

schacht, Joseph. *An introduction to Islamic Law.*
Guillermo Floris Margadant S.

143

ordenamiento normativo jurídico, sólo que éste ha surgido de la fuerza de los Estados más poderosos.

Otro de los puntos en el que deseamos detenernos es el referente a la *sanción* en el derecho internacional. El doctor Seara Vázquez señala que, por las particulares circunstancias en las que se desenvuelve el derecho internacional, no puede sostenerse ni puede tener aplicación la *sanción*, tal como se entiende tradicionalmente dentro del derecho, sino que es necesario ir a un nuevo elemento sancionador, que él ha denominado *sanción social*, esto es, el enorme desprestigio que sufre un Estado por violar el derecho internacional, el aislamiento, la disminución de inversiones dentro del Estado infractor, etcétera. Sin dejar de estimar la importancia que puede llegar a jugar la *sanción social* como elemento regulador de la sociedad internacional, estimamos, desde nuestro punto de vista, que tal sanción no puede ser elevada a la sanción fundamental del derecho internacional público. Hacerlo sería restar al derecho —valga la expresión— su propia categoría jurídica. Pensamos, como el propio doctor Seara lo apunta, que el derecho internacional debe distinguirse de otras disciplinas como la “moral internacional” y la “cortesía internacional”, y en este plano de ideas, la norma sancionadora es el principal instrumento distintivo entre tales ordenamientos.

El tercer punto que aborda el doctor Seara Vázquez es el referente a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Se detiene en el análisis de las escuelas dualistas y las escuelas monistas para pasar a exponer su opinión particular. Esta posición, lo mismo que las anteriormente reseñadas, son el resultado de largo tiempo de maduración y, sobre todo, de una concepción realista del acontecer jurídico internacional. Señala, adoptando una posición monista, que en el estado actual del sistema jurídico no puede hablarse de primacía entre el derecho internacional público y el derecho interno, sino que debe necesariamente hacerse un análisis casuístico y decidir, de acuerdo con el caso en concreto, cuál de las dos normas en conflicto debe prevalecer. En este punto manifestamos nuestro acuerdo, tal como lo hacemos en la reseña a su ponencia que, sobre esta materia en particular, presentó el autor al VII Congreso de Derecho Comparado celebrado en Upsala.

Respecto de las demás innovaciones que contiene el *Manual*, pueden destacarse las modificaciones que han cambiado la estructura del Consejo de Seguridad, de la Carta de la Organización de Estados Americanos. Los comentarios que hace sobre el panorama que presenta la codificación del derecho de los tratados, avances en materia de integración regional, de derecho cósmico, puntos en los cuales el autor es un destacado estudioso. Consideramos que el presente *Manual*, sin pretender agotar los amplísimos e innumerables surcos del derecho internacional, ofrece un panorama general sobre la materia, preciso y substancial, expuesto en forma pedagógica, lo que lo hace un magnífico libro de texto.

Ricardo MÉNDEZ SILVA

SCHACHT, Joseph. *An introduction to Islamic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1964, VIII y 304 pp.

Esta didáctica introducción al derecho islámico se limita a la escuela hanefita, que predomina en los países que nacieron de la descomposición del Im-

perio Otomano, Asia Central y el subcontinente de India. La obra es interesante, no sólo para el jurista, sino para cualquier persona interesada en la cultura islámica, cultura más íntimamente ligada a su derecho de lo que solemos observar en el ambiente cristiano.

La obra consiste de una breve introducción; una amplia parte histórica (reelaboración de la *Esquisse d'une Histoire du Droit Musulman*, París, 1953, del mismo autor); una extensa explicación, rama por rama, de importantes instituciones de derecho islámico; y diversos anexos, entre los cuales sobresale la bibliografía (pp. 215-285), que, afortunadamente, no se limita —como la parte referente a las instituciones— a la escuela hanefita. En esta bibliografía, ordenada de acuerdo con los capítulos del libro, el autor indica, mediante símbolos, tres distintos niveles de importancia entre los estudios mencionados.

