

LA FUNDACIÓN O WAQF EN EL DERECHO ISLÁMICO

Lic. Carlos German Pantoja Murillo^{1*}

“Todas las categorías del derecho fundadas sobre costumbres cambian si las costumbres sobre las que están fundadas cambian”.

*Al Qarafi
(Jurista egipcio del siglo XIV)*

SUMARIO

I.-Introducción. II.- Concepto. III. Contexto histórico. IV.- Las características de la fundación islámica o Waqf. V.- A modo de corolario: Finalidad declarada y práctica social. VI.- Referencias bibliográficas.

I. Introducción.

Como parte de un proyecto de investigación legislativa sobre las fundaciones que comencé a escribir en 2006 me dediqué a la tarea de elaborar una sección sobre las fundaciones en el derecho islámico. La ausencia de trabajos en nuestro medio sobre las fundaciones en general se hizo más notoria cuando se trataba de buscar fuentes sobre esta temática en particular.

Suspendido el proyecto por razones laborales, en 2011 reinicé el trabajo, llegando pronto a la conclusión de que el abordaje del

Waqf tendría que ser asumido como un tema individualizado. Su complejidad demandaba un tratamiento especial que consumió muchos meses de pesquisa y redacción. El resultado, expuesto en las siguientes páginas, pretende aproximar al lector no familiarizado con el derecho islámico al *Waqf* y, junto con él, a un conjunto de conceptos y procesos históricos que lo contextualizan y ayudan a otorgarle el perfil alcanzado a través de más de un milenio de evolución.

Para facilitar su comprensión, el texto cuenta con abundantes definiciones. Si bien ello puede resultar un tanto fatigoso para el lector iniciado en la materia, parece imprescindible para quienes hacen sus primeras aproximaciones. Además, reproducimos algunos relatos de tratadistas especializados en el derecho islámico que muestran su relación con otros institutos de tradiciones jurídicas distintas con los que se relaciona y con los que guarda una relación de influencia recíproca.

1 *Abogado por la Universidad de Brasilia. Egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares. Ocupó cargos diplomáticos y consulares en Brasil y en México. Desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

En primer lugar veremos la parte conceptual que nos permitirá individualizar los elementos que podemos identificar y que permiten utilizar institutos occidentales para encuadrar los contenidos del *Waqf* dentro de referentes que nos son familiares.

De seguido realizaremos un recorrido por la historia del islam dentro de la cual la fundación islámica se gestó y evolucionó según la doctrina jurídica y las realidades políticas y sociales.

Como fruto de ese proceso, nos aproximaremos al *Waqf* para esbozar sus características y concluir con un recuento y la indicación de las principales fuentes consultadas. No sobra advertir que en las distintas fuentes la grafía con la que se traducen los nombres árabes varía de manera notable. La forma en la que transcribimos los términos ha sido, en todos los casos, la que visto el conjunto de fuentes disponibles, resultaba más usual.

En 1915 daba cuenta Ferrara² sobre el “riquísimo desarrollo de las fundaciones autónomas que tenemos en los derechos orientales, especialmente en el derecho islámico, en el que una doctrina extraordinariamente progresiva discute con fino análisis las más delicadas cuestiones”. De hecho, otro autor, hace menos de una década, ha llegado a decir que “no es una exageración afirmar que el *Waqf* o dotación piadosa, creada a perpetuidad ha provisto la fundación de mucho de lo que es considerado la *civilización islámica*.”³

Colocado el tema de este modo, nos ocupemos de los *Awaqf* voz técnica del derecho musulmán que designa el plural del acto jurídico por medio del cual algunas cosas son excluidas del comercio con el objeto de aplicar su uso o sus rendimientos a fines determinados o en beneficio de determinadas personas. El uso lingüístico es responsable de la extensión del mismo término también a las cosas o bienes sobre los cuales el propietario renuncia al poder de disposición, con la prescripción de que sus utilidades sean dedicadas al fin establecido por él.

II. Concepto.

En la práctica, el *Waqf* nos presenta una mezcla de institutos jurídicos. Comienza por constituir una especie de donación, lo que implica una renuncia sobre la titularidad del bien por parte del propietario, que deriva en un usufructo a favor de personas o de instituciones, generalmente bajo la administración de un ejecutor de la voluntad de quien instituyó, no directamente de los beneficiarios. En el derecho inglés se le considera más próximo del concepto de fideicomiso. En todo caso debemos recordar que tratándose de una institución que cuenta con perfiles propios dentro de su sistema jurídico, las comparaciones o asimilaciones tienen cierto grado de vaguedad ya que resulta imposible hacer un encuadramiento exacto de una tradición cultural a otra.

Atendiendo a las fuentes árabes, es posible obtener una aproximación al entendimiento

2 Véase Ferrara, Francesco. **Teoría de las Personas Jurídicas**. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006. Pág. 36.

3 Vid. Hennigan, Peter C. **Studies in Islamic Law and Society. Vol. 18°. The birth of the legal institution. The formation of the waqf in third Century A.H. Hanafi Legal Discourse**. Netherlands, Brill, 2004. Pág. XIII.

de *Waqf* buscando en su finalidad específica el criterio para lograr una buena definición como la siguiente: la institución consiste en “inmovilizar (*waqafa*) el capital (*raqaba*) de un bien (mal) destinando su rendimiento (*mafa'a*) a beneficiarios, para satisfacer una finalidad piadosa (*qurba*)”.⁴ De hecho, la palabra significa confinamiento y prohibición o la idea de inmovilizar una cosa, lo que automáticamente podemos asociar con ese contenido de dejar fuera del comercio un bien para, con sus frutos o uso, atender una finalidad fijada por el fundador.

La intención piadosa de la finalidad a la que debe destinarse el uso o los rendimientos de tales bienes debe ser interpretada en sentido lato como una preocupación por acercarse a Dios o ser grato a Dios (*qurba*), lo que

no se concreta necesaria y directamente en un matiz religioso o altruista del fin. De aquí que llegaran a distinguirse dos clases de *Waqf*, el *waqfjayrl* y el *waqfahillo Qhurril*, el primero de carácter específicamente religioso o beneficioso para la comunidad y el segundo dirigido a favorecer a los hijos u otros parientes de quien lo constituye o incluso al propio constituyente, noción que se conecta con cierta utilización de la fundación en occidente como forma de asignación de legado durante los siglos XVIII y XIX principalmente.⁵ En este sentido es esclarecedora la expresión utilizada por García de Enterría que habla de “Patronos de Sangre” que son los patronos de la familia del fundador que se apropiaban no solo del patronato o administración sino también de los beneficios fundacionales por vía de

4 Cfr. D'Emilia, Antonio. **Diritto islamico: le civiltà dell'Oriente**. Roma, 1958, p. 515, cit. por A. BILETTA, s.v. “Wakf”, en Novissimo Digesto Italiano. *Tomo 20, Torino*, 1975. Pág. 1076.

