

Teoría y Práctica en el Derecho Penal andalusí

Theory and Practice in the Criminal Law in Al-Andalus

Loubna EL OUAZZANI CHAHDI

Doctora en Derecho
Universidad de Rabat (Marruecos)
el.ouazzani.loubna@caramail.com

Recibido: 7 de abril de 2003
Aceptado: 23 de abril de 2003

RESUMEN

Se trata de un pequeño resumen de la que fue la Tesis doctoral de la autora, en la que pasó revista al derecho penal aplicado en Al-Andalus a través de las fatwas transmitidas por Al-Wansarisi, donde se aprecia la observancia por el Islam hispánico y magrebí de las doctrinas malekíes, si bien no de una forma estricta y completa

ABSTRACT

This is a little summary of what has been the doctoral thesis of the author, in which she reviewed the criminal law applied in Al-Andalus through the fatwas transmitted by Al-Wansarisi, where it can be noted that Hispanic and Maghrebi Islam followed the malekian doctrines, although not completely nor strictly.

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un court résumé de ce qui a constitué la Thèse de Doctorat de l'auteur, dans laquelle elle a examiné le droit pénal qui a été effectivement appliqué en Al-Andalus, par moyen des fatwas transmises par Al-Wansarisi. On peut y apprécier que les doctrines malhekiennes ont été observées dans l'Islam hispanique et maghrébin, si bien pas d'une façon stricte et complète.

KURZFASSUNG

Die Autorin liefert eine kleine Zusammenfassung ihrer Dissertation, in der sie das in Al-Andalus angewandte Strafrecht Revue passieren lässt. Dies geschieht durch die von Al-Wansarisi überlieferten Fatwas. Die Lehren der Rechtsschule der Malekí wurden zwar vom hispanischen und magrebinischen Islam beachtet, doch letztlich nicht in strikter und kompletter Weise.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal
musulmán
fatwas
escuela malikí

KEYWORDS

Muslim Criminal Law
Fatwas
Maliki School

MOTS CLÉ

Droit Pénal
Musulman
fatwas
École Malhequie

SCHLAGWÖRTER

Muslimisches
Strafrecht
Fatwas
Rechtsschule der
Malikí

Sin duda, la España musulmana ha sido y sigue siendo objeto de muchas investigaciones y estudios sobre su historia, abarcando todas las facetas de su vida: sociedad, ciencia, literatura, política y jurídica.

La mayor parte de esta parte de la historia de España salió a la luz gracias a los grandes esfuerzos de los investigadores que han llevado a cabo importantes y varios estudios.

No obstante, hay que señalar que los estudios jurídicos de la España musulmana siguen siendo un punto de muy poco interés para la mayoría de los investigadores, ya que los trabajos realizados hasta el momento se han ocupado de los aspectos históricos, políticos, geográficos y, sobre todo, literarios. En efecto, la parte jurídica del occidente musulmán resulte desconocida, y más aun el derecho penal en al-Ándalus, probablemente por la escasez de fuentes disponibles.

Por lo cual, la elección de esta parte del derecho musulmán como tema de mi tesis¹, aparte de la aportación novedosa que constituye, tiene como objetivo enriquecer la bibliografía hispano-árabe de un estudio relacionado con un aspecto de la vida cotidiana andalusí, casi desconocido.

Antes de presentar el tema de mi tesis, es necesario exponer las razones que me motivaron para la elección de este tema.

Primero, el hecho de constatar que en la historia del derecho español actual apenas se han realizado estudios sobre derecho hispano musulmán, a pesar de que la España musulmana formaba parte importante de la historia medieval española durante ocho siglos. Esta carencia de estudios que tratan y analizan el derecho hispano musulmán me llamo la atención, puesto que hasta hoy, sí exceptuamos algunos trabajos de autores españoles que remontan al principio del siglo pasado como: López Ortiz², L. Seco de Lucena³, Sánchez Albornoz⁴, sólo los arabistas se preocuparon del asunto, pero limitándose a ediciones y estudios de manuscritos hispano-árabes. A este propósito, se han publicado últimamente algunos artículos entre ellos el artículo de la profesora Magdalena Martínez Almira⁵ en el cual la autora pone de manifiesto la carencia de tales estudios: "la mayoría de los historiadores del derecho español sigue teniendo entre sus aspiraciones más o menos próximas la aprehensión de una parcela de conocimiento que, por circunstancias diversas, ha permanecido latente, pero nunca ignota, en el panorama científico. Muchas son las variables que condicionaron desde

¹ El Ouazzani Chahdi Loubna, *Derecho penal en al-Ándalus: teoría y práctica*, Tesis doctoral bajo la dirección del profesor Pedro Andrés Porrás Arboledas, Departamento de Historia del Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2003.

² *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932.

³ «Un Estudio del Derecho Hispano-Musulmán: Dos fatwas de Ibn Manzur», *M.E.A.H.*, V, 1956, pp. 5-17.

⁴ *L'Espagne Musulmane*, Claude Farraggi, Madrid, 1985.

⁵ "Estudios e investigaciones sobre las fuentes, derecho privado, penal y procesal islámico en al Andalus, una aproximación historiográfica", en *Interpretatio*, vol.VIII, 2002, p. 175.

finales del siglo XIX el desarrollo de una ciencia histórico-jurídica basada en las fuentes del derecho andalusí y que, a modo de impedimentos, acotaron un campo de trabajo cultivado, sin embargo por islamólogos e filólogos apasionados en desentrañar el significado de los textos prodigiosamente conservados”

Segundo, por una parte la elección del derecho penal hispano musulmán es debida a que esta parte todavía queda desconocida y no ha sido estudiada a fondo por investigadores. Contrariamente a otras ramas del derecho como el derecho civil, mercantil, de familia⁶. Y por otra parte, mi inclinación por el estudio del derecho penal a través de un tipo de fuentes en concreto, o sea las fatwas, es debida, entre otras razones, a que son más indicativas que ninguna otra. En efecto las fatwas son el verdadero espejo de la vida cotidiana del pueblo, en ellas vienen reflejados las normas locales y los diversos criterios y opiniones de juristas. Además, estos tratados jurídicos no están alejados de la realidad social, por el contrario, incorporan usos y prácticas de la comunidad, como lo apunta el Prof. Pérez-Prendes: «el análisis de estas colecciones de fatwas demuestra claramente que en primer lugar las fatwas fueron un elemento de vulgarización del derecho musulmán y en segundo lugar que afloran en ellas de forma que no deja lugar a dudas, las diversidades locales, los distintos criterios de unos y otros juristas, según fuesen de una parte de las tierras andaluzas»⁷.

Sin embargo, de un lado una de las dificultades que presentan las recopilaciones andalusíes de fatwas es la escasez de las fatwas penales en comparación con otras que tratan derecho de familia, civil... De allí viene mi elección de la obra del jurista magrebí al Wansarisi del siglo XV, titulada «*Al Mi'yar al Mu'rib Wa-l-yami' al Mugrib an fatawi ulama' ifriqiya wa-l-Andalus wa-l-Magrib*»⁸, ya que es una enorme recopilación de fatwas o dictámenes andalusíes y magrebí es cuya parte de ellas trata cuestiones penales⁹. Además, los muftíes consultados son juristas destacados en el mundo

⁶ Sobre derecho civil véase la tesis de J. Aguilera Pleguezuelo, *Las Obligaciones y Contratos en la Escuela de Malik b. Anas*, Madrid, 1977 y la tesis doctoral de P. Cano Ávila, *Contratos Conmutativos en la Granada Nazarí del siglo XIV, según el Formulario notarial de Ibn Salmun (m.767/1366)*, 2 vols, Universidad de Granada, 1986.