En la introducción (pp. 1-5) el autor habla de la íntima relación entre la religión islámica y todos los demás campos de la vida, especialmente el derecho; de la dispersión del pensamiento jurídico islámico y de su casuismo; y de los periodos del desarrollo jurídico islámico en general. Luego, entra el autor en la parte histórica (pp. 6-111), con datos sobre los elementos preislámicos absorbidos en el derecho musulmán (pp. 6-9); elementos raras veces de inspiración extranjera, aunque, en tiempos de formularse, el Korán, el superior derecho romano-bizantino ya había llegado a su cristalización y no faltaban los contactos entre el mundo árabe y los territorios de derecho romano o romano-bizantino.

Luego habla de la fundamentación del derecho islámico en tiempos de Mohamed, el cual era árbitro en disputas y legislador (pp. 10-14), y del importante primer siglo mahometano, no sólo un siglo de enorme expansión militar y política, no sólo el escenario de las primeras herejías y de los cismas iniciales, sino también el de la incubación de aquel derecho islámico clásico que posteriormente elaborará tantas ideas, no explícitamente contenidas en la tradición sagrada. Durante esta fase inicial sí influyó ligeramente en el derecho islámico la tradición romano-bizantina, a través de la retórica helenística, introducida en el mundo mahometano por los conversos (también hay huellas de influencia talmúdica, rabínica y sasanida).

Luego, el autor dedica un capítulo (pp. 23-27) a la fase de los Umayyades (661-750), hábiles organizadores políticos, pero frecuentemente considerados como tibios en materia religiosa. A ellos se debe la institución de los *kadies*, jueces designados por los gobernadores, que mediante su casuística jurisprudencia han contribuido tanto a la creación del derecho islámico. Se observa en esta parte de la obra cuan difícil es repartir lógicamente una materia histórica sobre capítulos: como esta fase de los Umayyades termina unos 130 años después de iniciarse la era mahometana, existe una zona de condominio entre el capítulo iv (“el primer siglo”) y el capítulo v (“los Umayyades”). Como resultado de la labor de los *kadies*, surgen durante el segundo siglo mahometano las escuelas preclásicas, que aportan cierta racionalización y sistematización al joven derecho islámico, presentando al estudioso también una riqueza de proverbios jurídicos y de rompecabezas mediante los cuales el ingenio del jurista pueda aguzarse; a estas escuelas y a los primeros intentos de racionalizar y sistematizar, el autor dedica los capítulos vi y vii (pp. 28-48). Desde mediados del siglo viii es más fácil seguir detalladamente el desarrollo jurídico islámico: se ha conservado gran parte de la amplia pro-

ducción jurídico-literaria de las próximas generaciones, y sabemos mucho sobre las vidas de los principales juristas. Cuando los Abasidas derrocan a los Umayyades (750), el gobierno impone un carácter más teológico al derecho (pp. 49-56). Es entonces que las escuelas, antes de base geográfica, se convierten en grupos de juristas, a veces geográficamente dispersos, unidos mediante su admiración por ciertos autores.

El capítulo ix (pp. 57-68) está dedicado a las grandes escuelas clásicas. La explosión de discusiones que caracteriza la fase clásica provoca, como reacción, el “cierre de la puerta a las opiniones individuales”, alrededor del año de 900, tema del capítulo x (pp. 69-75). Sin embargo, este “cierre” no significaba una petrificación total: la realidad social no deja de colocar al jurista ante nuevos problemas y cierta expansión de la doctrina jurídica continúa gracias al método de la analogía que encuentra aplicación, sobre todo, en la labor de los *mufties*, especialistas de la doctrina jurídica, frecuentemente consultados para que den su opinión sobre problemas de la práctica.

El resultado de lo anterior (capítulo xi, pp. 76-85) es un derecho en el cual la religión penetra sobre todo en las materias de familia, sucesiones y fondos piosos. Menos evidente es el impacto religioso en la rama de contratos y obligaciones (materias en las cuales ciertas costumbres, no apoyadas en fuentes sagradas, siguen teniendo cierta influencia), y menos aún en materias como el derecho administrativo, penal o constitucional.

A menudo, ataques puristas han tratado de reforzar la influencia religiosa en la práctica jurídica islámica, tema tratado en el capítulo xii (pp. 86-88), y un interesante caso especial al respecto era el del Imperio Otomano, de turcos convertidos al Islam, que primero continuaron con sus costumbres jurídicas pre-islámicas, pero que desde comienzos del siglo xvi han hecho intentos fanáticos de asimilar su derecho a la doctrina religiosa mahometana, hasta que la europeización —desde el inicio del siglo pasado— comenzó a aniquilar la predominancia del dogmatismo religioso en el derecho.

