

El proceso penal hispano-musulmán: Competencia, iniciación y pruebas (Estudio realizado a través de las fatwas contenidas en el Mi'yar de Al Wansharisi)¹

Hispano-musulman Criminal process: Competence, initiative and proofs (A study of Al Wansharisi's Al Mi'yar fatwas)

Loubna EL-OUAZZANI CHAHDI

Profesora de Universidad

Departamento de Derecho Penal

Facultad de Derecho de Rabat. Universidad Mohammed V-Souissi

loubnazem@yahoo.com

Recibido: 23 de enero de 2006

Aceptado: 7 de febrero de 2006

RESUMEN

Este artículo se dedica al estudio teórico y práctico del proceso penal en la España musulmana: este estudio se ha realizado gracias a las informaciones contenidas en las fatwas conservadas en la célebre obra Al Mi'yar. La autora de este artículo proporciona una descripción del proceso penal, las reglas del procedimiento penal, los órganos competentes, así como las particularidades del proceso penal andalusí, todo ello gracias a la riqueza de datos que contienen las compilaciones de fatwas.

PALABRAS CLAVE: Derecho procesal penal hispano-andalusí, Proceso penal hispano-andalusí.

ABSTRACT

This article is dedicated to the theoretical and practical study of the criminal process in Muslim Spain: this study has been made thanks to the information contained in the fatwas conserved in the famous Al

¹ Al Mi'yar: obra de al Wansarisi, jurista magrebí 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», que es la colección de fatwas que goza de más fama por su contenido enorme y diversificado y por ser la mayor recopilación de fatwas de los más prestigiosos muftíes, tanto del Al Ándalus como del Magreb; de esta obra sólo había una edición litográfica antigua en 12 volúmenes, Fez, entre 1896-1897, poco accesible a los investigadores, hasta que en 1981, el Ministerio marroquí de los Bienes de Manos Muertas (Waqf) y Asuntos Islámicos publicó una nueva edición de 13 volúmenes, lo que dio un notable impulso al estudio de esta obra. (ed. M. Hayyi y otros, Rabat-Beirut, wizarat al-awqaf / Dar al garb al-islami, 1981 y 1983); para las fatwas penales véase el volumen II.

Mi'yar book. The author of this article provides a description of the criminal process, the rules of the criminal procedure, the competent organs, as well as the particularities of the andalusian criminal process. It all arises from the wealth of data contained in the fatwas compilations.

KEYWORDS: Procedural Hispanic-andalusian Criminal Law, Hispanic-andalusian Criminal Process

RÉSUMÉ

Cet article est consacré à l'étude théorique et pratique du procès pénal dans l'Espagne musulmane; cette étude est réalisée grâce aux informations contenues dans les fatwas conservées dans le célèbre ouvrage *Al Mi'yar*. L'auteur de cet article nous fournit une description du procès pénal, les règles de la procédure pénale, les organes compétents, ainsi que les particularités du procès pénal andalou et ce grâce à la richesse des informations contenues dans les compilations de fatwas.

MOTS CLÉ : Le procès pénal dans l'Espagne musulmane, le Droit pénal dans l'Espagne musulmane.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Beitrag widmet sich der theoretischen wie praktischen Erforschung des Strafprozesses im muslimischen Spanien und stützt sich auf die in dem berühmten Werk *Al Mi'yar* enthaltenen Fatwas als Quellen. Dabei liefert der Autor eine Beschreibung des Strafprozesses und seiner Regeln, der zuständigen Organe sowie der Besonderheiten des andalusischen Strafprozesses an Hand der Kompilationen der Fatwas, die ihm als Informationsquelle dienen.

SCHLÜSSELWÖRTER: Hispano-muslimische Strafprozess, Hispano-muslimische Strafprozessrecht.

SUMARIO: A. El «Sabih al madina», B. el «Sabih al surta», C. el «Sabih al suq», I. Iniciación del proceso, A. Los delitos «qisas» o talión, B. Los delitos «hudud», C. Los delitos «taazir», II. El proceso penal, A. Procedimiento probatorio, 1. La confesión del culpable, Confesión en los delitos contra la vida, 2. El juramento, 2.1. Definición, 2.2. La fórmula del juramento, 2.3. Categorías de juramentos, 2.4. El lugar y el momento en que se prestan los juramentos, 2.5. Los juramentos en materia penal, B. El testimonio, 1. Condiciones que los testigos deben reunir, 2. La habilitación de los testigos «al ta'dil» o «tazquyya», 3. La recusación de los testigos, 4. Categorías de testimonios, 4.1. El testimonio de oídas «sahadat a sama' al fasi», 4.2. El testimonio de «lafif», 4.3. El testimonio por escrito, 6. Pruebas de los delitos, 6.1. Pruebas de los delitos que conllevan el talión, 6.2. Pruebas de los delitos «hudud», 6.3. Prueba de los delitos que dan lugar a una pena discrecional «taazir», 6.4. Prueba de los delitos que dan lugar a una pena pecuniaria, 7. La retractación de los testigos.

Antes de entrar en la iniciación del proceso criminal hay que señalar que el cadí musulmán es competente tanto en materia civil² como en materia criminal, con una

² Existen varios estudios sobre el cargo del cadí andalusí, podemos citar algunos: R. Hadi Abbas, *Los cadíes y el Cadiazgo en al-Andalus desde la conquista hasta el reino nazarí (92-635/ 711-1237)*. Resumen de la tesis Doctoral, Granada, 1980; R. el Hour, *La Organización judicial en la época almorávide en al-Andalus*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1996; A. Carmona, "Los adab al qudat o normas del juez islámico", *Homenaje al Profesor Juan Torres Fontes*, pp. 235-243; M^a Jesús Viguera, "Los jueces de Córdoba en la primera mitad del siglo XI. Análisis de datos", *Al-Qantara*, V, 1984, pp. 123-145 y "La Historia de los alfaquíes y jueces de Ahmad b. Abd al Barr", *R.I.E.E.I.*, XXIII, 1985-1986, pp. 49-61; M.L. Calero Secal, "El juez delegado (na'ib) del cadí en el reino nazarí de Granada, Andalucía Islámica, IV.V, 1983-1986, pp. 161-201; V. Lagardère, "La haute judicature à l'époque almorávide en al-Andalus" *Al Qantara*, VII, 1985, pp. 135-228; Al Wansarisi, *Le livre des magistratures*, ed. Brunoy Guadefroy, Rabat, 1937.

autoridad absoluta, puesto que dispone de un poder de apreciación importante, aunque sus medios de investigación son limitados, puesto que la ley musulmana no admite la prueba documental, que a falta de la prueba testimonial, considerada la prueba por excelencia, además del juramento prestado por las partes.³ Sin embargo, algunos autores no atribuyen la competencia criminal exclusivamente al cadí, como apunta A. Carmona, esto es debido a que, en la práctica andalusí, otros servidores del Estado se encargarían de ello, como el «Sabih al surta»⁴.

Según las fatwas manejadas⁵, es cierto que estos oficiales como el zabalzorta (el «Sabih surta»), el almotacén («al muhtassib») y el zalmedina («Sabih al madina»), desempeñaban un papel importante en materia penal, pero no juzgaban los delitos, sino que su competencia se limitaba a perseguir a los delincuentes o investigar los delitos; estos empleados públicos intervenían o bien anteriormente, como el almotacén o el zabazoque («Sabih al suq»), o bien posteriormente en la investigación de los delitos como es el caso del zalmedina y del zabalzorta.

La intervención de estos oficiales era necesaria, ya que el cadí no podía satisfacer todas las demandas del orden social y la seguridad del Estado. Como señala D. Peláez Portales: «la prevención de los delitos, la represión inmediata de los disturbios callejeros, la investigación de los crímenes no denunciados y el rápido enjuiciamiento de los delincuentes requerían, de un lado, que el órgano judicial pudiese perseguir *ex officio* a los autores de los hechos delictivos; de otro, la existencia de una vía procedimental mucho más flexible, libre en gran medida de los obstáculos formales que jalonaban la regulación del *sar*»⁶.

Por lo tanto, la intervención de otras magistraturas del «Sabih al suq», del «Sabih al surta» y del «Sabih al madina», en el ámbito de la justicia represiva, era necesaria para asegurar la prevención y la represión de los delitos.

A. El «Sabih al madina»: varios testimonios de la intervención del zalmedina en los asuntos criminales se han conservado, tanto en las fatwas⁷ manejadas como en otro tipo de fuentes, como es el caso de los tratados de historia o los tratados de «hisba»⁸. Como se deduce del tratado de *hisba* de Ibn Abdun⁹, es el cadí quien ten-

³ P. Gaudefroy, *Les institutions musulmanes*, Paris, 1921, pp. 161-163.

⁴ Ibn Hisam, *Al Mufid li-l hukkam*, op. cit., p. 270.

⁵ Véase *Al Mi'yar de Al Wansarisi*, op. cit., volumen II (fatwas penales).

⁶ D. Peláez Portales, op. cit., p. 384.

⁷ Las fatwas 24 (al Mi'yar, II, p. 290) de delito de homicidio, donde el encargado del caso era el «Sabih al madina», es él quien llevó la investigación del caso y quien denunció al marido por el homicidio de su esposa. Y de la fatwa 2 (al Mi'yar, II, p. 362), de los delitos contra la religión.

⁸ Los tratados de «hisba» son tratados prácticos que sirven de guía a los almotacenes, y que guardan no sólo datos sobre la jurisdicción del *Sabih al suq*, sino también una amplia exposición de las trampas más habituales en los mercados, en los zocos, y la forma de destacarlas, así como la actitud de los órganos jurídicos ante ellas y las varias penas que el almotacén debe infligir a los infractores (J. Martos Quesada, *Introducción al mundo jurídico de la España musulmana*, Madrid, 1999, p. 83).

⁹ Ibn Abdun, *Sevilla a comienzos del siglo X*, op. cit., pp. 69-70.

drá que vigilar las decisiones y la conducta de este oficial, además no debe tomar ninguna medida de importancia sin el conocimiento del cadí y del gobierno.

Como también se deduce de esta cita, el zalmedina estaba habilitado para arrestar a los delincuentes:

«A nadie absolverá el zalmedina por una falta contra la ley religiosa, más que si se trata de personas de elevada condición, a quienes se les absolverá según el hadit: “Perdonad a las gentes de condición elevada”, pues para ellas la reprimenda es más dolorosa que el castigo corporal, se limitará pues a reprenderles y prohibirles que reincidan, pero si reinciden deberá aplicarles la pena».¹⁰

Por una parte, el zalmedina constituía la más alta autoridad civil urbana. D. Peláez lo compara «al ministro del interior»¹¹.

Por otra parte, según J. Vallvé, el origen de este magistrado hay que buscarlo en la figura del *comes civitatis* de la España romana y visigoda¹².

Las atribuciones de este funcionario fueron muy amplias y complejas; el zalmedina de Córdoba en la época omeya estaba encargado de la aplicación estricta de la ley en los asuntos de extrema gravedad, que atañían a la seguridad del Estado y al orden público.

Ibn Abdun señala que en Sevilla el zalmedina estaba encargado del mantenimiento del orden público; disponía de un cuerpo de policía, compuesto de oficiales, patrullas y alguaciles, que le permitía ejercer su vigilancia de día y noche por toda la ciudad. Los oficiales tenían por misión realizar las investigaciones policiales, comprobar y aplicar, cuando se decreta, la pena de azotes. La patrulla ronda de noche por los diferentes barrios de la ciudad y detiene a todos los individuos sospechosos. Y, por último, el zalmedina tenía la responsabilidad de cuidar la cárcel así como a los prisioneros.¹³

Para el ejercicio de sus atribuciones, el zalmedina disponía de un grupo de agentes conocidos por su mala fama, al menos en la época almorávide, del cual nos informa Ibn Abdun: «no se deberá hacer caso de ninguna acusación que presenten si no va acompañada de un testimonio escrito de los vecinos del detenido, porque estas gentes prefieren el mal al bien, del mal comen, visten».

Parece que estos agentes estaban autorizados a infligir algunos castigos, que sólo tenían carácter correccional, como se deduce del siguiente testimonio de Ibn Abdun:

¹⁰ *Ibidem.*, p. 74.

¹¹ D. Peláez, *op. cit.*, p. 389.

¹² J. Vallvé, *op. cit.*, p. 277; Según J. Vallvé, «El origen de este magistrado hay que buscarlo en la figura del *comes civitatis* de la España romana y visigoda... Muchas atribuciones administrativas del *comes civitatis* visigodo pasaron al zalmedina en al-Andalus. Resulta curioso constatar que los primeros colaboradores de los emires fueron cristianos y de origen visigodo. Tal vez el primer *comes civitatis* fuese el famoso conde don Julián, señor de Cádiz».

¹³ Ibn Abdun, *op. cit.*, pp. 15-16.

«Conviene que se examinen los azotes de que se sirven, porque sus correhuelas no habrán de ser ni muy largas ni demasiado delgadas, cosa que hace que los golpes sean más dolorosos y mortíferos, ni con un trenzado demasiado prieto, ya que no se trata más que de una pena correccional y de escarmiento. No se azotará con ellos a la persona que haya hecho la peregrinación ni a nadie respetable, porque son gentes sin resistencia física. Cuando se azote alguno, el que aplique la pena no debe elevarse sobre las puntas de los pies y descargar el azote de alto abajo, pues eso no se hace más que cuando se quiere matar al condenado».¹⁴

Y, por último, además de estos agentes que ayudan el zalmedina, existían subordinado del zalmedina de Córdoba, en particular, el zabalzorta («sahib al surta») y el almotacén («al muhtasib»), que también desempeñaban un papel importante en la prevención contra los delitos.

B. El «Sahib al surta», responsable de la policía, era el encargado, por delegación del soberano, de aplicar las penas impuestas por el cadí o de instruir el proceso del que el cadí no quería encargarse; en al Andalus apareció hacia el siglo IX, introducido por el emir Abd al Rahmán II¹⁵.

En efecto, L. Provençal señala que el «sahib al surta» actuaba en materia penal cuando el cadí se declaraba incompetente para dictar sentencia, basándose en problemas de forma o de procedimiento.¹⁶ Como vemos a través del caso de una fatwa¹⁷ de los delitos contra la religión, donde el «sahib al surta» obtuvo contra el acusado Abu I Jayr dieciocho testimonios acusándolo del crimen de herejía («zandaqa»), que atentaba a la vez contra la religión y contra la seguridad del Estado por haber organizado una propaganda contra los omeyas en favor de los fatimíes.