Y los artículos de P. Cano Avila: «Jurisprudencia Andalusí en el Alquiler de Viviendas», *Hispalensis*, VIII, 1993, pp. 87-101; «Sobre la Transmisión del Usufructo en el Derecho Malikí Andalusí», *B.A.E.O.*, XXX, 1994, pp. 197-207; «Alquiler de Servicios de Personas en el Reino de Granada», *Homenaje al profesor J.M^a Fórneas Besteiro*, 2 vols., Granada, 1995, pp. 941-955 ; P. Cano e I. Garijo, «Alquiler de algunos Inmuebles Urbanos», *El Saber en al Andalus, textos y estudios*, I, pp. 17-30; «Contratos de Compraventa en el Reino Nazarí de Granada, según el Tratado notarial de Ibn Salmun», *Al Qantara* IX, 1988, fasc 2, pp. 323-351 y « El Contrato de Compraventa con Derecho de Opción (bay' al jiyar) y con Derecho de Recuperación (tunya) según el Jurista Granadino Ibn Salmun », *Actas del XVI Congreso UEAI*, Salamanca, 1995, pp. 89-99.

⁷ Pérez-Prendes, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1978, p. 312.

⁸ Existen dos ediciones de esta obra una litográfica de 12 volúmenes, Fez, entre 1896-1897 y otra edición nueva de 13 volúmenes, ed. M. Hayyi y otros, Rabat-Beirut, wizarat al-awqaf / Dar al garb al-islami, 1981 y 1983

⁹ El volumen II es consagrado al tema de delitos de sangre y otros tipos de crímenes.

judicial de al-Ándalus, como Ibn Rusd, Ibn al Hayy, Ibn Attab, Ibn Lubaba, Said Ibn Lubb, etc.

Y por otro lado, hay que señalar que la escasez de estudios sobre derecho penal hispano-musulmán¹⁰, es debida a la inexistencia de esfuerzos de traducciones de las recopilaciones de fatwas, en efecto el amplio fondo constituido por las colecciones de fatwas, en especial al Mi'yar cuyo contenido se ha estimado en unas 6000 fatwas, exige muchos esfuerzos de traducción.¹¹ En este sentido mi trabajo viene a rellenar un hueco notable.

En cuanto al objeto de mi trabajo, nos proponemos, a partir del análisis de una serie de textos extraídos de la obra al Mi'yar, estudiar el sistema penal aplicado en al-Ándalus. Con un objetivo principal: comprobar el derecho penal que realmente se utilizaba, a través del contenido de las fatwas, y si se cumplía la ley tal como era interpretada por la escuela malikí, o bien, al contrario, si existía un derecho aplicado diferente de la teoría contemplada en los tratados de fiqh, o mejor dicho, si había una práctica o jurisprudencia particular en al-Ándalus.

A través de estas fatwas intentaremos saber el derecho que realmente se aplicaba y lo que no, dado que en estos textos las referencias a la práctica propiamente andalusí surgen cuando se debaten cuestiones controvertidas tanto sobre la pena a aplicar como sobre el procedimiento.

En cuanto al método del trabajo, es necesario señalar que los juristas musulmanes adoptan una clasificación particular de los tipos de delitos, en efecto la tipificación adoptada en la mayoría de los tratados de fiqh atiende a las penas y no a los bienes jurídicos protegidos. Conforme a esta clasificación, los delitos en derecho islámico se dividen en tres tipos según la pena que reciben:

1. Primero, están los delitos "qisas" a los que corresponde la aplicación del Talion, en esta primera categoría son incluidos todos los delitos de sangre que perjudican a la integridad física de las personas, la aplicación de sus penas Talion (qisas) composición pecuniaria (diya) depende de la voluntad de las personas interesadas. Por lo tanto,

¹⁰ Podemos citar los poquísimos trabajos y artículos que existen sobre el tema: M^a Arcas Campoy, «Actos Delictivos y Acción Penal en la Wadiha de Ibn Habib», *Boletín de la Asociación Española de Orientalistas*, XXIV, 1998, pp. 139-146; R. Arévalo, *Derecho Penal Islamico*, Tánger, 1939; A. Manzanque, *Compendio de Derecho Penal Musulmán*, (s.l) 1918. L. Jiménez de Asúa, «*Derecho Penal Hispano-Árabe*», Publicaciones del Instituto Cultural Argentino Hispano-Árabe, Buenos-Aires, 1943, p. 18. E. Molina López, «L'Attitude des Juristes de al-Andalus en matière de Droit Pénal », *Actes du VII Colloque Universitaire Tuniso-espagnol*, Tunis, 1991, *Cahiers du CERES*, série histoire n^o 4, pp. 55-191; P. Chalmeta, «Acerca de los delitos de sangre en Al-Ándalus durante el Califato», *El saber en Al-Ándalus Textos y estudios*, II, Sevilla 1999, pp. 45-64; así que algunos libros que incluyen capítulos sobre derecho penal como: J. López Ortiz, *Derecho Musulmán*, Barcelona, 1932, pp. 91-100; D. Peláez Portales, *La Administración de la Justicia en al-Andalus*, Córdoba, 1999, pp. 99-112, y *El Proceso Judicial en la España Musulmana siglos VIII-XII*, Córdoba, 2000.

¹¹ Alejandro García Sanjuán "la traducción de fuentes árabes andalusies al castellano" *Revista Medievalismo*, XI, 2001, pp.117-118.

pertenece únicamente a la víctima o su representante (*wali a dam*) reivindicar la aplicación de la pena o perdonar al culpable. El objetivo esencial de las penas aplicadas a estos delitos es la prevención general y la satisfacción de la víctima para poner fin al conflicto entre el criminal y la parte perjudicada, las penas que castigan estos delitos son, por un lado, el Talien que es la pena del homicidio y las heridas y golpes intencionados y por otro lado, la composición pecuniaria, que es la pena del homicidio y las heridas y golpes involuntarios.

2. En segundo lugar, están los delitos castigados con penas fijadas y determinadas en el Corán y la sunna, son los llamados delitos "*hudud*", es decir, los delitos que perjudican a los derechos de Dios, o al orden público islámico, se distinguen por las penas que les castigan, siendo penas determinadas, las cuales ni el juez ni otra autoridad podrán modificar, aumentándolas o atenuándolas.

Pues este interés protegido justifica el carácter severo de estas penas *hudud* y la competencia del juez al respecto.

Según la mayoría de los juristas musulmanes los delitos incluidos en esta categoría son siete: el adulterio y la fornicación, la calumnia, el robo, la apostasía, el bandidaje, el consumo de vino y la rebelión.

Las penas previstas para estos delitos se caracterizan por su dureza van de de la crucifixión a la lapidación pasando por la flagelación, el destierro o la prisión.

3. y por último, la tercera categoría son los delitos *taazir*, castigados con penas discrecionales, que comprende las faltas menos graves o leves cuya penalización es dejada al arbitrio del juez.

En esta categoría los juristas musulmanes incluyen tanto los delitos que no han sido previstos por la ley islámica, como los que sí lo han sido (como los delitos de la primera y segunda parte) cuando las condiciones exigidas para la aplicación de la pena correspondiente no están cumplidas.

Sin embargo, para estructurar mi estudio, había dos opciones o bien seguir la división tradicional que atiende a las penas y que acabamos de exponer o bien catalogar los delitos según los bienes jurídicos protegidos.

Pues, es la segunda opción que hemos seguido por dos razones:

Por una parte desde el punto de vista metodológico resulta más operativo y más práctico y por otra parte, desde el punto de vista dogmático, es cierto que la división en tres partes (delitos *hudud*, delitos *qisas* y delitos *taazir*) responde fielmente al contenido de las fuentes jurídicas árabes, pero, no le facilita al jurista actual la comprensión de los tipos delictivos, debiendo tenerse en cuenta, además, que hoy día una buena parte de los expertos en derecho musulmán prefieren utilizar ese mismo criterio de clasificación.

Por lo tanto, queda más claro desde el punto metodológico seguir la clasificación de los delitos por bienes jurídicos y no por el tipo de pena.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto y sobre la base de esta clasificación, este estudio esta dividido en tres partes:

En primer lugar, en una primera parte dividida en cuatro capítulos explicaremos la doctrina jurídica seguida en al-Ándalus y la formación de la escuela malikí, predominante en él, y a continuación exponemos el estado actual de las investigaciones sobre el derecho penal islámico. Y, por último, realizamos una presentación de las fuentes de este estudio (primera parte).