5 Con profundas raíces en el derecho romano. Recuérdese, como lo hace Iglesias, Juan. (**Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado**. Barcelona, Ariel, 1972. Pág.681 y sgtes.) que “el legado es una disposición *mortis causa*, contenida en testamento –o en codicilo confirmado, que es *pars testamenti*- sobre bienes concretos y con cargo al heredero.” El derecho clásico conoce cuatro tipos de legados. En particular pueden reconocerse rasgos de la fundación española de los siglos XVIII y XIX en el *legatum per damnationem* o “legado de obligación” que atribuye al legatario un derecho de crédito. Este legado puede recaer sobre una cosa cierta, y en los orígenes sobre una *certa pecunia*, o sobre *un incertum*. En la época clásica otorga un derecho creditural, siendo éste susceptible del más variado contenido, donde cabe incluir la legación de lo que no existe todavía, si se espera que exista; como por ejemplo los frutos que ha de producir un fundo. Lo que se confiere al legatario es un derecho de crédito, por virtud del cual puede pretender un *dare* o un *facere*, y para ello está asistido por una acción *in personam*, la *actio ex testamento*. Sin que podamos establecer un paralelismo absoluto, se reconoce en la figura fundacional tres sujetos que coinciden con los de esta modalidad de legado. Tenemos al fundador que, como el difunto, dispone la institución. Luego esta el beneficiado particular cuya figura se asemeja al legatario y, en medio está la figura del gravado o persona a quien toca satisfacerlo en el caso de la fundación al patronato o gestor y en el legado al heredero. Igualmente encontramos en la naturaleza de la obligación una notoria semejanza. Podemos agregar comentarios de otros autores sobre los legados per damnationem como Petit, Eugene. (**Tratado Elemental de Derecho Romano**. (Trad. De la 9ª ed. francesa por José Ferrandez González) Argentina, Editorial Albatros, 1978, pág.734-735) que resalta que “Poco importaba que fuese o no fuese propietario, el legado no era por eso menos válido. Si había legado su propia cosa o la del heredero, el legatario podía forzar al heredero a transferirle la propiedad según los modos ordinarios. Si el testado había legado cosa de otro, el heredero la adquiría para transferir la propiedad al legatario, o pagarle la estimación cuando el propietario no quería consentir en cederla” En el mismo sentido véase a Bonfante, Pietro. (**Instituciones de Derecho Romano**. 2ª ed. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1959, pág.630-631) quien señala que estos encargos tomaron el nombre de *legata* palabra que verosímelmente se deriva de *legare* en el sentido de dar un encargo o mandato, puesto que eran verdaderos encargos confiados al heredero. Por su parte, Sohm, Rudolph (**Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema**. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-Colegio de Abogados de México. México, 2006. Pág.351) indica que “El legatario adquiere tan sólo un derecho de crédito –el derecho a reclamar el *dare* o el *facere* contra el heredero, pero no la propiedad inmediata. El legado damnatorio permite, además, disponer, no solo de las cosas propias del testador, sino también de cosas ajenas, en cuyo caso el heredero viene obligado a adquirir la cosa legada o entregar su valor. Es, pues, en lo que a su validez se refiere, la forma más segura de legado, y por consiguiente, la mejor”.

asignación como beneficiarios, mediante el cobro de su gestión como patronos de la fundación y, en fin, de la perpetuación de las “manos muertas”.⁶

Para Coulson se trata de una donación de un bien tras la cual la posesión del bien se “inmoviliza” y el disfrute del usufructo de este bien es jurídicamente considerado como un acto caritativo,⁷ mientras que López piensa

que se trata de bienes que en una u otra forma se sustraen a la libre circulación de la riqueza, con el objeto de aplicar su uso o sus frutos a determinados fines o en beneficio de determinadas personas.⁸ Por su parte Estevez señala que:

“expresa la acción de repulsa o de retener la reclamación de un derecho de propiedad sobre un inmueble. Tipifica perfectamente el

6 Cfr. García de Enterría, Eduardo. **Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil**. In Revista de Administración Pública, N° 122, Mayo-Agosto 1990. p. 239-240. Si bien debemos aclarar que las menciones de este autor van dirigidas a criticar la legislación que reaccionó contra este estado de cosas y que llegó incluso a prohibir la constitución de nuevas fundaciones. En el mismo sentido nos comenta Coulson la justificación de la ley Egipcia sobre waqf de 1946 indicando que, como justificación de la ley que imponía una limitación temporal, de sesenta años, sobre el usufructo, “los economistas condenaban la inmovilización a perpetuidad de vastas extensiones de propiedades rurales que, excluidas del mercado, representaban bienes de manos muertas”. Vid Coulson, Noel J. **Historia del Derecho Islámico**. Bellaterra, Barcelona, 1998. p.207.

7 Coulson, op. cit., supra nota 5, p. 240. Relata este autor que “En el célebre proceso Abu Fata contra Russomay (1894) el Tribunal Supremo Indio declaró nulo un waqf cuya renta debía ir a la descendencia de los constituyentes, generación tras generación, hasta su extinción y luego a las viudas, a los huérfanos, a los mendigos y a los pobres. Durante la apelación los magistrados del Consejo Privado mantuvieron la decisión de invalidación basándose en el muy conocido principio inglés de equidad, según el cual la donación final a los pobres resultaba tan lejana como ilusoria. Los pobres, se dijo, habían sido mencionados en la donación “solamente para dar un color de piedad y así legalizar disposiciones que apuntaban al engrandecimiento de una familia”. No se trata pues, en absoluto, de una fundación piadosa, por lo cual el waqf debía ser invalidado.

Las nociones inglesa e islámica de caridad son, en este contexto, radicalmente diferentes. La preocupación de “acercarse a Dios” (*qurba*) constituye la esencia del *Waqf* y se considera, por conceso de los juristas musulmanes, que tal aproximación recide en el acto mismo del constituyente de abandonar su derecho de propietario sobre su posesión. Una vez inmovilizada de este modo la propiedad del bien (puesto que, según el derecho hanafí, esta pertenece a Dios), la Sharia no se ocupa ya de verificar si la renta o usufructo de la propiedad está consagrada o no a un fin “caritativo”. Según la opinión unánime de todas las escuelas de la Sharia, los miembros de la propia familia del constituyente podrán ser legalmente designados como beneficiarios; además, desde el punto de vista del jurista Abu Yusuf, que había sido aplicado anteriormente en la India, el constituyente podía reservarse para sí mismo el derecho exclusivo de la renta del *Waqf* durante toda su vida. Numerosos juristas, en efecto, eran de la opinión de que no era necesaria ninguna mención específica de beneficiarios últimos como los pobres o los enfermos para que el *Waqf* fuera válido; aquellos que exigían tal disposición buscaban solamente asegurarse de esta manera la naturaleza permanente del contrato e impedir que las instituciones “caritativas” de este tipo constituyeran, de un modo o de otro, un objeto más válido para un *Waqf* que su utilización por parte de la propia familia del constituyente.

Tal influencia no fue aceptada por la comunidad musulmana de la India, y el cuerpo legislativo finalmente desautorizó al Consejo Privado con la ley de validación del *Waqf* musulmán de 1913 que restablecía la doctrina *hanafí* respecto al *Waqf* familiar.