El capítulo xiv (pp. 94-99) habla de las relaciones entre los derechos inglés y francés por una parte, y el mahometano de la India o de Argelia por otra; y en el capítulo xv (pp. 100-111) el autor trata el traslado de ciertas ramas del derecho islámico desde la doctrina tradicional hacia la legislación moderna.

Con el capítulo xvi comienza la segunda parte del libro, dedicada al contenido del derecho islámico. Se trata de una reelaboración de la contribución que hizo el autor a los *Grundzüge des Islamischen Rechts*, de Bergsträsser. Primero, el autor habla de las fuentes y de la estructuración sistemática del derecho islámico. Luego, en el capítulo xvii, se analizan algunos conceptos básicos, como el elemento de la voluntad en el derecho, la declaración de esta voluntad, el término y la condición, la representación y la invalidez. Faltan algunos conceptos que el lector quizás hubiera esperado encontrar aquí, como la típica figura del *hiyar*, que permite la resolución unilateral de los convenios, o los de ficción y presunción, que juegan un papel importante en el derecho islámico. El capítulo xviii expone el derecho de personas (es decir: de personas físicas, ya que el sistema islámico no ha elaborado el concepto de persona jurídica), tratando también de la capacidad en general y de la situación especial de la mujer, de los esclavos y de los no-mahometanos. El capítulo xix habla de bienes y de derechos reales; el capítulo xx de obligaciones en general y el capítulo xxi de las fuentes especiales de obligaciones:

contratos y actos antijurídicos (quizás sería mejor trasladar la referencia al *ikrār* hacia el capítulo xx, por tratarse no de un contrato especial sino de un medio para dar firmeza a obligaciones que pueden haber surgido de diversas fuentes). Aunque en estos capítulos se habla frecuentemente del *wakf*, el interesante fideicomiso islámico (también recibido fuera del mundo islámico, como entre los cristianos maronitas), esta institución no recibe un tratamiento concentrado, sea en el capítulo referente a los derechos reales o en el que habla de las fuentes de obligaciones. Quizás convendría, en próximas ediciones, dedicar a esta figura un párrafo especial, ya que se trata no sólo de una institución importante para las relaciones entre particulares, sino también de una figura que, por los defectos en su reglamentación y el abuso que se ha hecho de ella, ha contribuido mucho a la decadencia del poder público en el mundo islámico, durante los siglos pasados. La influencia de la vinculación y de la "mano muerta" en la historia occidental no ha sido tan nociva como la del *wakf* en el ambiente mahometano.

El capítulo xxii habla del derecho de familia; el xxiii de sucesiones y el xxiv del derecho penal, materia en la cual llama la atención el insuficiente desarrollo que dio el derecho islámico a las ideas acerca de culpa y dolo, responsabilidad e imputabilidad, circunstancias atenuantes y agravantes, tentativa, complicidad, etcétera. Además, aunque las clases de penas y la práctica de su aplicación son ampliamente analizadas por la doctrina islámica, y aunque el derecho islámico, como derecho ligado a la religión, concede gran importancia al arrepentimiento, uno recibe la impresión de que descuida las potencialidades reeducativas de la pena. El capítulo xxv habla de la organización de los tribunales y del procedimiento. De especial interés es el capítulo xxvi, que versa sobre la naturaleza del derecho islámico (pp. 199-211), un resumen en diez párrafos que podría utilizarse con provecho en cualquier curso de derecho comparado. El autor subraya que se trata de un derecho de índole más bien personal que territorial, a la vez religioso y realista (reconociéndose la imposibilidad de alcanzar el ideal religioso de la conducta, e interponiéndose entre las categorías de lo prohibido, permitido y obligatorio, las zonas grises de lo "recomendable" y de lo "reprobable"). El autor menciona como curioso detalle que, a pesar de tratarse de un derecho religioso, el derecho islámico no sanciona los delitos contra la religión (que ya encontrarán su castigo en el próximo mundo). Cabe añadir que, fuera del sistema hanefita, base de las explicaciones del autor, sí existen delitos contra la religión mahometana, como en el sistema chafeita, donde se castiga la apostasía (véase *Kitāb et-Tanbih*, título 4, sección 10). En este último capítulo, el autor también habla de los aspectos casuísticos del derecho islámico, de su uso de la analogía y del papel que juega el pensamiento sistemático en él. Para el jurista educado en la tradición neo-romanista, siempre llama la atención la relativa falta de ideas generales en el derecho islámico (García de Linares lo llama "un mar sin líneas costales"). El autor hace aquí también referencia a los elementos irracionales, difíciles de remediar a causa del carácter religioso de este derecho, y al débil desarrollo del concepto de equidad, que ha resultado ser incapaz de triunfar sobre lo irracional. También a este respecto cabe decir que le falta al derecho islámico un aspecto, o sea la gradual corrección de tradiciones por la razón, que hace tan atractivo el estudio del derecho romano. El autor subraya que el derecho islámico es un "derecho de juristas"