En segundo lugar, la segunda parte está dividida en cinco capítulos que contienen una exposición teórica sobre los delitos y penas: primer capítulo los delitos contra la vida de las personas que engloban el homicidio, las heridas y golpes intencionados o non; en el segundo capítulo, están los delitos contra el honor y las buenas costumbres, incluyendo las infracciones contra la moral establecida en la sociedad andalusí desde el punto de vista de la religión musulmana; en esta categoría los juristas musulmanes incluyen tanto los delitos que atacan el honor físico, es decir, los delitos sexuales como los que atacan el honor moral, es decir, la calumnia, las injurias; tercero; tenemos los delitos contra la religión musulmana que son la apostasía, la blasfemia, la herejía, el consumo de vino y la rebelión, este último es un delito que perjudica la estabilidad del Estado, que no hemos podido tratar en este estudio, ya que nuestras fuentes no recogen casos referentes al delito de rebelión. Cuarto capítulo, es consagrado a los delitos contra los bienes o contra la propiedad, que suponen una apropiación ilegítima de bienes muebles o inmuebles, en este capítulo he incluido los delitos de robo y bandidaje y por último, el quinto capítulo esta consagrado a algunos aspectos del procedimiento donde, he intentado a través los datos que nos ofrecen las fatwas, dar una idea del proceso pena andalusí e incluso el aparato judicial.

En cuanto a la tercera parte, contiene un apéndice documental donde recojo las fatwas según el mismo criterio seguido en la segunda parte: cada fatwa esta traducida al castellano, seguida de un análisis basado en las obras doctrinales andalusíes.

Estas tres partes, se complementan con un glosario de términos jurídicos para que su uso pueda ser útil como aclaración suplementaria al contenido del estudio.

Naturalmente, hemos pretendido abarcar todo tipo de delitos, para ofrecer una visión lo más completa posible del derecho penal musulmán aplicado en Al-Andalus... las dificultades que se han planteado provienen del hecho de que el volumen de la información que conserva no es tan amplio como hubiera sido de desear. Como se ha dicho anteriormente, las fatwas de carácter criminal se conservan en un número menor que el resto de las de contenido jurídico.

Sin embargo el volumen de fatwas penales que nos ha llegado es lo suficientemente rico como para permitirnos culminar este trabajo y contrastar la hipótesis inicial acerca del grado de cumplimiento de las prescripciones malikies en el mundo andalusí y extraer las siguientes cuestiones de interés:

1º) En primer lugar, contrariamente a lo que suele afirmarse acerca del seguimiento que los juristas andalusíes hacían de lo establecido por la doctrina malikí. Lo cierto es que a través del análisis de varias fatwas aportadas en esta tesis, hemos podido demostrar como en varias ocasiones los muftíes consultados no siguieron la escuela malikí, emitiendo dictámenes contrarios a dicha escuela y coincidentes con otras escuelas, como ocurrió con destacados juristas como Ibn Rusd , Ibn Al Fakhar.

Un ejemplo que ilustra este punto, parece en las fatwas dedicadas a la ejecución del talión, en al-Ándalus, el talión por homicidio, se ejecutaba habitualmente con la espada, mientras que Malik proponía que el talión fuera una reproducción exacta del modo utilizado por el homicida para matar a su víctima, lo que es conforme a las prescripciones del Corán.

Parece claro, pues, que en todas las fatwas en que hemos visto que no se siguió la escuela malikí, los juristas se inspiraron en gran parte en soluciones tomadas de otras escuelas, como la shafi'í o la hanafí.

Esto viene a confirmar la actitud de los andalusíes como, por ejemplo, en cuanto a la permisividad existente entre los nuevos musulmanes españoles en el consumo generalizado de bebidas alcohólicas que también encuentra su reflejo en el ámbito del derecho penal, pues en lo civil los andalusíes se apartaron de la doctrina de Malik en varios puntos.

Todas estas divergencias, tanto en lo civil como en lo penal, sentaron jurisprudencia propiamente andalusí, que fue seguida tanto por andalusíes como por magrebíes, constituyendo lo que se llama el "*amal*", más concretamente el *amal* de Córdoba.

Acerca de los motivos de esta actitud, cabe añadir que contrariamente a lo que algunos autores como L. Provençal, J. López Ortiz o M. Turki, defendían acerca del dogmatismo y fanatismo de los juristas malikíes a la hora de aplicar tan sólo las soluciones de su escuela, lo cierto es que dichos juristas andalusíes consideraban que todas las opiniones, aunque procedieran de otras escuelas, están validas y sus soluciones aceptables.

En cualquier caso, hay que señalar que estas variaciones que hallamos en la práctica respecto a la ortodoxia malikí sólo representan entre 10% y 15% del total.

2º) Otra cuestión importante que hemos observado durante el análisis de las fatwas es el criterio que la escuela malikí adopta respecto a la procedibilidad en la persecución de los delitos en función de la honorabilidad de los imputados (y, probablemente, en su posición social). Esta era una de las peculiaridades del pensamiento de Malik y sus seguidores, pues la práctica judicial, la admisión de la demanda/querrela y la aplicación de la pena se basaban en la virtud o en la mala reputación del encausado. De modo que la actuación de la autoridad judicial, como se ha podido comprobar a lo largo del presente trabajo, dependerá tanto de la buena o mala fama del denunciado como de la del acusador, especialmente en los delitos hudud, como, por ejemplo, en el delito

del consumo de vino (en las fatwas 1, 2 y 4), donde apreciamos claramente que la actitud del juez ante la denuncia presentada por posesión de vino varía de acuerdo con dicho criterio:

- si se trata de una persona de buena fama, conocida por su rectitud, el cadí no debe proceder contra ella, sino que debe informarla de dicha denuncia, advirtiéndola de que tenga cuidado con el rumor propagado.

- por el contrario, si se trata de una persona de mala reputación, resulta sospechosa y el cadí debe comprobar la denuncia: si durante el registro de la casa se encuentra vino, recibirá un correctivo, pero, si no se halla nada, aún así el cadí le reprenderá y le advertirá para el futuro.

El mismo comportamiento lo observamos en referencia a las denuncias de violación, en los delitos de robo y las injurias. Es más, no sólo consta en los delitos hudud, sino que vuelve a utilizarse en los supuestos de homicidio, ya que la distinción en la calidad moral de la persona sirve al cadí para determinar la duración de la prisión preventiva, de modo que, si es un sujeto sospechoso, se le recluye un período variable, entre quince y treinta días, en tanto que, si se trata de una persona de buena fama, sólo será encarcelada un máximo de tres días.

3º) Por otro lado, hemos podido comprobar cómo algunos procedimientos que se consideraban privativos del proceso civil se aplicaban también en materia penal. Primeramente, en lo relativo a la habilitación de testigos (*tazqiyya* o *ta'dil*)¹² debemos defender como novedad que este trámite era utilizado en el ámbito penal, al contrario de lo que se opinaba hasta ahora, si bien en la práctica andalusí fue un tema controvertido. En cualquier caso, los jueces andalusíes estaban a favor de utilizar esta habilitación en los casos penales, como se ha comprobado en varias fatwas (delito de blasfemia).

En segundo lugar, otro punto novedoso es el relativo a la interpelación final (*id'ar*); se trata de un expediente, cuya utilización en los procesos penales suscitó polémica entre los juristas andalusíes (como hemos visto, en particular, en los procesos alusivos a las fatwas 3 y 4 de apostasía) y entre algunos especialistas modernos, que siguen defendiendo que este medio es exclusivo del proceso civil.

Por nuestra parte, hemos comprobado lo contrario en varias fatwas: 3 y 4 (de los delitos contra la Religión), fatwa 7 (del delito de bandolerismo), fatwas 6, 9, 11, 14 y 37 (de los delitos de homicidio) y fatwa 2 (de los delitos de fornicación), de lo que se desprende que este expediente era seguido habitualmente en los procesos penales.

Se concluye, pues, que en la práctica judicial andalusí ambos expedientes (*tazqiyya* e *id'ar*) eran tan utilizados en el ámbito civil como en el penal, como se aprecia reiteradamente en las fatwas y en algunos testimonios de los juristas contemporáneos que así lo afirmaban.

¹² Véase capítulo de los delitos contra la Religión, fatwa 1 de los delitos de blasfemia.

