

LA DESIDIA EN UN CASO DE DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL⁰

María Andrea Esparza⁰⁰

Sumario: En las próximas páginas leerá acerca de los orígenes del islamismo, sobre Mahoma y el Corán. Las diferentes divisiones religiosas, los sucesores de Mahoma, cómo se fue extendiendo la religión musulmana por Oriente y Occidente. También se aborda el tema de las escuelas jurídicas islámicas, cómo funciona y se estructura la judicatura musulmana, qué es la sharia. Cómo se regulan los derechos de la mujer musulmana, ciñéndome a los aspectos relevantes del caso tratado, es decir, la sustracción internacional de tres menores, efectuada desde Guatemala por su padre jordano, hacia Jordania, país actual de residencia de los mismos. Qué trámites legales se realizaron a fin de obtener la restitución de los niños hacia su país de residencia habitual y cómo se frustró la firma de un convenio bilateral entre Argentina y Jordania, sobre régimen de comunicación internacional entre padres e hijos, en situaciones similares al caso Shaban- Arias Uriburu.

INTRODUCCIÓN

El tema a tratar en este trabajo, será la confluencia de dos culturas en un caso de derecho de familia, con repercusión pública y en diversos foros internacionales, vinculado jurídicamente a Guatemala y Jordania, países con los cuales presenta una conexión más estrecha y con una vinculación política con Argentina, país que lamentablemente no comprendió la magnitud e importancia de celebrar un convenio internacional con un país musulmán, en una materia tan esencial para la vida humana y de desarrollo psicoemocional, como el derecho de visitas internacional – hoy día llamado derecho de comunicación – entre progenitores e hijos.

⁰⁰ Este trabajo fue realizado en el marco de la materia Historia de la cultura jusprivatista internacional, a cargo del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, correspondiente a la Maestría en Derecho Internacional Privado, dictada en la Facultad de Derecho de la U.B.A., cuya directora es la Dra. Sara Feldstein de Cárdenas, durante el año 2007.

⁰⁰⁰ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la U.B.A. en 1996, Jefe de Trabajos Prácticos en la materia Derecho Internacional Privado de la U.B.A., U.M., U.L.Z y Profesora Adjunta en las materias Introducción al Derecho, Derecho Civil y Derecho Laboral, en la Escuela Diocesana de Trabajo Social Universidad de Morón. Abogada de la Fundación Niños Unidos para el Mundo, creada por la Sra. Gabriela Arias Uriburu, desde 1999 a 2004.

El caso al que me referiré es el de los niños Shaban-Arias Uriburu, nacidos de una madre argentina, de religión católica y de un padre jordano, de religión musulmana, en Guatemala, país de su residencia habitual hasta el momento de la sustracción internacional efectuada por su padre.

En las líneas que siguen comenzaré por contar brevemente la historia de la cultura musulmana, luego una aproximación a la *sharia*, posteriormente me referiré a la situación de la mujer en el mundo musulmán y algunos aspectos del derecho de familia musulmán, luego comentaré la evolución histórica de Amán, la ciudad en que se efectuaron las tratativas entre autoridades argentinas y jordanas, a fin de concretar la celebración de un convenio bilateral, cumpliendo con lo dispuesto por el art. 11 inc. 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño/a, ratificada por ambos países; luego explicaré escuetamente los hechos del caso que mencionara ut supra, seguidamente las normativas musulmanas y occidentales aplicables al caso y por último me referiré al convenio que no pudo ser.

APROXIMACIÓN HISTORICA BREVE AL MUNDO MUSULMAN

Durante muchos siglos los países de la cuenca del Mediterráneo habían sido parte del Imperio romano. Núcleos rurales estables producían cereales, fruta, vino y aceite, y el comercio se desarrollaba a través de rutas marítimas pacíficas. En las grandes ciudades, una clase social alta, compartía la cultura griega y latina del Imperio. Desde el siglo IV de la era cristiana, el centro del poder imperial se había desplazado hacia el este. Constantinopla sustituyó a Roma como capital, siendo el emperador el centro de la lealtad y símbolo de la cohesión, produciéndose luego una división horizontal. En Alemania, Inglaterra, Francia, España y el norte de Italia, gobernaban reyes bárbaros, aunque aún persistía el sentimiento de pertenencia al Imperio romano. El sur de Italia, Sicilia, la costa del norte de Africa, Egipto, Siria, Anatolia y Grecia continuaban sometidas al gobierno imperial directo de Constantinopla. En esta forma, el imperio era más griego que romano. Otro cambio profundo que sufrió el Imperio, fue la adopción del cristianismo, no sólo por decreto formal del gobernante sino a causa de la conversión en diferentes planos. La población, era en su mayoría cristiana, aunque los filósofos paganos enseñaron en la escuela de Atenas hasta el siglo VI; había comunidades judías en las ciudades, y los recuerdos de los dioses paganos todavía perduraban en los templos convertidos en iglesias. El cristianismo concedió una

nueva extensión a la lealtad hacia el emperador y creó un nuevo marco de unidad para las culturas locales que él gobernaba.

Las instituciones autónomas de las ciudades griegas habían desaparecido paralelamente a la expansión de la burocracia imperial, pero los obispos podían poseer cierto liderazgo local. Cuando el emperador salió de Roma, el obispo de la ciudad, es decir, el Papa, pudo ejercer una autoridad que no estaba al alcance de los patriarcas y los obispos de las ciudades romanas orientales. Estos mantenían vínculos estrechos con el gobierno imperial, pero todavía podían defender sus intereses locales. Junto a la iglesia ortodoxa oficial, se formaron otras con diferentes doctrinas y prácticas. Las principales disparidades doctrinales se relacionaban con la naturaleza de Cristo. En el año 451, el concilio de Calcedonia había establecido que la segunda persona de la Trinidad poseía dos naturalezas, una divina y otra humana. Esta fue la formulación que aceptó el cuerpo principal de la Iglesia, tanto en Oriente como en Occidente, a que adhirió el gobierno imperial. Recién más tarde y gradualmente, sobrevino una cisma entre la Iglesia de las zonas bizantinas (iglesia ortodoxa oriental), con sus jefes del clero – patriarcas -, y la de Europa occidental, que acataba la autoridad suprema del Papa. Sin embargo, hubieron algunas comunidades que sostenían que Cristo tenía una naturaleza única, formada por dos naturalezas. Esta doctrina, llamada monofisita, fue la que apoyó la Iglesia armenia de Anatolia, así como la mayoría de los cristianos egipcios (coptos) y cristianos nativos de Siria (jacobitas u ortodoxos sirios). Otros, optaron por una división más precisa entre las dos naturalezas de Cristo, considerando que el Verbo de Dios habitaba en Jesús hombre desde su concepción (a los adeptos de esta doctrina se los conoce como nestorianos). En el siglo VII apareció otro grupo llamado monotelitas, que afirmaba que Cristo tenía dos naturalezas, pero una única voluntad.

Al este del Imperio bizantino, se extendía otro gran Imperio, el sasánida, cuyo dominio abarcaba los territorios que actualmente ocupan Irak e Irán, y llegaba hasta Asia central. El poder de los Sasánidas se extendía en un comienzo entre los pueblos de lengua persa del sur de Irán. Se trataba de un estado gobernado por una familia con la ayuda de una jerarquía de funcionarios, y trataban de establecer una base sólida de unidad y fidelidad retomando la antigua religión de Irán, asociada con el maestro Zoroastro. Según esta religión, el universo

era un campo de batalla, sometido al Dios supremo, entre los buenos y los malos espíritus; los buenos vencerían, pero los hombres y las mujeres dotados de virtud y pureza ritual podían acelerar la victoria. Luego de que Alejandro Magno conquistase Irán, en 334-333 a.C. y creara vínculos más fuertes con el Mediterráneo oriental, las ideas del mundo griego se expandieron hacia el este; a su vez las de un maestro irakí, Mani, que intentó incorporar todos los profetas y los maestros en un solo sistema religioso que se llamó maniqueísmo, se fundieron hacia el oeste.

La capital sasánida estaba en Ctesifonte, en la región de Irak central, bañada por los ríos Tigris y Eufrates. Además de zoroastrianos y maniqueos, Irak tenía cristianos de la Iglesia nestoriana, que prestaban un importante servicio al Estado. Esta área era además el centro principal del saber religioso judío y un refugio para los filósofos paganos y los científicos médicos de las ciudades griegas del mundo mediterráneo.

Los dos imperios abarcaban a las principales regiones de las sociedades estables y la alta cultura de la mitad occidental del mundo, pero más hacia el sur, a ambas orillas del mar Rojo, había otras dos sociedades: una era Etiopía, un reino antiguo cuya religión oficial era el cristianismo copto; la otra era Yemen, un lugar de tránsito del comercio de larga distancia, con lengua y religión propias.

Entre los grandes Imperios del norte y los reinos del mar Rojo se extendían regiones de diferente naturaleza. Los habitantes hablaban diferentes dialectos del árabe y tenían distintos modos de vida. Algunos eran nómadas y otros sedentarios, siendo el equilibrio entre ellos, bastante precario.

En todo este universo de Oriente Próximo, muchas cosas estaban cambiando durante el siglo VI y principio del siglo VII. Los Imperios bizantino y sasánida se combatieron en prolongadas guerras, que con interrupciones, se desarrollaron del año 540 al 629.

A mediados del siglo VII apareció un movimiento religioso en los márgenes de estos grandes imperios. Mahoma, en La Meca – ciudad de Arabia occidental -, empezó a convocar a los hombres y mujeres, pregonando la sumisión a la voluntad de Dios y la reforma moral. El Corán apareció como un libro en el que se había reflejado el mensaje divino revelado por Dios al propio Mahoma. En nombre de la nueva religión, el Islam, separada del judaísmo y del cristianismo, los ejércitos reclutados entre los habitantes de

Arabia conquistaron los países circundantes y fundaron un nuevo imperio, el Califato, que incluyó buena parte del Imperio bizantino y toda el área sasánida, extendiéndose desde Asia central hasta España. El centro del poder se trasladó de Arabia a Damasco, en Siria, con los califas omeyas, y después a Bagdad, en Irak, con los Abasíes.

Hacia el siglo X el Califato se estaba desintegrando, y aparecieron califatos en Egipto y España, pero se mantuvo la unidad social y cultural que se había formado en su seno. Gran parte de la población se había adherido a la religión del Islam, aunque continuaban inalterables algunos grupos de judíos, cristianos y de otras comunidades. La lengua árabe se extendió también, convirtiéndose en el vehículo de una cultura que incorporaba elementos de las tradiciones de los pueblos asimilados al mundo musulmán, expresándose en la literatura y los sistemas jurídicos, teológicos y espirituales.

Las sociedades musulmanas, esparcidas por diferentes zonas geográficas, desarrollaron instituciones y formas específicas, crearon un sistema de comercio único y promovieron cambios en la agricultura y los oficios, de manera que establecieron las bases del crecimiento de las grandes ciudades, con una civilización urbana que se expresaba en construcciones con un estilo característico.

MOHAMAD:

Según la narración de los biógrafos, Mohamad nació en La Meca, en el Hediyad, parte noroccidental de la actual Arabia Saudí, entre el año 570 o 580 d.C., no está definido. Su familia pertenecía a la tribu de los Quraish, que a su vez formaban parte de la familia o tribu de los hachemitas. Los miembros de esta tribu eran comerciantes, que tenían acuerdos con las tribus de pastores de los alrededores de La Meca, y también relaciones con Siria así como con el suroeste de Arabia. También se dice que mantenían cierta relación con el santuario de la ciudad, la Kaaba, donde se guardaban las imágenes de los dioses locales.