También vemos la intervención de este funcionario en otra fatwa¹⁸ de delitos de consumo de vino, donde se deduce de la respuesta del muftí que el «sahib al surta» investiga también los casos de posesión y consumo de bebidas embriagadoras cuando se presenta ante él una denuncia, y no es el cadí quien debe investigar el caso.

La institución de la justicia represiva hizo su aparición en la España Omeya a partir del siglo IX; es el emir Abd al Rahmán II quien tuvo la iniciativa de introdu-

¹⁴ Ibn Abdun, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁵ Para más detalles sobre este cargo, véase L. Provençal, *Espagne Musulmane*, V, pp. 87-98; E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*; *op. cit.*, pp. 567-614; Berhnaver, "Institution de police chez les arabes", *Journal asiatique*, 1860-1861; M. Abd al Wahhab Jallaf, "Sahib al surta fi-l Andalus", *Awraq*, III, 1980, pp. 72-83; D. Peláez Portales, "Ámbitos competenciales de dos magistraturas judiciales y represivas andalusíes: el zabalzorta y el zalmedina" *Derecho y opinión*, 1998, 6, Universidad de Córdoba, pp. 367-376; J. Vallvé, "El zalmedina de Córdoba", *Al Qantara*, II, 1982, pp. 277-318.

¹⁶ L. Provençal, *Historia de España* (dirigida por Menéndez Pidal) V, Madrid, 1973, p. 87.

¹⁷ Véase *Al Miyar*, edición de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 331.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 411-412.

cirla en el cuadro de la organización judicial de su reino, separando las atribuciones del «sahib al suq» o el almotacén, que hasta entonces era el único responsable del orden público en Córdoba, como veremos más adelante al tratar este cargo.¹⁹

Hay que señalar que a ambos, «Sabih al madina» y «Sabih al surta» conjunto a separadamente les correspondía, en la organización judicial durante la época de los omeyas, aplicar las penas que la jurisdicción religiosa o administrativa dictaba contra los delincuentes objeto de condena. A los infractores de la ley se les apresaba y, una vez juzgados, se les aplicaba la pena corporal correspondiente. Todas las ejecuciones corrían a cargo de este organismo, que también tenía la misión de cuidar de los encarcelados.²⁰ Tal como ocurrió en el caso de una fatwa de los delitos de apostasía y blasfemia, donde Muhammad b. Al Salim, zalmedina de Córdoba, fue encargado por el emir de ejecutar la pena de muerte pronunciada contra el acusado²¹.

C. El «Sabih al suq» es también importante en materia penal, se trata de la magistratura llamada a partir del siglo XI en el occidente musulmán «Ahkam al hisba» y cuyo titular llevó el apelativo de «muhtasib», término que pasó al español en la forma de almotacén.²² Se trata de un cargo religioso que se inspira en el principio de «ordenar el bien y prohibir el mal», principio que forma parte de los deberes de aquél que tiene a su cargo los intereses de los musulmanes. Según los historiadores árabes, la función de la *hisba* es considerada una de las más importantes magistraturas del Estado musulmán.²³

Los derechos y deberes de este funcionario variaron según los lugares y los tiempos. Ibn Jaldun nos explica en qué consiste el cargo de la «hisba»: «Aquél que tiene a su cargo el velar por los intereses de los musulmanes designa a quien le parece apto para esta función, y entonces es sobre él sobre quien pesa la obligación. El *muhtasib* tiene ayudantes para que le asistan en su tarea. Investiga los delitos, infringe penas arbitrarias y correccionales a sus autores, proporcionadas a su falta».²⁴

Ibn Abdun, almotacén de Sevilla en el siglo XII, en época almorávide, apunta: «El cargo de almotacén es como hermano del de cadí, y, por tanto, conviene que dicho magistrado sea elegido entre personas de parecido rango ... cuando el cadí no puede hacerlo, él es quien juzga en su lugar en los asuntos que le atañen a él y a su cargo... El almotacén, en efecto, suple al cadí en muchos asuntos que éste debería examinar en principio, y le evita fatigas, audiencias molestas y el contacto desagra-

¹⁹ L. Provençal, *L'Espagne musulmane au X siècle*, op. cit., pp. 88-93.

²⁰ A. Aluch, "Organización de las ciudades en el Islam Español", *MEAH*, 1961, p. 52.

²¹ Véase *Al Miyar* de Rabat, op. cit., volumen II, edición, p. 362.

²² L. Provençal, *Historia de España*, V, op. cit., pp. 84; para la historia de esta magistratura véase el importante estudio de P. Chalmeta, "El señor del zoco" Madrid, 1973.

²³ Al Maqqari, *Nafh al tibt*, op. cit., I, p. 403.

²⁴ Ibn Jaldun, *Al Muqqadima*, I, pp. 247-248.

dable con las clases bajas y sórdidas de la población, así como con los individuos insolentes e ignorantes de las diversas clases de artesanos y obreros».²⁵

Hay que señalar que la competencia del *muhtasib* atañe a varios campos: primero, su cargo principal es castigar y velar por la aplicación y el respeto a las normas del mercado, castigando los fraudes y delitos cometidos por los comerciantes y también en las varias corporaciones de artesanos, ya que la actuación e intervención del *muhtasib* no está sujeta a la existencia de un proceso o demanda, sino que tiene competencia y jurisdicción sobre todo lo que llega a su conocimiento.²⁶

Esto es lo que se deduce de una fatwa de delitos de consumo de vino, donde el muftí dictamina que la investigación sobre el consumo y posesión de vino no es competencia del cadí, sino que son o bien el «muhtasib» o bien el «Sabih al surta» a quienes incumbe la investigación²⁷.

También es competente cuando percibe el olor de vino de una persona o cuando oye ruidos que vienen de una casa, provocados por personas embriagadas, tal como hemos visto en las fatwas de delito de consumo de vino²⁸.

Esto es lo que ocurre en el caso de la fatwa de delito de apostasía cometido, por Ibn Hatim al Tulaytuli. El *muhtasib* en este caso fue responsable de la persecución del acusado; ya que, al tener noticia de la llegada de Ibn Hatim a Córdoba, el *muhtasib* de dicha ciudad se dirigió al lugar donde se encontraba acompañado de sus ayudantes, lo agarraron del cabello, lo abofetearon y lo llevaron ante el cadí²⁹.

También debe castigar severamente a los maestros que, en las escuelas coránicas y en otras partes, pegan con exceso a sus alumnos.³⁰ Hemos visto a través de las fatwas 267-269, de los delitos de homicidio y lesiones (capítulo I) que el maestro de escuela es responsable penalmente de las heridas y lesiones que causa a sus alumnos cuando les castiga excesivamente. Pues bien, según la información que nos recoge Ibn Abdun, podemos deducir que la represión de este delito entra en la competencia del almotacén, quien deberá antes velar y comprobar los látigos utilizados por los maestros de escuela³¹.

Hay que señalar que, a pesar de este poder de infligir castigos, concedido al almotacén por el soberano, en ningún caso éste puede aplicar una pena coránica («hadd»), sólo el cadí tiene este poder. Al menos en la época nazarí, como afirma el almotacén de Granada Al Yarsifi.³²

²⁵ Ibn Abdun, *op. cit.*, pp. 78-80.

²⁶ Ibn Jaldun, *op. cit.*, p. 248.

²⁷ Véase *Al Miyar* edición, de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 411.

²⁸ *Ibidem*, p.411;

²⁹ *Ibid*, p. 328.

³⁰ Ibn Abdun, *op. cit.*, p. 91.

³¹ Véase *Al Miyar* edición, de Rabat, *op. cit.*, volumen II, pp. 267-269.

³² P. Chalmeta, *op. cit.*, p. 452.

Por último, hay que señalar, como indica Ibn Abdun, que ninguno de los agentes gubernativos podrá ordenar la aplicación de la pena de azotes, sólo podrán ordenarla el jefe del gobierno, el cadí, el almotacén y el juez secundario.³³

Todos estos funcionarios intervienen tanto en materia civil como penal. Pero, sin duda, el cadí es el único competente tanto en materia civil como en materia penal para sentenciar y sobretodo para infligir las penas «hudud»; de su competencia en esta materia tenemos varios testimonios de importantes juristas andalusíes, en primer lugar podemos citar al cadí cordobés Ibn Sahl, que limita la competencia del cadí a diez asuntos dentro de las cuales la materia penal y precisamente de los delitos («hudud»), los delitos contra los derechos de los hombres y los delitos contra los intereses generales como las agresiones y el bandolerismo en los caminos.³⁴

Ibn Abdun, almotacén de Sevilla, en el siglo XII, apunta «conviene que sepa (el cadí) que los asuntos litigiosos a él le incumben y, después de Dios, a él están confiados; que de ellos es responsable, y que, por decirlo así, está atado y encadenado a la ley religiosa, por todo lo cual debe esforzarse en resolverlos y desenmarañarlos».³⁵

El jurista andalusí Ibn Hisam en su *Mufid Al Hukkam* señala que los campos de actuación reservados exclusivamente al cadí, sin intervención de los jueces auxiliares («hakim»), son cinco, en los que los delitos de sangre aparecen en primer lugar como competencia exclusiva del cadí; indicando que en ningún caso el juez auxiliar podrá ocuparse de tales asuntos, sino tan sólo el cadí, «esta es la norma unánimemente admitida por los alfaquíes y ulemas en al-Andalus».³⁶

Otro testimonio es el de al Jusaní, quien apunta que la competencia del juez atañe tanto a la materia penal como a la civil, «el cadiazgo es de por sí, en opinión de todos, una de las más eminentes magistraturas, pues Dios (ensalzado sea) dignificó el rango de los jueces al recomendarles reglamentar los asuntos de los humanos: juzgar en los delitos de sangre, en materia matrimonial, en los derechos patrimoniales y lo que es lícito e ilícito»;³⁷ otra cita confirma lo mismo «ya se trate de materias criminales, como muertes y heridas, ya de cuestiones pecuniarias, ya de calumnias o murmuraciones, y en general, todo lo favorable o desfavorable que con estas causas se relacionan».³⁸

³³ Ibn Abdun, *op. cit.*, p. 78.

³⁴ *Al Marqaba al ulya*, De Ibn al Hasan Anubahi al Andalusí, trad. Lévi Provençal, *Histoire des juges d'Andalousie*, El Cairo, 1948, pp. 45-46 y ed. árabe de Meriem Kacem a Taouil, Beirut, 1995, pp. 20-21.

³⁵ Ibn Abdun, Lévi Provençal y García Gómez, *Sevilla a comienzos del siglo XII, el Tratado de Ibn Abdun*, Madrid 1948, pp. 51-52.

³⁶ *Ibn Hisam Al Mufid, op. Cit.*, pp. 269-270. 1- los delitos de sangre (dima), 2- los bienes habices; 3- la tutela de los huérfanos; 4- la venta de los bienes del ausente y 5- la redacción de las sentencias.

³⁷ *Al Nubahi, Marqaba*, I, 3.

³⁸ *Al Jusaní*, 6-7 y David Peláez Portales, *El proceso judicial en la España musulmana, siglos VIII-XII* Córdoba, 2000, p. 383.

En las fatwas fuente del presente estudio todos los casos están enjuiciados por el cadí.

Como señala David Pélaez Portales, las reglas de procedimiento seguidas en materia penal son similares a las seguidas en los procesos civiles³⁹.

En efecto, a parte de los asuntos civiles las reglas del «sar'», servían para encauzar procesalmente las querellas que tuvieran su base en los preceptos penales de la ley religiosa. De este modo, el cadí podía actuar como juez de las cuestiones criminales⁴⁰.

Por lo tanto, las mismas normas relativas a las partes, los medios probatorios⁴¹, el carácter rogado de la justicia, así como la interdicción del conocimiento particular del juez, eran las mismas en los pleitos civiles y criminales.

Esta unicidad en las normas procesales hace, según P. Scholz, que no se conozca en el derecho islámico una sistematización que permita, como en los derechos occidentales, distinguir entre los procesos civil, penal o administrativo.⁴²

No obstante, hay que señalar que existen algunas particularidades que constituyen los puntos de diferencia entre estas dos materias, aunque, normalmente los medios probatorios utilizados en materia civil son admitidos en los asuntos penales⁴³. Sin embargo, existe un medio de prueba exclusivamente utilizado la materia penal: primero, respecto al juramento existe el juramento extraordinario («qasama») o juramento cincuentenario, que es propio de la materia penal. Otra diferencia es la relativa al número cualificado de testigos exigible para probar algunos delitos; sabemos que el número legal para constituir prueba concluyente («bayyina») son dos testigos irreprochables, esto tanto en materia penal como en lo civil, aunque en materia civil se puede contentar de un solo testigo corroborado del juramento del demandante o el testimonio de un hombre acompañando de dos mujeres, esto no es admitido en materia penal donde se exigen hasta cuatro testigos en algunos delitos.⁴⁴

³⁹ D. Peláez Portales, *op. cit.*, p. 383 y *La administración de la justicia en la España Musulmana*, Córdoba, 1999, p. 101.

⁴⁰ D. Peláez Portales, “Ámbitos competenciales de dos magistraturas judiciales y represivas andaluses: el zabalsorta y el zalmedina”, *Derecho y opinión*, Universidad de Córdoba, 6, 1998. p. 367.

⁴¹ G. Sourdon, *Précis élémentaire de droit musulman de l'école malékite d'Occident*, Tánger y Fez, 1935, p. 177.

⁴² P. Scholz, *Legal Practice in the malikite law Procedure*, p. 417; M. Fierro, *reseñas*, *Al Qantara*, 1998, XIX, 2, p. 530.

⁴³ *Ibidem*, p. 177.

⁴⁴ R. Brunshvig, “Le système de la preuve en droit Musulman”, *Etudes d'Islamologie*, I, pp. 203 y 206-207, E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire*, p. 356 y 571, L. Ortiz, *Derecho Musulmán*, pp. 91-99, G. H. Bousquet, *Le droit Musulman*, pp. 84-88.

I. Iniciación del proceso

Asimismo, existe una diferencia entre la iniciación y la instrucción el proceso penal y civil. En derecho penal islámico el derecho de perseguir el delito no pertenece a las mismas personas, la iniciación del proceso cambia según el tipo de delito.