4^o) A pesar de la aparente dureza que se atribuye a la aplicación del derecho penal islámico, lo cierto es que se rodeaba de una serie de instrumentos garantistas que la mitigaban, pues no bastaba con que hubiera sólo indicios o que existiera un solo testigo de cargo, por muy apto que fuera; para el derecho islámico se requería ineludiblemente la existencia de dos testigos en la generalidad de los delitos, como se aprecia en la mayoría de las fatwas aportadas. Además, aunque se ha tachado de misóginas a las leyes musulmanas, lo cierto es que, para que prosperase una acusación de adulterio, hacían falta no sólo los dos testigos habituales sino cuatro, que además debían ser testigos oculares, no pudiendo existir contradicción alguna entre sus declaraciones, pres-tadas por separado. Esto hacía casi imposible conseguir una prueba incriminatoria verdaderamente válida contra una mujer, salvo que llevase una vida públicamente escandalosa observada por testigos aptos.

Esta obstinación en querer aclarar más rigurosamente la verdad, con el fin de evitar los durísimos castigos prescritos, se aprecia en particular en los delitos *hudud* (contra los derechos de Dios), introduciéndose, por ejemplo, diversas atenuantes como la duda o sospecha (*subha*).

El procedimiento en estos delitos se basa en el principio establecido por el Profeta, según el cual, cuando en esta materia sólo existen indicios fundados de delito, hay que descartar la imposición de la pena, porque la mera sospecha es beneficiosa para el acusado: esto implica que, al no considerarse un delito *hadd*, la pena sería discrecional y, con seguridad, más leve.

En efecto, en los delitos *hudud*, considerados ofensas contra los derechos de Dios, y cuyas penas han sido previamente determinadas por el Corán o la sunna, si sólo se encuentran sospechas graves, la duda favorece al reo, en consecuencia, no se le aplicará la pena prescrita, como se ha podido apreciar en distintas fatwas (fatwa 7 del delito de apostasía, donde la falta de pruebas ha sido interpretada como duda, en consecuencia, favorable al reo; fatwas 1 y 4 del delito de consumo de vino; fatwa 1 del delito de injurias, donde el testimonio de oídas ha sido considerado *subha*; fatwa 4 de los delitos de calumnias, donde la prueba documental no ha sido considerada por el *cadí* concluyente; fatwa 6 del mismo tipo, en que la impugnación de los testigos es sólo una sospecha que impide al *cadí* imponer una pena *hadd*, y fatwa 3 del delito de fornicación).

En todos estos casos se comprueba la observancia del principio enunciado por el Profeta en el siguiente *hadit*, «descartad las penas legales *hudud* cuando haya dudas (*subuhat*)»,¹³ es decir, el *cadí* interpretará las dudas a favor del reo, principio similar al occidental «in dubio pro reo».

En virtud de dicho principio, en ningún caso se aplicará la pena al acusado si no hay pruebas concluyentes, porque las condiciones restrictivas impuestas por el derecho

¹³ *Hadit* transmitido por Sufian al Tauri, tomándolo de Ibn Acem (Abdel Kader Aoudat, *op. cit.*, p. 359).

para la aplicación de la pena *hadd* han limitado extraordinariamente su práctica: esto se aprecia, por ejemplo, en la exigencia de la prueba en materia de adulterio; en la regla que estipula que el consumo de vino sea sólo sancionado cuando dos testigos perciban el aliento del bebedor, o, incluso, en la imposibilidad de amputar la mano al ladrón de un bien público, del que él como musulmán es copropietario. Todo ello ha determinado que estas penas se aplicasen relativamente poco.

Por lo demás, ya Ibn Hazm también había criticado este principio, pues creía que en los delitos *hudud* no se debía eludir la pena por existir sólo sospecha (*subha*), ya que eran ofensas contra los derechos de Dios, justificándose en otro hadit del Profeta.¹⁴

En cambio, en los delitos de sangre se observa que el procedimiento es totalmente diferente, ya que la sospecha es tomada en consideración por el cadí para proceder al encarcelamiento preventivo del acusado; además, hemos visto que en estos delitos, cuando existe un indicio grave de comisión, se requiere la prestación del juramento cincuentenario (*qasama*) y, en consecuencia, se ejecuta al acusado contra quien sólo existe una sospecha de homicidio (fatwas 1, 2, 3, 19, 22, 23, 24 y 29).

5^o) Por último, debe tenerse presente que en el derecho penal islámico impera un acentuado casuismo, de modo que no cabe esperar encontrarse con un tratamiento de esta ciencia a la manera de los derechos penales occidentales; dicho de otro modo, en el derecho musulmán no existe el equivalente a una parte general, donde se extraigan los principios fundamentales de este sector del derecho, sino que el tratamiento de penas y delitos se halla muy apegado a cada supuesto de hecho. Conceptos tales como la responsabilidad penal, las excusas absolutorias, la intencionalidad, la culpabilidad, la legítima defensa, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, etc., a pesar de su importancia, no reciben un tratamiento unitario, sino casuístico dentro de cada tipo de delito. Es más, cuando se realiza una abstracción en algún concepto sólo tiene un alcance particular, no generalizable.

En cierto modo, el escaso grado de abstracción al que se llegó en el derecho penal de los musulmanes recuerda al que presentaba el derecho punitivo de los fueros castellanos plenomedievales. La razón de esta escasa elaboración de los principios generales en el ámbito islámico debe buscarse en el peligro que representaba para los juristas innovadores el ser tachados de herejes, dado el íntimo maridaje existente entre derecho y Religión.

En consecuencia, los juristas musulmanes se preocuparon sólo de clasificar los actos lícitos o ilícitos, ya que el Corán había determinado los delitos y fijado sus penas, y la sunna había completado sus disposiciones. Sobre esta base los fundadores de las escuelas y sus discípulos no elaboraron una teoría general del derecho criminal (al no considerar el derecho penal con suficiente autonomía), sino que se contentaron con

¹⁴ Ibn Hazm, *Al Muhalla*, X, p. 153.

estudiar sucesivamente cada delito y la pena correspondiente, dejando las cuestiones de procedimiento al cadí, el cual en los casos inéditos o dudosos consultaba a los muftíes, los cuales, a su vez, sentaron jurisprudencia con sus dictámenes, como hemos tenido ocasión de comprobar en el análisis de nuestras fatwas, en las que una parte sustancial se dedica a cuestiones de procedimiento.

En cualquier caso, la razón del mencionado casuismo se debe más a motivos religiosos que metodológicos, que hay que buscar en la historia de la formación del derecho islámico y, precisamente, en el carácter confesional de la ley musulmana.

Conclusiones

Este trabajo representa un novedoso estudio en torno al Derecho Penal Musulmán, dado que hasta la fecha, con honrosas excepciones, apenas se había dedicado algún que otro estudio a estos temas; en particular, el mundo del derecho práctico que representan las fatwas tan sólo había sido explorado con finalidades distintas a las que aquí interesan; se han analizado numerosas fatwas para estudiar distintos hechos históricos, la vida económica, aspectos sociales y alguna incursión en el ámbito jurídico, pero no precisamente en lo penal. En cualquier caso, en este trabajo hemos intentado poner de relieve distintos aspectos que representan nuevas aportaciones al conocimiento de la aplicación práctica del derecho penal en al-Ándalus.

Naturalmente, hemos pretendido abarcar todo tipo de delitos, para ofrecer una visión lo más completa posible del derecho penal musulmán aplicado en al-Ándalus. Las dificultades que se han planteado provienen del hecho de que el volumen de la información que se conserva no es tan amplio como hubiera sido de desear. Como se ha dicho anteriormente, las fatwas de carácter criminal se conservan en un número menor que el resto de las de contenido jurídico; realmente, los temas jurídicos más tratados pertenecen al ámbito del derecho privado (familia, sucesiones, contratos, etc.) o del derecho ritual (oraciones, ayuno, peregrinación a La Meca, etc.). Sin embargo, el volumen de fatwas penales que nos ha llegado es lo suficientemente rico como para permitirnos culminar este trabajo y contrastar la hipótesis inicial acerca del grado de observancia de las prescripciones malikíes en el mundo andalusí.