El padre de Mahoma, Abdallah, había muerto durante un viaje a Yatrib (actual Medina) antes que su hijo naciera; su madre, Amina, murió cuando Mahoma tenía diez años, por lo que fue criado por su abuelo Abd al Muttalib y luego por su tío Abu Talib. Aunque ellos se ocuparon de él, tuvo una infancia triste como la mayoría de los huérfanos.

Mahoma se casó con Jadiya, una viuda rica dedicada al comercio, y atendió los negocios de su mujer. Ella fue su primera y única compañera fiel, hasta la que murió y su primera discípula de la nueva fe.

Más tarde se convirtió en un nómada solitario entre las montañas, y de pronto un día, cuando tenía alrededor de 40 años, tuvo un contacto con lo sobrenatural, conocido por las generaciones siguientes como la Noche del Poder o del Destino. Conforme una versión, un ángel, en la forma de un hombre que apareció en el horizonte, lo exhortó a convertirse en el mensajero de Dios; según otra, oyó la voz del ángel que lo llamaba a recitar. Mahoma preguntó: ¿ Qué debo recitar ? y la voz dijo: *Recita: En nombre de tu Señor que creó, creó al hombre de un coágulo de sangre. Recita: Y tu Señor es el más generoso, que enseñó al hombre lo que él no sabía. No, ciertamente: sin duda el hombre crece en insolencia, pues se cree autosuficiente. Sin duda, hacia tu Señor él está retornando*".¹

Mahoma comenzó entonces a comunicar a sus adeptos una sucesión de mensajes que él creía revelados por un ángel de Dios: el mundo llegaría a su fin; Dios el todopoderoso, juzgaría a todos los seres humanos que él había creado; las delicias del Cielo y los sufrimientos del Infierno eran descritos con vívidos colores. Si las personas se sometían a la voluntad de Dios, podían confiar en Su compasión cuando se sometieran al juicio; y Dios quería que ellos demostrasen su gratitud mediante la plegaria regular y la observancia de otros preceptos, y a través de la benevolencia y la moderación sexual. A Dios se lo llamaba "Alá", nombre que ya era utilizado por uno de los dioses locales (en la actualidad también se usa ese nombre). Los que se sometían a su voluntad serían llamados luego, musulmanes; mientras que la religión se denominaba Islam.

Musulmán, es un adjetivo sustantivo, que designa al que abraza el Islam y lo sigue fielmente. Islam, es un término técnico, que define el sistema de creencias y de ritos basados en el Corán

De a poco Mahoma obtuvo seguidores- su mujer Jadiya, su primo Alí, algunos parientes cercanos, gentes humildes, esclavos y extranjeros - que fueron creciendo en número, mientras que su relación con las principales familias de los Quraish se deterioraba, ya que éstas no aceptaban que él se considerara un mensajero de Dios, acusándolo de atacar su

¹¹ Corán 96:1-8

modo de vida. La situación de Mahoma se agravó cuando Jadiya y Abu Talib (su tío), fallecieron el mismo año. La lucha de Mahoma con sus conciudadanos duró cerca de diez años.

Al desarrollar sus enseñanzas, su creencia se distinguió mejor de las otras, adoptó nuevas formas de culto, como la plegaria comunal regular y nuevas formas de beneficencia; se situó de manera más explícita en la línea de los profetas de la tradición judía y cristiana. Su situación llegó a ser tan difícil que en el año 622 debió abandonar La Meca y se dirigió a un asentamiento establecido junto a un oasis, denominado en el futuro Medina. Este traslado, que marcaría para las generaciones futuras, el comienzo de la era musulmana, se denomina la hégira. Esta respecto del año gregoriano, lleva un retraso de unos 600 años.

Desde Medina, Mahoma empezó a formar un poder que pronto se extendió por los oasis y el desierto circundante, que lo llevó a verse arrastrado a una lucha con los Quraish – quizá por el control de las rutas comerciales -, en el curso de la cual se plasmó el carácter de la comunidad. Durante esta etapa de expansión de su poder y de lucha las enseñanzas del Profeta adoptaron su forma definitiva.

Hacia el año 629 las relaciones habían mejorado, se llegó a una suerte de reconciliación de los intereses. En el año 630 los jefes de La Meca, se la entregaron a Mahoma, quien la ocupó sin encontrar resistencia, anunciando los principios de un nuevo orden: “Yo anulo todos los reclamos de privilegio o sangre o propiedad, excepto la custodia del templo y el suministro de agua a los peregrinos”.

Pero Medina continuó siendo su capital, donde ejerció su autoridad sobre sus adeptos. De los diferentes matrimonios que contrajo luego de la muerte de Jadiya, algunos se concertaron por razones políticas. No existía un gobierno o un ejército organizados, sólo Mahoma como árbitro supremo con una serie de representantes, una leva militar de creyentes y un tesoro público. Los jefes tribales necesitaban llegar a acuerdos con él, porque controlaba los oasis y los mercados.

En el año 632 Mahoma efectuó su última peregrinación a La Meca, y su discurso quedó registrado en los escritos tradicionales como el enunciado final de su mensaje: “Sabed que cada musulmán es hermano de otro musulmán, y que los musulmanes son hermanos”. Volvió a Medina y falleció el 8 de junio del año 632, sin dejar descendencia masculina y

sin haber designado sucesor. Según relatos de épocas posteriores, la comunidad musulmana, reverenciaba al Profeta, trataba de seguir sus pasos y persistía en el camino del Islam, al servicio de Dios. Se mantenía unida a través de los ritos comunes de devoción: peregrinación, ayuno y plegaria regular. Por encima de todo esto, estaba el legado del Corán.

MUERTE DEL PROFETA Y SEGUIDORES: LOS CALIFAS.

A la muerte de Mahoma, habían quedado tres grupos principales: sus primeros compañeros, que protagonizaron con él la hégira; los hombres provenientes de Medina que habían concertado la unión con él en esa ciudad y los miembros de las principales familias de La Meca, la mayoría de ellos de conversión reciente. En una reunión de jefes y colaboradores más cercanos, se eligió como sucesor a Abu Bakr (632-634), miembro del primer grupo, cuya hija Aisha había sido esposa del Profeta. El califa no era profeta, sino jefe de la comunidad. No podía aspirar a ser portavoz de nuevas revelaciones, pero una mezcla de santidad y preferencia divina, rodeaba a los primeros califas, y éstos afirmaban poseer cierto tipo de autoridad religiosa. Cuando falleció Mahoma, las alianzas que había logrado con los jefes tribales se debilitaron, por ello la comunidad que dirigía Abu Bakr afirmó su autoridad mediante la acción militar, creándose un ejército, llegando a las regiones de los grandes imperios. El segundo califa fue Omar (634-644), con una sabia administración y una hábil estrategia, inició una etapa de grandes conquistas. Hacia el fin de su reinado, se había conquistado Arabia entera, parte del Imperio sasánida y las provincias de Siria y Egipto del Imperio bizantino; el resto de los territorios sasánidas no tardó en ocuparse.

Los árabes que invadieron los imperios bizantino y sasánida, eran una fuerza organizada, no una horda tribal. El empleo del transporte con camellos les daba cierta ventaja en las campañas libradas en amplias extensiones y la posibilidad de adquirir tierras y riquezas provocó una coalición de intereses entre ellos. A medida que se extendió el área conquistada, se tornó indispensable modificar la forma de gobernarla. Los conquistadores, ejercían su autoridad desde los campamentos armados que habían instalado los soldados árabes. Como eran centros de poder, esos campamentos se convirtieron en polos de

atracción para los inmigrantes de Arabia y los territorios conquistados, y se transformaron en ciudades, con el palacio del gobernador y la mezquita, en el centro.

En Medina y las nuevas ciudades-campamentos unidas a ésta por rutas interiores, el poder estaba en manos de un grupo gobernante, algunos de cuyos miembros habían sido compañeros del Profeta. Al continuar las conquistas, llegaron otros miembros de las principales familias de las tribus de pastores. Los diferentes grupos se entremezclaron. El califa Omar creó un sistema de salarios en beneficio de los que habían luchado por la causa del Islam y lo reguló conforme la antigüedad de la conversión y el servicio, lo que reforzó la cohesión de la elite gobernante, o cuando menos, su separación respecto de los gobernados, lo que provocó signos de tensión desde los primeros tiempos.

Más allá de la cohesión que alcanzó el grupo, estaba dividido por diferencias personales y faccionales. Los primeros compañeros del Profeta miraba con mala cara a los conversos tardíos que habían conquistado el poder; las pretensiones de conversión temprana y las que aludían a estrechos vínculos con el Profeta podían chocar con las afirmaciones acerca de la nobleza de un linaje antiguo y honorable.

Las tensiones se manifestaron en la región del tercer califa, Utmán ibn Affán (644-656), quien fue elegido por un pequeño grupo de miembros de los Quraish, luego del asesinato de Omar, por una venganza personal. Bajo su mando se consumó la ocupación de Persia, mientras las tropas musulmanas se presentaban en los confines del Cáucaso y de la India. Su política consistió en designar a miembros de su propio clan como gobernadores de provincia, y esta práctica provocó oposición, tanto en Medina como en Kufa y Fustat. Una rebelión en Medina con el apoyo de los soldados provenientes de Egipto, desembocó en el asesinato de Utmán en 656, comenzando el primer período de guerra civil de la comunidad. Alí ibn Abi Talib (656-661), fue el pretendiente a la sucesión. Provenía de los Quraish, converso temprano, primo de Mahoma y esposo de su hija Fátima; quien se instaló como califa en Kufa y sus disidentes en Basora, derrotándolos. Luego debió afrontar un nuevo problema originado en Siria, donde el gobernador Muawiyya ibn Abi Sufián era pariente cercano de Utmán. Se enfrentaron en Siffin, en el alto Eúfrates, sometiéndose luego de largas luchas al arbitraje de delegados elegidos por los dos bandos. Cuando Alí aceptó esto, algunos partidarios lo abandonaron, ya que no iban a aceptar un compromiso y subordinar

la voluntad de Dios al criterio humano. Luego fue asesinado en Kufa y Muawiyya se proclamó califa.

Cuando Muawiyya asumió el poder (661-680), fue visto como el comienzo de una nueva etapa. A los cuatro primeros califas se los llama *Rashidum* o *Bien Guiados*. La opinión respecto de los califas siguientes es distinta, dado que el cargo se convirtió en hereditario, estando el poder en manos de una familia conocida por el nombre de un antepasado, Umayya (Omeyas). Cuando Muawiyya murió, lo sucedió su hijo, a quien siguió por poco tiempo su propio hijo; luego hubo otro período de guerra civil y el poder pasó a manos de otra rama de la familia, descendientes de su tío Abbás.

La capital del imperio se trasladó a Damasco, desde allí la zona costera del Mediterráneo oriental y las regiones que se extendían al este permitían un control más fácil desde Medina. Esto era tanto más importante cuanto el dominio del poder del califa continuaba extendiéndose. Las fuerzas musulmanas atravesaron el Magreb, llegando a la actual Túnez; Marruecos hacia fines del siglo VII, pasando luego a España. En el extremo opuesto conquistaron las tierras que se extendían más allá de Jorasán y llegaron hasta el valle del Oxo, para comenzar las primeras incursiones musulmanas en el noroeste de India.

