

El Derecho Islámico y el Derecho Hindú en materia de derechos a la comunidad LGBT+

Por Paulina Villegas Rojas

1.Introducción

Desde su creación con la Paz de Westfalia en 1648, el Sistema Internacional ha demostrado ser completamente heterogéneo, pues al contar con diversos Estados, cada uno con su propio sistema e identidad nacional, se destaca que siempre habrá una gran diversidad política, económica, social y cultural. Sin embargo, a pesar de toda esta diversidad existente, en un mundo tan occidentalizado en ideologías, difícilmente se conoce y entiende sobre otras regiones tales como Asia y Medio Oriente, las cuales no solo albergan una cultura extraordinaria e interesante, sino que han sido minimizadas y categorizadas a lo largo del tiempo con este discurso sobre el “Orientalismo” que ha sido promovido durante mucho tiempo por Occidente.

Mucho se ha hablado sobre como los sistemas jurídicos religiosos son extremistas, pero muy poco se ha analizado sobre cómo funciona su jurisdicción, por lo que a lo largo de este ensayo se realizará un análisis comparativo a nivel bilateral sobre cómo funciona el Derecho Islámico específicamente en Irán y el Hindú en la India en materia de *derechos a la comunidad LGBT+*, un tema muy controversial hoy en día pero del que solo se tiene noción en regiones occidentales. Para este análisis, se utilizará el método comparativo que propone Walter Kamba, por lo que se retomaran las tres fases que establece (fase descriptiva, de identificación y de explicación).

2. Índice

1. Introducción.....	1
2. Índice.....	2
3. Análisis: Fase descriptiva	3
3.5 Derecho Islámico: Irán	3
3.6 Derecho Hindú: India	3
3.7 Problemática: Falta de reconocimiento de derechos humanos de la comunidad LGBT+	4
3.8 Propuesta de soluciones legales	5
4. Similitudes y diferencias entre el sistema jurídico Islámico y el Hindú: Fase de identificación	6
5. Causas de la realidad normativa: Fase explicativa	7
5.5 Sistema jurídico Islámico	7
5.6 Sistema jurídico Hindú.....	7
6. Conclusiones	8
7. Referencias bibliográficas.....	9

3. Análisis: Fase descriptiva

3.5 Derecho Islámico: Irán

Se entiende por Derecho islámico, aquel que es aplicado en Estados donde el Islam predomina de tal modo, que es la base del comportamiento moral, ético y civil del Estado, y cuya jurisprudencia contempla una mezcla homogénea-inseparable del Derecho y la religión en cuestión de comportamientos internos (el *Fic*: precepto que regula la parte dogmática, el comportamiento del musulmán de manera interna) y obligaciones y comportamientos civiles (la *Sharia*: precepto que regula el comportamiento y actividad del musulmán al exterior, lo que vaya respecto a los demás miembros de la comunidad de la Uma), por lo que esta no sólo es aplicada a partir de instrumentos religiosos como el Corán, sino de adaptaciones que han servido o se han acercado a ser instrumentos de derecho, tal es el caso de la Sharia. La Sharia es un instrumento que fue propuesto por la dinastía Omeya, la cual no sólo ha sido sujeta a interpretación dependiendo de cada Estado y rama del Islam (sunní o shia) con el paso de los años, sino que presenta algunos vacíos o lagunas jurídicas, todo aquello que no fue mencionado por el profeta ni por Dios. Tomando en cuenta que la Sharia es inmutable y que a pesar de que existen los Qiyas, esto vuelve al Derecho islámico inflexible y muy difícil de adaptar a las necesidades de la sociedad actual, pues su aplicación de derecho es estricta y sólo contempla lo que profetó Mohammed el profeta y lo que le comunicó Alá. Dentro de este sistema jurídico, se pueden encontrar demás instrumentos jurídicos, como lo son las fuentes del Derecho islámico, las cuáles son: El Corán, el Sunnah, el Idjma y los Qiyas. Los encargados de interpretar la ley Islámica son los Ulamas que son doctores designados por ser individuos remarcables seguidores del Islam y que tienen el suficiente conocimiento para no caer en vacíos de interpretación, por el otro lado tenemos a los Cádices, que son los encargados de aplicar la ley islámica, estos son jueces en materia civil y penal.