Los tribunales británicos que aplicaban el derecho islámico en Adén, en Zanzibar y en Kenia continuaron considerando la decisión del Consejo Privado en el caso de Abu Fata como de obligado cumplimiento, lo que provocó a su vez la promulgación de una legislación modelada según el Acta de Validación del *Waqf* en cada uno de estos territorios.” págs. 179-180. Esta diferencia de perspectiva, propia de una situación de convivencia multicultural debe impregnar la aproximación a los *Awaqf* y en general a todo el derecho islámico. Sin embargo, resulta fácil caer en la actitud de los tribunales británicos pues instintivamente tendemos a ver la realidad a partir de lo que consideramos natural, normal o usual, que es la óptica que nos impregna desde nuestro entorno. Por ello, es necesario vigilar nuestro “enfoque instintivo” para disminuir las desviaciones analíticas producto de supuestos que no se corresponden con la realidad estudiada. Este mismo asunto se encuentra relatado por Schacht, Joseph. Véase su **An Introduction of Islamic Law**. New York, Oxford University Press, 1982, pág. 96-97.

8 López Ortíz, P. José. **Derecho Musulmán**. Barcelona, Editorial Labor, 1932. pág. 133.

antónimo de tamlik, esto es apropiación, ya que los bienes sobre los que se constituye el waqf permanecen fuera del comercio inmobiliario y también del ejercicio de la autoridad pública sobre los mismos”.⁹

El *Waqf* puede entonces entenderse como “una donación del usufructo de una cosa, por un término de duración igual al de la cosa, permaneciendo la nuda propiedad en cabeza del donante, en forma real durante su vida y ficticiamente después de su muerte”. Conforme a esta definición, tenemos que destacar la consecuencia de la afectación del patrimonio y sus rendimientos con carácter perpetuo.¹⁰

III. Contexto histórico.

El *Waqf*, en la ley islámica, se desarrolló en el mundo islámico medieval entre los siglos VII al IX de nuestra era. La primera referencia escrita procede de los tratados de *fiqh*¹¹ de comienzos del siglo III de la Hégira.¹² Existe acuerdo sobre la inexistencia del *Waqf* en el tiempo anterior al Islam. Se supone que el *Waqf* fue formándose tras la muerte de Mahoma a lo largo del primer siglo de la Hégira y llegó a su pleno desarrollo en el siglo siguiente. Por la naturaleza de la materia sobre la que trata, se ha considerado que forma parte del derecho de familia sobre el que hasta la entrada del siglo veinte siempre

9 Cfr. Estevez Brasa, Teresa M. **Derecho Civil Musulmán. Precedido de una introducción al Advenimiento del Islam**. Buenos Aires, Depalma, 1981. pág. 267.

10 La regla estricta de la inalienabilidad de la propiedad de tierras constituida en donación *Waqf*, resultaba incómoda en la práctica cuando no existían fondos suficientes para el mantenimiento o la explotación correctos de la propiedad. En Marruecos, la jurisprudencia resolvió la dificultad reconociendo la validez de la “venta al aire” (*bay al-hawa*) sobre la propiedad en cuestión. Aunque no hubiera comprado la propiedad misma, el comprador –y los beneficiarios ulteriores de dichas superficies – podían de hecho disfrutar de la propiedad y mejorarla con garantías. Vid. Coulson, op. cit. supra nota 5, pág.150.

11 Entre las ciencias religiosas es el *Fiqh* -término que originariamente significa comprensión o inteligencia y que se refiere a todas las ramas del saber- la que estudia la ley islámica, la Sharia es el conocimiento por excelencia. Por sus reglas y normas han de regirse todos los actos de los creyentes individual y colectivamente.

El Derecho islámico, el *Fiqh*, se fundamenta en unas bases sagradas y, por ello, inamovibles. Sus fuentes tanto las reveladas (Corán y *Sunnah*) como las racionales (*qiyas*, *ijmá*, *ra'y* y otras) son de carácter religioso, si bien en las segundas confluyen en armonía la fe y la razón. Sus tratados son compilaciones de jurisprudencia. Vid. Arcas Campoy, María. **Consideraciones sobre algunos aspectos científicos de los tratados de fiqh Malikí**. In Leder, Stefan. et. al. **Orientalia Lovniensia Analecta. Studies in Arabic and Islam**. Peeters Publishers, Belgium, 2002. Pág. 447. Existen, sin embargo, referencias a los *Awaqf* en un período anterior. Se cita que “El juez Tawba ibn Namir en Egipto, instituyó un registro de fundaciones benéficas o donaciones religiosas en el año 736” (Vid. Coulson, op. cit. nota 5, pag.42)

12 Hégira o hégira según el Diccionario de la lengua española Espasa-Calpe (2005) es la “era musulmana que se cuenta desde el 15 de julio del año 622 d. C., día de la huida de Mahoma de La Meca a Medina”. Para esta época, siglo IX, la institución ya se había perfilado según los rasgos que detallaremos. Vid. In totum Hennigan, Peter C. op. cit. supra nota 2. Otro autor resalta sobre este período que: “*L’Islam, realtà religiosa e politica che vide il proprio affermarsi a partire dal VII secolo, durante il secolo seguente vide il proprio espandersi in modo a dir poco prodigioso: alla fine dell’VIII ed inizi del IX l’equilibrio politico del vicino e medio oriente era stato totalmente stravolto: dall’Egitto all’Indo e dalla Turchia alla Spagna, l’Islam dominava culturalmente e materialmente*”. (El Islam, realidad religiosa y política que vio su aparición en el siglo VII, durante el siglo siguiente se produjo su difusión de manera prodigiosa: a finales de los siglos octavo e inicio del noveno el equilibrio político del cercano y Medio Oriente estaba totalmente trastornado: desde Egipto hasta el Indo y desde Turquía a España, el Islam dominaba cultural y materialmente) Véase Agosti, Guido. **Alcuni brevi cenni sulla dottrina canonistica medievale riguardo ai musulmani**. In IURA ORIENTALIA VII (2011), pág. 10.

se aplicó la Sharía,¹³ pues las instituciones relativas al estado personal (es decir, el matrimonio, el divorcio y las relaciones familiares), herencia y *Wakf*, siempre han sido, en la conciencia de los musulmanes, más vinculado con la religión de otros asuntos legales, y por lo tanto gobernado por la ley islámica en general. Así, la ley islámica ha continuado, en algunos aspectos, siendo aplicada a los musulmanes, particularmente en materia de status personal, legados y *Wakf*, todo esto por tribunales seculares. En Grecia, el derecho Islámico también ha seguido siendo aplicado a los musulmanes en materia de status personal, la herencia y el *Wakf* en los territorios cedidos por el Imperio Otomano en 1913.

Sólo en la primera mitad del siglo XX ha sido preparado el terreno para la legislación de los gobiernos islámicos en la ley de la familia, de la herencia y de *Wakf*, los sujetos que tienen siempre forman parte del dominio central de la *Sharia*. Esta injerencia legislativa en la

parte central de la ley islámica (en oposición a la restricción silenciosa o explícita de su ámbito de aplicación por la costumbre o por la legislación) presupone la recepción de las ideas políticas occidentales. Mientras que un gobernante musulmán tradicional debe, por definición, ser el siervo de la ley sagrada del Islam, un gobierno moderno, y en particular un parlamento, con la idea de soberanía detrás de él, puede constituirse en su amo. El poder legislativo no se encuentra más contenido, con lo que la *Sharia* está dispuesta a dejar que oficialmente o de hecho.