En 749 asumió el poder un descendiente no de Alí si no de Abbás, Abul-Abbás (749-754), cuyos seguidores son conocidos como Abasíes, miembros de una de las dinastías más brillantes del mundo occidental, con capital en Bagdad. Su poderío abarcaba el sur de Irak y los oasis y mesetas de Irán, Jorasán y los territorios que se extendían hacia Asia Central. La Meca y Medina quedaban ya muy lejos.

Lo sucedió al-Mansur (754-775), a quien sucedió Harún al-Rashid (786-809). Durante el califato de al-Mansur, se creó Bagdad como nueva capital. A la muerte de Harún al-Rashid estalló la guerra civil entre sus hijos al-Amín y al-Mamún. Amín fue proclamado califa y el ejército de Bagdad luchó a su lado, pero fue derrotado.

A comienzos del siglo IX la necesidad de un ejército eficaz y fiel se satisfizo mediante la compra de esclavos y el reclutamiento de soldados en las tribus de pastores de habla turca.

Para mantener a los soldados lejos de la población de Bagdad, que era reacia al gobierno del califa, al-Mutasim (833-842) trasladó su capital desde Bagdad a una nueva ciudad,

Samarra, que estaba más al norte. La sede del gobierno estuvo allí durante medio siglo, pero cayó bajo la influencia de los jefes de los soldados turcos, que llegaron a dominar el gobierno del califa.

Cuanto más remoto y poderoso era el califa, más importante era para él que su poder se arraigara en los sentimientos morales de los gobernados. De un modo más sistemático que los Omeyas, los Abasíes trataron de justificar su dominio en términos islámicos. Desde el comienzo usaron símbolos religiosos, afirmando el califa que gobernaba por autoridad divina, como miembro de la familia del Profeta, en armonía con el Corán y las normas de la conducta recta. En concordancia con esta afirmación, los especialistas religiosos participaron de su gobierno y se atribuyó más importancia al cargo del juez (*qadi*). Sus funciones se diferenciaron de las del gobernador, no tenía obligaciones políticas o financieras; sólo debía resolver conflictos y adoptar decisiones conforme a lo que de a poco aparecía como un sistema de normas jurídicas o sociales islámicas.

Al pretender ser gobernantes legítimos, los primeros Abasíes debieron enfrentarse a otra rama de la familia del Profeta, los descendientes de Alí, y a sus partidarios, los chiíes.

La creencia en una unidad que incluía diferencias de opinión legal, y en la importancia dada al Corán y a la práctica (*sunna*) del Profeta como bases del derecho, gradualmente originó un modo de pensamiento que se llamó sunnismo, diferente del chiísmo.

La Sunna y la Chiía son dos grandes ramificaciones iniciales, en cuyo seno irían surgiendo sectas propiamente dichas, sobre todo en la rama chiíta.

En términos generales son sunnitas todos aquellos que, junto con el Corán, admiten que la Sharia (ley musulmana), se compone también de la Sunna (imitación del Profeta), y del hadith (tradición y jurisprudencia aceptadas por el conjunto de la comunidad islámica). Sin embargo, no es correcto fundar en este único criterio las diferencias entre sunnitas y chiítas; es mejor decir que, los sunnitas son aquellos que admiten la Sunna de Abu Bakr, de los tres primeros califas, y de los Omeyas; los chiítas tienen igualmente a su Sunna, su Hadith y su propia jurisprudencia. En vez de una califa elevado a la soberanía por una investidura humana, los chiítas reconocen como único jefe legítimo del Islam al imán (“aquel que por excelencia es creyente en Alá”), descendiente directo del Profeta

COMO SE FORMO LA SOCIEDAD?

Con el correr del tiempo, la autoridad de los califas se vio atrapada en las contradicciones de los sistemas centralizados y burocráticos de gobierno. Para poder gobernar las provincias lejanas, el califa tenía que conceder a sus gobernadores el derecho de cobrar impuestos y usar parte de los ingresos para mantener las fuerzas locales. Trataba de conservar el control a través de una red de informantes, pero no podía evitar que algunos gobernadores fortaleciesen sus posiciones, hasta el extremo de traspasar el poder de sus propias familias, mientras permanecían fieles a los intereses fundamentales de sus soberanos. De esta manera, nacieron las dinastías locales, como los Saffaríes en Irán oriental (867 –h. 1495), los Samaníes en Jorasán (819-1005), los Tuluníes en Egipto (868-905) y los Aglabíes en Túnez (800-909); desde su base en Túnez, los Aglabíes conquistaron Sicilia, que continuó gobernada por dinastías árabes hasta que los normandos la ocuparon en la segunda mitad del siglo XI.

En 945, los Buyíes (chiítas), una familia de jefes militares, asumieron el poder en Bagdad, adoptando varios títulos, menos el de califa. Los Abasíes gobernarían tres siglos más, pero comenzó una nueva fase de su historia. Un desafío directo de éstos fueron los ismailíes, un movimiento revolucionario de la rama del chiísmo.

En 969, Ubaidulá, quien había creado la dinastía Fatimí (por Fátima, la hija del Profeta, de quién decía descender), ocupó Egipto, extendiendo su dominio a Arabia occidental y Siria, pero pronto perdió a Túnez, a la que había conquistado en 910. Los Fatimíes fueron no sólo imanes sino también gobernadores de un gran Estado con su centro en el valle del Nilo. El Cairo fue creación de estos monarcas.

Existieron una cantidad importante de otras dinastías, pero por motivos de extensión y objeto de este trabajo, las omitiré.

Hacia fines del siglo X había nacido un mundo islámico, que ya no formaba una sola unidad política, pero que tenía una cultura religiosa común, una lengua común –el árabe-, y vínculos humanos nacidos de las relaciones comerciales, las migraciones y la peregrinación.

El mundo islámico estaba dividido en tres grandes áreas: una incluía a Irán e Irak meridional, con su centro de poder en Bagdad; otra incluía a Egipto, Siria y Arabia

occidental, con su centro de poder en El Cairo y la otra, incluía el Magreb y las regiones musulmanas de España, conocidas como al-Andalus, con varios centros de poder.

En el siglo XIII la región oriental sufrió la invasión de una dinastía mongola no musulmana, proveniente de Asia oriental, que conquistó Irán e Irak, poniendo fin al califato abasí de Bagdad en 1258. Las fronteras del mundo musulmán variaron considerablemente. En algunos lugares la frontera retrocedió, atacada por los Estados cristianos de Europa occidental. Sicilia cayó en manos de los normandos de Europa septentrional, y la mayor parte de España quedó en manos de los reinos cristianos del norte.

Hacia mediados del siglo XIV los reinos cristianos ocupaban toda España, excepto el reino de Granada del sur. La población musulmana árabe perduró un tiempo en España y Sicilia, pero se extinguió por conversión o expulsión.

Se produjo una expansión del dominio musulmán hacia el este, en India septentrional. Asimismo, se extendió en Africa.

La expansión continuó. Hacia los siglos XV y XVI, los Estados musulmanes sufrieron el embate de los Estados de Europa occidental, pero el empleo de la pólvora y los cambios en las técnicas militares y navales, hizo que los Estados fueran más poderosos y duraderos.

Surge en el siglo XVII un intento sistemático por parte de los europeos, de entender los textos básicos de la creencia e historia musulmanas, con la creación de las cátedras de árabe en las universidades de París, Leiden, Oxford y Cambridge, la recopilación de manuscritos en las grandes bibliotecas y las primeras ediciones esmeradas de traducciones de estas obras.

A partir del siglo XVIII el poder europeo se hizo sentir más fuertemente, en algunos países musulmanes provocando cambios.

En Túnez los comienzos del cambio se manifestaron durante el reinado de Ahmad bey (1837-1855), que pertenecía a la familia que había ostentado el poder desde principios del siglo XVIII. Se impartió una formación moderna a algunos miembros del grupo gobernante de turcos y mamelucos, se formó el núcleo de un nuevo ejército, se amplió la administración e imposición directa, se dictaron leyes nuevas. Bajo el régimen de su sucesor, en 1857, se declaró solemnemente la reforma: la seguridad, libertad civil, impuestos regulares y el reclutamiento, el derecho de los judíos y los extranjeros a poseer

tierras y a desarrollar todo tipo de actividades económicas. En 1861, se sancionó una especie de Constitución – la primera en el mundo musulmán -.

En la península arábiga, la influencia del poder europeo fue menor. En Arabia central, el Estado wahhabí fue destruido por la expansión del poder egipcio, pero pronto resurgió, aunque en menor medida. En Omán, la familia gobernante extendió su gobierno a Zanzíbar y la costa africana oriental. En Marruecos, se produjo una expansión del comercio europeo, se abrieron consulados y empezaron a funcionar líneas navieras. El sultán, por presiones extranjeras debió decretar el comercio libre.

En el Imperio otomano la primera convención comercial anglo-otomana fue la de 1838; en Marruecos la de 1856. Se conquistó así, por parte de los Estados europeos, el derecho de los mercaderes de viajar y traficar libremente, de mantener contacto directo con los productores y de resolver los conflictos comerciales en tribunales especiales, y no en tribunales islámicos bajo la ley islámica.

Las antiguas industrias, por ejemplo la fabricación de tejidos en Siria o el refinado de azúcar en Egipto, afrontaron la competencia de los artículos europeos.

La desorganización de la economía, la pérdida de poder y de influencia, la sensación de que el mundo político islámico estaba amenazado desde afuera, provocaron una serie de movimientos violentos dirigidos contra los nuevos criterios políticos, contra la influencia cada vez más fuerte de Europa. En Siria los movimientos terminaron en 1860. En ese mismo año, hubo una guerra civil en Líbano, donde murieron asesinados cristianos en Damasco. El pueblo se oponía a las reformas otomanas y a los intereses europeos vinculados a ellas, en un momento de crisis comercial. A su vez, esto provocó la intervención de las potencias europeas y la creación de un régimen especial para el Monte Líbano.

En 1856, se firmó el Tratado de París que creó un equilibrio entre los intereses europeos y los del grupo gobernante nativo del Imperio otomano consagrado a la reforma.

Durante el siglo XIX la curiosidad de la mente europea se acentuó alimentada por el comercio, la residencia y la guerra que llevaron a Oriente Próximo y al norte de Africa a un número cada vez más elevado de europeos y norteamericanos. Creció el turismo a mediados de ese siglo, con peregrinaciones a Tierra Santa y cruceros por el Nilo.

La segunda parte del siglo XIX fue un período en que casi no hubo desórdenes urbanos, después de las grandes revueltas de las décadas de 1860 y 1870 y los disturbios del período de las ocupaciones extranjeras. Sin embargo, algunos movimientos como el de Muhammad Ahmad, en Egipto, alimentaron el temor a la “revuelta del Islam”, que sentían los gobiernos reformistas y extranjeros, llevándolos a intentos por contrarrestarlos o por lo menos controlarlos.

Durante el siglo XX se produjeron profundos cambios en el mundo musulmán, de toda índole, políticos, económicos, sociales, culturales, jurídicos y geográficos, a los que no me referiré, nuevamente explicando que excede la finalidad de este trabajo, más allá de reconocer su riqueza intelectual.

