política existente entre sus partes contratantes, ya que algunas están organizadas como repúblicas y otras son reinos o emiratos, sin perjuicio de la presencia de serias diferencias geopolíticas, económicas y sociales así como de una disimilitud de intereses no siempre compatibles entre sí. A ello se agregan los conflictos que se han suscitado entre sus integrantes y que han llegado hasta el uso de la fuerza armada, como sucedió con la ocupación de Kuwait por Irak.

La Liga Arabe ha creado numerosas otras organizaciones con fines diversos, de las cuales mencionaremos el Fondo Monetario Arabe, el Fondo Arabe para el Desarrollo Económico, el Consejo para la Unidad Económica Arabe, el Banco Arabe para el Desarrollo Económico de Africa, el Pacto de Defensa Colectiva y Cooperación Económica, la Academia Arabe de Transporte Marítimo, el Consejo Arabe para la Aviación Civil, la Organización Arabe del Trabajo, la Organización Arabe para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Unión Postal Arabe, etc.[44]

El 25 de mayo de 1981 se creó el Consejo de Cooperación para los Estados Arabes del Golfo, integrado por Arabia Saudita, Bahrein, Qatar, Kuwait, Omán y los Emiratos Arabes Unidos, una organización subregional cuyo objeto es la cooperación entre los estados miembros en materias relativas a inversiones, petróleo, comunicaciones, eliminación de derechos arancelarios, etc.

Posteriormente, el 17 de febrero de 1989 nace la Unión Arabe del Maghreb, de la que son miembros Argelia, Libia, Marruecos, Mauritania y Túnez, dejándose abierta la posibilidad que otros estados pertenecientes a la "Nación Arabe o a la Comunidad Africana" puedan incorporarse.

Más adelante se establece el Comité Consultivo del Maghreb, el Banco Arabe de Desarrollo Económico de Africa, la Corporación Interárabe de Garantía de Inversiones y el Consejo de Cooperación Arabe.

De distinta naturaleza es el movimiento panislámico, que agrupa a los

[44] Para un mayor detalle, consultar Organismos Internacionales, de Uldaricio Figueroa Pla, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, pp. 754 y siguientes.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Estados de religión musulmana y cuya finalidad es unir al mundo islámico, en un comienzo contra "la dominación colonial europeo-cristiana" y el Imperio Otomano". Su origen se remonta hacia finales del siglo XIX. Su principal exponente fue Jamal al-Din al-Afghani (1839-1897), que ejerció una importante influencia en la intelectualidad árabe de su época. "Su pensamiento se desarrolla, a juicio de Boutros Ghali, principalmente sobre tres temas. Rescatar al Islam de la influencia de los métodos occidentales en su educación científica, en su industrialismo y en su espíritu nacionalista. El Corán no era incompatible con la civilización moderna. El Islam en otras épocas había estado a la cabeza de la civilización y debía retomar su lugar. Para Al-Afghani existía un conflicto que se oponía entre los países musulmanes y los de Occidente. Y explicaba este conflicto señalando que a pesar de las permanentes luchas raciales y nacionales que asolaban al mundo cristiano europeo, cualesquiera que fueran las circunstancias, siempre presentaba un frente unido contra el mundo musulmán. Señalaba que la Europa cristiana daba como pretexto de los ataques y humillaciones infligidas al mundo musulmán, su estado de decadencia. Pero, al mismo tiempo, se oponía a toda reforma o innovación que se operara en la tierra del Islam. Explicaba que el fin último que anima al mundo cristiano es la destrucción del Islam. Por ello, una alianza defensiva entre los musulmanes del mundo entero era el medio para resistir la embestida de la Europa cristiana con el fin de salvar el Islam"[45].

Obviamente, las ideas de Al-Afghani hay que analizarlas en el contexto histórico, tiempo y circunstancias en que se desarrolló su pensamiento.