En opinión de Schacht ¹⁴ el *Waqf* tiene una de sus raíces en las contribuciones a la guerra santa que Mahoma había exigido sin cesar de sus seguidores en Medina, otra en las fundaciones pías (*causae piae*) de las Iglesias Orientales, una tercera en las organizaciones de caridad y beneficencia públicas de los primeros musulmanes, y una cuarta, que vino más tarde, en la necesidad de la nueva sociedad islámica para contrarrestar algunos de los efectos

13 La primera noción de ley, en la teoría islámica clásica, es la voluntad revelada por Dios, un sistema divino ordenado que precede al estado musulmán. Puede, entonces, carecerse de una noción de la ley en sí misma que evolucione como un fenómeno histórico. Las instituciones relativas al estado personal (es decir, el matrimonio, el divorcio y las relaciones familiares), herencia y *wakf*, siempre han sido, en la conciencia de los musulmanes, más vinculadas con la religión de otros asuntos legales, y por lo tanto gobernadas por la ley islámica en general, la *Sharia*. De manera tal que el derecho de familia, ha sido siempre el bastión de la *Sharia*. La recepción de las leyes laicas occidentales en otros dominios engendró una aguda dicotomía entre dos sistemas; este hecho condujo a que se otorgase una importancia cada vez mayor a la significación religiosa e islámica de la *Sharia* y a un reforzamiento de su influencia en los asuntos que permanecían bajo su influencia.

Además, la tradición jurídica islámica había reconocido siempre el derecho del soberano, a través de su jurisdicción denominada *mazalim*, (literalmente quejas) de completar la estricta doctrina de la *Sharia* en los dominios del derecho público y del derecho civil general.

Esta es la base de la *Sharia*. Constituye un compendio normativo detallado de la conducta esperada, en el que se incluyen también las regulaciones sobre los modos del culto, criterios morales y cotidianos, lo prohibido y lo permitido, en fin, ofrece los parámetros para distinguir lo bueno de lo malo. En occidente se la identifica como ley musulmana o ley islámica. Su identificación con la religión es matizable pues, aunque está en el Islam, no es un dogma ni algo indiscutible como puede serlo el texto del Corán, verdad revelada, sino que es objeto de interpretación. La *Sharia*, palabra, puramente árabe, tiene el significado de "camino que conduce a la paz", y en sentido figurado "camino recto revelado por Dios. Vid. Coulson op. cit. pág.10 y 170; Bucci, Onorato. **Le radici storiche della SHARI'A islamica**. In Rev. IURA ORIENTALIA Volumen VI, Italia, 2010, pág. 235; Schacht, Joseph. **An Introduction of Islamic Law**. New York, Oxford University Press, 1982. pág. 76 y 106-107

14 Schacht, J. Ibidem, pág.19.

de su derecho de herencia. Otras tradiciones contribuyen a la incertidumbre sobre su origen atribuyéndolo directamente al profeta Mahoma que aconsejó a Omar sobre la inmovilización de unas tierras que debían consagrarse a Dios y algunos confunden la figura con la existencia de tierras tributarias, también atribuidas a Omar, siguiendo una revelación.¹⁵

En una de las principales obras de Max Weber, se señala el posible enlace entre el *Waqf* del

derecho islámico y las fundaciones piadosas del derecho romano-bizantino, un nexo, al menos, de analogía en los propósitos, pero quizás también de derivación del primero respecto de las segundas.¹⁶

En época preislámica los árabes poseían un derecho esencialmente consuetudinario, algunas de cuyas instituciones fueron consagradas por el Islam. Sin embargo, en su mayoría, las reformas jurídicas realizadas

15 Estevez. op. cit. pág. 248. En el mismo sentido López (op. cit. pág.133) dice: "Atribuye la tradición el origen del *Habus al Profeta mismo, que abría aconsejado a Omar el inmovilizar en esta forma un predio que el futuro califa quería consagrar al Señor.*"

16 Cfr. Weber, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. 17ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, quien nos dice en otro pasaje que: "(...) el aseguramiento de rentas perpetuas para la propia familia disfrazábase en Bizancio bajo la forma de fundaciones de conventos con la reserva de la administración y el derecho a utilidades. Las fundaciones de este tipo pasaron luego a los wakufs del derecho islámico, instituciones que, como es bien sabido, desempeñaron en el Islam un papel importantísimo, incluso desde el punto de vista económico". Según Weber, pág. 835 (recogiendo la opinión de C.H. Becker): "la inmovilización sumamente persistente de la propiedad acumulada en forma de sumisión al wakuf. (...) ha tenido una gran importancia para el desarrollo económico de Oriente. (A través de España se introdujo luego en Alemania, hacia el siglo XVII, la institución del 'fideicomiso' profano, que constituía probablemente una imitación secularizada del wakuf)".

Sin embargo, existen autores que niegan de manera muy enfática esta posible relación. Entre los exponentes de esta posición destacamos a A.-R. Hassam. **Le Droit musulman et le Droit romain**, en *Archives d'Histoire du Droit Oriental* (1949) pp. 301-321 (con observaciones de M.J. Wigmore, pp. 317-321). La conclusión de Hassam, expresada con sus propias palabras, no puede ser más enérgica: "la prétendue influence exercée par le droit romain sur le droit musulman ne saurait être aisément conçue ni d'après les données historiques concernant la formation de ce dernier, ni d'après l'analyse de sa structure technique générale. Rien de plus faux que de prétendre que le système juridique musulman a été copié sur le système juridique romain ou même qu'il en a subi une influence directe". En sentido contrario jurídicos, vid. R. Charles, **Le droit musulman**, Paris, 1982, pp. 19 s., rechazando expresamente que la simple coincidencia de determinismos sociológicos y geográficos pueda explicar las numerosas similitudes que hay entre la *Sunna* y los derechos judío y romano. (citados por Cuenca Boy, Francisco. **Para una comparación histórico-jurídica de las Pieae Causae del Derecho Romano Justiniano con el Wqaf del Derecho Islámico**. Anuario da Facultade de Dereito da Coruña. 2002. págs. 275-276.)

Por nuestra parte, concordamos con la afirmación de que el ethos del pluralismo jurídico no es solamente teórico, sino que es también ético y político. No se trata de menospreciar una determinada cultura jurídica, sino de reconocer la temporalidad de las instituciones, la precedencia entre ellas, la influencia que recíprocamente se ejercen y, en última instancia en reconocer que, junto a las peculiaridades de un sistema jurídico coexisten no solamente rasgos comunes producto de soluciones humanas a problemas similares sino el reflejo de soluciones anteriores que se incertan entre las nuevas normativas creando vínculos y generando ese efecto híbrido. Vid. Donlan, Seán Patrick. **Remembering: Legal Hybridity and Legal History**. In *Comparative Law Review*. Vol 2, N°1, Associazione Italiana di Diritto Comparato, 2011. Pág. 2. De cualquier manera, para acompañar las implicaciones de este debate se recomienda la obra **Legal pluralism in the Arab world** de los editores Baudouin Dupret, Maurits Berger, Laila al-Zwaini. (Boston, Kruwer Law International, 1999) donde si bien el énfasis está en la posible aplicación de dos soluciones jurídicas a la misma situación fáctica, se destaca la condición previa de la sobreposición de ordenamientos, instituciones o cuerpos normativos y sus procesos de destilado normativo generando la penetración e hibridación. Como un caso inverso, de influencia del derecho islámico sobre el occidental, véase el artículo de Gaudiosi, Mónica. **The influence of the Islamic Law of Waqf on the development of the Trust in England: The case of Merton College**. In *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 136, N°4, Apr. 1988, en el que se estudia la ley de confianza personal (Trust) desarrollada en Inglaterra en la época de las Cruzadas, durante los siglos XII y XIII. En este caso, el Tribunal de la Cancillería, inspirado en los principios de equidad, hizo cumplir los designios legales de los cruzados ausentes que habían hecho asignaciones temporales de sus tierras a los cuidadores. La autora sostiene que este desarrollo puede haber sido influenciado por la institución del *Waqf* en el Oriente Medio.

por el derecho naciente constituyen, una reacción contra las tendencias generales de ese derecho pre-islámico.