LA SHARIA

El Corán no incluye un sistema de doctrina, pero dice a los hombres lo que Dios desea que ellos hagan. Contiene algunos mandatos específicos, por ejemplo en relación con el matrimonio y división de la propiedad de un musulmán después de su muerte, pero éstos tienen un carácter limitado, expresándose la voluntad de Dios, casi siempre, en referencia a principios generales.

Los mandatos y principios se refieren tanto a los modos en que los hombres deben venerar a Dios como a los modos en que deben comportarse entre ellos.

Del Corán y la práctica de la comunidad temprana, surgió un acuerdo general respecto de las obligaciones fundamentales de un musulmán: a) testimonio oral de que “Dios es único y Mahoma es su Profeta”; b) oración ritual cinco veces diarias; c) donación; d) ayuno riguroso durante el mes de Ramadán y e) la peregrinación a La Meca.

Durante el período de los primeros califas y los Omeyas, hubo dos procesos:

- El gobernante, sus gobernadores y representantes especiales, los CADIES, dispensaban justicia y resolvían conflictos, en base a las costumbres y leyes de las diferentes regiones.
- Los musulmanes serios y responsables trataban de subordinar todos los actos humanos al juicio de su religión, y de elaborar un sistema ideal de conducta humana.

Con la llegada de los Abasíes, a mediados del siglo VIII d.C., al crearse un Estado centralizado, gobernado burocráticamente, fue necesario concertar acuerdos de los modos de resolver los conflictos y gobernar la sociedad. Dada la pretensión de los Abasíes de

justificar su dominio religiosamente, todos los acuerdos debían percibirse como normas basadas en las enseñanzas del Islam. De esta manera, los dos procesos mencionados ut supra, acortaron distancias.

Al-Shafí (767-820), sostuvo que el Corán era literalmente la Palabra de Dios. El único método que permitía evitar el error en la resolución de los conflictos, era que los que conocían bien la religión, aplicando su razón, resolvieran el caso por analogía, es decir, buscando en otros casos similares que ya hubieran obtenido una decisión. Sólo cuando había acuerdo general como resultado de este ejercicio de la razón, podía decirse que el consenso tenía la jerarquía de la verdad, cierta e incuestionable. Esta manera de pensar y de resolver los conflictos, tomando el Corán como base esencial más la sunna, permitía aplicar en un estado la ley de otro y por lo tanto, el derecho internacional privado tenía y tiene plena vigencia.

Según Shafí, todos los musulmanes debían aprender el árabe, por lo menos para que pudieran atestiguar, recitar el Corán e invocar el nombre de Dios. Un erudito religioso, debía saber más que lo mencionado.

Formulados estos principios y aceptados de modo general, se podía tratar de relacionarlos con el cuerpo de leyes y preceptos morales. Este proceso de pensamiento se llama *fiq* y el producto del mismo, recibió el nombre de *sharia*.

Se formaron de a poco una serie de escuelas de la ley, conocidas como madrazas: a) hanafíes (por Abú Hanifa); b) maliquíes (por Malik); c) shafíes (por al-Shafí); d) hambalíes (por Ibn Hanbal). La diferencia entre ellas estaban dadas por aspectos importantes de la ley, por principios de razonamiento legal y sobre todo por el lugar que le asignaban al *hadiz* y los límites y métodos de la razón.

Las escuelas mencionadas pertenecían a la comunidad sunní.

Entre los chiíes de los “Doce” , el consenso de la comunidad era válido solamente si el imán estaba incluido y la ley fundamental chií también tenía rasgos distintivos.

Las tradiciones del Profeta (*hadiz*) era una de las bases del derecho. Pero la relación entre la teología, el *hadiz* y el derecho era compleja.

Los especialistas legales querían relacionar las costumbres sociales y las normas administrativas que habían alcanzado la jerarquía de principios religiosos, y una manera de lograr este objetivo era asegurando que tenían su origen en el Profeta.

No todos creían en la veracidad de los *hadices*, por ello surgió una escuela crítica de los mismos. Se efectuaron dos recopilaciones importantes, que desecharon aquellos *hadices* que les representaban más dudas que otros acerca de su fidelidad, una fue la de al-Bujari (810-870) y la otra, la de Muslim (817-875).

La mayoría de los estudiosos occidentales y algunos musulmanes modernos, entienden que muchos de los *hadices* que los autores mencionados anteriormente consideraron auténticos, son producto de la polémica acerca de la autoridad o la doctrina o del desarrollo de la ley.

Los jueces administraban la sharia en las madrazas, y celebraban sus sesiones en su propio hogar o en un tribunal, acompañados de un secretario que anotaba los fallos. Las pruebas admitidas al comienzo, eran el testimonio oral de los testigos legales, que confirmaban el testimonio de terceros y le conferían aceptabilidad; los documentos escritos si los autenticaba un testigo legal, se convertían en prueba oral. Las sentencias eran inapelables y un fallo de un juez no podía ser anulado por otro, salvo en caso de errores judiciales.

Si bien el juez debía aplicar la ley derivada de la revelación, en la práctica el sistema era más flexible, dado que la sharia no abarcaba todas las actividades del hombre, si no más ampliamente temas vinculados al estatuto personal (familia y sucesiones) y en menor medida, temas comerciales y muy poco de temas penales y constitucionales. El juez o cadí, tenía cierta competencia en temas penales y en relación con ciertos actos prohibidos específicamente por el Corán (ej. robo y consumo de vino, relaciones sexuales ilícitas) y que se castigaban con penas preestablecidas. En la práctica, con relación a asuntos que afectaban el bienestar del Estado, el gobernante y sus funcionarios, eran los que ejercían y aplicaban la justicia penal.

El cadí, trataba que las partes llegaran a acuerdos consensuados, cumpliendo un papel de conciliador, admitiendo que al convenir la solución se aplicara una ley extranjera, más allá de lo que dijera la letra rigurosa de la ley.

El jurisconsulto (muftí), era otro especialista legal. Era competente para emitir resoluciones en cuestiones de derecho. El cadí podía aceptarlas e incorporarlas con el tiempo a los tratados legales.

LA JUDICATURA ACTUAL ISLAMICA:

La judicatura islámica es de carácter cuasi religioso, derivado de la concepción de Dios como Supremo Legislador y de la Sharia como fuente principal y originaria del Derecho. El cadí es el único que puede interpretar y aplicar la ley.

En caso de laguna legal respecto de alguna cuestión a resolver, rige el principio de analogía, “juzgando con la mayor proximidad al derecho y en la forma más querida por Dios para tal juicio”²²

La sabiduría y conducta del cadí deben ser intachables. Actúa en numerosos casos como árbitro, como testigo, como notario, como tutor y ejerce el poder de policía; desempeña una función múltiple con forzosa incidencia en lo político. Debe ser mayor de edad, musulmán y pertenecer al sexo masculino. Debe ser honorable, piadoso y sincero, conocedor de la ley para desempeñar su trabajo creativamente.

La judicatura es única, tanto como la instancia. Los tribunales colegiados no funcionan y los recursos ante la autoridad responden más a la idea de una concesión de gracia que a una revisión legal.

Si bien la función del cadí es unipersonal, cuenta con un Consejo asesor.

La función de tribunal superior como conocemos en occidente la cumple el Juez de Jueces. En Jordania, al momento de realizarse las tratativas para lograr firmar un acuerdo internacional bilateral argentino-jordano, la función de Juez de Jueces la ejercía Izzidin Abdul Azeen Al-Khatib Al-Tamimi.

LAS MUJERES EN EL MISTERIOSO MUNDO MUSULMAN

A fin de entender por qué le resultó y resulta tan difícil a una madre (mujer) occidental acceder al ejercicio de sus derechos y los de sus tres hijos:

- tenencia o custodia,
- restitución internacional de los niños a su país de residencia habitual – Guatemala –

²² Derecho Civil Musumán, Teresa M. Estévez Brasa, pág. 533

- derecho de contacto internacional o régimen de visitas, ante el fracaso de la segunda; haré una breve reseña de la situación de la mujer en el mundo musulmán, no como una crítica negativa, si no con la apertura necesaria que permita entender una cultura diferente, no por ello detestable. Me circunscribiré a la vida en la ciudad y a muy someramente al derecho familiar.

Es importante ubicarnos en el tiempo, al analizar la situación de la mujer en el mundo musulmán. Es forzoso analizar el proceso de cambios sociales que se fueron produciendo en todos los grupos humanos. Hay que recordar también que los sistemas jurídicos occidentales reconocieron en sus orígenes la esclavitud, el patriarcado, la subestimación de la mujer en muchos casos, para no caer en la crítica despiadada de la cultura musulmana olvidándonos de nuestros propios orígenes.

Antes del advenimiento del Islam, los pueblos del mundo árabe, conocieron formas de vida familiar en las que la promiscuidad y el carácter matriarcal de algunos grupos, eran la modalidad habitual. La forma matriarcal de la sociedad, en cuanto el parentesco se establecía por su intermedio se vinculaba con formas de vida comunitarias, en las cuales una mujer convivía con varios hombres y, en caso de nacer un hijo, ella misma o una pitonisa determinaban la paternidad. Sólo cuando la evolución de las costumbres hizo que la relación sexual estable con un solo hombre, fuera la forma normal de vida, pudo afirmarse la familia netamente patriarcal, ya que fue posible determinar fácilmente la paternidad.

Con el advenimiento de Mahoma todas las formas de vida familiar sufrieron grandes reformas. Las disposiciones coránicas en materia de familia representaron para la mujer un verdadero avance, mejorando notablemente su situación. Su falta de personalidad jurídica, de vocación hereditaria o de la administración de sus bienes, la prescindencia de su consentimiento para contraer matrimonio o para deshacerlo, fue transformada, por las normas coránicas. Se le reconocieron sus deberes y derechos, no sólo familiares y sociales, sino también religiosos.

En la medida que una familia era poderosa y rica, recluía a sus mujeres en un sector de la casa, llamado harén y les cubría el rostro con un velo cuando debían salir de la casa hacia lugares públicos.

Dentro de las habitaciones que las mujeres ocupaban, las mujeres se reunían y mantenían su propia cultura. Algunas representaban un papel activo en la administración de sus propiedades, y si envejecían teniendo hijos varones, podían alcanzar un gran poder en la familia.

De todas formas, el orden social se basaba en el poder superior del hombre, quien tenía mayores derechos. El velo y el harén eran signos visibles de esta realidad, al igual que la educación. Sin embargo, con el tiempo las niñas comenzaron a asistir a la escuela. En el nivel primario, en algunos países iban casi igual número de niños que de niñas. También se incrementó con el tiempo el grado de alfabetización de las mujeres, ampliándose las posibilidades de trabajo para ellas.

Los versículos coránicos se refieren al velo, más especialmente en las mujeres del Profeta, como una señal de respeto en caso que los creyentes se dirigieran a ellas (Sura XXIV, aleya 31; Sura XXXIII, aleya 53). Si embargo, la alusión que contiene el texto sagrado musulmán en el sentido de exigir a todas las mujeres guardar el debido decoro y cubrir sus formas, se ha manifestado en una generalización del uso del velo que , si bien, hoy día en algunos países no es una obligación estricta, llegó a convertirse en una costumbre aceptada con bastante unanimidad.

El Corán afirma claramente la igualdad entre el hombre y la mujer: “Quien muestre una conducta recta, sea varón o mujer, es un creyente, y todos ellos entrarán en el Jardín”³³.