En el caso de Irán, su institucionalidad jurídica contempla los principios base del Derecho islámico más su propia constitución creada en el año 1979. La constitución de Irán incluye XIV capítulos en donde se desglosa la institucionalidad de su sistema, partiendo desde los principios generales de la República como Estado Islámico, los derechos del pueblo hasta su conformación y organización política. Es indispensable retomar parte de los principios generales ya que como bien es establecido en el Principio 1, el régimen de Irán es de corte islámico, esto quiere decir que su identidad nacional y estructura se va a regir por la fe, la justicia del Corán, la conformación de un gobierno de índole político y religioso en donde el máximo dirigente es el Ayatola supremo quien es Alí Jamenei. En cuanto a los derechos del pueblo, de acuerdo con el Principio 19, la Constitución Iraní establece que los ciudadanos gozarán plenamente del ejercicio de derechos de manera igualitaria, no importa la etnia, tribu, color, raza, o cualquier aspecto que sea parte de la persona, no te hace sujeto al ejercicio de privilegios en materia de derechos.

3.6 Derecho Hindú: India

Este caso es muy interesante, ya que la India al ser un punto de convergencia de la religión hindú que es la predominante en la región, ha adoptado este derecho como muy característico y

adecuado para regular el comportamiento del Estado, sin embargo no hay que olvidar que la India fue colonia imperial de la corona británica, lo cual generó una gran influencia anglosajona en el territorio, no solo en cuestión de una reforma económica y administrativa con instituciones que influyeron de manera directa como lo fue la Compañía Británica de las Indias Orientales, sino también tuvo una influencia en materia de derecho, lo cual se ve reflejado en el sistema mixto jurídico que maneja hasta el día de hoy la India. En este análisis solo nos enfocaremos en la parte del derecho religioso hindú y su campo de acción jurídico.

El Derecho hindú se basa de la religión hinduista, por lo tanto va a regular el comportamiento de la sociedad de acuerdo con los preceptos de esta religión. Las reglas análogas al comportamiento de hombre se encuentran en obras conocidas como las sastras, las cuales están clasificadas en categorías que corresponden a parte del mismo comportamiento, estos son la virtud, el interés y el placer. No hay que olvidar que la sociedad en la India desde años atrás está jerarquizada en castas las cuales tienen obligaciones y tareas particulares, por lo tanto el dharma y el artha serán normativas impuestas dependiendo de la casta en la que te encuentres. Las sastras que nos van a interesar en este caso son las del dharma, ya que son las más próximas al ámbito del derecho. El dharma es la sastra que regula el comportamiento y conducta de la sociedad. Sin embargo, como el dharma no distingue la diferencia entre obligaciones religiosas y jurídicas, solamente se enfoca en la concepción de obligaciones y no de derechos. El Derecho hindú es sujeto a legislación, únicamente por parte del soberano, de igual manera cuenta con una institucionalidad del derecho público basada en el artha. La jurisprudencia es inexistente en este derecho, ya que esta se crea cuando se instauran los tribunales europeos con la occidentalización que presencié la India durante su colonización con el imperio británico, sin embargo sí existe la aplicación de sentencias a partir del proceso oral, las redacciones solo eran expedidas de manera temporal y se guardaban en una memoria colectiva, por lo tanto iban cambiando con el paso de los años. Los precedentes juegan un rol muy importante para la aplicación del derecho. Los sujetos que aplican la ley son un colegio de sabios establecidos por castas, por el príncipe o por el delegado.