Se advierten en el movimiento islámico diversas tendencias. El denominado panislamismo popular se considera como el más radical, en oposición al encabezado por Arabia Saudita, que algunos llaman oficial. Su estudio y análisis, como numerosos otros aspectos que hemos tocado en este trabajo, exceden los límites de una ponencia, motivo por el cual, a pesar de su interés, debemos prescindir de su examen.

En mayo de 1926 se realiza el Primer Congreso Islámico en la ciudad de El Cairo, siendo seguido en los años posteriores por varias otras reuniones. En 1962 nace la Liga Islámica Mundial. En 1969, y con motivo del incendio de la mezquita de Al-Aqsa, en Jerusalén, se crea la Organización de la Conferencia Islámica. Su finalidad no es la lucha contra el Occidente cristiano, como se podría erradamente suponer, sino consolidar la solidaridad entre los pueblos musulmanes, aunque ella tenga connotaciones políticas en determinados aspectos. Sus propósitos son la solidaridad, tal como se expresó, cooperación, lucha contra el

[45] Figueroa Pla, Uldaricio, ob. cit. (44), págs. 776-777.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

colonialismo y el racismo, salvaguardia de los santos lugares y luchar por la dignidad, independencia y derechos nacionales de los pueblos musulmanes, además de apoyar la lucha del pueblo palestino, etc.

Posteriormente, en 1973, se crea el Banco Islámico de Desarrollo, el que debe guiarse por "los principios de la Ley Sagrada Islámica". Recordemos que entre estos principios se encuentra la prohibición de la usura y el cobro de intereses, lo que constituye una regresión al Derecho islámico tradicional y ortodoxo.

En relación con estas organizaciones, cabe citar a un autor que sintetiza la actual realidad señalando:

> A modo de conclusión, cabe decir que el Islam es un verdadero modo de vida, una religión total con una vocación universalista. Sin embargo, en la actualidad, el proyecto islamista de crear una nación islámica unificada es irreal, debido a la prioridad dada por las elites occidentalizadas a la unificación del Estado-nación. Ello explica también el fracaso de la unidad árabe, concebida desde una perspectiva religiosa o lingüística. Le falta, tanto a los musulmanes como a los árabes, esta comunidad de sentimientos y de intereses. La falta de apoyo de los estados existentes a la Umma islamista extraterritorial y supranacional complica las relaciones entre la religión y el estado en el mundo musulmán. En dicho mundo existe una igualdad teórica y una estratificación de hecho. Y los estados son cada vez más una realidad, conformada a la situación internacional[46].

Nosotros deberíamos agregar que las organizaciones a que hemos hecho referencia, a excepción de las panislamistas, ratifican la inserción de los países musulmanes en las modernas corrientes imperantes en las relaciones internacionales, buscando constituir bajo los principios generales del Derecho Internacional grupos regionales poderosos y estructurados.

4. ALGUNOS FACTORES DE TENSION Y RUPTURA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL EN EL MUNDO ISLAMICO

Es indudable que las concepciones occidentales e islámicas acerca del hombre y la sociedad no son coincidentes en numerosos aspectos, como también son

[46] Corral Salvador, Carlos (ed.), Los fundamentalismos religiosos, hoy; en las relaciones internacionales, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España, 1994, pp. 157-158.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

diferentes las realidades en que se desenvuelven los países musulmanes de las de aquellos que reconocen una pertenencia a Occidente. Sin embargo, no es posible abrir abismos entre las civilizaciones ya que ellas reciben influencias recíprocas, se permeabilizan unas a otras, interrelacionándose e intercambiando aportes de diferente naturaleza. En otras palabras, no existen culturas o civilizaciones puras, para algunos incluso predestinadas inexorablemente a enfrentarse con violencia o llamadas a dominar unas sobre otras. Menos aún en un mundo dominado por la interdependencia y la globalización. Pero las diferencias por supuesto existen y ellas se reflejan en el ámbito jurídico internacional ya que, a pesar de que éste constituya un factor de unión, de alguna manera ellas influyen en la mayor o menor aceptación de determinadas instituciones o en la aplicación de la normativa jurídica, lo que por supuesto origina tensiones y posibilidades de ruptura de dicho ordenamiento.