El sistema jurídico y el ideal de moral social, la *sharia*, dieron expresión formal a los derechos de las mujeres estableciendo al mismo tiempo, sus límites.

Según la *sharia*, cada mujer debía tener un guardián masculino (padre, hermano u otro familiar de su familia). El matrimonio era y es, una contrato civil entre hombre y mujer y el tutor de ésta (para los Hanafi no es obligatorio el tutor). El padre podía y puede dar a su hija en matrimonio sin necesidad que ella consintiera, si aún no había llegado a la pubertad, de lo contrario ella debía prestar su aquiescencia. El convenio matrimonial, antes y ahora, incluye la entrega de una dote del esposo a la esposa, la que se convierte en propiedad de la

³³ Corán 40:40; 16:9 ,

mujer, conservando la propiedad de todo lo que poseyera antes del matrimonio o heredase durante el mismo.

Como contrapartida del derecho a la dote y al sustento y respondiendo a unos esquemas en los que la preeminencia corresponde al varón sobre la mujer , ésta tiene el deber de obedecer a su marido y de velar por la buena marcha del hogar y así se recoge también en las actuales legislaciones.

Las relaciones entre cónyuges son desiguales, por ejemplo, en cuanto al derecho a poner fin al matrimonio, la mujer debe justificar su pedido ante un cadí u obtener el divorcio por repudio con compensación, mientras que el hombre puede repudiarla sin expresar argumento alguno, y mediante una simple fórmula verbal manifestada en presencia de testigos.

Una vez producido el repudio, la mujer debía y debe volver a su familia de origen, con su hijos, de quiénes conserva la custodia hasta una determinada edad (7 o 9 años, dependiendo el país), ya que luego de la misma, el derecho de custodia es exclusivo del padre.

En caso de fallecimiento del padre, una hija mujer heredaba sólo la mitad de lo que heredaba un hijo varón y en un juicio el testimonio de la mujer era la mitad de valedero que el de un hombre.

Según Amir Hasan Siddiqi: *“El más importante reconocimiento del Islam hacia la mujer es afirmar que ella tiene una personalidad propia, hecho que no es reconocido por otros sistemas religiosos o sociales del mundo. Mientras en el siglo XX, en Europa y en América una mujer es conocida por el nombre de su padre mientras es soltera y por el de su marido después del matrimonio, como señorita Jones o señora John, en el Islam una mujer es conocida por su nombre personal tanto antes como después de su matrimonio, como por ejemplo, Aisha y Fátima”*⁴⁴

Al igual que en las legislaciones occidentales, en derecho musulmán, el nexo paterno-filial establece entre padres e hijos, recíprocamente, una serie de derechos y obligaciones. El padre tiene la patria potestad que abarca el derecho tanto sobre la persona como sobre

⁴⁴ A.H. Siddiqi, Studies in Islamic History, cap. XI, pág. 138

los bienes de sus hijos. Pero los derechos absolutos que el padre tenía sobre sus hijos en la primitiva sociedad anteislámica, se atemperaron notablemente con el advenimiento del Islam. El padre dejó de ser el dueño absoluto de sus hijos a los que podía abandonar, matar, vender, para transformar ese poder ilimitado que le acordaban las antiguas normas en una *wilaya*, es decir, un poder que es, a la vez, una obligación de cuidar, asistir y proteger.

El Corán contiene una serie de prescripciones acerca de la bondad que los padres deben observar con respecto a sus hijos: *“Murieron ya que los que mataron a sus hijos neciamente y sin conocimiento y les privaron de aquello que Dios les concedió, forjando falsedades acerca de El. No fueron dirigidos y jamás retomarán la buena senda”* (sura VI, aleya 140). Elimina también la discriminación entre los sexos, sea que se trate de hijos o de hijas: *“A Dios pertenece el reino de los cielos y de la tierra. El crea lo que le place y agracia a quien quiere con hijas mujeres o con varones”*./”O bien ordena y la madre da a luz gemelos varones y mujeres, o hace estéril a quien le place, pues Dios tiene Sabiduría y el Poder” (sura XLII, aleyas 49 y 50). Elimina, asimismo, la vergüenza por el nacimiento de hijas mujeres y condena toda actitud en ese sentido, así como el derecho de darles muerte o de enterrarlas vivas: *“Atribuyen hijas a Dios, ¡lejos de El tal mentira! Y reservan para sí los varones”*./”Y si a alguno de ellos se le anuncia el nacimiento de una hija se angustia y su semblante se ensombrece”./ *“Se oculta de su pueblo como si fuera una deshonra y piensa si la dejará vivir con vergüenza o la enterrará viva”*./ *“atribuyen a Dios lo que desdeñan (las hijas) y mienten sus lenguas al decir que obtendrán por recompensa el Paraíso, cuando en realidad les está reservado el fuego infernal donde serán precipitados”* (sura XVI, aleyas 57, 58, 59 y 62).

El padre debe mantener a sus hijos hasta la pubertad. También debe mantener a sus hijas hasta la consumación del matrimonio, pasando ellas a ser responsabilidad de sus maridos. Se entiende por “mantener”, el deber de alimentación, vestido, vivienda y educación. Son deberes exclusivos del padre que no puede transferir a la madre.

Sostiene Ikram Antaki que: *“...una mujer...depende de su padre hasta el matrimonio, después de su marido y, en caso de enviudar y de tener hijos varones mayores, dependerá de ellos...Lo real es que una mujer dependerá siempre, a lo largo de su vida y para las decisiones de alguna importancia, de un hombre. Así, una mujer de 30 años, soltera,*

necesitará hoy el permiso de su padre o, en su falta, de su hermano, para viajar. Una mujer de 50 años necesitará del permiso del marido o, en su falta, del hijo. En algunos países árabes las transformaciones a la ley civil introducidas por la independencia no fueron siempre muy brillantes en este sentido...en Siria se llegó a fijar como límite, para la necesidad del permiso de salida, los 40 años de la mujer soltera, dando a entender que, si nadie la quiso hasta esa avanzada edad, esto quería decir que ni los perros la querrían y que por lo tanto podía andar a su antojo sin peligro para su honra”⁵⁵

El padre tiene el deber y el derecho de educar a sus hijos e hijas, de corregirlos (no por medio de castigos violentos), de compulsarlos a casarse o compelerlos para que lo hagan. Si el padre muere o desaparece, la patria potestad será ejercida por el tutor testamentario o por los parientes por línea paterna. En último término, pasa a los parientes por línea materna o al juez.

La madre tiene el derecho y el deber del amamantamiento, aunque si la situación económica del marido lo permite, puede contratar una nodriza para que amamante por ella a su hijo.

Si la mujer divorciada (por cualquiera de las formas de repudio o por divorcio) tuviera hijos y volviera a casarse pierde automáticamente la tenencia, aún cuando el niño/a fuera una bebé. Ut supra me referí a la edad hasta que la tenencia o custodia le corresponde a la madre. Ahora me refiero a las consecuencias de un nuevo matrimonio existiendo hijos bajo su guarda.

Una mujer musulmana no puede casarse con un hombre no musulmán, a menos que éste se convierta al islamismo.

Un hombre musulmán no debería contraer matrimonio con una mujer no musulmana, si lo hace su familia tratará por todos los medios, que la mujer se convierta al islamismo, dado que podría influir con su religión sobre sus hijos, tornándolos infieles a la religión islámica. Este temor es lo que entre otras cosas llevó a la sustracción internacional de los tres hijos del matrimonio Shabán-Arias Uriburu, según la manifiesta la Sra. Arias Uriburu

⁵⁵ La cultura de los Arabes, Siglo XXI Editores, México 1989, escrito por Ikram Antaki, una mujer árabe, antropóloga de profesión y poeta de oficio.

en el programa especial sobre su caso, llamado “Latidos” transmitido por Telefé y conducido por el periodista Leuco.

BREVE HISTORIA DE AMMAN, LA CIUDAD DONDE SE LLEVARON A CABO LAS NEGOCIACIONES PARA CELEBRAR ENTRE ARGENTINA Y JORDANIA UN CONVENIO BILATERAL SOBRE REGIMEN DE VISITAS.

Hasta principios del siglo XX Jordania perteneció a Palestina, la mayor parte de la cual forma en la actualidad el estado de Israel. Desde el año 3000 a.C. estuvo habitada por los cananitas y los amorritas, y después de ellos por los ejércitos de Sargón, rey de Sumeria y Acad. Abraham condujo a un grupo de nómadas desde Mesopotamia y se instaló en las montañas de Caná (aproximadamente el actual Israel). Hacia 1023 a.C. los israelitas crearon un reino, gobernado primero por Saúl y luego por David, entraron en Jerusalén e hicieron de ella su capital. Roma tomó Israel en el año 63 a.C. y lo puso bajo el control de una serie de gobernadores, como Poncio Pilatos. Se cree que fue en esta época en la que Jesús vivió y predicó. La creciente irracionalidad del Imperio bajo el poder de Calígula impulsó una serie de revueltas de los judíos, que duraron años, cesaron sólo cuando Jerusalén fue arrasada. Esta derrota marcó el fin del estado judío y el inicio de la Diáspora, la dispersión de la mayoría de ellos.

A principios del siglo IV d.C., el emperador Constantino se convirtió al cristianismo. Este hecho despertó una gran curiosidad por Tierra Santa y la Natividad, de marcada importancia religiosa. Pero el predominio de la cristiandad en el país no iba a durar mucho: en el año 638 Jerusalén cayó a manos del califa Omar y fue declarada Ciudad Sagrada del Islam. Los cristianos reaccionaron contra esta ocupación y hacia el año 1099 reunieron un ejército de cruzados y ocupando Jerusalén por casi cien años. Aproximadamente en 1187 los musulmanes volvieron a levantarse, y después de décadas de conflictos, los mamelucos islámicos derribaron el último bastión de los cruzados en 1291.

Los quinientos años siguientes fueron pacíficos. Los imperios subían y caían, y los gobiernos cambiaban de manos con regularidad, finalmente sucumbieron ante el imperio otomano. Gran parte de la Jordania desértica se mantuvo al margen de estos cambios, y permaneció como una plaza fuerte de los beduinos. Cuando los otomanos declinaron tras la

I Guerra Mundial, Gran Bretaña tomó el control de Palestina y creó el emirato de Transjordania bajo el mandato del rey Abdullah.

En 1948 se declararon la guerra los árabes e israelíes. Aprovechando esta situación, Transjordania ocupó la Orilla Occidental y parte de Jerusalén, y se rebautizó como Jordania.

En 1953 el rey Hussein subió al trono y Jordania empezó a vivir un período de esplendor con ayuda procedente de Estados Unidos. Con la guerra de los Seis Días de 1967 Israel recuperó la Orilla Occidental y la mitad de Jerusalén. Jordania perdió la colaboración de Estados Unidos. A principios de la década de 1970, una facción de la OLP, refugiada en Jordania, amenazó el poder del rey Hussein y estalló una guerra interior, que acabó cuando los palestinos más radicales se marcharon al Líbano.

En 1994 Jordania e Israel firmaron un tratado de paz por el que acordaban poner fin a las barreras económicas y cooperar en asuntos de seguridad y agua.