Tras la muerte del Profeta Mahoma, en el año 632, al lado del Corán se van situando otras fuentes, raíces o “principios del derecho” (*usill al-fiqh*) que tratan de dar respuesta a los múltiples problemas jurídicos sobre los que aquél guardaba silencio: la Sunna o tradición oral de los hechos y dichos de Mahoma, basada en los *hadizes*¹⁷ que sólo en el siglo IX fueron recopilados en colecciones escritas; el *iyma*¹⁸ o consenso de la comunidad islámica o más propiamente el “*consensus doctorum*” o de los doctores de la ley de una región o ciudad o de una época determinada; y el *qiyas*¹⁹ o interpretación de la ley, sea como razonamiento por analogía (*qiyas* en sentido propio), como razonamiento deductivo (*iytihad*) o como razonamiento individual (*ra’y*).²⁰ Debe destacarse el hecho de que el desarrollo paulatino de dos de

estas fuentes (del *iyma* primero y después del *qiyas*) corriera en paralelo con la primera gran expansión política y militar del Islam, que se extiende con extraordinaria rapidez por territorios del Imperio bizantino, poblados por gentes de religión cristiana que vivían bajo el derecho romano.

Sobre este período nos relata Cuenca Boy que:

*“Las estructuras administrativas anteriores a la conquista fueron preservadas en medida considerable, a la vez que el contrato de Qimma permitió a las comunidades cristianas y judías (los Qimm íes) conservar su propia ley personal, sus instituciones jurídicas tradicionales e incluso sus tribunales eclesiásticos y rabínicos. Se produce entonces el contacto con el derecho romano y la ocasión para la influencia de éste sobre el embrionario derecho musulmán queda servida.”*²¹

17 Un *hadiz* o *jadiz* literalmente significa un dicho o una conversación, pero en el contexto religioso islámico representa los dichos y las acciones del Profeta Mahoma (y de los imanes en el caso de los chiíes) relatadas por sus compañeros y compiladas por aquellos sabios que les sucedieron. El Corán incita a que se debe seguir la guía, enseñanza y el ejemplo de Mahoma como en los siguientes versículos:

“En el Enviado tenéis un hermoso ejemplo, para quienes esperan en Dios y en el último Día y recuerdan a Dios con frecuencia.” Corán XXXIII:21

“Vuestro contribulo [Mahoma] no anda descarridado ni equivocado! No habla por vicio. Es una inspiración que le inspira, que le ha enseñado un Angel, forzado, poderoso e inamovible. El corazón de Mahoma no engaña acerca de lo que vio. ¿Dudaréis de él por lo que ve?” Corán LIII: 2-6, 11-12

Así, mientras se pide creer en el profeta, también se le atribuye a Mahoma la misión de explicarlo:

“Antes de ti no hemos enviado más que a hombres a quienes inspiramos. Si no lo sabéis preguntad a los poseedores de la amonestación. Los enviamos con las pruebas y las escrituras y te hemos hecho descender, Mahoma, la Amonestación, para que muestres a los hombres lo que se les hizo descender. Tal vez mediten.” Corán XVI: 45-46

Desde la revelación del Libro Sagrado del Islam, el ejemplo del Profeta se utilizó como recurso de autoridad para resolver todo tipo de situaciones. En consecuencia no es de extrañar que en la legislación musulmana, desde siempre, se ha buscado asidero en la vida del Profeta Mahoma, según las compilaciones de hadizes que se fueron reuniendo a lo largo de los siglos, para resolver diversas situaciones jurídicas.

18 Véase Maíllo Salgado, Felipe, **Vocabulario de historia árabe e islámica**. 2ª Ed. Madrid, Akal ediciones, 1999. Pág. 208.

19 Analogía en sentido técnico. Deducción analógica. Este criterio hermenéutico es considerado en la jurisprudencia islámica como una de las fuentes (raíces) del derecho. Vid. Maíllo Salgado, Felipe. op. cit. pág. 191.

20 Véase Cuenca Boy, Francisco. op. cit. pág. 279

21 Ibidem. Loc. Cit.

Es razonable pensar que el consenso (*iyama*) y el razonamiento analógico (*qiyas*) hayan podido facilitar la adopción o asimilación de elementos jurídicos vivos entre las poblaciones sometidas (como usos o costumbres), puesto que, dada la urgencia de la situación, los aspectos técnicos involucrados en dichas fuentes podían, según los casos, aparecer indiferentes a los ojos de la religión y la moral islámicas.

El extraordinario y rápido desarrollo alcanzado por las fundaciones piadosas en la sociedad musulmana, ya desde sus primeros siglos, hunde sus raíces en la incitación del Corán a la beneficencia; la limosna, la asistencia a los pobres y necesitados por lo que es para el creyente musulmán un deber religioso, y una de las formas de cumplir este deber tomó precozmente la figura del establecimiento de *Awaqf*²².

Los sistemas legales del Medio Oriente habían sancionado históricamente varias formas de dotaciones como actos jurídicos envolviendo la transferencia de propiedad de A a B para el beneficio de C, la separación entre el principal y el usufructo y la creación de dotaciones inalienables para propósitos de caridad. Eso se evidencia en los registros históricos y en una nomenclatura existente de prácticas de confianza dentro de la sociedad islámica, incluso antes de que existiera referencia de *Awaqf* en los primeros tratados

que se escribieron.²³ Según Hennigan, en el siglo III islámico, emergió con un sentido brillante y claro en el área del derecho, el significado de "*Waqf*" como "dotación pía", aunque reconozca que está nutrido con elementos de prácticas extranjeras, lo que no lo convierte en una institución "prestada".

La creación del significado de "*Waqf*" fue una solución islámica única que forma parte de la solución del problema predominante para los juristas en el siglo II islámico: la creación de un derecho islámico coherente dentro del contexto de una población musulmana heterogénea y en crecimiento, con prácticas culturales (y legales) que tenían sus orígenes fuera del contexto árabe-islámico.²⁴

IV. Las características de la fundación islámica o *Waqf*.

Tiene un parecido notable a la ley de fideicomisos Inglés. Cada *Waqf* se requiere tener un *waqif* (fundador), *mutawillis* (fiduciario), *qadí* (juez) y los beneficiarios. Tanto en el *Waqf* como en el fideicomiso, la propiedad es reservada, y se apropia de su usufructo, para el beneficio de personas concretas, o para un fin benéfico general; el objeto sobre el que recae se vuelve inalienable; fincas de manera perpetua se destinan en favor de los beneficiarios que pueden sucederse y sin tener en cuenta la ley sucesoria o los dere-

22 Plural de *Waqf*. En El norte y oeste de África también se les llama Habs (Plural Abhas o Hubus) que, para efectos de este artículo, podemos entender como sinónimo de fundación o de fideicomiso.