Como apunta P. Scholz, el derecho islámico solamente distingue entre derechos de los hombres («*huquq al nas*») y derechos de Dios («*huquq Allah*»); en el primer caso, el proceso se inicia con una demanda, mientras que en el segundo basta con el conocimiento del juez de que se haya cometido un delito de esta índole.⁴⁵

El jurista andalusí Ibn Sahl distingue, por una lado las ofensas contra los derechos de Dios, el *cadí* en este caso intervendrá *ex officio*, es una obligación perseguir este delito cuando existe una confesión, prueba («*bayyina*») o embarazo de una mujer no casada (lo que se considera una prueba del delito de fornicación). Por otro lado, las ofensas contra los derechos de los hombres, cuyo proceso se inicia con la demanda de los interesados que denuncian el delito al *cadí*.⁴⁶

De hecho y según esta división del jurista andalusí, podemos concluir que la iniciación del proceso penal depende, por una parte, del delito cometido y de los intereses perjudicados y, por otra parte, obedece a la división tripartita que los juristas musulmanes adoptan de los delitos anteriormente mencionada.

A. Los delitos «*qisas*» o *talión*, los delitos de sangre: el derecho de ejercer la acción penal pertenece a la víctima y a sus herederos, es decir, sus representantes («*Wali a dam*»), quienes tienen derecho a reivindicar la aplicación de la pena tras la muerte demostrada de la víctima; esto se cumple en todas las fatwas que hemos analizado relativas a delitos de homicidio y, en cuanto a los delitos de lesiones, hemos visto que la víctima antes de morir puede denunciar a su agresor ante dos testigos en un acta de «*tadmiya*», como hemos contemplado en las fatwas de homicidio y lesiones. Si la víctima muere, el derecho de denunciar al culpable y reclamar al aplicación de la pena se trasladará a sus herederos, quienes para poder iniciar la acción penal tendrán que aportar la prueba de su parentesco con la víctima.

En los primeros siglos del Califato, los interesados tenían que presentar la denuncia ante el *cadí*. Más tarde, la competencia en materia criminal pasó a manos de otros oficiales⁴⁷ que en al-Andalus, según las fuentes históricas y las fatwas manejadas, podían ser el «*Sabih al surta*», como es el caso de Abu l Jayr, fatwas de los delitos contra la religión, donde el acusado fue denunciado ante el «*sabih al surta*»,

⁴⁵ P. Scholz, *op. cit.*, p. 530.

⁴⁶ *Al Marqaba al Ulya, Histoire des juges d'Andalousie*, ed. L. Provençal, El Cairo, 1948, pp. 45-46.

⁴⁷ L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit Musulman*, Paris, 1953, p. 580, según este autor, la competencia criminal pasará a manos de cargos administrativos: por ejemplo, en el Norte de Africa, el tribunal de «*luzara*», en Túnez es el vizir y en Marruecos será el *caíd* o *pachá*.

quien obtuvo contra él dieciocho testimonios acusándolo del crimen de «zandaqa» o herejía⁴⁸.

O bien el zalmedina, como vemos en una fatwa de los delitos de homicidio⁴⁹, donde el encargado de este caso era el «Sabih al madina», llevó la investigación del caso y denunció al marido del homicidio de su esposa ante el cadí.⁵⁰

Si se produce una avenencia, incluso después de la condena, la ejecución es imposible. El soberano no tiene derecho a perdonar al culpable, como se deduce de las fatwas de homicidio⁵¹.

No obstante, esto no significa, que si la víctima o sus herederos queda inactivos, el culpable no recibirá ningún castigo. El soberano o la autoridad delegada podrán castigar al culpable, pero sólo infligiéndole una pena «taazir» o un correctivo, pero en ningún caso podrán aplicarle la pena de muerte, cuya competencia es exclusiva del cadí y sólo cuando los representantes de la víctima no perdonan al culpable⁵².

B. Los delitos «hudud»: son la segunda categoría, es decir, los delitos que ofenden derechos de Dios; la víctima y sus representantes no son los únicos en ejercer la acción penal, es el cadí al que pertenecerá perseguir el delito y pronunciar la pena.

Los juristas musulmanes dividen estos delitos en tres:

1º) primer grupo: son los delitos que perjudican a un derecho propio del hombre. Se trata de los delitos que ofenden a la moral, pero que perjudican sobretudo los intereses particulares; por ejemplo, la difamación. En este caso, sólo la víctima y sus herederos podrán presentar la demanda e iniciar la acción penal; incluso podrán perdonar, aún después de que la condena haya sido pronunciada, como se contempla en los casos de delitos de calumnias y injurias, que trata del perdón que la víctima quiere otorgar al culpable para proteger su reputación. Nadie podrá impedirla y nadie tendrá derecho para perdonar la pena pronunciada contra el culpable⁵³.

2º) segundo grupo: son los delitos que perjudican un derecho de Dios, es decir, ofensas a los derechos de Dios y contra la religión; por ejemplo, el consumo de vino, el sacrilegio. El derecho a presentar la demanda pertenece a todo musulmán; esto es lo que se ve claramente a través de las fatwas del delito de consumo de vino y las fatwas contra la religión.

En este sentido, conviene aclarar que este derecho de la acción penal que pertenece a todo musulmán, encuentra su fundamento en el Corán “ordenar el bien e impedir el mal” y particularmente esta es la función de la magistratura de la *hisba*,

⁴⁸ Véase *Al Miyar* edicion, de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 331.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 290.

⁵⁰ E. Molina, “L’attitude des juristes ...”, *op. cit.*, pp. 196-170.

⁵¹ Véase *Al Miyar*, edicion de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 331

⁵² *Ibidem*, p. 580.

⁵³ Véase *Al Miyar*, edicion de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 424.

cuyo encargado es al almotacén, cuya intervención parece ser necesaria sobretudo en los delitos contra la religión como lo hemos contemplado en las fatwas del Mi'yar tratando delitos contra la religión.

3º) tercer grupo: son los delitos que lesionan un derecho mixto. Se trata de los actos que al mismo tiempo perjudican el orden público y los intereses de carácter privado; así, por ejemplo, la violación, la fornicación, que son a la vez una ofensa contra los derechos de los hombres y los derechos de Dios.

En estos delitos el derecho de iniciar la acción penal y perseguir el crimen pertenece al soberano, cuyo delegado es el cadí, y a la víctima o sus representantes. Por consiguiente, la víctima no tiene capacidad para impedir la incoación de la acción penal ya iniciada por el cadí, como no puede perdonar al culpable después de que el cadí pronunció la condena, por una parte. Y, por otra, el soberano no podrá indultar al reo, puesto que la pena pertenece a Dios. Es lo que se cumple en las fatwas de delitos de fornicación.⁵⁴

Sólo se hace excepción con el delito de rebelión, en donde el soberano puede impedir la demanda y relevar de persecución al culpable.

Hay que señalar un hecho muy importante relacionado con la segunda categoría, es decir, los delitos «hudud», que ofenden los derechos de Dios, que se puede observar a través las fatwas que tratan este tipo de delitos (fatwas de delitos de calumnia, adulterio, fornicación), es la tendencia del cadí a querer aclarar con más rigor el asunto y llegar a la verdad, con el fin de evitar la aplicación estricta de las penas taxativas y duras prescritas por el Corán. Para ello se introducen diversos expedientes como por ejemplo, la duda, la sospecha («subha»).

En efecto, en los delitos «hudud», considerados ofensas contra los derechos de Dios, las penas han sido previamente determinadas por el Corán y la sunna y si no existen pruebas, sólo existen sospechas graves: podemos citar los ejemplos de las fatwas de delito de fornicación, donde no se aplicó la pena por no existir pruebas y las fatwas de los delitos de consumo de vino⁵⁵.

Hay que señalar, que incluso si el delito de fornicación ha sido confesado por el culpable, si existe una equivocación («subha»), esto exime el acusado, aunque confiese haber cometido el delito, de sufrir la lapidación o la flagelación.

También observamos esta tendencia en los delitos de calumnia⁵⁶ donde la pena no se aplicó al acusado por existir una duda; en este caso, la idoneidad del testigo está bajo sospecha, el acusado se beneficiará de esta duda y, por consiguiente, no se le aplicará la pena legal («hadd»), siguiendo la tradición profética que quiere que cuando existen dudas no se aplican las penas legales⁵⁷.

⁵⁴ Véase *Al Miyar*, edición de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 424.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 350.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ L. Milliot, *op. cit.*, p. 585.

En aplicación de dicho principio, en ningún caso se aplicará la pena al acusado si no hay pruebas evidentes, por una parte, y el acusado no será recluido en la cárcel por la simple acusación y sospechas que existan en su contra.

Mientras que en la otra categoría de delitos que ofenden a los derechos de los hombres, como los delitos de sangre, la existencia de «subha» o presunción obliga al cadí a tomar medidas, preventivas, existan o no pruebas.

C. Los delitos «taazir»

Esta tercera categoría, que incluye los delitos castigados con pena discrecional dejada al juicio del cadí, el derecho de iniciar la acción penal pertenece también al cadí, *ex officio*, o por simple denuncia de cualquier persona, aunque el delito no le perjudique. La parte interesada no podrá impedir la demanda ni perdonar al culpable una vez pronunciada la sentencia, puesto que la pena discrecional ha sido dictada en razón del perjuicio ocasionado por el delito al orden público. Sin embargo, el soberano tiene derecho a impedir la iniciación de la acción penal y otorgar el indulto al culpable. No obstante, la víctima tiene derecho a una reparación del daño sufrido.

Como apunta L. Milliot⁵⁸, en el derecho penal islámico la acción penal supone una acción privada que pertenece a la víctima y a sus herederos. Esto tiene dos consecuencias:

- El cadí no podrá, cualquiera que sea la gravedad del delito, aplicar una pena sin la demanda del ofendido.
- La víctima podrá detener la aplicación de la pena aceptando una composición pecuniaria.

II. El proceso penal

Una vez la denuncia es formulada ante el cadí por la víctima en caso de heridas, o por sus representantes («wali-a-dam») en casos de homicidio, tendrán que demostrar su parentesco con la víctima, en un acta de «aqad itbat al dam»⁵⁹, para poder reclamar la aplicación de la pena; eso es lo que vemos en todas las fatwas de delito de sangre.

El proceso penal islámico es muy simple y expeditivo; J. Lalinde Abadía⁶⁰ apunta que el proceso musulmán está influido en parte por el proceso romano y por otra ofrece analogías con el proceso primitivo, en general, como el de los pueblos germánicos.

La incoación es oral, el juez es el que protagoniza la dirección del proceso, acumulando la instrucción y el enjuiciamiento.

⁵⁸ *Ibidem* p. 582.

⁵⁹ En el formulario notarial de Ibn Salmun tenemos la fórmula de este acta, p. 259

⁶⁰ J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al derecho español*, Madrid, 1974, p. 938.

Normalmente, los litigantes debían comparecer personalmente, el demandante es acompañado por el demandado, para que el cadí pueda examinar inmediatamente el proceso. El juez competente es el del domicilio del demandado; si éste es citado por otro juez tiene derecho a no comparecer. Sin embargo, la opinión predominante en la escuela malikí permite que, a falta de comparecencia del acusado ante el juez competente, éste o el demandado designen un representante o procurador para pleitos⁶¹.

Si el demandante no puede comparecer, puede dar poder a una persona para representarle y defenderle ante el tribunal, mediante un mandato expreso, verbal o escrito, requiriendo, para surtir efecto, la previa acreditación ante el cadí. En el primer caso, las partes debían cuidarse de hacerlo ante los testigos, al efecto de poder confirmar posteriormente la existencia del poder; cuando la identidad de la parte era conocida por el juez, bastaba una simple declaración de aquélla en presencia del procurador.⁶²

El poder para pleitos otorgado por escrito requería igualmente la confirmación oral del testimonio expresado en el acta por parte de los testigos instrumentales; esto es lo que se contempla en una fatwa de los delitos de homicidio⁶³ donde los derechohabientes de la víctima de un homicidio dieron poderes a una persona para representarles, defender sus derechos e incluso aportar pruebas que condenen al homicida. Lo que nos interesa es la cuestión muy debatida de la licitud o no de la utilización de procurador en los pleitos, como hemos ya señalado en esta fatwa: según Ibn Sahl, la práctica en al Andalus era que el poder es válido a cualquier demandante o demandado. Sahnun, al contrario, la restringe a ciertos casos: enfermedad, mujer recatada (*mahjuba*) o personal del tribunal como al «hajib».⁶⁴ Sin embargo, la mayoría de los malikíes, como Ibn Asim o Ibn Farhun, admiten siempre la procuración. Además la fatwa citada confirma, que la práctica en al Andalus admitía la utilización de poderes no sólo en pleitos civiles sino incluso en cuestiones penales.

Cada parte asegura su defensa, toda persona dotada de sus plenas facultades mentales podía asumir la defensa y representación en juicio, como resulta de las fatwas que hemos analizado.

El juicio se sustancia ante un único cadí; tras la acusación, se procederá al interrogatorio del acusado y al demandante se le pide que presente las pruebas que fundamentan sus alegaciones, pruebas que acreditan la verosimilitud de los hechos y que pueden consistir o bien en la confesión del culpable, o bien dos testigos idóneos, o en el juramento.

⁶¹ L. Milliot, *op. cit.*, p.583, E. Tyan, *L'organisation judiciaire en pays d'Islam*, *op. cit.*, p. 270.

⁶² E. Tyan, *Organisation judiciaire*, *op. cit.*, p. 266, D. Peláez Portales, *El proceso...*, *op. cit.*, pp. 125-126.

⁶³ Véase *Al Miyar*, edición de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 318.

⁶⁴ Ibn Farhun, *Tabsirat*, I, *op. cit.*, p. 182.

El derecho procesal islámico ignora el procedimiento por ausencia del demandado esto es lo que se contempla en las fatwas de delito de homicidio⁶⁵. Por lo tanto, como dictaminó en este caso Ibn Habib, la no presencia del inculcado implica el desconocimiento de sus argumentos e imposibilita la *qasama*.