El rey Hussein empezó a llevar el país hacia la democracia mediante el Frente de Acción Islámica, el partido más popular hasta entonces, pero su muerte en febrero de 1999 ha dejado un futuro incierto. El rey nombró a su hijo mayor, el rey Abdullah II, como su sucesor al trono semanas antes de morir, a pesar de que la Constitución estipula que los dos progenitores del rey deben ser árabes y musulmanes por nacimiento (la madre de Abdullah era una ciudadana británica que abrazó el Islam antes de casarse con el rey Hussein), y de que el regente y heredero oficial del monarca fuese su hermano, Hassan.

La Carta Nacional jordana sostiene que Estado jordano es un Estado constitucional y democrático en el sentido moderno del término; el Estado pertenece a todos sus ciudadanos, cualesquiera que sean sus diferencias de opinión y criterio y deriva su fortaleza de su intención declarada de poner en práctica los principios de la igualdad, la justicia y la igualdad de oportunidades y de ofrecer amplias oportunidades al pueblo jordano para que participe en las decisiones respecto de todos sus asuntos.

El rey Abdullah dispone del creciente apoyo de la comunidad internacional y de la mayoría de los jordanos, incluida la amplia comunidad palestina, que aprecia la procedencia palestina de su esposa. Manifiesta que va a continuar la misión de su padre:

contribuir a la estabilidad de la zona, conseguir un gobierno más democrático, una prensa más libre e igualdad para las mujeres.

La esposa del rey Abdullah es la reina Rania Al-Yasin, nacida en Kuwait. Es Doctora honoraria en Leyes por la Universidad de Exeter en el Reino Unido. De la unión nacieron cuatro hijos: el príncipe Husein, en 1994, la princesa Imán dos años después, la princesa Salma en el año 2000 y por último el príncipe Hashem en 2005.

Una vez resuelta la sucesión, que en un primer momento correspondía a Hassan, como se dijo más arriba, hermano del fallecido rey Hussein, el príncipe Abdullah fue declarado heredero legítimo y el 9 de junio de 1999, con tan solo 29 años, Rania fue coronada Reina de Jordania junto con su esposo.

Desde una concepción más abierta en cuanto a los derechos humanos, Rania interviene activamente en la política del país. Ha conseguido en ocasiones grandes avances, siempre con el beneplácito de su marido, como la cada vez más frecuente participación de las mujeres en los órganos de gobierno.

Los tribunales ordinarios de Jordania ejercen jurisdicción sobre todas las personas en todas las cuestiones civiles y penales, incluidas las acciones incoadas por el Gobierno o contra éste, con la sola excepción de aquéllas respecto de las cuales, en virtud de las disposiciones de la Constitución o de cualquier otra ley vigente, se atribuye jurisdicción a tribunales religiosos o especiales (art. 102). En consecuencia, toda persona tiene el derecho a recurrir a los tribunales en cualquier materia, incluidas las relativas a toda violación de los derechos humanos.

LOS HECHOS DEL CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL SHABAN-ARIAS URIBURU.

Gabriela Arias Uriburu, de nacionalidad argentina, contrajo matrimonio con Imad Mahmoud Mohammad Shaban, de nacionalidad jordana, en Guatemala, país de residencia de ambos, el 13 de julio de 1991. Luego, al viajar a Jordania a conocer la familia de su marido, contrajeron allí, nuevo matrimonio bajo la ley del Islam, el 21 de septiembre de 1991. De la unión, nacieron en Guatemala, sus tres hijos: Karim (15/05/92), Zahira (25/12/93) y Sharif (5/04/96). Hacia 1997 comienzan las desavenencias matrimoniales.

Gabriela Arias Uriburu, efectúa una denuncia por violencia intrafamiliar, por ante el Juzgado Segundo en Primera Instancia del Ramo de Familia, guatemalteco, que llevó el N° 1649/97. Este Juzgado ordena con fecha 9/12/97: *“...II)...se decreta el depósito de la presentada y menores hijos en el lugar indicado, asimismo se previene al demandado IMAD MAHMOUD MOHAMMAD SHABAN que deberá abstenerse de causar TODA CLASE DE MOLESTIAS FÍSICAS Y MORALES a la presentada y menores hijos, EN FORMA DIRECTA O INDIRECTA, PERSONALMENTE, TELEFÓNICAMENTE O A TRAVES DE INTERPOSITA PERSONA, bajo apercibimiento de que si no cumple se certificará lo conducente a un Juzgado del Ramo Penal para lo que resulte procedente en su contra, debiéndose librar oficio respectivo a la Dirección General de la Policía Nacional Civil, PARA QUE SE LE PRESTE EL AUXILIO Y PROTECCIÓN NECESARIOS A EFECTO DE HACER EFECTIVA LA MEDIDA DECRETADA. III) Se hace saber al demandado que la presentada y menores hijos se encuentran bajo la PROTECCIÓN DE ESTE JUZGADO, RAZON POR LA CUAL DEBERA DAR FIEL CUMPLIMIENTO A LO DECRETADO, DE LO CONTRARIO SE HARA EFECTIVO EL APERCIBIMIENTO CONTENIDO EN EL NUMERAL ROMANO QUE ANTECEDE...”*⁶⁶

El día **10/12/97** el Juzgado de Familia otorgó la tenencia a la Sra. Arias Uriburu, sin embargo ese fue el día en que el Sr. Shaban sustrajo a sus tres hijos. Cabe resaltar que el día **13/11/97** el Sr. Shaban había solicitado ante la justicia guatemalteca el arraigo de los niños y la Sra. Arias Uriburu en Guatemala, y paradójicamente fue él quien violó la medida, trasladando ilícitamente a sus hijos a Jordania.

La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (ratificada por Guatemala pero no por Jordania), califica el traslado de un menor como ilícito cuando: *“...tenga lugar en violación de un derecho de guarda, atribuido a una persona, institución o cualquier otro organismo, solo o conjuntamente, por el derecho del Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención...”*

Los primeros días luego de que los niños desaparecieran con su padre, no se sospechaba que habían salido del país. El día **22/12/97** el Juzgado Undécimo de Primera Instancia de

⁶⁶ ¡Ayuda! Quiero a mis hijos, Gabriela Arias Uriburu, Ed. Planeta, Noviembre 1998

Delitos de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente ordena la captura contra el Sr. Shaban y su hermano primogénito, quien colaboró en la sustracción. El **23/12/97** el Sr. Abdul Karim Shaban (hermano del Sr. Imad Shaban), fue arrestado, dictándosele Auto de Procesamiento por sustracción de menores con fecha **29/12/97** y ordenándose medidas sustitutivas de caución económica de 6000 quetzales, la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse todos los jueves a firmar el libro de arresto domiciliario. A los ocho días de ser arrestado, salió bajo fianza, aunque la prohibición de salida del país y la obligación de firmar el libro de arresto domiciliario seguía vigente. Los niños y su padre continuaban desaparecidos. Recién a los tres meses de la sustracción la Sra. Arias Uriburu se enteró por medio de su padre, que había viajado a Jordania, que sus hijos se encontraban en aquel país.

Luego de localizar a los niños, la Sra. Arias Uriburu, pudo conocer que el Sr. Imad Shaban, el **27/12/97** había interpuesto ante el Honorable Juzgado Canónico de Amman, una demanda en su contra por medio de un apoderado, solicitando la custodia de sus hijos.

La resolución inicial, ante el pedido de “impedimento de objeción de tutela”, por parte del Sr. Imad Shaban, por ante el Honorable Juzgado Canónico de Amman, dictada con fecha **28/12/97**, fue: *“...2.- El Demandante ha vuelto a su país, con el fin de residir definitivamente en el mismo, acompañado de sus hijos mencionados, quienes están bajo su cuidado, no permitiendo a nadie viajar con dichos niños fuera del Reino Hachemita de Jordania. 3.- La demandada reside en Guatemala y se opone a la tutela del padre, a pesar que la misma reside fuera del Reino Hachemita de Jordania, razón que anulará el derecho de tutela de la demandada en base a las deliberaciones judiciales y las resoluciones del Juzgado Canónico...la demandada no tiene derecho a solicitar la tutela de los niños mientras se encuentra residiendo fuera del Reino y fuera de la vivienda matrimonial...2.- Impedir a la demandada la oponencia al padre de cuidar a los niños mencionados Abed Al Karim, Zahira y Sharif...”*⁷⁷

La Corte islámica, luego reconoció que la madre era la verdadera y legítima depositaria de la custodia de los niños, pero no permitió que éstos salieran de Jordania.

⁷⁷ ¡Ayuda! Quiero a mis hijos, Gabriela Arias Uriburu, Ed. Planeta, Noviembre 1998

CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

INVOLUCRADAS EN EL CASO SHABAN-ARIAS URIBURU

El caso que nos ocupa entra dentro del concepto de Derecho Internacional Privado: “Es la rama del Derecho Internacional Privado que tiene por objeto el régimen de las relaciones jurídicas en las que existen uno o varios elementos extraños al Derecho local” (Carlos Vico); “Es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto o fin determinar cuál es la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más leyes en el espacio” (Víctor Romero del Prado)⁹, “Es aquel que comprende las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o penal; suficiente que el interés comprometido sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente”¹⁰

Aquí se trata de una relación jurídica con varios elementos ostensibles extraños al derecho local - guatemalteco y jordano, dado que los dos países se consideraron con jurisdicción internacional para entender en el tema, por lo tanto para ambos Estados la relación jurídica contiene elementos extraños a su legislación -, tales como: primer lugar de celebración del matrimonio: Guatemala; lugar de segunda celebración del matrimonio: Jordania; domicilio conyugal: Guatemala; lugar de residencia habitual de los niños: Guatemala; traslado ilícito de los niños desde Guatemala a Jordania; último domicilio conyugal: Guatemala; ley de la nacionalidad: jordana; primera sentencia de tenencia de hijos: Guatemala; segunda sentencia de tenencia de hijos: Jordania. A su vez, el interés comprometido es sin ningún lugar a dudas un interés privado y se trató de resolver un conflicto de leyes y de jurisdicciones.

También surgen en el caso problemas de Derecho Internacional Privado, como fraude a la ley, auxilio judicial internacional, reconocimiento de sentencia extranjera, orden público internacional y un problema de jerarquía de fuentes.

⁹⁹ Derecho Internacional Privado, Tomo I, Stella Maris Biocca, Lajouane, Septiembre de 2004

⁸ Lecciones de Derecho Internacional Privado, Basz, Feldstein de Cárdenas, Biocca

¹¹⁰ Lecciones de Derecho Internacional Privado, Basz, Feldstein de Cárdenas, Biocca

El fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, consiste en la realización de una serie de actos lícitos (elemento objetivo), que tienen por fin obtener un resultado ilícito (elemento subjetivo), tal el de sujetarse a una ley más favorable, eludiendo una ley imperativa. Todo ello debe darse en un breve espacio de tiempo, de modo que sea más palpable la voluntad de evadir el imperio de una ley. Goldschmidt sostenía que en el fraude existe una expansión espacial y una contracción temporal. En el caso en análisis, los actos lícitos estarían dados por el traslado desde Guatemala a EE.UU. y de allí a Jordania más el cambio de nacionalidad de los niños. Estos traslados se efectuaron con el fin de eludir la ley guatemalteca sobre patria potestad y tenencia de hijos, que era la imperativa dado que en Guatemala los niños tenían su residencia habitual, coincidiendo con el lugar de domicilio de sus padres, con la intención inmediata de sujetarse a la ley jordana, más beneficiosa para los intereses del Sr. Shaban, dado que automáticamente los niños (por el principio del ius sanguinis) adoptaban la nacionalidad jordana quedando sujetos a dicha normativa legal, según la cual la patria potestad se encuentra exclusivamente en cabeza del padre. Otro elemento que encuadró en la llamada “contracción temporal” fue el pedido de tenencia efectuado a los pocos días de haber arribado a Jordania (la sustracción desde el hogar conyugal se produjo el **10/12/97** y la resolución del Tribunal Canónico de Ammán fue dictada el **28/12/97**)

Desde Guatemala se solicitó vía exhorto que Jordania restituyera de inmediato a los niños a su país de residencia habitual, solicitando a su vez el reconocimiento de la sentencia guatemalteca por la cual se le otorgaba la tenencia a la madre, sin embargo al no existir ningún Tratado multinacional ni bilateral entre Guatemala y Jordania, ésta no prestó auxilio judicial ni reconoció la sentencia dictada en Guatemala, entiendo entre otros motivos, que por considerarla atentatoria de su orden público internacional.