23 Cfr. Hennigan, Peter C. **Studies** op. cit. nota 2. pág. 50.

24 Hennigan, Peter C. Op. cit. pág. 52. En lo que respecta al derecho islámico, destaca Schacht que: "La ley islámica posee un impresionante número de conceptos jurídicos, tanto especiales y genéricos, pero son, en general, amplios y carentes de contenido positivo, que no se derivan de las realidades concretas de la vida jurídica, sino del pensamiento abstracto. Por ejemplo, quien encuentra puede utilizar la propiedad encontrada si es pobre, pero no si es rico, y si él es rico, sólo tiene derecho a hacer una donación caritativa". (**An Introduction of Islamic Law**. New York, Oxford University Press, 1982. pág. 205)

chos de los herederos, mientras que la continuidad está garantizada por el nombramiento sucesivo de fideicomisarios. La distinción más significativa entre el *Waqf* islámico y el trust Inglés es el expreso o implícito derecho de reversión del *Waqf* a fines caritativos cuando su objeto específico ha dejado de existir, aunque esta diferencia sólo se aplica a la *ahli Waqf* (fideicomiso de la familia islámica) en lugar de la *khairi Waqf* (dedicado a un fin caritativo desde su creación).

El fundador de un *Waqf* o *habs*, es decir quien detenta la propiedad de los llamados bienes *habices*, donados para su renta y beneficio a organizaciones piadosas o filantrópicas tales como mezquitas, hospitales o *madrasas* ²⁵ debe reunir las condiciones ordinarias de capacidad del sujeto de derecho. Ante todo es necesario que sea libre, mayor de edad y musulmán, si bien a los infieles se les permitió crear fundaciones siempre que su finalidad no fuera contraria al Islam. Además, debe estar en plena posesión de sus facultades mentales y ser titular de un derecho de propiedad pleno sobre la cosa o cosas objeto de la dotación patrimonial, ya sea sobre la totalidad, ya sobre una porción indivisa de ellas. Además, entre sus atribuciones naturales está la facultad de nombrar un ejecutor de la voluntad constitutiva de la donación que, en adelante, administrará y hará cumplir los fines fijados por el instituidor.

Normalmente los bienes inmuebles son el objeto del *Waqf*. En principio debe tratarse

de bienes, de alguna manera, duraderos y productivos, visto el carácter permanente -si no perpetuo- de la fundación, y luego porque lo que se destina al fin marcado por el fundador es el uso o el producto de tales bienes. Por tanto, se excluyen del *Waqf* los bienes consumibles como los alimentos y el dinero (por la prohibición del interés). ²⁶

El *habis* se puede constituir en vida o por testamento. Su constitución está libre de cualquier solemnidad, en particular de la forma escrita, por lo que basta una declaración de voluntad del fundador que exprese con claridad su renuncia a las facultades de propietario, el objeto sobre el cual se establece la fundación, la finalidad a la que se destinan los bienes y, en su caso, las personas beneficiarias.

Otras características o requisitos necesarios para la validez de la fundación son: 1) La perpetuidad de la adscripción y la inalienabilidad de los bienes convertidos en *Waqf*; 2) El despliegue inmediato de su eficacia, con el consiguiente rechazo de toda condición suspensiva que no sea la muerte del fundador; y 3) La irrevocabilidad y, por tanto la exclusión, de términos finales o condiciones resolutorias.

Algunas de las especulaciones sobre los orígenes extranjeros de las "*Waqf*" se centran en dos instituciones romano-bizantinas. La *res sacrae* y la *piae causae*. Comenzando en el siglo XIX, historiadores observan que

25 Lugar donde se estudia. Colegio de fundación oficial o privada especializado en la enseñanza de ciencias religiosas, especialmente derecho religioso o jurisprudencia, donde se aseguraba el mantenimiento de los alumnos y del maestro. Vid Maíllo Salgado, Felipe. op. cit. pág. 142. Ocasionalmente hemos utilizado también el glosario de COULSON, op. cit. págs. 235 y sgtes.

26 La escuela malequí admite también que los muebles y aún semovientes se constituyan en fundación. Vid López, loc. Cit. Supra nota 7.

la romana *res sacrae* y la bizantina *piae causae* se parecían a la *Waqf khayri* o fundación pública. Como la *Waqf khayri* la *res sacrae* consiste en propiedad consagrada a propósitos religiosos –usualmente la construcción de un templo– que deviene inalienable. La *piae causae* también muestra numerosas semejanzas con la *Waqf*. Ambas son propiedades inalienables, administradas por particulares y supervisadas por funcionarios religiosos –el obispo en las *piae causae* y el qadi en los *Awaqf*. Más significativo es el paralelismo de las *piae causae* y los *Awaqf* en sus propósitos caritativos para el socorro de los pobres, el rescate de los cautivos, y la construcción de iglesias, hospitales, hospicios para viajeros, orfanatos y hospicios. Las similitudes entre las *piae causae* y las *awaqf khayri* llevo a algún historiador a concluir que los estudiosos deberían mirar a Bizancio como el origen de las *awaqf*, conclusión basada sobre la cuestionable premisa de que correlación implica causalidad.²⁷

En 1910, Marcel Morand ²⁸ desecha la teoría sobre la *res sacrae*, destacando que esta se restringía a construcciones religiosas y a las tierras donde se edificaban, mientras que la *Waqf* incluye ingresos recurrentes de las propiedades para sustentar las dotaciones religiosas. Otra diferencia destacada se refiere a la creación y administración de las dotaciones. Mientras que la *Waqf* será fundada por la iniciativa de una persona particular, y su administración recae en manos particulares, en el caso de la *res sacrae* no puede ser creada por individuos sino que requiere ser autorizada por el Senado Romano y consagrada por un

estatuto o un “*Senatus consultum*”. Más aún, la administración de la *res sacrae* se mantiene en manos del Estado.

Un punto importante para la comparación de los *awqiif* con las *piae causae* es el de la propiedad de los bienes constituidos en fundación. Acerca de esta cuestión se desarrollaron diferentes doctrinas. Así, mientras la escuela malequí y el fundador de los hanafíes consideran que el constituyente del *Waqf* conserva la nuda propiedad de los bienes (aunque desprovista de todo poder de disposición), cediendo solamente el uso o el usufructo a los beneficiarios, los juristas de otras escuelas suponen que el propietario es Alá, que la propiedad pasa a los beneficiarios o que los bienes no pertenecen a nadie.

Cuando el *Waqf* se constituye mortis causa son de aplicación las normas relativas a los actos de última voluntad, y entre ellas el límite de un tercio del patrimonio del fundador ya que tal es la parte de la que se puede disponer por aquella vía; en caso de constitución inter vivos, el *Waqf* puede extenderse a todos los bienes del constituyente.

El derecho musulmán tiene una impronta religiosa o moral que constituye el rasgo más destacado del sistema jurídico islámico y que carece de equivalente en el derecho romano, ni siquiera en las épocas en las que éste sufre la influencia de la religión cristiana. El contenido del sistema jurídico musulmán quedó casi definitivamente fijado, al margen de cualquier influencia exterior, en la primera mitad del primer siglo de la Hégira; esta formación tan rápida impidió la infiltración de

27 Barnes. **Introduction to Religious Foundations**. Citado por Hennigan, pág. 53.

28 Morand. **Étudies de droit musulman argerien**. (Algeiers, Jourdan, 1910) pág. 244-245. Citado por Hennigan, pág. 54.

elementos extranjeros cuando, a raíz de la conquista, el derecho musulmán se introdujo en los territorios del Imperio bizantino.