No obstante, los parientes de la víctima podrán aportar las pruebas que existan contra el acusado e iniciar el proceso, aunque no esté presente éste. En efecto, según Sahnun, Malik opina que, si el acusado de un delito de homicidio huyó antes de que se prestasen contra él los cincuenta juramentos, pero si los familiares de la víctima tienen las pruebas testimoniales contra él, podrán iniciar el proceso denunciándole y presentando sus pruebas ante el cadí. Cuando el acusado vuelva será convocado a la interpelación final («i'dar»). En el proceso islámico la interpelación final («id'ar») forma parte del proceso como una garantía de los derechos de defensa del acusado y una precaución que el cadí debe tomar para que su sentencia no sea tachada de nulidad. En efecto, tras la prueba presentada por el demandante contra el acusado, el cadí debe proceder a una pregunta ritual: «¿tienes otros argumentos?». Esta interpelación, fundada en el Corán, es conocida en el derecho musulmán con el nombre de «id'ar» y abría un periodo en el que el acusado podía aportar pruebas que asegurasen su defensa. Su observación era necesaria, en todo caso, antes de la sentencia del cadí, como lo apunta Al Wansarisi en su libro de las magistraturas:

«Que sepas que es necesario, antes de sentenciar, invitar al acusado para que presente argumentos en su defensa».

En efecto, según la jurisprudencia preponderante, la sentencia pronunciada eludiendo este trámite será nula.⁶⁶ Ibn Asim apunta que el «id'ar» debe tener lugar antes de la sentencia y debe ser certificado por dos testigos idóneos. Si esta formalidad ha sido omitida, la sentencia será atacable. La observancia de esta formalidad privaba a la parte interpelada de cualquier pretexto para impugnar la sentencia en el futuro.⁶⁷

Tras la interpelación y con el fin de que pudiera defenderse, el cadí debe comunicar los nombres de los testigos aportados por el demandante, así como el contenido de su declaración.

Asbag afirma: “Conviene que el juez, cuando haga constar por escrito su sentencia, mencione en ese documento los nombres de los testigos. En el caso de que no lo hubiere hecho antes de firmar su resolución, lo mejor, en mi opinión, es que la redacte de nuevo (introduciendo este dato). Ahora bien, si fuera cesado o muriera antes de haber realizado dicho trámite, la sentencia será definitiva, excepto si es contra una persona ausente; ya que, si ésta llegare y preguntase por los testigos que

⁶⁵ Véase *Al Miyar*, edición de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 296.

⁶⁶ D. Peláez Portales, *op. cit.*, p. 202; J. López Ortiz, *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932, p. 87.

⁶⁷ Ibn Asim, *La Tuhfat*, *op. cit.*, p. 37.

declararon en su contra para recusarles, el proceso quedaría impugnado y habría que incoar de nuevo la causa al tener que repetir de nuevo la prueba testifical". La persona presente en el proceso no podrá reclamar por que el juez no mencione el nombre de los testigos, opinión sostenida por Sahnun, según Ibn Zamanin.⁶⁸

Cuando el acusado declara no tener pruebas, entonces la sentencia podría ser pronunciada. En cambio, si el acusado afirma tener medios de defensa para atacar las acusaciones presentadas en su contra, el cadí le asignará un plazo según su libre criterio.⁶⁹ Este plazo era igualmente fragmentable, como lo señala Abu l Walid al Bayi, alfaquí de Beja (m. 1081 d.C.):

«El plazo máximo para poder presentar alegaciones en descargo propio (*id'ar*) podrá dividirse en tres plazos parciales, atendiendo al buen criterio del magistrado (*hakim*): primero, quince días, luego, ocho y, finalmente, una vez expirados los anteriores plazos, tres días».⁷⁰

Según Al Yaziri, los plazos para aportar la prueba se fijan en función de la naturaleza del juicio o del objeto de la demanda, aparte los *usul*, al que aporta la prueba tendrá ocho días, seis, cuatro, y tres días para «talawum». Para la interpelación treinta días, pero en la práctica se la puede dividir en varios plazos.⁷¹ En tiempos de Ibn Rusd el abuelo (m. 1126 d.C.) lo habitual era conceder treinta días divididos en varios plazos, el último de los cuales recibía el nombre de «talawum»⁷².

Podemos concluir, tal como apunta D. Peláez, que la interpelación equivalía a la contraprueba, que daba la oportunidad de contestar a la demanda, como también era el momento oportuno para la tacha de los testigos presentados por el demandante.⁷³

Esta formalidad constituyó un punto de discrepancia entre los juristas, que se dividieron en dos grupos, los que estaban a favor de conceder al culpable la interpelación final y los que estaban en contra, en particular en las fatwas de delitos contra la religión.

Los juristas discreparon en conceder al culpable Abu-l-Jayr⁷⁴; al final, en este caso triunfó la opinión contraria a la interpelación final, pues el acusado fue condenado a muerte sin que se le concediese esta oportunidad para defenderse, sentando

⁶⁸ *Ibidem*, p. 247.

⁶⁹ *Mujtasar de Jalil*, *op. cit.*, p. 605; Ibn Acem, *la Tuhfat*, *op. cit.*, p. 38; D. Peláez Portales, *op. cit.*, p. 203; D.S. Powers, "Fatwas as sources for legal and social history", *Al Qantara*, XI, 1990, p. 316.

⁷⁰ Ibn Hisam, *Al Mufid*, *op. cit.*, p. 268; al Wansarisi, *Le livre des magistratures*, *op. cit.*, p. 91; Al Yaziri, *op. cit.*, p. 463; *Al Jusani*, p. 58; L. Ortiz, *La jurisprudencia...*, p. 224; D. Peláez Portales, *op. cit.*, p. 204.

⁷¹ Al Yaziri, *op. cit.*, p. 463.

⁷² *Mujtasar de Jalil*, *op. cit.*, pp. 604-605; *Ibn Abi Zamanin*, *Muntajb I*, p. 251, D. Peláez, *op. cit.*, p. 204.; A. Carmona González, "La preclusión (ta'yiz) en el derecho procesal malikí", *Andalus Magreb*, 3, 1995, p. 242.

⁷³ D. Peláez, *op. cit.*, p. 204.

⁷⁴ Véase *Al Miyar*, edición de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 331.

jurisprudencia para casos similares, constituyendo su caso el precedente que se aduce en los textos jurídicos andalusíes y magrebíes. Según Ibn Sahl, antes del caso de Abul Jayr se carecía de un precedente al respecto, como vemos en las fatwas posterior en particular el caso de Ibn Hatim al Tulaytulí, acusado de apostasía⁷⁵, donde los juristas discreparon sobre la misma cuestión, sin embargo, contrariamente al caso anterior, los juristas al final concedieron al culpable la interpelación final para defenderse. Esta contradicción de opiniones que se reflejen estas dos fatwas puede explicarse por la discordancia que existe entre teoría y práctica: por una parte, los que defendieron la opinión contraria, es decir, no conceder al culpable la interpelación final, consideran que dicha opinión es conforme a la doctrina malikí, puesto que la ejecución del «zindiq» es un deber que no necesita proceder a esta formalidad, ya que testigos idóneos testificaron contra el acusado.⁷⁶

Y, de otro lado, lo que mantuvo la jurisprudencia andalusí, según recogen los juristas Ibn Rusd, Ibn Asim, al Yaziri, al Bayi e Ibn Hisam, el cual indica: «que no deberá terminar el proceso hasta haber permitido el *i'dar* a aquél contra quien va a ser pronunciada la sentencia. La prueba sola no es suficiente, sino que además se debe conceder al reo la posibilidad de alegar en su defensa»;⁷⁷ Ibn Asim y Ibn Rusd sostienen la misma opinión.

Sin embargo, hay que señalar que esta discrepancia sólo tuvo lugar respecto a los delitos contra de la religión, mientras que en los otros delitos, como el homicidio, o delitos contra el honor, esta formalidad no suscitó polémicas y ha sido observada y aplicada.

Esto se puede explicar por el hecho de que las fatwas contra la religión, donde surgió tal polémica, son de una extrema gravedad, pues amenazan tanto el orden público como la seguridad del Estado, en general, y la estabilidad de su escuela malikí declarada oficial, ya que, como hemos visto, las soluciones adoptadas en estas fatwas por delitos de religión, apostasía y blasfemia han sido motivadas por circunstancias políticas, donde el acusado Abul Jayr había sido condenado por hacer propaganda de los fatimíes contra los omeyas, crimen muy grave, lo que puede justificar la opción del emir en aplicar la solución de los muftíes que dictaminaron no conceder al culpable la interpelación final. Dictamen que sentó jurisprudencia en parecidos casos, como es el caso de la fatwa de Ibn Hatim al Tulaytulí, acusado de herejía y apostasía⁷⁸.

Sea cual sea la respuesta del acusado, el juez no puede fijar su convicción más que en el debate y sobretudo a base de la prueba exigida por la ley, que trataremos más adelante.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 328.

⁷⁶ M. Khallaf, *Ibn Sahl*, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁷ *Al Mufid li Hukkam de Ibn Hisam*, ed. A. Carmona, Granada, 1985, p. 267.

⁷⁸ Véase fatwas de delitos contra la religión, casos de Abu l Jayr y Ibn Hatim al Tulaytuli, *Al Miyar*, II, *op. cit.*, pp. 331 y 328.

Por último, de acuerdo con las informaciones contenidas en las fatwas, es posible hacer una relación de los trámites procesales que se siguen en las causas penales, distinguiendo, por una parte, los delitos «qisas» o talión y, por otra, los delitos «hudud».

Primero tratándose de delitos de homicidio y lesiones («qisas»):

1º) Presentación de la denuncia por parte de la víctima o sus herederos.

2º) Presentación inicial de las pruebas.

3º) Prisión preventiva del acusado si su verosimilitud queda demostrada, ya que en estos tipos de delitos, con sólo existir sospechas graves contra una persona, la prisión preventiva es necesaria hasta la presentación de pruebas. Como se deduce de las fatwas de los delitos de homicidio.

4º) Presentación de pruebas que fundamenten la acusación.

5º) Interpelación final («idar») para que presente los argumentos en su defensa.

6º) Sentencia: la ejecución de la sentencia es judicial, ayudando en ello los auxiliares del juez, la instancia es única sin recursos ordinarios o extraordinarios; no existe la excepción de la cosa juzgada.

7º) Ejecución de la pena.

En segundo lugar, los delitos «hudud», o sea, todos los delitos que perjudican los intereses de Dios: adulterio, robo, consumo de vino, apostasía, blasfemia, calumnia.

1º) Presentación de la denuncia por la autoridad o cualquier otra persona. En efecto, a diferencia de los delitos «qisas», menos el delito de calumnia, la víctima y sus representantes no son los únicos en ejercer la acción penal.

2º) Presentación de pruebas, si sólo hay sospechas, la denuncia será rechazada en virtud del principio que regula estos delitos y que consiste en no admitir la demanda a base de sospechas. Tal como sucede en las fatwas de delito de consumo de vino y los delitos de fornicación.

3º) Prisión preventiva: en los delitos «hudud» considerados ofensas contra los derechos de Dios y cuyas penas han sido previamente determinadas por el Corán y la sunna, si no existen pruebas y sólo existen sospechas graves.

En aplicación de dicho principio, en ningún caso se aplicará la pena al acusado si no hay pruebas evidentes, por una parte, y el acusado no será recluido en la cárcel por la simple acusación y sospechas que existan en su contra. Por lo cual, no se recurre a la prisión preventiva.

4º) Interpelación final («idar») para que presente los argumentos en su defensa, aunque esta norma es discutida, como lo hemos indicado anteriormente.

5º) Sentencia: la ejecución de la sentencia es judicial, ayudando en ello los auxiliares del juez, la instancia es única sin recursos ordinarios o extraordinarios; no existe la excepción de la cosa juzgada.

6º) Ejecución de la pena.

A. Procedimiento probatorio

Las pruebas en las causas penales son: la confesión del culpable, el testimonio y el juramento

1. La confesión del culpable

La prueba del homicidio puede consistir en la confesión del culpable de manera espontánea y sin sufrir coacción alguna.

Los juristas musulmanes están acordes en admitir la confesión del culpable como prueba evidente del homicidio, teniendo en cuenta que el reo ha de haber alcanzado el estado de pubertad y encontrarse en sus plenas facultades mentales.

Los juristas malikíes consideran la confesión como prueba por excelencia, que tiene un valor superior a otros medios de prueba, como el testimonio. Una persona no puede declarar en su contra. Así que se exige que la confesión del culpable sea clara y categórica: la confesión judicial, o más bien la afirmación, es la declaración hecha ante el cadí, de que otra persona tiene contra ella un derecho (*haqq*), descansen este derecho sobre una simple pretensión, tomando por consiguiente su base en el derecho civil, tenga por base una lesión o una ofensa o una mala acción susceptible de motivar un procedimiento penal.

En el Corán encontramos varios versículos que hablan de la confesión como prueba (sura la vaca 282, sura de las mujeres 35), asimismo en la Sunna existen varios hadices que hacen referencia a la confesión como prueba a base de la cual se aplica la pena al culpable; el Profeta aplicó la pena de lapidación a una persona cuando le confesó haber cometido el adulterio.

Por lo tanto, la confesión del culpable como medio probatorio encuentra su fundamento en las dos principales fuentes de la ley islámica.

El culpable que confiesa debe declarar si el homicidio fue intencionado o no, puesto que la pena a aplicar depende de la intención del acusado, como vemos en la fatwas de delito de homicidio.

Además, debe indicar las circunstancias del crimen para comprobar, si se trata del uso de un derecho o de un deber, en cuyo caso no será responsable.

La confesión admitida por los juristas es una declaración de culpabilidad, clara, categórica, espontánea, cuando se expresa con palabras claras y terminantes, basándose en una tradición profética; según relata al Bujari, un hombre acudió al profeta confesando haber cometido el delito de adulterio, para comprobar esta declaración, el Profeta investigó acerca del culpable, si era demente o borracho, y ordenó que se comprobase el estado de sus facultades mentales, tras esta investigación, pidió aclaraciones acerca de las circunstancias del delito, preguntándole hasta los mínimos detalles sobre la naturaleza de la relación que mantuvo el acusado con la mujer, si fue una relación superficial (caricias, besos) o al contrario, tuvieron una relación

carnal y sexual completa.⁷⁹ Partiendo de este hadit, los juristas malikíes exigen que la confesión del culpable cumpla ciertas condiciones para servir de prueba evidente:

1- Que sea precisa y concreta, espontánea, sin ninguna coacción.

2- Teniendo en cuenta el estado físico y mental, de la persona que confiesa, no se admiten las declaraciones de una persona en estado de embriaguez. Si una persona cometió un delito estando embriagada, y existe prueba concluyente de esto, será castigado, pero si sólo estando embriagado confiesa tal delito, no se le aplicará ningún castigo.

3- Se requiere también que la víctima del delito no lo contradiga.