Tanto Jordania como Guatemala ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 11 inc. 1º dispone: “ *Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención de niños en el extranjero*”, sin embargo según un informe del Comité de los Derechos del Niño, aún hoy, luego de 17 años de haber ratificado Jordania este instrumento internacional, no lo ha publicado en su Boletín Oficial.

Transcribo textualmente las partes pertinentes del informe mencionado:

**EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES
EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCIÓN**
Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño

JORDANIA

1. El Comité de los Derechos del Niño examinó el segundo informe periódico de Jordania (CRC/C/70/Add.4), presentado el 5 de agosto de 1998, en sus sesiones 621ª y 622ª (véase CRC/C/SR.621 y 622), celebradas el 18 de mayo de 2000, y aprobó en su 641ª sesión, celebrada el 2 de junio de 2000, las siguientes observaciones finales.

A. Introducción

2. El Comité lamenta que el informe del Estado Parte (CRC/C/70/Add.4) no se haya preparado de acuerdo con las orientaciones establecidas para la presentación de los informes periódicos. El Comité lamenta también la ausencia de ejemplos y de datos desagregados sobre el ejercicio y el goce de los derechos contenidos en la Convención, y que haya una valoración o evaluación insuficientes de la situación actual de los niños en Jordania. Al mismo tiempo, el Comité acoge con satisfacción la amplia información proporcionada con respecto a la educación, así como los anexos detallados sobre salud y trabajo infantil. El Comité toma nota con reconocimiento de las respuestas detalladas e informativas a la lista de cuestiones.

C. Factores y dificultades que obstaculizan la aplicación de la Convención...

9. Tomando nota de los valores universales de igualdad y tolerancia propios del islam, el Comité observa que la interpretación estrecha de los textos islámicos por las autoridades, en particular en lo relativo al derecho de familia, obstaculiza el goce de algunos derechos humanos protegidos en virtud de la Convención.

D. Principales motivos de preocupación y recomendaciones

1. Medidas generales de aplicación

Legislación...

14. Aunque se supone que la Convención tiene fuerza de ley y prevalece sobre todas las leyes con excepción de la Constitución, y se prevé que los tribunales le den precedencia, el

Comité observa que han pasado casi diez (actualmente 17) años desde su ratificación, pero la Convención todavía no se ha publicado en el Boletín Oficial.

15. El Comité recomienda al Estado Parte que acelere la publicación del tratado en el Boletín Oficial y que tome las medidas necesarias para que se aplique en los tribunales, incluidos los de primera instancia.

Capacitación acerca de la Convención y difusión de la Convención

24. Tomando nota de los esfuerzos desplegados por el Estado Parte, el Comité está preocupado por el escaso conocimiento de la Convención que se observa entre el público en general y, en particular, la infancia y los profesionales que trabajan con niños. Al Comité le preocupa que el Estado Parte no esté llevando a cabo actividades eficaces que contribuyan a la difusión y la sensibilización de un modo sistemático y específico.

3. Principios generales

No discriminación

29. El Comité está preocupado por la persistencia de la discriminación en virtud de la legislación, en particular: ...**b) El Comité estima que el menoscabo de los derechos del niño protegidos por la Convención a consecuencia de la discriminación directa o la discriminación contra las madres (por ejemplo, en relación con la custodia, la tutela y la nacionalidad) es incompatible con el artículo 2. ..**

30. De conformidad con las conclusiones del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/79/Add.35), del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/JOR /2), sus propias observaciones finales anteriores (CRC/C/15/Add.21) y con el artículo 2 de la Convención, el Comité recomienda que el Estado Parte tome medidas eficaces para prevenir y eliminar la discriminación por motivos de sexo y condiciones del nacimiento en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural. El Comité recomienda al Estado Parte que incorpore la igualdad de los sexos en el artículo 6 de la Constitución. El Comité

recomienda al Estado Parte que haga todo lo posible por promulgar o revocar la legislación civil y penal, cuando resulte necesario, para prohibir tal discriminación. A este respecto, el Comité alienta al Estado Parte a que examine la práctica de otros Estados que han tenido éxito en la reconciliación de los derechos fundamentales con los textos islámicos. El Comité recomienda al Estado Parte que tome todas las medidas apropiadas, tales como amplias campañas de educación pública, para impedir y combatir las actitudes sociales negativas a este respecto, en particular dentro de la familia. Se debe movilizar a los dirigentes religiosos para que apoyen estas medidas.

Interés superior del niño

33. El Comité está preocupado por que en todas las medidas relacionadas con los niños el principio general del interés superior del niño contenido en el artículo 3 de la Convención no es la consideración fundamental, en particular en asuntos relacionados con el derecho de familia (por ejemplo, la duración de la custodia en virtud de la Ley del estatuto personal es arbitraria, ya que se determina por la edad del niño, y es discriminatoria en relación con la madre).

Respeto de las opiniones del niño

39. Observando que el artículo 15 de la Constitución establece la libertad de opinión, el Comité está preocupado por que a las opiniones del niño no se les conceda suficiente importancia debido a las actitudes tradicionales de la sociedad hacia los niños, en las escuelas, los tribunales y, en particular, en la familia.

40. El Comité alienta al Estado Parte a que promueva y facilite, en el seno de la familia, en la escuela y los tribunales, el respeto de las opiniones del niño y su participación en todas las cuestiones que les afecten, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. A este respecto, el Comité recomienda que el Estado Parte establezca programas de capacitación profesional en el seno de la comunidad para maestros, trabajadores sociales y funcionarios locales con el fin de que puedan ayudar a los niños a manifestar sus decisiones fundamentadas y que se tengan en consideración sus opiniones. El Comité recomienda que el Estado Parte solicite asistencia al UNICEF, entre otros organismos.

Las Convenciones Internacionales que Jordania ha ratificado tienen fuerza de ley y prevalecen sobre todas las leyes nacionales, a excepción de la Constitución, con lo cual en orden a la prelación de fuentes nos encontramos ante un caso de monismo con primacía relativa del derecho internacional privado. Los tribunales nacionales otorgan prelación a las Convenciones Internacionales, salvo en los casos en que constituyan una amenaza al orden público. Esto viene confirmado por el fallo 32/82, de 6 febrero de 1982, en el que el Tribunal de Casación dispuso que los pactos y tratados internacionales prevalecen sobre la legislación nacional.¹¹

INTERVENCIÓN DE ARGENTINA EN EL CASO ANALIZADO

Durante los primeros meses desde la sustracción de sus hijos, la Sra. Gabriela Arias Uriburu, desconocía su paradero por lo que como desde la justicia no obtenía respuesta alguna, decidió dar a conocer el caso en los medios de publicidad. Fue así cómo logró descubrir que sus hijos estaban en Jordania.

Viajó desde Guatemala a Argentina, país de su nacionalidad y donde se encuentra su familia para comenzar una lucha desde aquí. Acudió a las autoridades gubernativas argentinas en busca de ayuda política y diplomática. Por aquél entonces era Presidente de la República Argentina, el Dr. Carlos Menem, quien envió una carta al Rey Hussein, donde le solicitó su colaboración para que peticionara a las autoridades competentes de su país, que ordenaran la restitución de los menores a Guatemala, en el entendimiento que los Tribunales guatemaltecos eran los que tenían jurisdicción internacional por encontrarse en ese país, el domicilio conyugal y la residencia de los menores. La misma misiva le fue enviada al Presidente de Guatemala, Alvaro Arzú, quien respondió que si bien su país no contaba con representación diplomática ni consular ante el Reino de Jordania, que pudiera darle seguimiento al caso, harían todo lo que estuviera a su alcance para ayudar a resolverlo, dado que los niños involucrados son guatemaltecos.

Ante la falta de respuesta a las misivas presidenciales por parte de Jordania, el vicedecano argentino en 1998, Andrés Cisneros, citó al embajador jordano Halasa, para reclamar una respuesta del Rey Hussein. La reunión con el embajador Halasa se llevó a

¹¹¹ [www.unhchr.ch/tbs.doc.nsf/\(Symbol\)/HRI.CORE.1.Add.18.Rev.1.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs.doc.nsf/(Symbol)/HRI.CORE.1.Add.18.Rev.1.Sp?Opendocument), Naciones Unidas

cabo en la cancillería argentina el 5/11/98, admitiendo finalmente Halasa que su gobierno deseaba que la Sra. Arias Urriburu visitara a sus hijos. Fue así que la Sra. Arias Urriburu, luego de un año pudo volver a ver a sus hijos, aunque en condiciones humanamente reprochables.

De allí siguió un periplo por organismos internacionales (ONU, OEA, etc.), continuaron las negociaciones, y así se llevó a cabo su segundo viaje a Jordania. El rey Hussein falleció, el mandatario argentino cambió y ahora el Presidente Dr. Fernando De La Rúa, continuó con la tarea de colaboración. Decidió mantener el caso como cuestión de Estado y designó un nuevo emisario. En septiembre de 2000, en la Cumbre del Milenio de Nueva York, el Presidente De La Rúa se entrevistó con el Rey de Jordania Abdullah II, informándole que enviaría un emisario a Jordania, en su representación, a lo que el Rey le respondió que lo recibiría para trabajar juntos el caso.

“Si bien el entorno del Monarca se mostró hostil ante la posibilidad de un acuerdo, el Rey, por su parte, estuvo mejor predispuesto. Muerto el rey Hussein, se sabía que el escenario político de Jordania era otro. Abdullah no era el sucesor natural del trono y asumió ante la mirada atónita del mundo musulmán”.¹²

Prosiguieron las tratativas entre las autoridades argentinas y jordanas, sin conseguirse demasiado.

En 2002, asumió como Presidente interino el Dr. Eduardo Duhalde, el país era un caos y el caso de los niños sustraídos en Jordania no era la prioridad. A pesar de ello, la esposa del Presidente Hilda Duhalde, envió una carta a la Reina Rania de Jordania, apelando a su sensibilidad de madre, la que nunca fue respondida.

En el año 2003, el Dr. Carlos Antonio Romano, juez del Tribunal de Familia N° 1, del Departamento Judicial de Morón, quien colaboraba en la Fundación Niños Unidos para el Mundo, profesor de Teología y Derecho Canónico, fue designado embajador para cuestiones de Estado por la Cancillería argentina y viajó a Jordania a fin de intentar que se celebrara un acuerdo de visitas internacional, que sirviera para este caso y cualquier otro similar que pudiera presentarse.