Como consecuencia de la íntima relación que le une a la religión, el sistema jurídico musulmán exhibe una acentuada tendencia moralizadora que se hace plenamente evidente en el ámbito del derecho privado y que no se encuentra de igual forma ni con la misma profundidad en el derecho romano, ni tan siquiera en la última etapa de su evolución.

La propiedad de los bienes tiene mucho que ver también con el asunto de la personalidad jurídica de la fundación. El concepto de persona jurídica es completamente ajeno al derecho musulmán histórico, de manera que no podemos representarnos las fundaciones islámicas bajo este ropaje. Las fundaciones temporales en favor de los miembros de la familia del fundador (incluso del propio fundador a través de medios indirectos) se impregna de la voluntad del instituidor como origen pero también reviste una cierta naturaleza contractual.

La administración del *Waqf* se organiza, en principio, con arreglo a las instrucciones del fundador. Este puede reservarse para sí mismo la administración durante su vida o nombrar al primer administrador. Asimismo es él quien determina los aspectos particulares de la gestión de los bienes y la utilización de sus rendimientos. Por ejemplo, soslayada indirectamente la nulidad de una

fundación en su propio beneficio, el fundador puede aparecer como único destinatario del producto de los bienes. El administrador del *Waqf* se encarga sólo de la administración ordinaria, siendo nula toda actuación suya que transgreda esa limitación. Debe actuar con diligencia y responde de los daños causados a la fundación por su propia culpa; asimismo le está vedado obtener ganancia de los bienes que administra y no puede ceder la titularidad de sus funciones.

Con el tiempo, se desarrolló una competencia de control y vigilancia de los *qudat*²⁹ sobre la aplicación efectiva de los bienes fundacionales a sus fines.

Incluso, en muchos casos, estos jueces o agentes de la autoridad llegaron a ser los administradores efectivos de las fundaciones.

Al margen del supuesto excepcional de la fundación temporal, el *Waqf* se extingue por cese de su finalidad o por pérdida o destrucción de su objeto material.

En el primer caso la propiedad de los bienes se devuelve a los parientes más próximos del fundador (según la escuela malequí esta reversión sólo se produce si son necesitados) o bien se sigue asignando a los pobres u otras obras pías de interés general. Se excluye en todo caso la confiscación por parte de la autoridad pública.

La reversión de los bienes (es decir, de la propiedad en sí o del usufructo) al fundador o

29 Jefes de Justicia. (singular qadi) Una modalidad de jueces islámicos que juzgan en base a la ley religiosa. Normalmente tienen competencia sobre todas las materias y debe fallar con fundamento en la *iyama*. Eran delegados del gobernante. Su jurisdicción se extiende solamente a los musulmanes, juzgando en conciencia. Los no musulmanes quedaban sometidos a sus propias instituciones legales tradicionales, incluidos los tribunales religiosos. Vid. Schacht, Joseph. **An Introduction**. op. cit. supra nota 23, pág. 24-25.

a sus herederos al término del *Waqf* y con la determinación de qué o quiénes pueden ser destinatarios de la fundación es rechazada por algunas corrientes a partir de la premisa de que los bienes le pertenecen a Alá.³⁰

Es posible afirmar la existencia de un alto grado de coincidencia de los rasgos estructurales y funcionales del *Waqf* islámico con los de las fundaciones piadosas del tardío Imperio romano. El hecho de que el “espíritu” de un sistema jurídico no pueda ser trasplantado a otro sistema no elimina la posibilidad de préstamos de reglas, instituciones, conceptos y estructuras jurídicas determinadas,³¹ como puede deducirse que se dio entre el *Waqf* islámico y las fundaciones piadosas del derecho romano justinianeo.

Puede ser complicado el llegar a descubrir un vínculo claro de derivación o de influencia directa entre el primero y las segundas, pero al menos, la confirmación de la existencia de fuertes semejanzas entre estas instituciones, aparte de ser en sí misma un resultado estimable, también tendría el valor

de un indicio en relación con la verdad de aquel vínculo.

Debemos preguntarnos por las raíces de las *piae causae* bizantinas, en suelo islámico, particularmente en Egipto, durante los primeros siglos.

Según Weber³² estas dos últimas motivaciones no fueron ajenas tampoco al desarrollo de las *piae causae* bizantinas así como a las manifestaciones antiguas del *Waqf*.

El aspecto de la perpetuidad parece haberse consolidado de forma gradual. En los primeros tiempos se admiten todavía las fundaciones temporales, mientras que en la doctrina clásica del *Fiqh* se exige la adscripción de los bienes de forma definitiva. Con carácter general, los bienes afectados a la fundación son inalienables e imprescriptibles.

En el caso de fundaciones en favor de personas determinadas, el requisito de la perpetuidad se puede satisfacer destinando el producto de los bienes a los pobres tras la muerte de los beneficiarios iniciales.

30 Sobre el tema, Coulson relata la diferencia de posición entre dos célebres juristas. “Ash-Shaybani regula los incidentes del *waqf* trazando paralelos sistemáticos con la ley de donaciones. El *waqf*, arguye, es una donación del cuerpo de la propiedad a Dios, y de su usufructo a los beneficiarios. De aquí su norma de que la entrega de la propiedad al administrador sea esencial para la validez del *Waqf*. La doctrina de Abu Yusuf, por otra parte, estaba enormemente influida por la consideración práctica de que la creación de los *awaqf* debía ser facilitada y alentada. Con este propósito, ordenó que la mera declaración del donante, sin ningún tipo de entrega, era suficiente para constituir un *Waqf* válido; una indicación más de obvia de su actitud se percibe en la prescripción de que el donante puede reservar un interés de por vida para sí mismo sobre la renta de la *Waqf*.” Vid Coulson, Noel J. op. cit. supra nota 5, pág. 58.

31 Cfr. Schacht, Joseph. **Foreign Elements in Ancient Islamic Law**. In Journal of Comparative Law and International Law N° 32 (1950) pág. 10. Citado por Cuena Boy, Francisco. **Para una comparación...**, op. cit pág. 276. Sobre él, en general compartimos la opinión de Watson para quien “Legal transplants are alive and well as they were in the time of Hammurabi.” Que no es otra cosa que afirmar que se trata de una constante histórica y que su existencia no necesariamente va en desmedro ni implica subordinación de la cultura jurídica receptora, pues a la larga todos los sistemas son receptores y transmisores. Watson sostiene que el trasplante legal es el traslado de una norma de un país a otro o de un pueblo a otro y que ese cambio es independiente del trabajo del sustrato social, histórico o cultural y que factores históricos y hábitos de pensamiento no limitan o califican el trasplante de normas. Vid. Watson, Alan. **Legal Transplants and European Private Law**, en ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2000), 4.4. Disponible en <<http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>>. Consultado el 18 de octubre de 2012

32 Weber, Max. op.cit., págs. 572 y 912.

V. **A modo de corolario: Finalidad declarada y práctica social.**

La necesidad de dar respuesta a una gran cantidad de situaciones no previstas en el Corán, al tiempo que se producía una ruptura con la mayoría de las tradiciones y costumbres pre-islámicas llevaron al derecho musulmán a crear fuentes de derecho propias y a inspirarse en instituciones jurídicas ajenas para conformar un conjunto normativo básico que consiguió extenderse por las diversas sociedades que asumieron el modelo de derecho teocrático islámico.

