

EL DERECHO PENAL ISLAMICO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Miguel Sáenz Sagaseta de Ilúrdoz
General Auditor (retirado)

Para Javier

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO ISLÁMICO.—III. EL DERECHO PENAL ISLÁMICO.—IV. EL DERECHO PENAL ISLÁMICO EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO.—V. EL ISLAM Y LOS DERECHOS HUMANOS.—VI. EXAMEN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que una de las grandes preocupaciones políticas de los países occidentales es hoy el resurgimiento del Islam. La tesis de Samuel P. Huntington de que, desaparecidos en la esfera internacional los bloques, el próximo siglo se caracterizará por los conflictos entre civilizaciones puede ser tachada de simplista, pero refleja en gran medida un sentimiento general.

Sin embargo, en el caso de la civilización islámica, la confusión es grande. Prescindiendo de que no hay ningún país que pueda ser considerado como portavoz del Islam, muchas veces se identifica a éste con formas extremas de terrorismo integrista (o, como suele decirse erróneamente, fundamentalista), resucitando miedos ancestrales. El tema ha sido ampliamente estudiado por Southern o Saïd (1) y, en lo que a España se refiere, por Juan Goytisolo (2). Los prejuicios milenarios sobre los árabes y el Islam

(1) Véase R. W. SOUTHERN: *Western Views of Islam in the Middle Ages*, Cambridge (Mass.), 1962, y EDWARD W. SAID: *Orientalism*, Nueva York 1978.

(2) Sobre todo en sus bien documentadas *Crónicas sarracinas*, Barcelona 1989.

«se han insinuado en el inconsciente colectivo a un nivel tan hondo, que cabe preguntarse con temor si podrán ser extirpados jamás» (3).

La razón principal es, desde luego, la ignorancia. Concretamente en el campo penal, la idea en los países occidentales suele ser que el Derecho islámico se reduce a una serie de normas bárbaras que autorizan decapitaciones, lapidaciones, amputaciones y torturas, y en donde los derechos humanos son sencillamente desconocidos. Se hace así caso omiso de una ciencia jurídica —la islámica— de enorme complejidad, que, aunque se inspire en concepciones distintas de las occidentales, no es básicamente incompatible con ellas y, en muchas ocasiones, se ha anticipado en siglos en la formulación de principios hoy incontrovertidos. Obras de divulgación con pretensiones científicas, como *¿Qué es el Islam?*, de Horrie y Chippindale, se permiten hacer afirmaciones inconcebibles desde el punto de vista de un mínimo rigor. (Así, por ejemplo, después de decir que entre los musulmanes, en la Edad Media, el castigo por calumnia —especialmente la falsa acusación de violación formulada por una mujer— era la extirpación de la lengua de raíz, los citados autores añaden: «Es posible que ese castigo se siga aplicando en zonas remotas, aunque no hay mucha información al respecto») (4).

En el caso de España, por razones históricas y sobradamente conocidas, el desconocimiento del Islam resulta más lamentable aún. Son escasísimos, y en su mayoría antiguos, los estudios dedicados al Derecho islámico (5) y se cuentan con los dedos de una mano los juristas que, por su conocimiento del árabe, pueden tener acceso a fuentes directas. Pero el problema no es exclusivamente español: sorprende encontrar en casi un clásico en la materia, como es la *Introduction au droit musulman* de Joseph Schacht, afirmaciones tan generalizadoras y, esencialmente, inexactas como: «Por consiguiente, no hay un *concepto general del Derecho Penal* en el Islam. Los conceptos de culpabilidad y responsabilidad penal están poco desarrollados...» (6).

La finalidad de la presente aproximación no es otra que señalar la existencia de vastos campos muy poco explorados. Es especialmente en la

(3) HICHEN DJAIT: *L'Europe et l'Islam*, París 1978 (citado por Goytiso en *op. cit.* en la nota 2: «Cara y cruz del moro en nuestra literatura», pp. 24 y 25).

(4) CHRIS HORRIE y PETER CHIPPINDALE: *¿Qué es el Islam?* (traducción y adaptación de Fernando Santos Fontenla), Madrid 1994, p. 85.