Así pues, hemos estudiado aquellos delitos y penas que la documentación nos permite, fundamentalmente, los delitos contra la vida, contra el honor, contra la propiedad y contra la Religión. Aun cuando se conservan ejemplos de aplicación de lo que podríamos llamar hoy infracciones administrativas (policía de mercado, falsificación de moneda, pesos y medidas, etc.), lo cierto es que dicha información procede no de la actividad del muftí sino de los tratados de Hisba, es decir, compilaciones basadas en la práctica de los oficiales a cargo de estas cuestiones (almotacén y zabazoque). Por este motivo no se ha ampliado el estudio a estos otros temas.

En cuanto a los criterios de clasificación seguidos, una primera posibilidad hubiera sido mantener las divisiones originarias usadas en el Islam clásico, esto es, enfocar el estudio a partir del tipo de penas aplicadas a los infractores de los mandatos coránicos, así, habría que distinguir entre las penas taxativamente previstas en el Corán (denominándose, entonces, penas determinadas o *hudud*) y aquellos otros delitos para los cuales no se había dispuesto ninguna pena concreta (hablaríamos, entonces, de penas *taazir* o discrecionales). Junto a estos dos tipos de penas habría que mencionar el *qisas* o talión, aplicado, en principio, de una manera simétrica al criminal de acuerdo con el daño causado por éste a la víctima.

La otra posibilidad de catalogar los delitos era seguir la tradicional de los derechos occidentales, considerando los bienes jurídicos protegidos, solución que hemos adoptado, dado que facilita mejor la comprensión del jurista actual, debiendo tenerse en cuenta, además, que hoy día una buena parte de los expertos en derecho musulmán prefieren utilizar ese mismo criterio de clasificación.

1^o) Respecto a las cuestiones importantes tratadas en el presente trabajo, cabe resaltar, en primer lugar, que, contrariamente a lo que suele afirmarse acerca del seguimiento que los juristas andalusíes hacían de lo establecido por la doctrina de la escuela malikí (tenida como única y exclusiva, tanto en el ámbito jurisprudencial como en el judicial, lo que impedía que los expertos en derecho utilizaran soluciones tomadas de otras escuelas), lo cierto es que, a partir del análisis de las fatwas aportadas en esta tesis, podemos demostrar cómo en ocasiones se siguieron opiniones no coincidentes con las de Malik y sí con las de otras de las escuelas musulmanas, como ocurrió con destacados juristas andalusíes, tales como Ibn Rusd.

Esto se ha podido ver a través del estudio de algunas cuestiones muy controvertidas en aquella época y que quedan reflejadas en algunas de las fatwas que hemos manejado; así, por ejemplo, tenemos las fatwas 7 y 8 de los delitos de homicidio, debidas a Ibn Rusd el abuelo: en la primera de ellas, planteada en Córdoba en el año 516 de la Hégira (1122 d.C.), este autor dictaminó de forma contraria a la opinión de la escuela malikí, en un supuesto en que la víctima de un homicidio dejó hijos menores junto a agnados mayores, afirmando que el derecho a realizar el juramento cincuentenario (*qasama*) pertenecía a los hijos de la víctima, pues eran los que tenían mejor derecho a reivindicar la aplicación del talión o, en su caso, a reclamar el pago del precio de la sangre (*diyya*), sólo que habría que esperar hasta que los hijos alcanzasen la mayoría de edad para que pudiesen prestar dicho juramento y ejecutar al culpable. Ibn al Hay (en la fatwa 6 de dichos delitos), por el contrario, en un caso parecido dictaminó conforme a los postulados de la escuela malikí, criticando la solución dada por Ibn Rusd. Debe tenerse en cuenta que la fatwa de éste último es muy conocida en la jurisprudencia islámica, a pesar de haber dado una solución contraria a la dominante, lo que no era óbice para que habitualmente siguiera la doctrina malikí.

En la fatwa 8 Ibn Rusd insiste en la misma solución adoptada, por segunda vez, dictaminando que los hijos menores de la víctima de un homicidio, llegados a la mayoría de edad, deben ser los encargados de aplicar el talión o perdonar al culpable, y no los parientes del padre mayores de edad existentes en el momento del homicidio.

Esta discrepancia volvemos a encontrarla en la fatwa 20 de Ibn al Fajar, que trata sobre la sustitución del ayuno, como pena expiatoria en los casos de homicidio involuntario, por el *it'am*, sustitución que la escuela malikí había permitido por analogía, ante la imposibilidad de cumplir con los preceptos de manumisión y ayuno. Pues bien, en este caso concreto el muftí no siguió la opinión de Malik, afirmando que el Corán sólo había prescrito para el homicidio involuntario la manumisión de un esclavo y el ayuno de dos meses, pero no la limosna a los pobres (*it'am*).

Otro ejemplo de desacuerdo con la doctrina malikí aparece en las fatwas dedicadas a la ejecución del talión. Como hemos visto, en al-Ándalus el talión por homicidio se ejecutaba habitualmente con la espada, mientras que Malik propugnaba que el talión fuera una reproducción exacta del modo en que se había causado el daño a la víctima, lo que es conforme con lo estipulado por el Corán.

Del mismo modo, en la fatwa 23 (de los delitos de homicidio) se contradicen de nuevo las disposiciones del Corán, dado que no se admitió la denuncia (*tadmīya*) presentada por la esposa contra su marido por haber sobrepasado los límites del derecho de corrección que la ley le había concedido sobre su mujer.

Parece claro, pues, que en todas las fatwas en que hemos visto que no se siguió a la escuela malikí, se inspiraron en gran parte en soluciones tomadas de otras escuelas, en particular en la safi'í, aunque no faltan referencias a otras, como la hanafí: es el caso de la ejecución con la espada, habitual en al-Ándalus, contraria a la doctrina malikí.

Esto viene a confirmar la actitud de los andalusíes (ya referida en la introducción, como, por ejemplo, en cuanto a la permisividad existente entre los nuevos musulmanes españoles en el consumo generalizado de bebidas alcohólicas, al menos hasta el siglo XI), que también encuentra su reflejo en el ámbito del derecho penal, pues en lo civil se apartaron de la doctrina de Malik en cuatro puntos o en ocho, según la de su discípulo Ibn al Qasim.

En cuanto al motivo de esta actitud, debe considerarse que, a pesar de la veneración manifestada por la doctrina de Malik entre los juristas andalusíes, esto no les impedía apartarse de la misma, primero, como decimos, en algunas cuestiones civiles y, también, en distintas cuestiones penales. Como cabía esperar, estas divergencias sentaron jurisprudencia tanto en un caso como en otro, como se prueba por las fatwas que acabamos de mencionar, siendo el caso más ilustrativo el de la fatwa 3 (de delitos contra la Religión): se trataba del caso por apostasía contra Abu-l-Jayr, en el que el muftí nos indica cómo finalmente se impuso la posición de la mayoría de los muftíes consultados, que se opusieron a la concesión de la interpelación final al acusado (*id'ar*) por

entender que la comisión del delito había sido indudablemente probada; esta posición contraria a la concesión del *id'ar* acabaría sentando jurisprudencia tanto en al-Ándalus como en el Magreb.

Algo parecido ocurrió con la opinión de Ibn Rusd, antes citada, relativa a los menores de edad, que, aunque opuesta a la opinión mayoritaria, sentó jurisprudencia y fue seguida por varios juristas, como se puede apreciar en la fatwa 24 (de delitos de homicidio y lesiones), en la que el muftí, consultado sobre un caso parecido al de Ibn Rusd, emitió la misma opinión.

Todas estas divergencias, tanto en lo civil como en lo penal, sentaron jurisprudencia, que fue seguida por andalusíes y magrebíes, constituyendo lo que se denomina el amal y, más concretamente, como el amal de Córdoba, esto es, los casos de desacuerdo con las doctrinas de Malik y sus discípulos.

Cuestionándonos acerca de los motivos de esta actitud, cabe añadir que, contrariamente a lo que algunos autores, como Lévi-Provençal, López Ortiz o Turki, defendían acerca del dogmatismo y fanatismo de los juristas malikíes a la hora de aplicar tan sólo las soluciones de su escuela, lo cierto es que dichos juristas consideraban que todas las opiniones, aunque procedieran de otras escuelas, eran válidas y sus soluciones aceptables; sólo discreparon de la posibilidad de cambiar de escuela tras la época de los imanes y, en especial, si está o no permitido a un jurista cambiar de escuela y emitir opiniones que no son las de la escuela a la que pertenece.