También se requiere condiciones en la persona que confiesa:

La escuela malikí admite la confesión de cualquier persona, menos el menor y el demente⁸⁰ y con reservas en los siguientes:

- El esclavo, se admite su confesión en materia de los delitos «hudud», es decir, contra la integridad física, pero no se admite su confesión en los asuntos de patrimonio y bienes. Como la confesión es la renuncia a un derecho y sólo puede renunciar a ese derecho quien lo tiene en su totalidad, por eso es inadmisibles y nula la confesión que implica la renuncia a un derecho ajeno, como el caso del esclavo que confesara haber robado, incurriendo como consecuencia en la pena de amputación de la mano; como el esclavo no se pertenece, renuncia con ello a un derecho de su dueño.⁸¹

- El pródigo es la persona incapaz de administrar sus bienes, que dilapida su dinero; los juristas admiten su confesión en los casos de delitos castigados por el Corán, es decir, «hudud», pero no en asuntos patrimoniales.

- Al quebrado no se le admitirá este medio de prueba antes de tener lugar la declaración de quiebra, en cuestiones que afectan a las personas con las cuales pudiera considerarse sospechoso de parcialidad. Después del reconocimiento de dicha quiebra, no se aceptará de él, en absoluto, ningún intento de confesión.

- El enfermo: no se admite su confesión en asuntos patrimoniales o herencia, pero en los delitos «hudud», castigados con una sanción coránica y por el talión, su declaración es válida. También se admite la confesión del ciego y del mudo.

Confesión en los delitos contra la vida

Si un hombre confiesa que junto a otra persona mutiló intencionadamente el brazo de una persona, pero el cómplice lo niega, no se le debe reclamar nada; si la víctima declara que sólo uno la mutiló, no se le debe reclamar nada, los juristas distinguen entre dos hipótesis:

⁷⁹ Abdel Kader Aoudat, *op. cit.*, p. 304.

⁸⁰ O. Pesle, *La judicature, la procédure, les preuves dans le rite malekite*, Casablanca, 1940, p. 156

⁸¹ “La teoría de la prueba y especialmente la testimonial como básica en derecho musulmán”, *Revista de derecho procesal*, VII, 1951, p. 6.

- Si el delito confesado es una ofensa a los derechos de los hombres, en este caso la retractación no es admitida.

- Si el delito confesado es una ofensa a los derechos de Dios, como adulterio, embriaguez, una nueva distinción es necesaria: se admite la retractación aunque otros opinan que no.

Si la persona se retracta después de una equivocación, se admite su retractación.

Si no se retracta por equivocarse, los juristas discrepan, según unos se admite la retractación otros opinan que no.

Así que, si una persona confiesa haber cometido un delito de adulterio y luego se retracta, su retractación será admitida, porque el adulterio es una ofensa contra los derechos de Dios. Donde se aplica el principio de la duda beneficiará al culpable. Esto, es lo que vemos a través de las fatwas de delitos de fornicación.⁸²

En cambio, si el delito confesado es un homicidio, lesiones, mutilaciones o aborto provocado, hay que tener en cuenta la confesión del culpable, aunque se retracte después, puesto que estos delitos son una ofensa contra las personas.

2. El juramento

2.1. Definición

El juramento es el acto por lo cual la persona que jura pone a Dios por testigo de la verdad de un hecho o un compromiso. Como apunta R. Brunshvig, en la conciencia de los musulmanes, el juramento en el nombre de Allah es asunto grave, y ocurre que el demandante para no jurar, renuncia a su derecho.⁸³

Es cierto que el juramento, como apunta Milliot⁸⁴, ha perdido su valor de ordalía, no obstante, es el acto por medio del cual una persona toma a Dios como testigo de la veracidad de sus declaraciones e invoca su maldición en caso de perjurio. Como señala Brunshvig, como la ordalía física no existe en el Corán, el derecho islámico tampoco recurre a este medio probatorio; la única ordalía que conoce es el doble juramento de anatema⁸⁵ entre cónyuges que el Corán instituyó.

Hay que señalar también que la practica del juramento colectivo, ignorada en el Corán, no sobrevivió más que en el procedimiento penal excepcional de la «qasama».⁸⁶

Por esta razón, el Corán recomienda a los creyentes no recurrir al juramento excesivamente: «Allah no os toma en cuenta los juramentos frívolos, pero sí los

⁸² Véase *Al Miyar*, edición de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 277.

⁸³ R. Brunshvig, «Le système de la preuve en droit musulman», *Etudes d'Islamologie*, II, Paris, 1976, p. 210.

⁸⁴ Louis Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, *op. cit.*, p. 574.

⁸⁵ Juramento de anatema o «Lian».

⁸⁶ R. Brunshvig, *op. cit.*, p. 208.

juramentos con los que intencionadamente os comprometéis». ⁸⁷ Al mismo tiempo el Corán no niega la naturaleza obligatoria del juramento: «Cumplid el compromiso con Allah cuando lo hayáis contraído y no rompáis los juramentos después de haberlos hecho y de haber puesto a Allah como garante sobre vosotros; es cierto que Allah sabe lo que hacéis». ⁸⁸ Y prescribe un castigo en el caso de violación del juramento: «Y no toméis vuestros juramentos como engaño entre vosotros, pues sería como un pie que habiendo estado firme resbala, probaríais el mal a causa de haberos desviado del camino de Allah y tendríais un castigo inmenso». ⁸⁹

Para la validez del juramento, es necesario que la persona que lo preste sea responsable de sus actos ante Dios, es decir, que sea púber. ⁹⁰

2.2. La fórmula del juramento

La fórmula del juramento es: «en el nombre de Dios, el único, el concededor de lo oculto y del testimonio». ⁹¹ Según la opinión mayoritaria de los juristas, es la misma cualquiera que sea los derechos a apoyar. No obstante, según Jalil, esta fórmula cambia cuando se trata de acusación por cohabitación ilícita y en la «qasama» o juramento cincuentenario; la fórmula del primer caso sería «en el nombre de Dios, juro que la he visto (mujer) en acto de cohabitación ilícita» y el segundo caso, «juro por Dios, que es fulano quien golpeó a la víctima y que de su golpe está murió». ⁹²

Una particularidad del juramento respecto del testimonio reside en que el juramento puede ser prestado por no musulmanes, puesto que, según los juristas, éstos no pueden testificar, salvo en asuntos entre personas de su religión ⁹³.

Por lo tanto, la fórmula del juramento cambia según la religión de la persona que va a jurar.

Según los juristas, el judío debe añadir: «...el que reveló el Pentateuco a Moisés», y el cristiano: «... el que reveló el Evangelio a Jesús». ⁹⁴ Sin embargo, Jalil no opina lo mismo y afirma que no es necesario que ni el judío ni el cristiano añadan nada después. ⁹⁵

2.3. Categorías de juramentos

1º) Juramento del que niega: «Yamin al munkir» el demandado que niega rechazando el alegato del demandante tendrá que jurar. Según dijo el Profeta, «la prueba “bayyina” incumbe al demandante y el juramento al que niega».

⁸⁷ *El Corán*, sura de la mesa servida, V, aleya 91, p. 193.

⁸⁸ *El Corán*, *Ibidem*, Aleya 91, p. 440.

⁸⁹ *Ibid*, aleya 94, p. 441.

⁹⁰ O. Pesle, *La judicature, la procédure, les preuves dans l'islam malékite*, Casablanca, 1940, p. 137.

⁹¹ *La Risala*, *op. cit.*, p. 444; *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 323.

⁹² *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 324.

⁹³ R. Brunshvig, *op. cit.*, pp. 211-212.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 138.

⁹⁵ *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 324.

En efecto, si el demandante no aporta la prueba testimonial exigida por la ley, es decir, dos testigos honorables de integridad, para que la sentencia se decida en su favor, es preciso que el juramento queda a cargo del demandado. Según J. Schacht, en este juramento existen huellas de una antigua tradición, poco extendida, que exigía el juramento del demandante más la deposición de dos testigos⁹⁶.

Sin embargo, esta situación cambia durante el proceso, puesto que el juramento se traslada de una a otra de las partes.⁹⁷

Finalmente hay que subrayar que se recurre a este juramento sólo en asuntos de patrimonio.

2º) Juramento diferido al demandado: «Yamin a tuhma» se recurre a este juramento cuando las razones de la demanda no aparezcan perfectamente probadas con testigos y sólo se desprende de ella una cierta presunción contra el demandado, que tendrá que jurar para quedar completamente libre de la imputación. Hay que señalar que este juramento sólo es admisible en materia de delitos de robo, pero con limitaciones, ya que Malik sólo admite el juramento como prueba del dinero robado y no para aplicar la pena *hadd*; se pedirá al culpable acusado de robo de jurar, si se niega, será el demandante quien tendrá que jurar, si lo presta, se aplicará al culpable la pena legal. Esto es lo que se cumple en la fatwa relativa al delito de robo⁹⁸ donde el muftí dictaminó que tras la negativa del culpable de jurar será el demandante quien debe prestar el juramento. Mientras, se ha observado que esta norma no se cumplió en otra fatwa tratándose el mismo delito, ya que el muftí en lugar de deferir los juramentos al demandante dictaminó que el acusado, que se negó a jurar, sea ingresado en prisión⁹⁹.

3º) Juramento acompañado de un testigo de probidad «yamin ma sahidin rida».

Se trata del juramento por medio del cual el demandante refuerza el testimonio de su único testigo.

El demandante no tiene más que un solo testigo mientras que la ley exige dos en general; se trata de uno de los puntos en los andalusíes se apartaron de la doctrina de Malik: en efecto, la práctica relativa a los testimonios se regía por la máxima mayoritaria, según la cual es válido el testimonio de un solo varón idóneo reforzado con juramento.

En Córdoba, en materia de juramentos, se aplicaba la máxima mayoritaria de la escuela malikí que era no obligar a jurar por la mera demanda y sólo imponerlo cuando existían graves sospechas, imputaciones criminales¹⁰⁰. No obstante, los andalusíes no admitían el juramento en apoyo de un testimonio insuficiente.

⁹⁶ J. Schacht, *Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford, 1950, p. 187.

⁹⁷ R. Brunshving, *op. cit.*, p. 210.

⁹⁸ Véase *Al Miyar*, edicion de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 433.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Delfina Serrano, «La praxis legal ('amal) en al-Ándalus en los siglos X-XII a través de los Madahib al Hukkam fi nawazil al ahkam de Muhammad Ibn Iyad», *Qurtuba*, 1, 1996, pp. 185-186.

Este medio de prueba consistía en el testimonio único corroborado por el juramento de quien se beneficia de ese testimonio; es admitido en las cuestiones patrimoniales no sólo por Malik y los medinenses, sino también por los fundadores de otras escuelas jurídicas, Safi'í y Ibn Hanbal.¹⁰¹

2.4. El lugar y el momento en que se prestan los juramentos

Cuando se trata de asuntos patrimoniales y la suma supera el cuarto de dinar¹⁰², este acto solemne se celebra en la mezquita, de pie colocándose frente a la «qibla» (según Jalil¹⁰³, en cualquier sitio de una gran mezquita). El judío y el cristiano jurarán respectivamente en una sinagoga y en una iglesia.

Cuando el que tiene que jurar está enfermo, jurará en su casa, si su adversario no quiere esperar a que se recupere.

En cuanto al momento de prestación del juramento, no se establece ninguno, salvo en dos casos:

Primero, cuando se trata de la «qasama» (juramento cincuentenario), como se ha podido observar a través las fatwas de homicidio, donde se describe el ceremonial de la *qasama* en al Andalus; El dictamen de Ibn Rusd nos describe la práctica judicial de la *qasama* en al Ándalus. Esta se realiza en la mezquita mayor, concretamente el «maqta'al haq», zona que está dentro de la *maqsura* y frente a la *qibla*, después de la oración del viernes.

En el acto estarán presentes los familiares de la víctima y sus cojuradores, el inculpado y el cadí. Según Ibnu Habib, la no presencia del acusado implica desconocimiento de sus argumentos e imposibilita la *qasama*.

Segundo, el juramento «lian»¹⁰⁴; estos juramentos se prestan en la mezquita después de la oración de la tarde; el juez envía allí siempre dos testigos para presenciar y dar fe de estos actos probatorios.¹⁰⁵

2.5. Los juramentos en materia penal

En materia penal, los juramentos incumben:¹⁰⁶

¹⁰¹ A. Carmona, «Las diferencias...», *op. cit.*, p. 75.

¹⁰² *La Risala*, *op. cit.*, p. 444; *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 325.

¹⁰³ *Mujtasar de Jalil*, *op. cit.*, p. 325.

¹⁰⁴ Lian: se recurre a este juramento cuando el marido acusa a su esposa de adulterio, y no puede aportar la prueba exigida en este caso, que consiste en cuatro testigos presenciales: según un procedimiento nuevo instaurado en el Corán (XXIV, 6-9): Cada uno de los interesados testificará por él mismo, primero el marido afirmando cuatro veces por Allah que lo que dice es verdad y llamando luego sobre él mismo la maldición de Dios si lo que dijo es mentira, después, la esposa para evitar el castigo legal afirmando cuatro veces por Allah que su acusador no dice la verdad y llamando luego sobre ella, la maldición divina si la declaración del acusador es verdad.

¹⁰⁵ O. Pesle, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁶ Ahmad Fathi Bahansi, *Nadariat al itbat fi en fiqh al Yinai al islami (Teoría de la prueba en el derecho penal islámico)* El Cairo, 1962, pp. 191-192 .

-Al demandante en tres casos:

Primero, cuando se trata del juramento cincuentenario («qasama»), en los delitos de homicidio como hemos observado en las fatwas de delito de homicidio donde se recurría a este medio probatorio. Segundo, cuando existe presunción grave de robo de bienes, el demandante alega que un tal le robó, y éste lo niega y jura; luego se encuentran en casa del demandado los objetos robados, en este caso el demandante jurará; su juramento tiene más valor que el del demandado.

Tercero, cuando los juramentos le están diferidos.

-Al demandado

Según un hadit del Profeta: «al demandante incumbe la prueba y al demandado el juramento», y «al demandante los testigos y al demandado el juramento», pero hay que señalar que no se procede a jurar más que por demanda del demandante. Caso que sólo es posible cuando existe posibilidad de rechazar el juramento, por lo tanto, como apunta Ahmad Bahansi, en los delitos «hudud», cuyos castigos son determinados por el Corán, no se sentencia con el rechazo del juramento «nukul»¹⁰⁷, porque el rechazo del juramento sustituye la confesión.