En el siglo XVII el Derecho hindú se extinguió y fue remplazado por el Common Law, pero a pesar de dicha extinción, es innegable que la India es un Estado en donde predomina la religión, por lo que el hinduismo sigue siendo parte de la vida y el dharma sigue siendo aplicado con respecto a la persona de manera individual, su comportamiento y devoción hacia la espiritualidad.

3.7 Problemática: Falta de reconocimiento de derechos humanos de la comunidad LGBT+
La comunidad LGBT+ y su lucha por la búsqueda de derechos alrededor del mundo es un tema muy controversial y representativo del siglo XXI, pues como bien se sabe a lo largo de los años, a pesar de que todas las personas gozan de derechos, por mucho tiempo se les negó este reconocimiento a este sector de la sociedad que no solo ha sido rechazado, sino discriminado y excluido. Hoy en día, el mundo y la legislación han ido reformándose en la búsqueda de atender con las nuevas necesidades que demanda la sociedad actual, pero a pesar de dichas reformas, no en todas las partes del mundo este tema ha sido del todo aceptado, tal

es el caso de Irán. La realidad que viven estas minorías en Irán es colosal, debido al sistema religioso islámico que precede el Estado, los derechos de este sector de la sociedad no sólo han sido dejado de lado, sino que es el mismo gobierno el que promueve leyes que permiten el hostigamiento, discriminación, acoso, arresto y en varios casos hasta violaciones hacia personas que se identifican y tienen una preferencia sexual contraria a lo establecido, según reportes realizados por la asociación *Human Rights Watch*. La falta de acción por parte del gobierno y reformas jurídicas ha obligado a personas parte de esta comunidad a abandonar el país y huir a Estados próximos como Turquía. A pesar de la lucha por parte de distintos colectivos y asociaciones en pro de los derechos de las personas en Medio Oriente y su búsqueda por la abolición de penas de muerte así como demás penalizaciones en contra de miembros de la comunidad LGBT, prácticamente es nada lo que se ha hecho en Irán.

En el caso de la India, debido a su reforma institucional y su sistema jurídico mixto, la realidad que se vive en materia de esta problemática es diferente a la de Irán, sin embargo aún es un tema prevaleciente en donde la religión juega un gran papel. Desde el 2018 se despenalizó el artículo 377 de la sección XVI del Código Penal de la India en donde se especificaba que era legal penalizar las prácticas sexuales que iban en contra del orden de la naturaleza o que promovieran la sodomía y no las relaciones con penetración vaginal. Pero a pesar de dichas reformas, indios que son parte de la comunidad LGBT+ declaran aún sentirse en un estado de preocupación ya que consideran que es riesgoso vivir en un país en donde son rechazados por sus mismas familias, donde se sufre asilamiento social y se dan muy pocas concesiones de derechos en el ámbito laboral.

3.8 Propuesta de soluciones legales

En el caso de Irán, realmente la situación es muy compleja y debido a la inflexibilidad del Derecho islámico, la posibilidad de buscar un cambio en la normativa institucional es difícil. Asociaciones como Human Rights Watch piden al gobierno Iraní entre varias propuestas, la anulación de leyes y legislaciones dentro del Código Penal Islámico que criminalizan relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, el revocamiento de sentencias y condenas por comisión de crímenes o comportamientos inmorales sexuales y la prohibición del acoso, maltrato, tortura y ataques sexuales hacia personas identificadas con la comunidad LGBT+. Analizándolo desde el conocimiento de institución del sistema legal Iraní y el derecho islámico, estas propuestas son poco realistas. Por parte de la autoría de este ensayo, una recomendación legal, es la realización de una enmienda en el principio 20 de la constitución de la República de Irán, especificando en mayor medida el concepto de derechos humanos, así deslindándolo de la especificación que indica que los derechos humanos concedidos al pueblo Iraní son en medida otorgados siempre y cuando respeten los principios islámicos. Al tener una visión más amplia sobre dicho concepto, se da apertura a posibles modificaciones en torno condenas y penas criminalizando actos sexuales inapropiados, pues toda norma debe contemplar el goce de los derechos inalienables al ser humano. Otra recomendación es ser someter bajo revisión el como es interpretada la Sharia y el Corán para la adopción de leyes, debido a que como bien se sabe, la Sharia cuenta con vacíos, los cuales representan todo aquello que no fue establecido ni por Alá ni por el profeta Mohammed, la Sharia en específico