En el mundo islámico, al igual que en algunas regiones del orbe, también se presenta este fenómeno, agravado por las realidades políticas, culturales y socioeconómicas internas y las diferencias que separan a las grandes potencias desarrolladas de los países que conforman su periferia.

No es posible examinar en una ponencia todos los factores de riesgo de tensión o ruptura que se presentan, por lo que nos limitaremos a mencionar sólo algunos de ellos.

En primer lugar, estimamos que el mundo islámico no es un todo monolítico férreamente ligado por vínculos religiosos comunes a todos los estados que lo componen, tal como es percibido a veces. En este sentido se puede afirmar que el Islam se ha mostrado impotente para superar las propias tensiones internas que se presentan entre sus dos principales corrientes, la sunnita y la chiíta, e incluso aquellas que se generan entre estados que poseen poblaciones mayoritarias de la misma tendencia. De ello dan prueba la guerra entre Irak e Irán, y entre Irak y Kuwait. La unidad musulmana no pudo tampoco impedir la expulsión violenta de los palestinos de Jordania durante el denominado Septiembre Negro, las guerras civiles del Líbano, Yemen y Argelia, la sangrienta represión de los kurdos, los cruentos enfrentamientos de las facciones rivales en Afganistán, etc. En algunas de estas situaciones resulta parcialmente acertada la afirmación de que "la religión no posee ninguna función moderadora. Por el contrario, los hermanos enemigos se han acusado mutuamente de traicionar el mensaje del Corán. El Islam sólo ha alimentado a cada lado la pasión nacionalista"[47].

[47] Daniel, Jean, ob.cit. (41), pág. 98.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por otra parte, la actual existencia de conflictos armados internos y la opresión que se ejerce sobre algunos pueblos o etnias en algunos estados musulmanes, constituye a todas luces una flagrante violación del ordenamiento jurídico internacional en la medida en que no se pueden considerar tales conflictos como asuntos que conciernen exclusivamente a la jurisdicción interna o competencia doméstica. Son los casos de Sudán, cuyo gobierno declaradamente islámico mantiene una verdadera guerra contra la población cristiana del sur del país, organizada en el Frente Popular para la Liberación de Sudán (FLPS), y que no sólo es combatida por las fuerzas gubernamentales sino que también por su colaborador el Frente Nacional Islámico, de clara tendencia fundamentalista; de la represión del pueblo kurdo por Turquía e Irak; de las autoridades de Argelia contra la disidencia bereber y el Frente Islámico de Salvación, cuyo brazo armado es el Grupo Islámico Armado (GIA), y de Marruecos contra el pueblo saharaurí (Frente Polisario), sin perjuicio de otros. Forman parte de las guerras ignoradas.

Estos conflictos son potencialmente peligrosos para la paz y seguridad internacionales, afectan en determinados casos el principio de autodeterminación de los pueblos y han conducido a violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y libertades fundamentales. Por supuesto, todos estos efectos son claramente contrarios al ordenamiento jurídico internacional y en algún momento van a requerir la intervención de la institucionalidad internacional, de subsistir estas situaciones sin que las autoridades gubernamentales respectivas logren una solución acorde con las exigencias jurídicas internacionales. Eventualmente, las referidas autoridades podrían considerar que ello constituye una injerencia ilegítima y un ataque al mundo islámico o bien, en el sentido contrario, que favorece el fundamentalismo islámico. En los ejemplos que hemos expuesto se encontraría en la primera situación hipotética Sudán y en la segunda Argelia.