Malik opina que no se puede ajusticiar con el rechazo del juramento en los delitos castigados por penas *hudud*, o por el talión o por las penas discrecionales «taazir». Ni a las que dan lugar a penas pecuniarias o corporales.

-Al testigo: como antes hemos citado, cuando el *cadi* pide al testigo que jure antes de dar su testimonio.

B. El testimonio

En el derecho islámico penal, la prueba testimonial es la prueba por excelencia, la mayoría de los delitos son probados por medio del testimonio, cuyo fundamento es el Corán y la Sunna. Este medio de prueba es considerado por los juristas musulmanes como la más completo y definitivo, como lo manifiesta el término árabe «bayyina», prueba manifiesta o concluyente, como la califican.¹⁰⁸

Varios pasajes del Corán invitan los creyentes a dar testimonio de verdad: «¡Vosotros que creéis! Sed firmes en establecer la justicia dando testimonio por Allah, aunque vaya en contra de vosotros mismos o de vuestros padres o parientes más próximos, tanto si son ricos como si son pobres, Allah es antes que ellos...».¹⁰⁹

Además es importante señalar que, en derecho islámico, la prueba testimonial es el medio probatorio por excelencia: el testimonio de dos personas teniendo las condiciones exigidas por la ley hace fe completa en cualquier materia. Esta importan-

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 192.

¹⁰⁸ R. Brunshvig, *op. cit.*, p. 209.

¹⁰⁹ Corán, trad. española, *Sura de las mujeres*, IV, aleya 135, p. 159 y *Sura V*, la mesa servida, aleya 9, p. 174.

cia de la declaración testimonial justifica lo minucioso de los requisitos exigidos para que sea impartida justicia.

1. Condiciones que los testigos deben reunir

Se entiende de estos pasajes del Corán que, por norma general, los testigos deben cumplir ciertas condiciones que vamos a exponer; pero antes es necesario definir el testimonio. Jalil define este medio de prueba como la «manifestación que, al ser oída por el cadí, obliga en su virtud a una sentencia; ello, con tal de que los que formulen tal manifestación sean abonados como testigos, presentándose en número suficiente o, en defecto de esto, supliéndose el número con el juramento del demandante»;¹¹⁰ estas condiciones son las siguientes:

1- El testigo debe ser de religión musulmana, puesto que, en principio, el testimonio de los no musulmanes no es admitido respecto a un musulmán, salvo en asuntos entre ellos. Mientras se admiten los juramentos entre no musulmanes.

2- Estar dotado de razón y sano de mente es una condición exigida por todos los juristas.

3- El testigo debe ser varón, de condición libre. Jalil exige que no sea esclavo, en cambio al liberto se le admite como testigo en favor del dueño que lo libertó si es de una probidad y moralidad incontestables.¹¹¹ Las mujeres sólo pueden testificar en algunas materias determinadas: en materia de bienes y en asuntos propios del sexo femenino¹¹²; su testimonio no constituye, por tanto, una prueba completa en la materia penal.

4- Haber alcanzado la pubertad, aunque en materia de heridas se admite el testimonio de los niños.

5- La honorabilidad, es una condición exigida por las disposiciones del Corán que tratan del testigo; los testigos deben tener probidad para actuar como tales, ser irreprochables e íntegros. Según los juristas, es considerada honorable la persona que se abstiene de las faltas graves señaladas como pecado-delito, que no está acostumbrada a mentir, puesto que, según Jalil, una sola mentira no constituiría motivo suficiente para rechazarlo¹¹³; debe ser de vida irreprochable.

Jalil llega hasta rechazar como testigos a las personas que ejercen algunos trabajos, citando los que trabajan el curtido de pieles y la tejeduría.¹¹⁴

6- Que éste libre de toda interdicción por causa de inaptitud para administrar sus bienes.

¹¹⁰ *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 193.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 194.

¹¹² M^a Arcas Campoy, «El testimonio de las mujeres en el derecho malikí», *Homenaje al Prof. Jacinto Bosch Vila*, I, Granada, 1991, pp. 473-479.

¹¹³ *Mujtasar*, *op. cit.*, p. 195.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 195.

7- Que sea conocido, porque, según Jalil,¹¹⁵ aquél del que se desconoce su familia, su manera de vivir, su comportamiento, etc, no se le admite su testimonio.

8- Jalil pone como condición que el testigo sea ignore o profese doctrinas filosóficas como «jariyi» o «kadari», es decir, sectario o partidario de la doctrina de la no predestinación o fatalidad de los actos, doctrina que implica la ignorancia de las relaciones de causa-efecto. Esto es lo que se concreta en una fatwa de Ibn Rusd¹¹⁶, quien con su dictamen, añade otra causa de recusación de testigos, que es el caso de un testigo virtuoso profesando opiniones dahiríes. Ibn Rusd considera que el hecho de que los dahiríes excluyan la analogía en materia de jurisprudencia constituye una «bid'a» (innovación), lo que supone un motivo de recusación de toda persona, que profesando tales principios, quiere declarar en juicio como testigo.

2. La habilitación de los testigos «al ta'dil» o «tazquiyya»

Respecto a la condición de idoneidad («adala»), la admisión del testimonio por parte del juez estaba condicionada por la apreciación en el testigo del grado de rectitud y integridad requeridos por la ley. Los juristas malikíes se preocupaban por determinar las distintas circunstancias en las que «la adala» no se cumplía y, en consecuencia se inhabilitaba a la persona para declarar en juicio.

Los juristas excluyen a los herejes y apostatas, a los condenados por calumnia, puesto que la no admisión de su testimonio era una de las penas con que se castigaba este delito, aunque se admitiese la rehabilitación por arrepentimiento posterior.¹¹⁷

Las personas de conducta inmoral eran los que contravenían abiertamente los preceptos de la ley religiosa, los que faltaban al decoro (*mur'u'a*),¹¹⁸ es decir, el testigo que cometa actos que desdice de la compostura, hechos ordinariamente permitidos, como comer en plena vía pública, caminar descalzo o semidesnudo, ser aficionado del canto, ser dado al nard (tablas reales) u otros juegos de azar o al ajedrez, siempre que esto llevase consigo el descuido de los deberes religiosos y civiles. Las conductas que determinan la probidad de un testigo son numerosas; el testigo probo es el que se abstiene de cometer faltas graves («al kabair») que, según los juristas, son: el homicidio, el desobediencia de los padres, el politeísmo y el falso testimonio; y evita incurrir en las más leves. No se admite el testimonio de quien cometió pecados de la gravedad de la fornicación, beber vino, difamar y mentir. Salvo si se arrepiente y ofrece muestras evidentes de su corrección¹¹⁹.

¹¹⁵ *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 294.

¹¹⁶ Véase *Al Miyar*, edición de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 341.

¹¹⁷ María Arcas Campoy, "La penalización de las injurias en el derecho malikí", *Boletín de la Asociación Española de Orientalistas*, XXX, 1994, p. 209.

¹¹⁸ David Peláez Portales, *La administración de la justicia en la España Musulmana*, Córdoba, 1999, p. 79.

¹¹⁹ *Mujtasar de Jalil*, *op. cit.*, p. 195.

Sólo el cadí podrá juzgar la moralidad de un testigo, así que cuando el cadí recibe la declaración de testigos desconocidos, si eran personas de reconocida mala fama, éste podía rechazarlos de plano¹²⁰. En cambio, si el testigo tenía una honorabilidad excelente «*mubarriz*», su testimonio debía ser aceptado por el juez, salvo si existía una enemistad manifiesta hacía la parte contra la que declaraba, o un lazo de parentesco le unía a otra persona.¹²¹ Esto lo ilustra la siguiente anécdota de al Jusani: «una de las personas principales de Córdoba estaba declarando como testigo, juntamente con otro hombre que había sido camarada del juez y compañero suyo en la peregrinación a La Meca, que juntos habían realizado. La gente creía que ese hombre, como amigo íntimo que era del juez, debía ser testigo de su completa confianza; pero el juez dijo al litigante en cuyo favor esos testigos informaban:

» Es preciso que presentéis otro testigo (dando a entender que no aceptaba uno de los dos testimonios presentados).

Esta declaración del juez se hizo pública, corría entre el pueblo y algunos se enteraron de que el juez había aceptado el primer testimonio y que el testimonio que había rechazado era el de su amigo y compañero.

-Ruego -dijo el litigante al juez- que se declare cuál de los dos testigos presentados es el que se acepta y cuál es el que se rechaza, a fin de presentar otros que abonen al testigo no aceptado.

-Aquel testigo que no acepto -contestó el juez- es inútil que otros le abonen: es fulano, mi amigo y compañero.¹²²

» Tras un dialogo entre el juez y su amigo, explicándole la razón de su rechazo, el juez le contesto: he temido que te dejes llevar de la pasión y que te domine también ahora en esta información de testigos, bien por dinero que pueda haber mediado o por simple inclinación de tu alma. Yo tengo que tomar todas las precauciones y proceder con escrupulosidad en la decisión de los asuntos y me veo en la precisión de no aceptar tu testimonio». ¹²³

Está claro que la verificación del grado de honorabilidad está sujeto a la apreciación del juez.

En los otros casos, la honorabilidad de los testigos se examinaba por medio de la habilitación, que los juristas musulmanes llaman «*tazquiyya*» o «*ta'dil*», cuyo objeto es una declaración judicial de probidad¹²⁴.

¹²⁰ Ibn Acem, *la Tuhfa*, op. cit., p. 51, «quant à la personne dont la mauvaise renommée est notoire, on ne doit jamais admettre son témoignage ni accepter en sa faveur aucune attestation d'honorabilité».

¹²¹ *Mujtasar de Jalil*, op. cit., p. 197, *La tuhfa de Ibn Acem*, p. 49.

¹²² El rechazo del juez tenía como causa a que su amigo la pasión sexual lo dominaba, por lo que compró una esclava cara mientras que otras valían menos; que despilfarró el dinero comprando cosas caras.

¹²³ Al Jusani, *Historia de los jueces de Córdoba*, Madrid, 1914, pp. 96-98.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 202. Según el historiador al Kindi, la *tazquiyya* fue instituida por el cadí egipcio Yawt b. Sulayman (cuyo ejercicio duró desde el año 757 al 761 d.C.), hasta este momento, la admisión de los

Como indica David Peláez Portales, se trata de un procedimiento que constituía un rasgo característico del derecho musulmán medieval.¹²⁵

La práctica seguida en al-Andalus es la aplicación de este procedimiento en todo género de procesos judiciales, incluso los criminales, a pesar de que acerca de esto existía discrepancia; no obstante, parece que la práctica andalusí como lo hizo en otras cuestiones se apartó de la opinión general, como lo confirma Ibn Hisam:

«El ta'dil es válido en todas las causas judiciales, según la Mudawwana. 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 ajustaba a esta opinión».¹²⁶

Jalil sostiene la misma opinión, incluyendo este procedimiento en las cuestiones criminales para las cuales la ley previó penas aflictivas determinadas y fijadas («hudud» aunque indica que algunos juristas no admiten tal procedimiento en los casos de delitos de sangre, cuya pena ha sido fijada por la ley, admitiendo únicamente testigos de una moralidad superior, por la gravedad de estos procesos.¹²⁷

No obstante, como se ha observado a través de las fatwas de los delitos de blasfemia la práctica andalusí admite este procedimiento en materia penal¹²⁸.

Otras fuentes hispano-musulmanas confirman que no constituía un procedimiento necesariamente vinculado a la jurisdicción del cadí¹²⁹. El ejercicio de este procedimiento «tazqiyya» en al-Andalus, remonta a principios del siglo IX. En efecto, las primeras referencias a «la declaración de idoneidad testimonial» son atribuidas todas al famoso cadí al yama' a Muhammad b. Basir (m. 198/814).

Posteriormente el cadí Yahya b. Ma'amar inscribiendo como réprobos a 19 alfaqués cordobeses¹³⁰.

testigos había dependido exclusivamente de la libre apreciación del juez. A partir de entonces, pasó a quedar condicionada por el resultado favorable de esta indagación especial de honorabilidad. El mismo al Kindi indica que los efectos de dicho procedimiento fueron ampliados por otro cadí egipcio posterior, Ibn Fudala, de tal forma que el testigo habilitado tras la *tazqiyya* dejó de ser un simple particular que tan sólo pudiera prestar declaración en un proceso determinado y sujeto a la posibilidad de ser tachado por la otra parte, para devenir un testigo permanente e irrecusable. Así nació en el año 790 d.C. la institución de la «*sahada*». Dado el carácter en cierto modo oficial de la labor de estos testigos cualificados, la indagación de su honorabilidad debía ir ahora revestida de especiales garantías. Para ello, Ibn Fudala dispuso la realización de esta tarea como un cometido específico, incorporándolo en un principio a los ya desempeñados por su escribano. Durante el ejercicio de cadíes posteriores, se acabó designando a un funcionario *ad hoc* (crf. E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Leiden, 1960, pp. 238-240, Al Wansarisi, *Le livre des magistratures de al Wansarisi*, Rabat, 1937, trad. H. Bruno y M. Gaudefroy-Demonbynes, p. 50 y David Peláez, *La administración de la justicia en la España musulmana*, p. 82.)

¹²⁵ David Peláez Portales, *op. cit.*, p. 81.

¹²⁶ Ibn Hisam, *Al-Mufid li-l hukkam*, Granada, 1985, trad. A. Carmona, p. 309.

¹²⁷ *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 201.

¹²⁸ Véase *Al Miyar*, edición de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 326.

¹²⁹ David Peláez Portales, *op. cit.*, p. 82.

¹³⁰ P. Chalmeta y M. Marugán, *op. cit.*, p. 534, Al Jusani, *Qudat Qurtuba*, *op. cit.*, pp. 56-59, 83, 159.

Hay que distinguir entre dos situaciones, si el cadí conoce al testigo, en cuyo caso, sólo él tiene el poder para declararlo honorable.¹³¹

En cambio, si no lo conoce, es necesario que dos testigos honorables certifiquen su integridad y lo declaren hábil para testificar. Es lo que los juristas musulmanes llaman «tazquiyya»:¹³² se trata de la formalidad de la habilitación de los testigos, dos testigos son indispensables cuando la declaración de honorabilidad se hace en público «tazquiya alaniya». Sin embargo, es posible que el cadí, en persona, haga una pesquisa secreta «tazquiyya siriiyya».