ha sido un instrumento susceptible a interpretaciones por grupos extremistas, de los cuales parten y son los que promueven la homofobia. De hecho, según una declaración del Imam Ludovic-Mohammed Zahed, el Corán no habla sobre el castigo a la homosexualidad. Fue el Libro del Levítico el que castigó las relaciones homosexuales con la muerte pero el Corán solo se refiere a esta conducta como deshonesta, haciendo alusión a pasajes como el Corán 29,28-29: “Y a Lot. Cuando dijo a su pueblo «Ciertamente cometéis una deshonestidad que ninguna criatura ha cometido antes. ¿Os llegáis a los hombres, salteáis y cometéis actos reprobables en vuestras reuniones?». Con el tiempo, fueron las escuelas y Estados los que interpretaron esta dictación y así es como se fue estipulando en las constituciones.

En el caso de la India, la recomendación es seguir sometiendo la normatividad a reformas aplicando la parte del derecho anglosajón para poder ir modificando la legislación en cuanto a derechos otorgados a la comunidad LGBT+ a las necesidades actuales que van surgiendo. A pesar de que la India tiene este sistema mixto, realmente el derecho hindú no es relevante, a menos que se retome el principio del dharma y el comportamiento interno, por lo que sólo quedaría ir adoptando ideologías más flexibles con respecto a lo estipulado por el hinduismo y comportamientos sociales meramente éticos, no jurídicos.

4. Similitudes y diferencias entre el sistema jurídico Islámico y el Hindú: Fase de identificación

En cuestión de institucionalidad y similitudes en cuanto a sistemas, el Derecho islámico y el Derecho hindú comparten una misma esencia, la cual es que son derechos religiosos. Así mismo son derechos los cuales regulan el comportamiento social a partir del comportamiento que debe seguir un practicante de la religión, por último, hay una similitud en cuestión de los instrumentos del Derecho. Ambos derechos están basados en obras religiosas y fuentes que determinan la regulación de la sociedad, en el caso del derecho Islámico podemos encontrar el Corán, la Sharia, los Qiyas, etc. y en el caso hindú los dhamastras (que son un corpus normativo de derecho análogo a la costumbre) y las sastras artha y dharma.

La diferencia radica en que a pesar de que ambos sistemas son religiosos, el hindú es más flexible que el islámico (sin tomar en cuenta su influencia anglosajona). Ya que la religión no es un conjunto de dogmas que buscan imponer en su integridad, sino un sistema que ofrece distintas vías y la capacidad de libre elección, incluso cuando los dhamastras identifican que se deben seguir ciertos comportamientos dependiendo las castas, son varias alternativas las que pueden ser aplicadas, en cambio el islam es más conservador y su parte jurídica ha sido sujeta a interpretaciones extremistas. Es por ello que en el caso de derechos a la comunidad LGBT+, el derecho islámico no abre espacio a la libre orientación sexual, criminaliza acciones como las relaciones de personas del mismo sexo y hasta es aplicada la pena de muerte, no sólo en Irán, también en otros Estados Islámicos como Marruecos y Arabia Saudita. De hecho, como dato interesante, el artículo 377 que anteriormente fue mencionado sobre la penalización de relaciones sexuales con penetración no vaginal en la India, fue un artículo propuesto durante la época de colonización por los ingleses, por lo tanto era parte ya

del derecho anglosajón que adoptó la India, no parte del derecho hindú. El Derecho hindú sí veía inadmisibles los actos homosexuales pero no los criminalizaba.