La holgada noción islámica de *qurba*, intención piadosa de la finalidad a la que debe destinarse el uso o los rendimientos de tales bienes debe ser interpretada en sentido lato como una preocupación por acercarse a Dios o ser grato a Dios, forma necesariamente parte de la finalidad última del *Waqf* y permitía muchas posibilidades para su uso a veces cumpliendo con su propósito declarado de transferir la propiedad a Dios y reservar el disfrute o el usufructo de un patrimonio para quien estableciera el anterior propietario pero también como una vía tangencial que buscaba objetivos no declarados, ajenos a lo que podríamos considerar el cumplimiento estricto de un deber religioso.

Por la vía indicada, el *Waqf* llegó a ser utilizado como un instrumento legal para eludir las normas coránicas que disciplinan el derecho hereditario. El instituyente podía servirse del establecimiento de una fundación para burlar el orden sucesorio en varias direcciones, excluyendo a determinados herederos del círculo de beneficiarios, incluyendo en él

a otras personas o, de forma más general, con el propósito de mantener la unidad e integridad del patrimonio familiar y de reforzar la familia patriarcal. Las víctimas de este proceder eran generalmente las mujeres de la parentela del fundador, a las que por este medio se les llegaba a privar de sus derechos a la sucesión.

En segundo lugar, en un entorno de inestabilidad jurídico-política con débiles garantías legales y poca seguridad en el tráfico, el *Waqf* también fue utilizado como medio de protección frente al peligro de confiscación por parte de la autoridad política. En este caso, la sacralización resultante de su afectación a una finalidad reconocida por la religión, buscaba poner los bienes constituidos en *Waqf* al abrigo de intromisiones arbitrarias del soberano, a la vez que permitía asegurar a largo plazo un cierto flujo de rentas hacia la familia del fundador, pues quedaban, como antes señalamos, fuera del alcance del derecho público.

Otra posible finalidad era la ayuda a la donación nupcial de un prometido que, al carecer de recursos, no habría podido contraer matrimonio de otro modo.

Otras veces se utilizaba con fines fraudulentos como, por ejemplo, la sustracción de los bienes del fundador a la ejecución de los acreedores por medio de su constitución de un *Waqf* en favor de los descendientes del deudor.

En la actualidad su uso es generalizado en el derecho islámico, más allá del mundo árabe y se le utiliza con frecuencia para la financiación y mantenimiento de escuelas religiosas o "*madradas*" desde Marruecos

hasta Malasia además de conservar su papel tradicional como fuente de financiamiento de obras de caridad de todo género.

También se le utiliza para garantizar a las futuras generaciones de una familia el disfrute de unos medios que le han sido asignados por el donante en una modalidad familiar preservada aún en contra de la influencia occidental, principalmente la británica, que intentó su eliminación sin lograrlo. Hay quienes han visto en esta institución un “arma eficaz” para proteger el patrimonio nacional en países con graves problemas de desarrollo contra la voracidad de agentes colonialistas.

Sin embargo, también existen voces que señalan que se trata de “una supervivencia retardataria de antiguos privilegios de clanes o de grupos familiares”. De hecho, parte de las fortunas de algunas casas reales son hoy administradas por este medio.

Se vea como ancla o como trinchera, la práctica social globalizada ofrece un panorama donde, dentro del moderno derecho islámico, el *Waqf* aparece, por su frecuente uso y por su relevancia económica, como un instituto jurídico digno de atención.

VI. Referencias Bibliográficas.

Agosti, Guido. Alcuni brevi cenni sulla dottrina canonistica medievale riguardo ai musulmani. In Revista IURA ORIENTALIA Volumen VII, Italia, 2011, págs. 10-19. Disponible en www.iuraorientalia.net

Al-Zwaini, Laila, Berger, Maurits y Dupret, Baudouin. (Eds.) **Legal pluralism in the Arab world**. Boston, Kruwer Law International, 1999.

Arcas Campoy, María. **Consideraciones sobre algunos aspectos científicos de los tratados de fiqh Malikí**. In LEDER Stefan. et. al. **Orientalia Lovniensia Analecta. Studies in Arabic and Islam**. Peeters Publishers, Belgium, 2002. Págs. 447-454.

Biletta, A. “**Wakf**”. In Novissimo Digesto Italiano. Tomo 20, Torino, 1975.

Bucci, Onorato. **Le radici storiche della SHARI'A Islamica**. In Revista IURA ORIENTALIA, Volumen VI, Italia, 2010, págs. 232-259. Disponible en www.iuraorientalia.net

CORAN. 3ª ed. (traducción y prólogo Juan Vernet) Plaza y Janés Editores, Barcelona, 1995.

Coulson, Noel J. **Historia del Derecho Islámico**. Bellaterra, Barcelona, 1998.

Cuenca Boy, Francisco. **Para una comparación histórico-jurídica de las Pieae Causae del Derecho Romano Justiniano con el Wqaf del Derecho Islámico**. Anuario da Facultade de Dereito da Coruña. 2002. Págs. 273-312.

Donlan, Seán Patrick. **Remembering: Legal Hybridity and Legal History**. In Comparative Law Review. Vol 2, N°1, Associazione Italiana de Diritto Comparato, 2011. Págs. 1-35.

Estevez Brasa, Teresa M. **Derecho Civil Musulmán. Precedido de una introducción al Advenimiento del Islam**. Buenos Aires, Depalma, 1981.

Ferrara, Francesco. **Teoría de las Personas Jurídicas**. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006.

Gaudiosi, Mónica. **The influence of the Islamic Law of Waqf on the development of the Trust in England: The case of Merton College.** In University of Pennsylvania Law Review Vol. 136, N°4, Apr. 1988. Págs. 1231-1261

Hennigan, Peter C. **Studies in Islamic Law and Society. Vol. 18°. The birth of the legal institution. The formation of the waqf in third Century A.H. Hanafi Legal Discourse.** Netherlands, Brill, 2004.

Iglesias, Juan. **Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado.** Barcelona, Ariel, 1972.

López Ortiz, P. José. **Derecho Musulmán.** Barcelona, Editorial Labor, 1932.

Maíllo Salgado, Felipe. **Vocabulario de historia árabe e islámica.** 2ª Ed. Madrid, Akal ediciones, 1999.

Mandirola Brieux, Pablo. **Introducción al Derecho Islámico.** España, Marcial Pons, 1998.

Pérez Vaquero, Carlos. **Diez claves para conocer el derecho islámico.** Consultado en noticias.juridicas.com/articulos/00.../201102-37999842146.html, el 18 de julio de 2012.

Schacht, Joseph. **An Introduction of Islamic Law.** New York, Oxford University Press, 1982.

Watson, Alan. **Legal Transplants and European Private Law,** en EJCL 4.4 disponible en <http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>.

Weber, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva.** España, Fondo de Cultura Económica, 1993.