La primera fase consistía en una indagación secreta sobre la moralidad de los testigos. El cadí la confiaba a un informador perteneciente a su tribunal, en tal caso un solo testigo era entonces suficiente, denominado «muzaki al-sirr».¹³³

El *Mufid* de Ibn Hisam (m. 1209 d.C.) recoge un fragmento de los *Ahkam* de Ibn Battal, jurista cordobés (m. 977 d.C.), que explica cómo se debía llevar a cabo, en un primer momento, el muzakki procuraba informarse de los testigos, preguntándole a personas que les conociesen: «dicho informador deberá indagar acerca de las características del testigo y acerca de sus actividades. Tales datos los recabará de dos o tres vecinos del mismo barrio que el testigo en cuestión, no debiendo limitarse a una sola persona, pues puede muy bien suceder que sea alguien enemistado con el testigo».¹³⁴

Se requiere de la persona que informa el cadí sobre la honorabilidad del testigo, un grado de moralidad superior al de los testigos, irreprochable.

Como afirma Ibn al Attar, «sólo podrán actuar como testigos de la declaración de idoneidad (*mu'addil*) aquellos de perfecta y reconocida integridad y honorabilidad».¹³⁵

La fórmula que debe utilizar es: «certifico que el testigo es probo, que posee las cualidades requeridas y es admisible como testigo»;¹³⁶ según Jalil, si una sola palabra es olvidada, la declaración será inadmisibile, además, el informador debe ser claro y seguro de conocer los hombres, sus cualidades y defectos, incapaz de engañar deliberadamente o por ignorancia, o dejarse influenciar por la opinión de otras personas; debe basarse, para establecer su declaración, en la frecuentación del testigo durante un viaje, por su residencia, pero no en rumores. Las informaciones obtenidas por rumores son nulas, a no ser que conduzcan a datos positivos. En cuanto a

¹³¹ Ibn Acem, *la Tuhfa*, op. cit., p. 23.

¹³² Ahmad Fathi Bahansi, *Wasail al itbat fi qanun al yinai*, pp. 34-35.

¹³³ O. Pesle, op. cit., pp. 107-108, Al Wansarisi, *Le livre des magistratures de al Wansarisi*, Rabat, 1937, trad. H. Bruno y M. Guadefroy-Demonbynes, p. 50.

¹³⁴ David Peláez Portales, op. cit., pp. 83-84; Ibn Hisam, *Mufid li-hukkam*, I, Trad. A. Carmona, Granada, 1985, p. 296; al Wansarisi, op. cit., p. 50, *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 202.

¹³⁵ Ibn al Attar, *Formulario...*, op. cit., p. 545.

¹³⁶ Ahmad Ftahi Bahansi, op. cit., p. 36.

las informaciones dadas por mujeres, no son admitidas, salvo en los casos donde su testimonio es válido.¹³⁷

Si el resultado de la indagación era favorable, se procedía, en su caso, a la apertura de la fase pública de la habilitación (la «tazquiyya alaniyya»): ésta tenía lugar en el tribunal, ante el cadí y en presencia de las partes y de dos o más testigos no censurables, que certificaban conocer bien al testigo, asegurando que era una persona idónea, íntegra, que satisface todos los requisitos de moralidad exigibles a un testigo.¹³⁸

En cambio, si los testigos presentes no reconocía la integridad del testigo, o aun reconociéndola, la parte contraria presentaba informaciones que invalidan el testigo, la *tazquiyya* podía concluir también en una declaración de inhabilitación del testigo, que invalidaba el testimonio del mismo. Ibn Rusd en su dictamen no aprobaba la posibilidad de inhabilitación de cualquier testigo por este concepto.¹³⁹

De estas actas de habilitación secreta o pública, los formularios notariales andalusíes conservan varios modelos.¹⁴⁰

No obstante, la idoneidad testimonial («adala») no es eterna, y, según Sahnun, había de ser renovada en cada causa; aunque no parece que esto se llevase a rajatabla en al-Andalus.¹⁴¹

3. La recusación de los testigos

Hay otras causas en que el defecto de honorabilidad pueden tachar el testimonio y de hecho, permiten la recusación («madfa'») de los testigos, en cuyo caso, pertenece al cadí no admitir el testigo a testificar. Estas causas son numerosas: hay que distinguir entre las permanentes, que, cuando existen, impiden testificar en cualquier asunto, y las causas temporales, que sólo impiden testificar cuando algunas circunstancias previstas por la ley se producen.

Respecto a las causas permanentes se trata de toda actividad o calidad inconciliable con la honorabilidad y la buena conducta, cuyos varios elementos ya han sido anteriormente estudiados.

¹³⁷ *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, pp. 202-203; O. Pesle, *op. cit.*, p. 107; *La Risala*, *op. cit.*, p. 448.

¹³⁸ Ibn Acem, *la Tuhfa*, *op. cit.*, p. 49.

¹³⁹ David Peláez, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴⁰ Ibn al Attar, *Formulario notarial y judicial andalusí*, trad. P. Chalmeta y M. Marugán, Madrid, 2000, pp. 536-551, primer modelo nº 121: «escritura de atestado secreto sobre las cualidades del declarante»: «los testigos nombrados en el presente escrito dan fe de que conocen a Fulano, hijo de Fulano, por su nombre y por su linaje, el cual es persona de bien, magnánima y de recto proceder; introducida entre los virtuosos, apartada de los deshonestos y sospechosos, ocupada únicamente de aquellos asuntos religiosos y terrenales que le atañen. Que no se relaciona con deshonestos ni mantiene tratos con sospechosos. Que le conocen por estas cualidades, de las que no se ha apartado ni las ha modificado -por lo que saben los testigos- hasta el momento de consignar sus testimonios en el presente escrito, consignación que fue hecha en tal mes de tal año».

¹⁴¹ P. Chalmeta y M. Marugán, *op. cit.*, p. 534.

En cuanto a las causas temporales:

1º) Primero, por razones de afecto «tayrih», en primer lugar, basadas en el parentesco: así, por ejemplo, no se admite el testimonio del hijo en favor de sus padres y ascendientes ni de éstos en favor del primero, ni el testimonio del marido en favor de su esposa y viceversa.¹⁴²

Ibn Acem indica que la suegra o el suegro no pueden testificar en favor de su yerno, ni la esposa en favor del hijo de su marido¹⁴³.

De igual manera, no es válido el testimonio del tutor en favor de su pupilo, siéndolo cuando se pronuncia en contra.

Respecto al testimonio del hermano en favor de otro, existe discrepancia entre los Juristas; según Abi Zaid, es válido sólo en asuntos patrimoniales y monetarios¹⁴⁴.

Mientras que Jalil sólo lo admite en caso de que el declarante tenga un valor testimonial superior, es decir, que sea un testigo de excepcional probidad puesto que, sin esta superioridad, será sospechoso de parcialidad, además, el hermano que va a testificar no debe haber vivido junto al hermano a cuyo favor va a declarar.

En lo referente a las cuestiones penales, el hermano no puede testificar en favor de su hermano acusado de golpes y heridas intencionadas, sin embargo, su declaración es admitida en los delitos de lesiones, para las que la ley ha previsto una indemnización. Sin embargo, otros juristas no admiten esta opinión.¹⁴⁵

Segundo, se admite el testimonio del liberto en favor de la persona que le dio su libertad y a condición de que no viva con su familia.

2º) Segundo, por enemistad: no se aceptará el testimonio de un individuo contra otro, siendo conocida la enemistad entre ambos. La diferencia de religión no es considerada como causa de desafecto, si el deponente es musulmán. Este siempre puede actuar como testigo en asuntos en que interviene un infiel sin embargo, lo contrario no se admitirá.¹⁴⁶

Según Sahnun, «esto no incluye nuestra enemistad contra judíos y cristianos, que es provocada por ser de otra religión, habiendo de admitirse nuestro testimonio en contra de ellos».¹⁴⁷

Según Jalil, no es necesario que la enemistad sea demostrada por medio de pruebas auténticas, bastaría demostrarla con pruebas aproximativas, con simples indicaciones.¹⁴⁸

Ibn al Attar afirma: «la impugnación de testimonio por enemistad no es válida hasta que los testigos afirmen que la enemistad de ambos, o sus reivindicaciones o

¹⁴² *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 197, *la Risala, op. cit.*, p. 447.

¹⁴³ *La Tuhfa de Ibn Acem, op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁴ *La Risala, ibidem*, p. 447.

¹⁴⁵ *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 199.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 207.

¹⁴⁷ Ibn al Attar, *Formulario...*, *op. cit.*, p. 549.

¹⁴⁸ *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 207.

reclamaciones se basan en motivos terrenales. Porque la enemistad cuando está motivada por cuestiones terrenales, sino que es por Dios, y consecuencia de la maldad del enemistado, no hace decaer ni quita firmeza al testimonio del adversario». ¹⁴⁹

3º) Por razones de intereses personales cuando el testigo tiene un interés personal en testificar o cuando su testimonio evita un perjuicio. Así que no se admitirá el testimonio de un heredero contra su causahabiente casado, incurso en delito de adulterio, pues su interés en este caso radicaría en ocasionar la aplicación de la pena de muerte por lapidación y, por consiguiente, el testigo heredará de su causahabiente. ¹⁵⁰

4º) Por afición desmesurada a actuar como testigo. El testimonio de quien suele prestarlo por mero capricho o vanidad de aparecer como testigo, no es válido.

5º) No se admite el testimonio de la persona que sufrió la aplicación de una pena «hadd» en los casos que darán lugar a la aplicación de la misma pena. ¹⁵¹

4. Categorías de testimonios

El jurista granadino Ibnu Yuzay (m. 741/1340) distingue seis tipos de testimonios: ¹⁵²

1º) El testimonio de cuatro hombres en los delitos de adulterio y fornicación.

2º) El testimonio de dos hombres en todos los delitos, menos el adulterio y fornicación.

3º) El testimonio de dos mujeres solas en los asuntos que los hombres ignoran, como el embarazo, el parto, el vagido del recién nacido, la desfloración y los defectos en los órganos genitales de las mujeres. Este medio de prueba resuelve también de manera definitiva las cuestiones de herencia o filiación en un sentido negativo o positivo, sin necesidad del juramento del demandante.

4º) El testimonio de un hombre acompañado de un juramento (en materia de bienes).

5º) El testimonio de un hombre y dos mujeres en materia de bienes. Sin embargo, algunos juristas, como Ibn Acem, admiten este medio de prueba en los delitos de lesiones y homicidio involuntarios, y lesiones intencionadas que no dan lugar al talión. ¹⁵³

6º) El testimonio de dos mujeres más un juramento, en materia de bienes.

7º) Podemos añadir a esta clasificación una categoría más que Ibn Acem y Jalil citan: es el testimonio de niños para delitos cometidos entre ellos, como una riña entre grupos de niños, donde haya ocurrido alguna efusión de sangre ¹⁵⁴; para la validez de este testimonio es necesario que se den ciertas condiciones:

-que dos niños al menos testifiquen.

¹⁴⁹ Ibn al Attar, *Formulario*, op. cit., p. 549.

¹⁵⁰ O. Pesle, op. cit., p. 112.

¹⁵¹ *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 209; O. Pesle, op. cit., pp. 113-114.

¹⁵² *Qawanin al Ahkam al sar'iya wa masa'il al furu' al fihiya*, Beirut, 1979, p. 337.

¹⁵³ *La Tuhfa*, op. cit., p. 63.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 67.

- que testifiquen antes de que se separan.
- que sus declaraciones sean concordantes.
- que uno de los niños sea grande.

Según Jalil, el testimonio de menores es aceptable para las cuestiones de homicidio y heridas.¹⁵⁵

Al margen de estas categorías ordinarias de testimonios, existen otros tipos de testimonios a los que se recurre por no existir el requerido por la ley.

4.1. El testimonio de oídas «sahadat a sama' al fasi»

Los testigos no certifican lo que han visto u oído directamente, al contrario, testifican haber oído decir tal o cual cosa por un gran número de personas; para la validez de este testimonio son requeridas ciertas condiciones:

-Es necesario que las palabras o conversaciones escuchadas emanen de personas honorables.

-Los testigos que relatan los hechos deben ser dos hombres, según otros juristas, cuatro.

-Los testigos deben haber escuchado estos propósitos de un gran número de personas de tal modo que sea difícil identificarles, si no, este tipo de testimonio se confundiría con otro diferente.

-Es necesario que el hecho jurídico se remonte a una época lejana, sin ello no se entendería que no se encontrase a los testigos directos; según Ibn Habib, jurista andalusí, se requiere quince años.

El testimonio de oídas es admitido en materia de homicidios pero sólo en el juramento «qasama»¹⁵⁶ y en materia de heridas y lesiones, según un jurista malikí.¹⁵⁷

4.2. El testimonio de «lafif», de aquellas personas que adolezcan de menos carencias o menores tachas. Para evitar que un exceso de rigor impida probar un derecho, existe el testimonio de «lafif», palabra que designa a un grupo numeroso de personas de diferentes, edades, status social, grado de honorabilidad, sexo..., que atestigua un hecho público y notorio, aunque ninguno de los miembros de este grupo reúna las condiciones requeridas por la ley; se recurre a este tipo de testimonio cuando no existe en un lugar ningún testigo íntegro. Se requieren doce personas, cada seis de las cuales equivalen a un testigo íntegro. Esto es lo que se contempla en una fatwa del Miy'ar¹⁵⁸ donde los juristas discreparon en considerar el grupo de personas reprochables a los que se denomina como «al lafif», o sea, doce testigos presenciales del acto, como mínimo, en los que la probidad legal no es una condición

¹⁵⁵ *Mujtasar de Jalil*, ed. Perron, p. 232.

¹⁵⁶ O. Pesle, *op. cit.*, p. 124.

¹⁵⁷ Ahmad Fathi Bahansi, *op. cit.*, p. 87.

¹⁵⁸ Véase *Al Miyar*, edicion de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p. 287.

necesaria. Según Ibn Rusd, se considera «lawt» el testimonio del grupo de testigos no idóneos, y también el testimonio del grupo de mujeres o niños.¹⁵⁹

En este caso, la discrepancia que existe entre los juristas en calificar o no el testimonio «lafif» como «lawt» (presunción grave de homicidio), condujo al muftí a dejar en libertad al cadí de elegir entre las opiniones discrepantes acerca de la admisión de este medio probatorio.