5. Causas de la realidad normativa: Fase explicativa

5.5 Sistema jurídico Islámico

Después de un análisis sobre el contexto del Derecho islámico, específicamente en el caso de Irán, podemos ver que no hay derechos a la comunidad LGBT+. A continuación se mostrará información más específica sobre cómo funciona la normatividad en materia de este problema actual y una explicación de por qué funciona de tal manera a partir de un breve contexto histórico.

Dentro de las normativas que expide la Sharia, se encuentran los *Hadd*, que son delitos graves cometidos sujetos a interpretaciones. De acuerdo con la Ley Islámica, se considera un Hadd el cometer relaciones sexuales ilegales. Entiéndase por “Relaciones sexuales ilegales” todos aquellos actos sexuales que son cometidos fuera del matrimonio, el adulterio y la *homosexualidad*. El tipo de castigo al que está sujeto la comisión de dichos actos varían dependiendo del Estado, pero generalmente puede ir desde la flagelación y la pena capital hasta la amputación. Así mismo, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Código Penal Islámico contempla más de 80 delitos punibles con la pena de muerte, entre los que vemos a encontrar la homosexualidad.

En Irán y en el Derecho islámico, no hay derechos para la comunidad LGBT+ a pesar de que es miembro de Naciones Unidas y no rechaza la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Derecho islámico no cuenta con las bases ni institucionalidad para poder tratar y adecuar este tipo de derechos que carecen estos grupos minoritarios de la sociedad. La razón de por qué el derecho islámico es tan rígido es porque su jurisprudencia se adapta a la identidad religiosa que adoptaron los Estados tras una serie de movimientos post-coloniales. En el caso de Irán, tuvo que ver con su búsqueda por ser una nación independiente y su lucha anti-intervencionista debido a distintos intereses que tenía países de occidente tal es el caso de Estados Unidos con su plan de los Twin Pillars, en donde se veía a Irán como parte del Gran Juego para detener el expansionismo comunista en la región de Medio Oriente, así como volver a Irán un punto de control y de influencia. Durante esta época, se buscó occidentalizar e invertir en Irán, pero se estaban perdiendo los preceptos de identidad nacional, fue entonces cuando llegó el Ayatola Khomeini para liderar el movimiento de la revolución islámica en Irán y triunfar para el año de 1979. A partir de este tipo de movimientos, Irán decidió apearse más a su identidad nacional y adoptar un sistema jurídico religioso del islam que lo vuelve más rígido.

5.6 Sistema jurídico Hindú

En el caso del derecho Hindú, no se consideran los actos sexuales como un delito muy grave, pero sí se ha hablado en textos sobre su inacceptabilidad.

Las causas de que el Derecho hindú no contemple leyes o normas en contra del homosexualismo tan extremas como en el Islam, tienen que ver con la ideología de la religión

hinduista, ya que no existen sanciones para la mayoría de delitos. Es la misma religión la que vuelve al Derecho hindú tan permeable y flexible. Es el principio de metempsicosis (reencarnación del alma) el que obliga de manera indirecta a las personas seguir los preceptos estipulados para poder alcanzar la trascendencia en un plano no terrenal, por lo que el dharma al enfocarse de igual manera en las acciones del hombre de manera individual, es la misma persona la que va regulando sus acciones de manera que actúe moral y éticamente correcto, sin embargo a lo largo de textos hinduistas sí se ha hablado sobre el homosexualismo como un acto no bien visto más no criminalizado. Es hasta la época de la colonia cuando la India adopta el derecho anglosajón y es el mismo el que crea leyes en contra del homosexualismo. Fue en el siglo XIX cuando las mismas autoridades británicas que llegaron a colonizar, apoyaron a divulgar en Europa el Dharma Zastra, que es un código de leyes escrito en sanscrito por los Hinduistas alrededor del siglo III a.C, en donde se hablaba de Manú, el primer hombre en habitar en la Tierra después de un gran diluvio en todo el planeta. Manú promovía cinco principios para el buen comportamiento de las cuatro castas los cuales eran: “no dañar a nadie, decir la verdad, no robar, mantenerse puro y reprimir el ímpetu de los sentidos” de acuerdo con la Ley 63 del Libro X. Según la Ley 44 del mismo libro, se tenían que regular una serie de castigos para todos aquellos que realizaran conductas sexuales inapropiadas, entre ellas el homosexualismo. Entre las consecuencias a dichos actos se encontraba el darse un baño sin quitarse la ropa, la pérdida de casta y exclusión de herencias según la Ley 201, Libro IX. Este tipo de penitencias fueron siendo modificadas por los europeos a tal grado que años después con la ley 377 el acto de homosexualidad fue penalizado.