En relación con lo expuesto, también deberíamos mencionar como un segundo factor adverso la gran debilidad que exhiben las organizaciones internacionales regionales e islámicas, que han demostrado carecer de la capacidad política y resolutiva necesaria para obtener la solución pacífica de las controversias y conflictos internos que afectan al mundo islámico, y la aplicación plena del ordenamiento jurídico internacional. Aún más, tal debilidad se hace patente ante el enemigo exterior común, especialmente Israel, que ha adquirido este carácter por su agresión armada continua, desproporcionada, genocida, y absolutamente ilegítima y antijurídica contra el pueblo palestino, mayoritariamente musulmán.

Un tercer factor que deberíamos considerar es la existencia de numerosos problemas relacionados con la aceptación y aplicación de los instrumentos

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

internacionales de derechos humanos en los países islámicos.

Debemos recordar al respecto que una de las características más relevantes del actual Derecho Internacional Público es el proceso de humanización que ha experimentado desde 1945, y que durante las últimas décadas se ha intensificado, originando lo que se ha dado en llamar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por no ser nuestro propósito, estamos muy lejos de pretender efectuar un análisis sobre la concepción islámica de los derechos humanos o sobre la situación de éstos en los países musulmanes, temas que son de una gran complejidad, no exentos de polémica, y que podrían dar lugar a numerosos estudios e investigaciones. Sólo nos limitaremos a exponer algunas de las conclusiones personales a que hemos arribado y que guardan relación con el objeto de esta parte de nuestra ponencia.

Encontramos en los textos sagrados del Islam elementos más que suficientes que permiten afirmar, sin lugar a duda alguna, la existencia de una concepción propia de los derechos humanos y libertades fundamentales, lo que no significa que ella concuerde íntegramente con la concepción occidental de los mismos y que se refleja en los instrumentos internacionales universales que rigen la materia. Esto obedece a concepciones filosóficas y éticas diferentes entre el mundo islámico y el occidental, y a diversas tradiciones culturales. Ello implica que sin perjuicio de las evidentes coincidencias, se constatan también contradicciones, y hasta negación de determinados derechos y libertades, entre el sistema internacional, calificado como eurocéntrico, y el islámico. Esta situación incide en forma importante en las relaciones internacionales y en la propia vigencia de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo esta situación se ve sumamente atenuada por el hecho de que prácticamente la casi totalidad de los estados islámicos suscribieron los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aunque muchos de ellos lo hayan hecho con reservas generales o particulares. Así, y por ejemplo, en relación al artículo 2º de la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", Egipto formuló al momento de ratificar la siguiente reserva a su artículo 26: "La República Arabe de Egipto desea cumplir el contenido a este último artículo siempre que este cumplimiento no contraríe la sharia". Respecto de este mismo instrumento, se presentaron otras reservas, como las de Irak, cuyo tenor es el siguiente: "1. La aprobación de la presente Convención y la adhesión a la misma no significará que la República de Irak está obligada por lo dispuesto en el artículo 2, párrafos f) y g), en el artículo 9, párrafos 1 y 2, ni en

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el artículo 16 del Convenio. La reserva a este último artículo se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el derecho musulmán en el sentido de que las mujeres disfrutarán de derechos equivalentes a los derechos de sus cónyuges de forma que se garantice un justo equilibrio entre unos y otros".

Son igualmente ilustrativas las reservas a la "Convención sobre los derechos del niño". Jordania, al ratificarla, expuso: "El Reino Hachemita de Jordania expresa su reserva y no se considera vinculado por los artículos 14, 20 y 21 de la Convención, por los que se concede al niño el derecho a la libertad de elección de religión y que afectan a la cuestión de la adopción, ya que van en contra de los preceptos de la tolerante ley islámica". Kuwait, a su vez, emitió la siguiente declaración respecto de los artículos 7 y 21: "Artículo 7º: El Estado de Kuwait entiende que este artículo quiere decir que el niño nacido en Kuwait y cuyos padres sean desconocidos (huérfano) tiene derecho a la concesión de la nacionalidad kuwaití según lo previsto en las leyes kuwaitíes sobre nacionalidad. "Artículo 21: El Estado de Kuwait, que se atiene a lo dispuesto en la ley islámica como principal fuente legislativa, prohibe estrictamente el abandono de la religión islámica y, por tanto no aprueba la adopción".