En mi opinión, para entender esta cuestión es necesario recurrir a lo dicho por los ulemas acerca de si está permitido (*jawaz*) o no cambiar de escuela, enunciado de esta manera: si un jurista es partidario de una escuela por creerla la más completa, entonces ¿le estará permitido y será lícito que discrepe de su imán en algunas cuestiones, adoptando las opiniones de otro *muytahid*?

En esta cuestión los juristas están divididos: unos se pronuncian por la prohibición y entienden que el no seguir la opinión de su imán es incongruente con los preceptos religiosos (*talaub*). Otros aceptan su licitud, en dos casos: primero, cuando la doctrina del imán seguido ofrece soluciones muy severas; segundo, cuando el jurista o muftí no encuentra en la doctrina de su escuela fundamentos y argumentos consistentes que apoyen de una forma sólida la opinión del imán, en tanto que sí existen en los de otra escuela. En estos casos le estará permitido al jurista adoptar la opinión de otra escuela, siendo necesario utilizar argumentos consistentes.

Algunos creen que el caso del jurista es semejante al de cualquier otra persona inculta, que no está siguiendo ninguna escuela determinada, pero, si en una cuestión siguió la opinión de un imán, entonces no podrá aplicar otra solución sobre esa misma cuestión. A la inversa, si en una cuestión no siguió la opinión de su escuela, en el futuro le estará permitido utilizar soluciones de otras escuelas en esa cuestión.

Los malikíes, pues, en estos supuestos distinguen entre personas incultas y personas sabias y cultas. Primero, a las personas incultas se les prohíbe apartarse de la escuela a la que pertenecen y, por tanto, no seguir la opinión mayoritaria de la escuela o las de los más doctos de la misma. De hecho, calificaron esta actitud como falta de religiosidad; podemos documentar esta postura en lo que nos transmite al Wansarisi, tomado de Ibn Abi Zaid, al Mazari y al Gazali:

«Al Mazari indicó que el hecho de apartarse de la opinión mayoritaria y de las opiniones unánimes de los juristas malikíes demuestra falta de sabiduría, religiosidad y escrupulosidad.

» Toda persona debe respetar esta norma, tanto en la judicatura como en la emisión de fatwas (*al fitya*); además, es una obligación que todo jurista sabio debe tener en cuenta, de modo que cuando un jurista (*muqalid*) encuentra una discrepancia en la cuestión que se le ha planteado, y sobre la misma existe una opinión mayoritaria, una práctica (*amal*) o cualquier otra cosa, está obligado a seguirla y dictaminar conforme a dicha opinión mayoritaria, a no ser que lo haga cuando le surja un caso de necesidad urgente, cuyas consecuencias pueden ser graves». ¹⁵

Para ilustrar este último caso contamos con el ejemplo del famoso jurista andalusi Yahya Ibn Yahya, quien también contradijo la doctrina malikí en un caso muy rememorado en la historia de al-Ándalus: el emir Abderramán Ibn Abd al Hakam un día del mes de Ramadán mantuvo una relación sexual con una de sus concubinas, acto que estaba prohibido durante el mes de ayuno; arrepentido, decidió consultar a los juristas sobre cómo purificarse. Yahya Ibn Yahya dictaminó que tendría que cumplir el ayuno durante dos meses consecutivos para expiar su falta; el resto de los juristas no dijeron nada al respecto, a pesar de que sabían que Malik defendía que en semejante caso el pecador tiene la opción de elegir entre tres formas de expiación: manumitir a un esclavo, ayunar dos meses consecutivos o bien dar de comer a sesenta pobres. Cuando los otros juristas preguntaron a Yahya Ibn Yahya por qué no había ofrecido al emir tales posibilidades, les contestó que «si hubiera propuesto dicha elección, le hubiese sido muy fácil cometer cada día ese pecado y, luego, manumitir un esclavo para expiar dicha culpa; por esta razón he decidido darle la opción más difícil, a fin de que no reincida». ¹⁶

En este ejemplo, y en otros ya comentados, en que las fatwas tienden a apartarse de la doctrina malikí, hallamos la razón de dicha tendencia.

En segundo lugar, si se trata de una persona sabia y culta, que de buena fe cree que su opinión es correcta, aun cuando contradiga la mayoritaria, los malikíes defienden que pueda actuar así. En otro sentido manifiesta Ibn Farhun:

¹⁵ *Al Mi'yar*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁶ *Al Maqarri*, *Nafh a tib*, *op. cit.*, II, p. 222.

«En caso de que un mufti encuentre dos opiniones contradictorias atribuidas a Malik, sobre un mismo supuesto de hecho, el mufti tendrá que basarse en la opinión de fecha más tardía; por ello hemos decidido que sólo se permita emitir fatwas de la doctrina malikí al muytahid que pertenezca a esta misma escuela, tales como Muhammad Ibn al Mawwaz, el cadí Ismael, Abí Muhammad Ibn Abí Zaid y otros muytahidin semejantes de la escuela malikí, porque éstos saben los fundamentos (*usul*) de la doctrina».¹⁷

En conclusión, todo ello explica por qué en algunas fatwas se dieron dictámenes contradictorios dentro de la escuela malikí, a pesar de que los mufties que los evacuaron eran seguidores de dicha escuela. No obstante, hay que señalar que estas variaciones que hallamos en la práctica respecto a la ortodoxia malikí sólo representan entre un 10 y un 15% del total, aproximadamente.

2º) Otra cuestión importante que hemos observado durante el análisis de las fatwas es el criterio que la escuela malikí adopta respecto a la procedibilidad en la persecución de los delitos en función de la honorabilidad de los imputados (y, probablemente, en su posición social). Esta era una de las peculiaridades del pensamiento de Malik y sus seguidores, pues la práctica judicial, la admisión de la demanda/querrela y la aplicación de la pena se basaban en la virtud o en la mala reputación del encausado. De modo que la actuación de la autoridad judicial, como se ha podido comprobar a lo largo del presente trabajo, dependerá tanto de la buena o mala fama del denunciado como de la del acusador, especialmente en los delitos *hudud*, como, por ejemplo, en el delito del consumo de vino (en las fatwas 1, 2 y 4), donde apreciamos claramente que la actitud del juez ante la denuncia presentada por posesión de vino varía de acuerdo con dicho criterio:

- si se trata de una persona de buena fama, conocida por su rectitud, el cadí no debe proceder contra ella, sino que debe informarla de dicha denuncia, advirtiéndola de que tenga cuidado con el rumor propagado.

- por el contrario, si se trata de una persona de mala reputación, resulta sospechosa y el cadí debe comprobar la denuncia: si durante el registro de la casa se encuentra vino, recibirá un correctivo, pero, si no se halla nada, aún así el cadí le reprenderá y le advertirá para el futuro.

También en los delitos de robo (fatwas 2 y 3) y de injurias (fatwa 3) vemos repetida dicha forma de actuación en la labor de los juristas Ibn Acem, Ibn Hisam e Ibn Habib. Es más, no sólo consta en los delitos *hudud*, sino que vuelve a utilizarse en los supuestos de homicidio, ya que, como hemos comprobado claramente (fatwas 1 y 2 de dichos delitos), la distinción en la calidad moral de la persona sirve al cadí para determinar la duración de la prisión preventiva, de modo que, si es un sujeto sospechoso, se le reclu-

¹⁷ Ibn Farhun, *Tabsirat al Hukkam*, op. cit., I, p. 67.

ye un período variable, entre quince y treinta días, en tanto que, si se trata de una persona de buena fama, sólo será encarcelada un máximo de tres días.