6. Conclusiones

Gracias al método comparativo de Walter Kamba utilizado a lo largo de este ensayo, se pudo percatar que la comparación de sistemas jurídicos religiosos presenta una serie de diferencias y similitudes amplias en materia de derechos a la comunidad LGBT+. La ideología del hinduismo, le permite al Derecho hindú ser más flexible y dinámico, fue con la llegada de los ingleses que su institucionalidad fue reformándose y se fueron implementando leyes que penalizaban los comportamientos homosexuales por ser anti-naturales, mientras que el Derecho islámico es de corte más conservador e inflexible pero incluso no por los mismos preceptos del islam sino por las interpretaciones a las que han sido sujetos sus instrumentos jurídicos tal es el caso de la Sharia y el Corán por las distintas escuelas islámicas que caracterizan a cada Estado.

Según la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en materia de orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos, los derechos a la comunidad LGBT+ son inalienables al ser humano, ya que *“Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* citando las palabras iniciales de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Sin embargo hoy en día, se puede ver que prevalecen ideales que van en contra de los mismos derechos de estas minorías, y en el caso del Derecho islámico, le falta mucho para poder adaptar su institucionalidad a las nuevas realidades y necesidades que va demandando la

sociedad. Someter sus instrumentos jurídicos a cambios es algo imposible debido a que es un Derecho inflexible, los vacíos con los que cuenta la Sharia abren paso a la interpretación, la cual ha sido la responsable no sólo penalizar la libertad de orientación sexual sino hacer nula validez de los derechos humanos para la comunidad LGBT+. Mientras que el derecho hindú es más flexible y dinámico, en parte por los preceptos del hinduismo que retoma ideas del Brahma. Los derechos religiosos son sistemas poco permeables debido a que su rigidez va en medida de lo que estipula la misma religión, se da muy poco espacio para las reformas jurídicas. Si se busca generar un progreso en materia de derechos a la comunidad LGBT+, tendrían que hacerse enmiendas rigurosas a la definición de Derechos Humanos, deslindando los conceptos de la parte de la religión.

7. Referencias bibliográficas

Constitución de Irán (República Islámica del) [Const]. *Principio 20. 1979 (Irán)*
https://www.constituteproject.org/constitution/Iran_1989.pdf?lang=es

Naciones Unidas Asamblea General. (2019, julio). *Situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán* (N.º 1).
<https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/74/188>

Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. (2012, junio). *NACIDOS LIBRES E IGUALES. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos* (N.º 1).
https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_sp.pdf

Human Rights Watch. (2020, 28 octubre). *Irán: Sufren minorías sexuales discriminación y violencia*. Recuperado 30 de noviembre de 2021, de
<https://www.hrw.org/es/news/2010/12/15/iran-sufren-minorias-sexuales-discriminacion-y-violencia>

Diversidad, F. (2016, 24 noviembre). *Imán, gay y musulmán en Europa: «El Corán no dice nada contra los homosexuales»*. Fundación Diversidad. Recuperado 30 de noviembre de 2021, de <https://fundaciondiversidad.com/iman-gay-musulman-europa-coran-no-dice-nada-los-homosexuales/>

Pérez Vaquero, C. (2014, enero). *HOMOSEXUALIDAD Y RELIGIONES: CONSIDERACIONES DIVINAS Y HUMANAS* (N.º 1). Universidad de Valladolid.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5472807.pdf>