Por otra parte, los Estados islámicos se han abstenido de suscribir algunos instrumentos específicos como el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, sobre abolición de la pena de muerte.

Desde la perspectiva del derecho nacional, las constituciones políticas de los estados islámicos, al igual que cualquier ley fundamental moderna y occidental, reconocen y garantizan los derechos humanos y libertades del hombre pero, en su mayor parte, de conformidad a lo preceptuado por la sharia, la que es considerada por algunas constituciones como "...la principal fuente de la legislación"[48].

Empero, y frente a esta realidad que no desmiente el reconocimiento y protección de los derechos humanos, con las limitaciones que hemos expuesto y que se explican por una tradición cultural y concepciones religiosas totalmente ajenas a las occidentales, cabe consignar que las interpretaciones ortodoxas en esta materia están siendo objeto de un importante debate en el seno del mundo islámico. Ello ocurre especialmente en sus sectores jurídicamente más progresistas, que han encontrado en la propia sharia, respecto de la cual existen distintas interpretaciones, los fundamentos de una mayor aproximación a los conceptos

[48] Artículo 2º de la Constitución de Kuwait.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

jurídico-internacionales sobre la materia, particularmente a través de la ijtihad. Ésta ha sido definida como la "...regla de derecho creada mediante la tarea de penetrar en el sentido del texto sagrado –Corán y Sunna– y obtener la norma para el caso concreto a resolver"[49], o como un razonamiento independiente basado en la deducción. Personalmente la asimilaría a una forma de interpretación, cuyo empleo o utilización siempre ha sido fuente de polémica en todas las religiones, incluida la islámica. Los sunnitas dicen que la ijtihad no era procedente desde el siglo XIV, afirmación rebatida por los chiítas. Más allá de esta disputa teológica, sería factible recurrir incluso a la ijma[50], con el objeto de alcanzar una mayor y más extensiva aplicación de los conceptos universales sobre derechos humanos.

Pero más allá de las posturas teóricas que existan sobre el tema, su tratamiento también difiere entre los estados del mundo islámico según sea el impacto que hayan tenido las tendencias denominadas modernistas en su organización jurídica interna. No es posible así igualar la situación de Jordania o Túnez con la de Arabia Saudita, Sudán o Irán. Tampoco se les puede equiparar en lo que se refiere al respeto efectivo de dichos derechos y libertades fundamentales, aunque ninguno podría estar exento de críticas desde una perspectiva occidental.

La tendencia al retorno a las concepciones ortodoxas del Islam y al integrismo religioso radicalizado que se advierte, constituye una respuesta al fracaso de las elites dirigentes y a la utilización instrumental e ideológica que éstas hacen del Islam para mantener el poder, muchas veces casi absoluto, y también como reacción o rechazo a Occidente, al que se acusa por su neocolonialismo, el respaldo a Israel en contra de los legítimos derechos del pueblo palestino, y el apoyo que presta a las monarquías y dictaduras que son sus aliadas. Ahora bien, esta radicalización religiosa obviamente puede conducir a un retroceso importante en el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, en el evento que tales tendencias logren el control del poder político.

La problemática expuesta incide de manera determinante en la organización política de los estados islámicos y en su mayor o menor adhesión a la democracia como forma de gobierno. Lamentablemente, se puede constatar que difícilmente se pueden encontrar regímenes medianamente democráticos en el mundo musulmán. Sin embargo, la democracia no es incompatible con el Islam. Al contrario, y desde sus primeros tiempos ha existido una íntima relación entre ambos. Basta recordar la forma en que se elegía a los califas como también numerosas

[49] Estévez Brasa, Teresa M., ob. cit. (13), p. 178.
[50] Ver página 7 de esta ponencia.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

obras sobre política de antiguos autores musulmanes, y algunas instituciones como la shura y la Ijma. Más aún, de acuerdo al Islam existe el derecho de rebelión contra el déspota.