Este modo de proceder es duramente criticado por Ibn Hazm,¹⁸ que estima que esta actitud de Malik es totalmente errónea, ya que ni el Corán, ni la sunna, ni el *iyma'*, ni el *qiyas* permiten esta distinción, pues no hay personas mejores que otras, ni sujetos que no puedan llegar a cometer una injusticia o una agresión; todo esto es rechazable, pues el Profeta había sentenciado que el que acusa debe aportar la prueba de su acusación y el que niega la acusación debe prestar juramento exculpatorio; además, toda la Umma es unánime en que, si un judío o un cristiano son acusados por un musulmán sin presentar pruebas, aun cuando se trate de un compañero del Profeta, quedarán libres tras jurar, ¿cómo, entonces, juzgar a una persona sólo por su mala reputación? Esto sería un gran error. También critica por injusta la costumbre malikí de juzgar y meter en la cárcel al acusado sin contar con pruebas contra el mismo.

3º) Por otro lado, hemos podido comprobar cómo algunos procedimientos que se consideraban privativos del proceso civil se aplicaban también en materia penal. Primeramente, en lo relativo a la habilitación de testigos (*tazqiyya* o *ta'dil*)¹⁹ debemos defender como novedad que este trámite era utilizado en el ámbito penal, al contrario de lo que se opinaba hasta ahora, si bien en la práctica andalusí fue un tema controvertido. En cualquier caso, los jueces andalusíes estaban a favor de utilizar esta habilitación en los casos penales, como se ha comprobado en la fatwa 1 (del delito de blasfemia) y en una cita del jurista Ibn Hisam: «el *ta'dil* es válido en todas las causas judiciales, según la doctrina de la Mudawana. Aunque algún sabio afirma que la habilitación de testigos no es válida en las causas seguidas por delitos de sangre, nuestra jurisprudencia, sin embargo, no se ajusta a esta opinión». Un documento del jurista Ibn Sahl vuelve a poner de manifiesto, a mayor abundamiento, que en un proceso por homicidio se procedió a la habilitación de un testigo.²⁰

Todos estos testimonios nos permiten concluir que en al-Ándalus la práctica judicial recurría a este trámite en los delitos *hudud* y *qisas*.

Otro punto novedoso es el relativo a la interpelación final (*id'ar*); se trata de un expediente, cuya utilización en los procesos penales suscitó polémica entre los juristas andalusíes (como hemos visto, en particular, en los procesos alusivos a las fatwas 3 y 4 de apostasía) y entre algunos especialistas modernos, que siguen defendiendo que este medio es exclusivo del proceso civil. Uno de ellos es Khallaf, que justifica la denegación del *id'ar* al protagonista de la fatwa 3 (del delito de apostasía) por considerar este medio reservado a las cuestiones patrimoniales.²¹ De la misma opinión es Milliot que

¹⁸ *Al Muhalla*, op. cit., X, p. 292.

¹⁹ Véase capítulo de los delitos contra la Religión, fatwa 1 de los delitos de blasfemia.

²⁰ Ibn Sahl, *Al Ahkam al Kubra*, trad. R. Daga, Granada, 1990, p. 351; D. Peláez, op. cit., p. 232.

²¹ M. Khallaf, *Wata'iq fi qada'a al yina'i fi andalus*, El Cairo, 1980, p. 52.

creo que el *id'ar* no es aplicable a los casos criminales, en razón del principio de que la duda beneficia al reo.²²

Hemos comprobado lo contrario en las fatwas 3 y 4 (de los delitos contra la Religión), fatwa 7 (del delito de bandolerismo), fatwas 6, 9, 11, 14 y 37 (de los delitos de homicidio) y fatwa 2 (de los delitos de fornicación), de lo que se desprende que este expediente era seguido habitualmente en los procesos penales.

El origen de esta controversia se halla en el caso concreto del reo de apostasía Abu l Jayr (fatwa 3 de delitos de apostasía y blasfemia): unos eran partidarios de concederle la interpelación final y otros, no. Al final, fue esta última postura la que se impuso, siendo el culpable condenado a muerte, sin otorgarle este recurso extremo para defenderse, lo que constituyó un precedente tanto en al-Ándalus como en el Magreb.

Sin embargo, no se puede generalizar esta solución a todos los casos, pues la discrepancia sólo se planteó en los delitos contra la Religión, en tanto que en los crímenes contra la vida o contra el honor el *id'ar* no suscitó polémica y fue habitualmente aplicado.

Esto es explicable por tratarse de delitos contra la Religión, que eran de una extrema gravedad, por amenazar tanto el orden público como la seguridad del Estado, así como la estabilidad de la escuela malikí, declarada oficial en al-Ándalus: las soluciones adoptadas en estas fatwas de delitos de apostasía y blasfemia venían motivadas por las circunstancias políticas.

Se concluye, pues, que en la práctica judicial andalusí ambos expedientes (*tazqiyya* e *id'ar*) eran tan utilizados en el ámbito civil como en el penal, como se aprecia reiteradamente en las fatwas y en algunos testimonios de los juristas contemporáneos que así lo afirmaban.

4.º) A pesar de la aparente dureza que se atribuye a la aplicación del derecho penal islámico, lo cierto es que se rodeaba de una serie de instrumentos garantistas que la mitigaban, pues no bastaba con que hubiera sólo indicios o que existiera un solo testigo de cargo, por muy apto que fuera; para el derecho islámico se requería ineludiblemente la existencia de dos testigos en la generalidad de los delitos, como se aprecia en la mayoría de las fatwas aportadas. Además, aunque se ha tachado de misóginas a las leyes musulmanas, lo cierto es que, para que prosperase una acusación de adulterio, hacían falta no sólo los dos testigos habituales sino cuatro, que además debían ser testigos oculares, no pudiendo existir contradicción alguna entre sus declaraciones, pres-tadas por separado. Esto hacía casi imposible conseguir una prueba incriminatoria verdaderamente válida contra una mujer, salvo que llevase una vida públicamente escandalosa observada por testigos aptos.

Esta obstinación en querer aclarar más rigurosamente la verdad, con el fin de evitar los durísimos castigos prescritos, se aprecia en particular en los delitos hudud

²² L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 1953, p. 562.

(contra los derechos de Dios), introduciéndose, por ejemplo, diversas atenuantes como la duda o sospecha (*subha*).

El procedimiento en estos delitos se basa en el principio establecido por el Profeta, según el cual, cuando en esta materia sólo existen indicios fundados de delito, hay que descartar la imposición de la pena, porque la mera sospecha es beneficiosa para el acusado: esto implica que, al no considerarse un delito *hadd*, la pena sería discrecional y, con seguridad, más leve.

En efecto, en los delitos *hudud*, considerados ofensas contra los derechos de Dios, y cuyas penas han sido previamente determinadas por el Corán o la sunna, si sólo se encuentran sospechas graves, la duda favorece al reo, en consecuencia, no se le aplicará la pena prescrita, como se ha podido apreciar en distintas fatwas (fatwa 7 del delito de apostasía, donde la falta de pruebas ha sido interpretada como duda, en consecuencia, favorable al reo; fatwas 1 y 4 del delito de consumo de vino; fatwa 1 del delito de injurias, donde el testimonio de oídas ha sido considerado *subha*; fatwa 4 de los delitos de calumnias, donde la prueba documental no ha sido considerada por el cadí concluyente; fatwa 6 del mismo tipo, en que la impugnación de los testigos es sólo una sospecha que impide al cadí imponer una pena *hadd*, y fatwa 3 del delito de fornicación).

En todos estos casos se comprueba la observancia del principio enunciado por el Profeta en el siguiente hadit, «descartad las penas legales *hudud* cuando haya dudas (*subuhat*)»,²³ es decir, el cadí interpretará las dudas a favor del reo, principio similar al occidental «in dubio pro reo».

En virtud de dicho principio, en ningún caso se aplicará la pena al acusado si no hay pruebas concluyentes, porque las condiciones restrictivas impuestas por el derecho para la aplicación de la pena *hadd* han limitado extraordinariamente su práctica: esto se aprecia, por ejemplo, en la exigencia de la prueba en materia de adulterio; en la regla que estipula que el consumo de vino sea sólo sancionado cuando dos testigos perciban el aliento del bebedor, o, incluso, en la imposibilidad de amputar la mano al ladrón de un bien público, del que él como musulmán es copropietario. Todo ello ha determinado que estas penas se aplicasen relativamente poco.