Por último, hay que señalar que la cuestión de la admisión del «lafif» como prueba, es uno de los puntos, en que los andalusíes se apartaron de la doctrina de Ibn al Qasim (discípulo de Malik).

En efecto, Malik y al Layt admitieron la prestación de la *qasama* a base de la declaración de testigos no idóneos. Sin embargo, los andalusíes admitieron la *qasama* a base del testimonio «lafif»¹⁶⁰.

4.3. El testimonio por escrito

Por último, hemos visto que la prueba testimonial es la prueba por excelencia en el derecho islámico, la ley también impone como medio de prueba para las deudas pagadas a plazos la prueba documental no tiene el mismo valor: «cuando tratéis entre vosotros un préstamo con plazo de devolución, ponédlo por escrito»,¹⁶¹ esto en materia civil.

En efecto, el cadí andalusí Muhamed Ibn Bshir al Maafiri no admitía la prueba documental; es el cadí quien lo hace pero sólo en casos de manos muertas.¹⁶²

Hay que distinguir entre dos situaciones: el testigo que certifica su propia escritura o bien la escritura de otra persona:

1º) Se admite el testimonio de la persona que reconozca un acto escrito de su mano; Ibn al Mayisun cree que este tipo de prueba es válido únicamente en asuntos civiles, pero su opinión no es aprobada por otros juristas.

2º) Son válidos los testimonios por medio de los cuales el testigo declara haber reconocido la escritura de otra persona. Acerca de este medio probatorio existe discrepancia entre los juristas respecto a las materias en las cuales se puede recurrir al mismo.

El jurista andalusí Ibn Zarb nos da una idea sobre la práctica común en al-Andalus: «en nuestro país la práctica es aceptar este tipo de prueba que en materia de bienes muertos».¹⁶³

¹⁵⁹ Ibn Rusd, *Al Muqaddimat*, op. cit., p. 305.

¹⁶⁰ Mustafa al Aarhus, *Al Madraza al malikiyya al andalusiyya, ila al qarn al talit higri, nasa wa jasais (La escuela malikí andalusí, hasta finales del siglo III de la Hégira, formación y peculiaridades)*, Rabat, 1997, p. 322.

¹⁶¹ El Corán, sura de la vaca, aleya 281, p. 77.

¹⁶² *Tarij qudat al Andalus, al marqaba al ulya de Ibn Hasan Anubahi al andalusi*, ed. Meryem Kasem Tawil, Beirut, 1995, p. 71.

¹⁶³ O. Pesle, op. cit., p. 126.

Según Ibn Harit, el cadí de Córdoba Mamad b. Isa, autorizaba el testimonio sobre escrito de testigos en materia de dote.

Mientras, que Ibn Rusd cuenta que Ibn Habib transmitió de Mutarrif y Ibn al Mayisun que el testimonio sobre escritura no es admitido en materia de repudiación, de manumisión y penas coránicas.¹⁶⁴

Sin embargo, hubo discrepancia entre los juristas sobre la admisión de este testimonio en materia penal como lo hemos podido comprobar a través de las fatwas de los delitos de calumnia y injurias¹⁶⁵, donde Ibn Rusd admitió un documento como prueba del delito de calumnia, a condición de que el acusado confirme por juramento si es o no su escritura discrepando por lo tanto con la opinión de Ibn Habib en la *Wadiha*, quien citando a Mutarrif, Ibn al Mayisun y Asbag, afirma que el testimonio acerca de la firma no es válido en los casos de divorcio, manumisión o matrimonio, ni en aquellos que comportan penas coránicas. Es válido exclusivamente en asuntos patrimoniales.

Por último, hay que señalar que algunos juristas admitieron la prueba documental en materia de los delitos cuando el documento contiene una confesión de comisión de un delito castigado con una pena “hadd” o talión o bien una pena discrecional. Si el documento contiene la confesión de un delito *hadd* y el culpable reconoce que es su escritura, será asimilado al que confiesa dos veces, pero si la niega, lo será con aquél que se retracta.¹⁶⁶ En esta clasificación de testimonios, algunos no son propios de la materia penal, así que trataremos los testimonios admitidos como prueba en los delitos.

5. El testimonio requerido en materia penal

5.1. El testimonio de dos hombres

Es la prueba de derecho común; el testimonio de dos hombres encuentra su fundamento en el Corán: «buscad como testigos a dos hombres»;¹⁶⁷ el testimonio de dos hombres, reuniendo las condiciones exigidas por la ley, prueba todo derecho, tanto los derechos de familia o de patrimonio como todos los delitos, excepto el adulterio.¹⁶⁸

5.2. El testimonio de cuatro hombres en los delitos de adulterio y fornicación

Los delitos de adulterio o pederastia, en general, de fornicación son probados por el testimonio de cuatro testigos presenciales, que hayan visto el culpable cometer su delito. Es necesario que no exista duda sobre la comisión del delito, además los testigos deben haber visto el órgano sexual del hombre penetrando a la mujer.

¹⁶⁴ O. Pesle, *ibidem*, p. 126.

¹⁶⁵ Véase *Al Miyar*, edición de Rabat, *op. cit.*, volumen II, p.426.

¹⁶⁶ Ahmad Fathi Bahansi, *Nadariat al Itbat fi l qanun al yinai al islami* (Teoría de la prueba en el derecho penal islámico), El Cairo, 1962, p. 188.

¹⁶⁷ El Corán, ed. Centro Islámico, Sura la vaca, aleya, 281, p. 77.

¹⁶⁸ O. Pesle, *op. cit.*, pp. 119-120.

El cadí tiene que preguntar a los testigos sobre los detalles precisos. La pena aplicada al adulterio es la más dura de las penas citadas en el Corán, la lapidación.

5.3. El testimonio de un sólo testigo corroborado por un juramento

El testimonio de un solo testigo corroborado por el juramento del demandante; se recurre a este medio cuando el demandante no tiene más que un solo testigo, mientras que la ley exige dos en general.

Respecto a este medio probatorio existe discrepancia entre los juristas andalusíes y los juristas árabes. La admisión de este medio de prueba en materia penal no es cuestión pacífica. Abi Zaid¹⁶⁹ afirma que tal juramento sólo se admitirá en casos patrimoniales pero no en los casos de penas legales, en donde la evidencia se fundamenta con dos testigos de integridad; tampoco constituirá prueba aceptable en materia de heridas y mutilaciones intencionadas u homicidio; a no ser que en este último caso se trate del juramento «*qasama*». Sin embargo, el mismo jurista apunta que, según otra opinión, este juramento, sí que constituirá prueba aceptable en materia de heridas y mutilaciones.¹⁷⁰ Dentro de los jueces andalusíes que no admitían el único testigo con el juramento, ni lo admitió en los procesos que se le planteaban estaba el cadí al Maafiri.¹⁷¹

Según Anubahi, la cuestión del testimonio del único testigo corroborado por el juramento del demandante, suscitó una polémica entre los juristas, Malik admitía este medio de prueba, mientras que al Layt opinaba que, si un derecho no es demostrado por dos testigos idóneos, no es válido.

La cuestión del único testigo y el juramento es uno de los cuatro puntos en los que los andalusíes se apartaron de la escuela malikí, según Omar Ibn Lubaba, el cadí andalusí tiene libertad en elegir entre seguir la opinión de Malik y sus compañeros que aprueban este medio de prueba y la de los juristas andalusíes que no lo admitían, Ibn Lubaba afirma que es partidario de esta facultad de elección, por la degradación de la credibilidad de la gente.¹⁷²

Ibn Sahl, en su *Nawazil*, apunta “que Ibn Habib decía que el Profeta aceptaba este medio probatorio” y Malik dijo: “que la sunna siempre admitía este medio de prueba, el demandante que sólo dispone de un sólo testigo, tiene que jurar, y tendrá su derecho, si se niega a jurar, entonces, el demandado jurará, esto se aplica particularmente en los asuntos de bienes, y no en las penas legales *hudud*, ni en el matri-

¹⁶⁹ *La Risala*, p. 445.

¹⁷⁰ Significa que la *qasama* la puede emitir un solo testigo, no que un solo testigo acompañado por el juramento del demandante constituya una prueba definitiva en materia de homicidios.

¹⁷¹ *Tarij qudat al Andalus, al marqaba al ulya de Ibn Hasan Anubahi al andalusi*, ed. Meryem Kasem Tawil, Beirut, 1995, p. 71.

¹⁷² *Al Marqaba, op. cit.*, p. 71.

monio, ni en el divorcio ni en la manumisión del esclavo, ni en el robo y la calumnia, esta opinión tuvo la unanimidad de los juristas del Hiyaz y otros, de que sólo se recurre a esta prueba en los casos de dinero y deudas, lo confirmó Ibn Dinar, y es un hadit del Profeta transmitido por Ibn Abbas".¹⁷³

Como cuenta Ibn Habib, tomándolo de Ibn Mutarrif, según Malik: «se admite el juramento del demandante acompañado de un sólo testigo, en los derechos, los delitos de heridas y lesiones involuntarias e intencionadas, en las injurias, menos los delitos *hudud*, tales como los delitos de calumnia, robo y tampoco se le admite en el divorcio».

Ibn Habib, añade que, según Asbag ibn Al Faray, Omar Ibn Abd al Aziz recurría a este medio probatorio en los delitos de injuria, en las lesiones intencionadas y no intencionadas, pero no lo admitía en el delito de calumnia, en el divorcio, la manumisión y otros casos parecidos.

Esta es la Práctica andalusí; según al Nubahi, se trata de una de las disposiciones en las que los andalusíes se apartaron de la escuela malikí, siguiendo la doctrina de al Layt.¹⁷⁴

En resumen, parece que la práctica seguida en al Andalus no admite la prueba del testimonio de un solo testigo corroborado por el juramento.

Finalmente podemos concluir acerca del testimonio requerido en los delitos

6. Pruebas de los delitos

6.1. Pruebas de los delitos que conllevan el talión

Los juristas exigen que los delitos que dan lugar a la aplicación del talión sean probados por el testimonio de dos hombres idóneos, y no admiten el testimonio de un hombre y dos mujeres; tampoco admiten el testimonio de un solo testigo corroborado por un juramento. Esta posición se justifica por el hecho de que, como el talión tiene como consecuencia la muerte del culpable, es necesario el testimonio de dos hombres irreprochables.

Este medio de prueba llamado por los juristas musulmanes «bayyina», se exige tanto para el talión aplicado al culpable de homicidio como al talión aplicado por heridas y lesiones.

Sin embargo, según Malik, el testimonio de dos hombres idóneos es necesario en los casos de delitos contra la vida que conllevan el talión. En cuanto a los delitos que conllevan el talión pero no son contra la vida, se admite un solo testigo corroborado por el juramento de la víctima.¹⁷⁵

¹⁷³ *Ibidem*, p. 71.

¹⁷⁴ *Al Marqaba...*, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹⁷⁵ Abdel Kader Aoudat, *op. cit.*, p. 314.

Según Ibn Farhun, algunos juristas malikíes admiten el testimonio de dos mujeres y el juramento del acusado en los casos de golpes y heridas intencionadas, mientras que otros no.¹⁷⁶

Por otra parte, en los casos de delitos que conllevan el talión, no se admite el testimonio de la víctima. Así que, si hay un solo testigo más la víctima, no se admiten sus testimonios, puesto que la víctima es considerada como demandante y no como testigo; en cuanto a la declaración de la víctima, se considera una presunción «lawt» que no llega a constituir una prueba. Según Abdel Kader Aoudat, los delitos que no perjudican a la vida de las personas se admite el testimonio de un solo testigo y un juramento¹⁷⁷.

6.2. Pruebas de los delitos *hudud*

En materia de los delitos *hudud*, puesto que son ofensas contra los derechos de Dios, cuya pena está previamente determinada por el Corán, la existencia de los elementos constitutivos del delito debe ser observada con precaución. En consecuencia, el cadí debe interpretar todas las sospechas o dudas a favor del culpable, en aplicación del hadit «evitad las penas *hudud* por las sospechas». Por lo tanto, la prueba de estos delitos debe reunir las condiciones exigidas por la ley. Si no cumple los requisitos legales, no será admitida.

6.3. Prueba de los delitos que dan lugar a una pena discrecional «taazir»

Si el delito da lugar a una pena corporal y al talión, se requiere que sea probado como un delito castigado con el talión.

Acerca de este punto, Malik opina que los castigos corporales se aplican cuando existen dos testigos idóneos, pero Malik admitió también, según Abdel Kader Aoudat, el único testigo y el juramento de la víctima e impone al culpable al mismo tiempo, una pena discrecional «taazir» más la pena del talión.

Mientras que otros juristas malikíes admiten la aplicación de la pena «taazir» para algunos delitos probados con un solo testigo sin corroborarlo con un juramento.

6.4. Prueba de los delitos que dan lugar a una pena pecuniaria

La prueba de los delitos cuya pena es pecuniaria, es decir, «diyya» puede consistir en el testimonio de dos hombres, o un solo testigo varón y dos mujeres, o también el testigo único y el juramento del demandante. La escuela malikí admite también el testimonio de dos mujeres corroborado por el juramento de la víctima.

¹⁷⁶ Ibn Farhun, *Tabsirat al Hukkam*, p. 214.

¹⁷⁷ Abdel Kader Aoudat, *op. cit.*, p. 316.

En general, los juristas admiten el testimonio de un solo testigo o de una sola mujer en los casos de necesidad.

7. La retractación de los testigos

El testigo puede retractarse de su testimonio, tras confesar haber caído en error, o bien confesar haber actuado así intencionadamente.

Los juristas distinguen entre dos casos: si la retractación se hizo antes o después de la sentencia¹⁷⁸.

Si la retractación es expresada antes de la sentencia, el testigo no quedará sometido a ninguna obligación.

En cambio, si la retractación se hace después de la sentencia, y declara haber testificado falsamente, si se trata de un delito de sangre, voluntario o no, el testigo tendrá que pagar la *diyya* correspondiente; Ashab opina que hay que aplicarle el talión cuando la intención delictiva del testigo sea probada.

Cuando se trata de un delito castigado con una pena determinada por el Corán «hadd», antes o después de dictar la sentencia, hay que aplicar al testigo la pena «hadd» como sanción.

Si la pena «hadd» consiste en la lapidación, hay discrepancia en si se aplicará al testigo la lapidación o sólo tendrá que pagar una composición pecuniaria.

¹⁷⁸ O. Pesle, *op. cit.*, p. 134.