La forma de alcanzar la democracia depende de cada Estado individual, pero también del apoyo que puedan prestar los países occidentales, en especial las grandes potencias, las que han contribuido en forma determinante a mantener el statu quo político que les es más favorable a sus intereses económicos, políticos y geo políticos, incluso apoyando irrestrictamente a monarquías absolutistas como las de Arabia Saudita y Kuwait, sus socios en la explotación de la riqueza petrolera y aliados en materias políticas y militares. Para ellos, la permanencia y continuidad de estos regímenes autocráticos es una garantía para la protección de sus intereses y su propia seguridad nacional.

Finalmente, se debe mencionar que existen numerosos e importantes instrumentos de estados musulmanes y organizaciones islámicas que se refieren a los derechos humanos y libertades fundamentales. Entre ellos encontramos la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos, obra del Consejo Islámico en Europa, de 19 de septiembre de 1981; el Proyecto de Declaración de Derechos Humanos en el Islam, proclamado en la 19º Conferencia Islámica de Ministros de Asuntos Exteriores, en el Cairo, el 5 de agosto de 1990; el proyecto de Carta de Derechos Humanos y del Pueblo en el Mundo Arabe, de Siracusa, Italia, 1986; la Carta Arabe de Derechos Humanos, aprobada por el Consejo de la Liga Arabe el 15 de septiembre de 1994, etc. Algunos de ellos contienen innumerables referencias a la religión y a la sharia, y otros simplemente las han eliminado, como sucede con el último de los instrumentos citados[51].

Asimismo, han proliferado en los estados islámicos las organizaciones no gubernamentales que promueven el respeto a los derechos humanos, configurándose un movimiento que se encuentra en pleno crecimiento.

El último factor a que haremos referencia brevemente es el fundamentalismo islámico.

Estimamos que no es posible identificar el fundamentalismo musulmán con el radicalismo del mismo signo que utiliza la violencia y el terror, y menos

[51] Algunos de estos documentos pueden ser consultados en "Democracia y Derechos Humanos en el Mundo Arabe", Martín Muñoz, Gema (ed.): Agencia Española de Cooperación Internacional, Instituto de Cooperación con el Mundo Arabe, Madrid, España, 1993, págs. 297 a 367. La Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam también puede ser consultada en "Los Derechos Humanos. Documentos Básicos", Tomo I, Tercera edición actualizada, de Pacheco Gómez, Máximo; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000, págs. 416 y siguientes.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aún con la religión islámica. Sin embargo, y para muchos, estos términos son sinónimos o al menos se encuentran íntimamente asociados, olvidando que los fundamentalismos constituyen una manifestación de una fe religiosa que se caracteriza por el apego irrestricto al tenor literal de los textos sagrados y a la aspiración de adecuar a ellos la vida personal así como la sociedad misma. Nos encontramos ante un fenómeno que es prácticamente común a todas las religiones, especialmente las monoteístas y que, por tanto, no es una exclusividad del Islam. Entendido de esta manera y aunque no los comparta, no encuentro que ellos sean ilegítimos en sí, siempre y cuando su actuar se atenga al ordenamiento jurídico tanto nacional como internacional. En esta situación, por ejemplo, se encuentra Arabia Saudita que está oficialmente adherida al wahhabismo, una de las corrientes del fundamentalismo islámico.

Ahora bien, en lo que se refiere a este último, del cual se reconocen varias tendencias y corrientes, es necesario precisar que sus adherentes constituyen una absoluta minoría dentro del mundo islámico, aunque con vigencia en muchos países, especialmente árabes.