(para este concepto, véase ahora A. Arthur Schiller, *A definition of Jurists Law*, Symbolae Martino David, Leiden, 1968, pp. 181-200), en el cual, en la práctica, una ciencia jurídica respaldada por el prestigio de una religión oficial predomina sobre el papel legislativo estatal.

Una tabla cronológica facilita la comprensión de la parte histórica. Sigue luego la ya mencionada bibliografía, una lista de abreviaturas y los índices alfabéticos, uno general y otro de términos islámicos.

Desde luego, en una obra didáctica, que en su título exhibe el término de "introducción", lo incompleto es casi un mérito, o cuando menos un *défaut de ses qualités*. Sin embargo, el panorama que nos ofrece el autor podría quizás enriquecerse, en próximas ediciones, mediante unas breves referencias al impacto que el derecho islámico haya tenido fuera de su actual órbita personal o geográfica. A este respecto, aún vale la pena consultar a Altamira, *Continental Legal History Series*, 1, Boston, 1912, pp. 604-660 (donde, empero, no se distingue entre la influencia del oficial derecho islámico y del consuetudinario derecho berberisco), y ahora el capítulo IV de E. N. van Kleffens, *Hispanic Law until the end of the Middle Ages*, Edinburg, 1968.

Guillermo Floris MARGADANT S.

SHIRLEY, Luis A.: *La terminación del contrato individual de trabajo*. "Edit. La Estrella", 1966, Panamá, 309 pp.

La obra que nos presenta Luis A. Shirley, de Panamá, constituye una verdadera investigación, para lo cual se ha consultado una extensa bibliografía de destacados juristas de la materia. Encuentro aún más mérito, por consistir este trabajo, su tesis de graduación. La finalidad que, a mi parecer, persigue el estudioso, es señalar la importancia que para el trabajador y la sociedad misma representa la adecuada reglamentación de la terminación del contrato de trabajo, como una de las posibles soluciones al problema de la desocupación, mediante la protección de la estabilidad del trabajador en el empleo, beneficiando tanto a los trabajadores, puesto que mantienen su salario, único patrimonio de que gozan, como los empresarios, por la especialización que adquieren los trabajadores, y a la sociedad, ayudándole a evitar el problema de la desocupación, que recae en ella.

Se presenta un estudio de las causales de terminación del contrato individual de trabajo, a la vez que se critica la liberalidad con que la mayoría de ellas fueron señaladas. Las causales son objeto de una clasificación, según que dependan de la voluntad de una de las dos partes, de ambas o bien, que sean ajenas a la voluntad de las mismas. La posibilidad de que el contrato se dé por terminado por la voluntad de ambas partes, dice el autor, es un resabio de las anquilosadas doctrinas civilistas, a lo que nosotros podemos aumentar que, no obstante referirse a un contrato, en el cual debería predominar la voluntad de las partes, se trata, de un contrato *sui generis*, en el que, por una desigualdad se intenta cubrir la desigualdad de las partes, en este caso, protegiendo al trabajador contra el abuso del poder del empleador; por tal circunstancia, una disposición en tales términos, resulta ser un arma de dos filos, siendo que a su sombra puedan cubrirse verdaderos despidos injus-