¹¹² Jordania, la travesía, Gabriela Arias Urriburu, Ed. Atlántida, abril 2005

En Jordania, se reunió con el Ministro de Gobierno y las máximas autoridades de la Sharia. El acuerdo tenía como premisa la de priorizar el interés superior del niño por sobre el de los padres. La reunión no tuvo éxito, las autoridades jordanas se mostraron cerradas ante la posibilidad de una solución para el caso y entonces, el Dr. Romano les manifestó que de mantenerse en una posición intransigente debería denunciar a Jordania por incumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto hizo que las autoridades jordanas reaccionaran favorablemente, tanto que el presidente de la Suprema Corte de Amman, estuvo de acuerdo con los planteamientos que se le acercaron. Sólo era necesario organizar una comisión bipartita entre Argentina y Jordania para redactar formalmente el convenio bilateral.

A su regreso, había sido elegido como Presidente de la Nación el Dr. Néstor Kirchner, quien renovó el nombramiento del Dr. Romano. Lamentablemente, las autoridades argentinas no designaron a una comisión para que trabajara con el convenio, de modo que cuando el Dr. Romano, volvió a Jordania, las autoridades jordanas lo esperaban con un modelo de acuerdo traducido al castellano tal como desde aquí se lo habían solicitado pero él no tenía nada que entregarles.

El Juez de Jueces, Al-Tamimi le pidió al Dr. Romano que le enviase el convenio traducido al árabe para poder avanzar lo antes posible en la solución del conflicto, comprometiéndose a mostrarle el borrador al Rey Abdullah II. Al regresar al país, el Dr. Romano proyectó un segundo convenio, pero como la primera vez que viajó, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, le inició un nuevo sumario, prohibiéndole que volviera a viajar a Jordania. Dado que Al-Tamimi confiaba en el Dr. Romano y sólo deseaba reunirse con él para concretar el acuerdo y que las autoridades argentinas no colaboraron en nada para que esto se lograra, el convenio no pudo ser.

Transcribo informe del Dr. Romano al Canciller Bielsa, agradeciéndole por tan generosa colaboración, al facilitarme este documento que da cuenta acabada de su gran capacidad intelectual y humana y de la frágil capacidad y humanidad de las autoridades argentinas para comprender la magnitud de un convenio bilateral con el mundo musulmán.

Señor Canciller

Don Rafael Bielsa

S/D

—

REF : *INFORME CONVERSACIÓN TAMIMI / ROMANO*

A los veintidós días del mes de mayo de 2004, con la presencia del Señor Consejero Bellando y del Sr. Traductor Daher, conforme recibiera instrucciones, en la Jefatura de Gabinete, acorde la recomendación emitida en mi anterior informe, siendo las 8:00 hs. se inició conversación telefónica con Su Excelencia Ezzeldin Al- Khatib Al-Tamimi. Aquél, tras los saludos de estilo, dijo ya me extrañaba, extraña nuestras charlas y mi presencia en Amman, lo que respondí tal vez fuera posible se reinstalara en la medida fructifique la relación de nuestros países, que extrañaba también charlar de lo jurídico y de lo religioso como una misma cosa, que también me gustaría alguna vez Tamimi viniera en visita a la Argentina. A lo que dijo “ojalá”, reiterando igualmente los estamentos oficiales jordanos me conocen y verían con beneplácito una nueva visita mía; que él tenía particular interés en esto, que sentía yo era como de su familia. Entonces propuse de antemano fijar una nueva charla telefónica que diese continuidad a esta misión. Dado su viaje a Egipto propuso nos comuniquemos en la segunda semana de mayo 2004. Por lo que después, tras estas preliminares, dije a V.E. que si lo permitía y le parecía, me gustaría primero hablemos del acuerdo entre naciones que estamos procurando, y quiera Dios fuese el inicio de algo muy importante para la niñez del mundo, para luego referirnos al caso particular Shaban – Arias, tema sobre el que siempre me preguntaba. Tras su respuesta afirmativa continué expresando este tal vez fuera el comienzo de un intercambio que sorprenda a nuestros países en la búsqueda luego de otros y nuevos encuentros. Respondió que eso sentía y en eso estaba su interés y deseo de continuar deliberando y volver a verme. Agregué, que mi Nación se encontraba interesada en trascender incluso al plano cultural y religioso estas relaciones, que se despertaba atención hacia la comunidad católica y la musulmana, encontrando en Tamimi como respuesta el deseo de su mejor aporte para que esto fuese así, comprometiéndose a seguir la misma línea en su país. Refiriendo obligarse textualmente “en todo lo que les haga sentir bien a los funcionarios y

a la dirigencia Argentina”, y a que esto fuese también “un servicio que le vamos a prestar a la comunidad argentina de confesión islámica, y que sin lugar a dudas va a consolidar mas nuestras relaciones”.

Respecto al tema del acuerdo bilateral adelantó este ya estaba girado a su Cancillería, junto con todo lo que habíamos ya conversado, que deberíamos seguir en ese camino, que por su parte él también se ocuparía de consultar sobre ese aspecto... le reiteré mi deseo de que hiciera su seguimiento sobre las tratativas de acuerdo bilateral, deseé que tuviera suerte en la reunión por el caso particular, y me comprometí a llamarlo para fines de la primer semana del mes de mayo de 2004 o principios de la segunda. Volvió a esperanzarse en que nos encontremos pronto. Finalicé con un "inshala" y el tradicional "hasta pronto y buena suerte en el camino", deseé, salud y fuerza al Jefe de Todas las Cortes Islámicas, que nuestros pueblos se fraternicen para ayudar a otros pueblos, y que nuestro entendimiento aproveche a las regiones.

1.- Sentí se habían saneado inconvenientes en deuda respecto de la falta de continuidad en el envío de la traducción de borradores para el diálogo, y que una vez más la misión se encuentra en buen proceder.

2.- En base a mi experiencia de gestión, de la diaria como Magistrado, y como experto internacional de la niñez, recomiendo: a) Frente al reclamo de continuidad sobre pautas ya conversadas y/o las que fueran adunadas, seguir en deliberación, previo enviar esbozo técnico en lengua y traducción oficial árabe, con fundamentos científicos, respecto de giros o instituciones jurídicas que aseguren un fluido entendimiento al diferente idioma, la diversa cultura y el dispar sistema de Derecho. b) Advertir que la Comisión Especial para el tema instituida en Jordania reposa sobre conceptos que emanan en aprobación indudable del más alto Magistrado de la Justicia Religiosa, Su Excelencia Tamimi, y que en modo alguno creo opinará en puntos “de realidad o utopía como condiciones de realización” para un convenio bilateral, sino que habrá de sujetarse a la legalidad del acto conforme su propio ordenamiento interno y a su eficacia como objeto en torno a la promoción de los Derechos Humanos. Por lo que, resulta prudente profundizar sobre puntos a los que las autoridades islámicas han adelantado viabilidad y que no ofrecen

contradicción con nuestras propias aspiraciones, producto del encuadre legal soberano y de las que el Derecho Internacional recomienda en el espíritu de pactos preexistentes. c) Dada la intención manifestada por mis interlocutores, de velar por su concretización y andamio, y acorde el pedido que me hicieron, realizar diálogo telefónico con la jerarquía de la sharia en la segunda semana del mes de mayo 2004, instruyendo nuevamente al Embajador XXXX sobre tal evento. d) 1- Instruirlo a efectos de que, una vez remitida la traducción oficial del borrador, tome nuevo contacto con el Secretario General XXX y la Comisión Especial que estudia el andamiaje del futuro acuerdo bilateral y/o regional. 2-Asimismo, y teniendo como antecedente la invitación realizada por el Rey Abdulah II del Reino Hashemita mediante misiva al Presidente de la Nación Argentina en fecha 17 de febrero de 2003, luego confirmada en mi viaje de mayo 2003, habilitarlo a su gestión.3- Que a su vez disponga, en la habitualidad de sus viajes a la ciudad de Amman, entrevistar a Tamimi en procura de observar sucesos. e) Advertir, en coincidencia con las instrucciones que me fueran dadas, que se hizo referencia por mis interlocutores en mi último viaje a los países de la región, y en el presente diálogo telefónico al interés religioso, por lo que este tema, y atendiendo que el radio de influencia de Izzedin Al-Khatib Al-Tamimi excede el territorio jordano, 1- es conveniente, en la medida que se logren mayores avances, incluirlo en el diálogo de países árabes y latinoamericanos a través de la Subsecretaría del área. 2- Llevar la misión al conocimiento del Señor Secretario de Culto. 3- Atento el proceso de institucionalización del MERCOSUR, también en la medida en que se logren avances, derivar esta información a la Presidencia “pro-tempore” y por ella a nuestros países vecinos. 4- Anoticiar al Secretario General de Naciones Unidas, quien fuera oportunamente solicitado. 5- Por ser referentes con interés en el tema trasladar la información (de este y de los anteriores informes) al Ministerio de Justicia de la Nación, y al Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia. 6- Disponerme en una nueva misión deliberativa sobre la gestión y pautas del convenio con representante, representación o instrucción jurídica del Ministerio de Justicia de la Nación, para una prolija y eficaz búsqueda de su concreción, bajo costo de ambas naciones.

Salúdalo muy atentamente.-

CONCLUSION

Hemos hasta aquí efectuado un recorrido a grandes rasgos por el mundo musulmán, su cultura, su derecho, la evolución que éste ha tenido con el tiempo, desde la etapa preislámica hasta la actualidad. Analizamos el caso emblemático, Shaban- Arias Uriburu, con sus aspectos iusprivatistas internacionales, que marcó el comienzo de una nueva historia entre el mundo musulmán y occidente, ya que gracias al rumbo jurídico-político que tomó, el acuerdo bilateral que no llegó a firmarse, en la práctica es aplicado por Al-Tamimi (hoy senador en Jordania), quien actúa como mediador en casos de sustracción internacional o retención internacional de niños entre Jordania y otros países, especialmente europeos.

El caso tratado y sus incidencias, nos demuestra la riqueza del derecho internacional y la pobreza de algunas personas que tienen en sus manos el deber y el poder de coadyuvar para su fiel realización y aplicación en la vida real.

Dra. María Andrea Esparza

BIBLIOGRAFÍA

- El Islamismo, Federico Peirone, Ed. Hyspamerica, 1985
- Derecho Civil Musulmán, Teresa M. Estévez Brasa
- La cultura de los árabes, Ikram Antaki, Ed. Siglo Veintiuno Editores, 1989
- La historia de los árabes, Albert Hourani, Ed. Vergara Grupo Z, 2003
- Convención sobre los Derechos del Niño
- ¡Ayuda! Quiero a mis hijos, Gabriela Arias Uriburu, Ed. Planeta, 1998

- Jordania, la travesía, Gabriela Arias Uriburu, Ed. Atlántida, 2005
- Lecciones de Derecho Internacional Privado, Basz-Cárdenas-Biocca
- Derecho Internacional Privado, Stella Maris Biocca, Ed. Lajouane, 2004
- Derecho Internacional Privado, Basz-Campanella, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999
- www.unhchr.ch
- Y en el Centro el Islam, Juan Jáuregui Adell, Ediciones 29, Madrid, 1996
- Mahoma, Tor Andrae, Alianza Editorial, Madrid, 1980
- El repudio, Rachid Boudjedra, Emecé Editores, 2001
- Secuestrados, Patsy Heymans, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1996.
- Documentación inédita facilitada por el Dr. Carlos Antonio Romano.