El fenómeno de su crecimiento obedece a numerosas razones, mayoritariamente de naturaleza política y social, sin perjuicio de otras de carácter religioso y moral. Entre las primeras, cabe destacar el fracaso de los gobiernos nacionalistas y socialistas inmediatamente posteriores a la era colonial; la división de la comunidad islámica mundial, la Umma, en estados independientes que reafirman con fuerza su individualidad y soberanía, lo que hirió el ideal coránico de unidad que se torna inalcanzable; la laicización de la vida política, al separar ésta de la religión, y la falta de legitimidad que se atribuye a los gobiernos que no se rigen por la sharia o que son abiertamente déspotas y frente a los cuales los musulmanes tienen el derecho de rebelarse; las injusticias políticas tanto en el orden interno como externo; el fracaso de la copia de los modelos occidentales que se implantaron en un afán de modernizar el Estado sin considerar las realidades propias; las acciones agresivas de algunas potencias europeas y Estados Unidos de Norteamérica contra pueblos musulmanes, con el consentimiento expreso o tácito, o al menos indiferencia de determinados gobiernos musulmanes; las derrotas militares en diversas guerras posteriores a la independencia, como son las sufridas por Jordania, Siria, Egipto y el pueblo palestino frente a Israel, y cuyas causas se atribuyen a mala conducción de los gobiernos responsables o corrupción de los mismos, humillando a las naciones musulmanas y afectando gravemente la dignidad de las mismas; etc.

Entre las motivaciones sociales se encuentran la subsistencia de graves

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

problemas económicos y una profunda e injusta desigualdad social, que ni el nacionalismo ni el socialismo han podido resolver, situación que se vuelve más gravosa frente a la opulencia grosera que exhiben algunos gobernantes. Paradojalmente, ello ocurre a pesar de las inmensas riquezas naturales que poseen algunos países musulmanes, las que son controladas en su mayoría por capitales foráneos y empresas multinacionales en las cuáles están radicados poderes de decisión importantes.

Además, deberíamos considerar la fuerte identidad musulmana y especialmente árabe, el vigor de sus valores personales y familiares, la fortaleza y quizás rigidez de la moral islámica, el respeto a las costumbres y tradiciones, etc., las que se estima necesario reafirmar frente al peligro que representan algunas expresiones de la cultura y civilización occidental para las profundas convicciones de la población musulmana.

Todo ello ha provocado un profundo sentimiento de frustración y una sensación de riesgo grave, que obliga a buscar en el Islam, en el retorno a los principios del Corán y en la aplicación literal de la sharia la solución a todos estos problemas.

Según F. Mansou, "Resultados de las contradicciones del mundo moderno y de la hegemonía occidental, los movimientos islamitas o fundamentalistas presentan una alternativa a la miseria de las masas y a las múltiples crisis nacidas de la occidentalización: la mejora de sus condiciones de existencia según la voluntad de Dios, es decir, mediante la lectura política del Islam y no la imitación de los modelos occidentales y la eliminación de los enemigos internos y externos, tanto de derecha como de izquierda"[52].

Es importante señalar que los fundamentalistas no pretenden que su sociedad vuelva al pasado, sino que aspiran a una modernización de la misma alcanzada de acuerdo con los preceptos del Islam. Un camino propio diferente al occidental.

No podríamos opinar fundadamente, nos reservamos el derecho a la duda, acerca de si la vía escogida es la mas adecuada, aunque coincidimos en que el Islam y la modernidad no son en absoluto términos contrapuestos.

Llevado este fundamentalismo a su radicalización extrema, da origen a actividades terroristas en contra de la institucionalidad política y jurídica tanto nacional como externa, generando conflictos al interior de los estados, even-

[52] Mansour, E., L'Impasse du monde arabe, L'Harmattan, París, 1990 p. 160, citado por Corral Salvador, Carlos, ed., ob.cit. (46), pág. 42.