Por lo demás, ya Ibn Hazm también había criticado este principio, pues creía que en los delitos *hudud* no se debía eludir la pena por existir sólo sospecha (*subha*), ya que eran ofensas contra los derechos de Dios, justificándose en otro hadit del Profeta.²⁴

En cambio, en los delitos de sangre se observa que el procedimiento es totalmente diferente, ya que la sospecha es tomada en consideración por el cadí para proceder al encarcelamiento preventivo del acusado; además, hemos visto que en estos delitos, cuando existe un indicio grave de comisión, se requiere la prestación del juramento

²³ Hadit transmitido por Sufian al Tauri, tomándolo de Ibn Acem (Abdel Kader Aoudat, *op. cit.*, p. 359).

²⁴ Ibn Hazm, *Al Muhalla*, X, p. 153.

cincuentenario (*qasama*) y, en consecuencia, se ejecuta al acusado contra quien sólo existe una sospecha de homicidio (fatwas 1, 2, 3, 19, 22, 23, 24 y 29).

5º) Por último, debe tenerse presente que en el derecho penal islámico impera un acentuado casuismo, de modo que no cabe esperar encontrarse con un tratamiento de esta ciencia a la manera de los derechos penales occidentales; dicho de otro modo, en el derecho musulmán no existe el equivalente a una parte general, donde se extraigan los principios fundamentales de este sector del derecho, sino que el tratamiento de penas y delitos se halla muy apegado a cada supuesto de hecho. Conceptos tales como la responsabilidad penal, las excusas absolutorias, la intencionalidad, la culpabilidad, la legítima defensa, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, etc., a pesar de su importancia, no reciben un tratamiento unitario, sino casuístico dentro de cada tipo de delito. Es más, cuando se realiza una abstracción en algún concepto sólo tiene un alcance particular, no generalizable.

En cierto modo, el escaso grado de abstracción al que se llegó en el derecho penal de los musulmanes recuerda al que presentaba el derecho punitivo de los fueros castellanos plenomedievales. La razón de esta escasa elaboración de los principios generales en el ámbito islámico debe buscarse en el peligro que representaba para los juristas innovadores el ser tachados de herejes, dado el íntimo maridaje existente entre derecho y Religión.

En consecuencia, los juristas musulmanes se preocuparon sólo de clasificar los actos lícitos o ilícitos, ya que el Corán había determinado los delitos y fijado sus penas, y la sunna había completado sus disposiciones. Sobre esta base los fundadores de las escuelas y sus discípulos no elaboraron una teoría general del derecho criminal (al no considerar el derecho penal con suficiente autonomía), sino que se contentaron con estudiar sucesivamente cada delito y la pena correspondiente, dejando las cuestiones de procedimiento al cadí, el cual en los casos inéditos o dudosos consultaba a los muftíes, los cuales, a su vez, sentaron jurisprudencia con sus dictámenes, como hemos tenido ocasión de comprobar en el análisis de nuestras fatwas, en las que una parte sustancial se dedica a cuestiones de procedimiento.

En cualquier caso, la razón del mencionado casuismo se debe más a motivos religiosos que metodológicos, que hay que buscar en la historia de la formación del derecho islámico y, precisamente, en el carácter confesional de la ley musulmana.

En efecto, tal como se señaló al principio de este estudio, la ley islámica es de origen divino, ya que el único legislador es Allah.

De hecho, contrariamente a otros sistemas legales, esta ley divina posee dos características distintivas. En primer lugar, es un sistema rígido e inmutable, que engloba normas de una validez absoluta y eterna, las cuales no son susceptibles de modificación por ninguna autoridad humana. En segundo lugar, para los musulmanes, los mandamientos del Corán y la sunna que componen esta ley, representan la regla de la unifor-

midad, de modo que la norma es un deber y una obligación religiosa, que de ninguna manera es posible cambiar o derogar.

Por lo tanto, es necesario interpretar la ley en toda la densidad de su sentido, que proviene no sólo de la fusión de los ámbitos mencionados, sino también de la misma palabra de Dios y de los dichos del Profeta, lo que hace de la tarea de la interpretación del texto sagrado una labor realmente dura, que exige un gran esfuerzo y ciertas condiciones en el intérprete.

En consecuencia, la ciencia del *tafsir* o interpretación del Corán jugó un papel importante tanto en la obtención de las reglas del derecho como en la conservación de los textos sagrados en toda su plenitud y pureza. Esta tarea requiere de personas calificadas, cuya preparación les permita la correcta interpretación de los textos sagrados y la elaboración de normas adaptadas a las nuevas exigencias sociales y políticas. Estos intérpretes son los *muytahidin*, quienes mediante el procedimiento de concentrarse en el sentido del texto sagrado (el Corán y la sunna) extraen la norma para resolver cada caso concreto. El jurista-teólogo, el sabio, es habilitado por el Corán como apto para realizar esta tarea creativa e interpretativa, de modo que «sólo los sabios, entre sus siervos, temen a Dios» (XXXV, aleya 28).

Estos sabios son los únicos que, tras la muerte del Profeta -único intérprete del texto sagrado-, crearon el *iytiḥad*, interpretando el Corán, de acuerdo con la conducta observada en Aquél. Sus compañeros, los primeros califas, que le siguieron y le escucharon, serán los *muytahidin*, que mediante el *tafsir* o explicación de la ley divina crearon reglas jurídicas de valor similar al texto interpretado. En efecto, los califas desempeñaron un importante papel tras la muerte del Profeta, solucionando asuntos y creando normas antes no previstas, como el caso de la pena por beber vino: ésta había sido fijada en cuarenta azotes por Abu Bakr y, más tarde, en ochenta por Umar y Alí, por analogía con la pena prescrita para el delito de calumnia, de acuerdo con las previsiones del Corán, como antes se ha mencionado.

Tras los califas compañeros del Profeta, fueron los eruditos cualificados quienes se encargaron de esta tarea, pero el *iytiḥad* sólo tendrá fuerza coercitiva de ley, es decir, accederá al estadio de *iyma'*, cuando sea la opinión unánime de los *muytahidin*. Esto es, la sola opinión de uno de ellos, por muy respetable que se considere su ciencia y su persona, no es suficiente para adjudicarle el valor de norma general. Por lo tanto, la regla *iytiḥad* se transformará en norma de obligado cumplimiento al convertirse en *iyma'* por el consenso de los cuatro ritos ortodoxos o escuelas jurídicas.

Estos *muytahidin* van a ser los creadores de las escuelas de derecho que alcanzarán vigencia en todo el mundo musulmán; así, los imanes han ido creando las normas de la *saria'* resolviendo casos concretos, sobre todo, en materia penal, lo que explica también el casuismo de este derecho. No obstante, a partir del siglo III de la Hégira «se clausura la puerta del *iytiḥad*», es decir, terminó el período creativo del derecho

musulmán, ya que, con la desaparición física de los cuatro imanes (Malik, Hanbal, Hanifa y Safi'í) y de sus discípulos más cualificados, desaparece toda posibilidad de creación jurídica, manteniéndose el derecho dentro de los cauces de sus creadores.

«Este cierre de la puerta del *iytiḥad*» hizo que este derecho de interpretación de las normas coránicas fuera reemplazado por el deber de taqlid o imitación. A partir de ese momento cada jurista era un imitador (*muqallid*), obligado a continuar la doctrina establecida por sus predecesores. Como recuerda N. Coulson,²⁵ el exagerado respeto por la personalidad de los juristas anteriores produjo la creencia de que el trabajo había sido realizado exhaustivamente por eruditos de una habilidad incomparable, dejando modelada la *saría* ' de un modo definitivo y perfecto.

A partir, pues, del siglo X el papel de los juristas fue el de comentaristas de los trabajos de los maestros anteriores, como Malik o al Safi'í, demostrando un apego servil, no sólo en la sustancia sino también en la forma y en el orden de la doctrina, tal como había quedado registrada en los escritos fundacionales; derrocharon sus energías en una erudición que, en ocasiones, alcanzaba un alto grado de casuismo. De hecho, las actividades jurídicas se vieron en adelante limitadas a la elaboración y análisis de las normas establecidas, siguiendo el método casuístico habitual en el derecho penal.

²⁵ N. Coulson, *Historia del Derecho Islámico*, trad. De M. Eugenia Eyra, Barcelona, 1998, p. 91.