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tualmente guerra civil, y transformándose hacia el exterior en un peligro para la paz y seguridad internacionales, como ha quedado suficientemente demostrado. Ello también puede conducir a rupturas abruptas del orden jurídico internacional, violación de los derechos humanos, crímenes internacionales, intervenciones armadas de terceras potencias y otros efectos indeseados.

5. CONCLUSIONES

Mi apreciación es que los estados que conforman el mundo islámico se han integrado plenamente, dentro del proceso más amplio de universalización, al ordenamiento jurídico internacional y a la comunidad internacional y sus instituciones, a pesar de su escasa y tangencial influencia en el proceso de formación del Derecho Internacional Público anterior a la creación de la Organización de las Naciones Unidas.

Existen por supuesto resistencias a ciertas normativas, pero ello no ha sido un impedimento para una participación activa y constructiva en la institucionalidad internacional. No existe en la práctica oposición alguna entre el Derecho islámico y el Derecho Internacional Público, a pesar de la subsistencia de las diferencias que ya hemos examinado, las que se han salvado a través de los procedimientos que contempla el ordenamiento jurídico internacional, específicamente las reservas que se formulan a los tratados en las cuales ellas inciden.

El Derecho islámico mantiene, en mayor o menor grado según el caso, su vigencia en el ámbito nacional de los países musulmanes. Incluso algunas constituciones declaran expresamente en sus primeros artículos la confesionalidad del Estado. Se advierte, además, una tendencia a revalorizar la sharia, lo que se manifiesta en la dictación de numerosas leyes que incorporan preceptos jurídicos de fuente religiosa.

Lamentablemente, el crecimiento de cierto tipo de fundamentalismo extremista puede devenir en graves problemas internacionales, especialmente el recurso al terrorismo como instrumento para implantarlo, el que abiertamente viola los propios preceptos coránicos.

Otro aspecto jurídico preocupante es la situación de los derechos humanos en algunos países musulmanes, tanto en lo que se refiere a la oposición evidente de algunas de sus normas con el ordenamiento jurídico internacional, como en la realidad de su respeto en el ámbito interno. En relación con el primer aspecto mencionado, es un tema pendiente que puede tener varias soluciones si se considera la diversidad cultural propia del mundo islámico o la evolución natural

Artículo: Derecho Internacional: Derecho Internacional y mundo islámico. Una aproximación jurídica a sus relaciones
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Farouk Garfe Jarufe

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que pueda experimentar, con prescindencia de las imposiciones y respetando las identidades nacionales. En cuanto a las violaciones a los derechos humanos y libertades fundamentales en numerosos países musulmanes, ello es un fenómeno generalizado en que el sistema internacional de protección muestra con crudeza sus falencias. No es posible culpar de ello al Islam. Por tanto, la solución deberá encontrarse en el perfeccionamiento de los mecanismos internacionales de protección, cuya debilidad no es necesario explicar.

Es importante destacar la institucionalidad jurídico-internacional que se han dado grupos de países islámicos, dentro del marco del Derecho Internacional y de la Carta de las Naciones Unidas, siguiendo la tendencia de crear grandes estructuras políticas regionales, tal como lo han hecho América, Europa y Asia. Asimismo, ha unido sus esfuerzos e iniciativas a otros grupos de estados con el fin de potenciar sus esfuerzos, con el objeto de concretar principios tales como el de autodeterminación de los pueblos, descolonización, etc., o para fortalecer una posición política internacional común frente a las grandes potencias dominantes.

Paralelamente, los países musulmanes han efectuado aportes importantes a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, a través de una participación activa tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en las conferencias internacionales especializadas que se han convocado.

Similar intervención activa se puede apreciar en los demás organismos especializados y órganos principales de Naciones Unidas, como también en otras organizaciones internacionales. Basta recordar que un egipcio ocupó la Secretaría General de las Naciones Unidas.