(5) Hay que destacar, sin embargo, la reciente publicación de un gran clásico de la ciencia jurídica española, el *Compendio de Derecho Islámico* [Risala fi-l-Fiqh], de Ibn Abi Zayd Al-Qayrawani (edición de Jesús Riosalido), Madrid 1993.

(6) JOSEPH SCHACHT: *Introduction au droit musulman*, París 1983, p. 160.

esfera de los derechos humanos en la que los ataques al Islam suelen centrarse, pero tales ataques se basan con frecuencia en simples prejuicios. Con todo, antes de abordar el examen de algunos aspectos concretos relacionados con el Derecho Penal, resulta indispensable recordar algunos de los aspectos básicos que inspiran el Derecho islámico.

II. EL DERECHO ISLÁMICO

Es necesario tener presente que «el Islam no es simplemente un sistema de creencias sino una forma de vida integrada, basada en la justicia económica y social. Por ello, trata de ofrecer un marco en el que las necesidades complejas y contrapuestas de individuos y sociedad puedan satisfacerse justamente» (7). Dentro de ese sistema, la *Shari'a*, es decir, el Derecho, «se encuentra en el centro mismo del Islam» (8).

¿Cuáles son las fuentes del Derecho islámico? (9).

A) *El Corán* (10). Para todos los musulmanes, es decir, para la cuarta parte de la Humanidad (11), es la palabra de Dios revelada por el ángel Gabriel a Mahoma y comunicada a los hombres, y constituye la fuente de Derecho suprema, a la que todas las demás se subordinan. Consta de 114 suras o capítulos y de 6.342 versículos, que regulan la vida política, social, familiar y religiosa, y de los que sólo unos 300 se ocupan de cuestiones estrictamente jurídicas y unos treinta de cuestiones penales. Sus preceptos están formulados de una manera abierta, lo que permite su aplicación a situaciones nuevas, y su interpretación corresponde a los *'alim* (ulemas).

B) *La Sunna* (12). Son los hechos, palabras y escritos del profeta Mahoma, transmitidos por tradición auténtica, primero oral y luego escrita.

(7) CHERIF BASSIOUNI: Prólogo a la obra de MATTHEW LIPPMAN, SEAN McCONVILLE y MORDECHAI YERUSHALMI: *Islamic Criminal Law and Procedure*, Nueva York/Westport (Conn.)/Londres 1988, p. x.

(8) M. B. HOOKER: *Islamic Law in South-East Asia*, Singapur 1984, p. 5.

(9) Véase, en general, LIPPMAN, McCONVILLE y YERUSHALMI: *Op. cit.* en la nota 7, pp. 29 y ss.; y NAGADY SANAD: *The Theory of Crime and Criminal Responsibility in Islamic Law: Shari'a*, Chicago 1991, pp. 38 y ss.

(10) Véase el estudio de RÉGIS BLACHÈRE: *Le Coran*, París 1966; Blachère es también autor de excelentes traducciones del Corán (París 1951-1953 y 1957). En español puede consultarse la moderna traducción de Julio Cortés (Barcelona 1986) o la más antigua de J. Vernet (Barcelona 1963).

(11) En el mundo hay unos mil millones de musulmanes. Normalmente se piensa sólo en los países árabes, pero en Indonesia, por ejemplo, hay más musulmanes que en todos los países árabes juntos.

(12) La palabra «Sunna» significa realmente costumbre ancestral y consagrada.

Su fuerza obligatoria se basa en el Corán: «Tomad cuanto os dé el Mensajero y absteneos de cuanto él os prohíba» (13). Sus pasajes o *hadith* («dichos») (14) aclaran y complementan el Corán, que prevalece siempre en caso de aparente contradicción.

El Corán y la Sunna son las dos fuentes principales del Derecho islámico. Sin embargo, después de la muerte del Profeta surgieron situaciones nuevas o dudas interpretativas, lo que hizo imprescindible recurrir a dos nuevas fuentes.

C) *El consenso (iyma)*. Es el acuerdo general de los juristas islámicos con respecto a casos concretos. Su apoyo se encuentra en el Corán mismo y, más específicamente, en algunos *hadith* que recogen palabras del Profeta; por ejemplo: «Mi nación no podrá convenir unánimemente en el error» o «Todo lo que los musulmanes consideren bueno será bueno a los ojos de Dios» (15) Sin embargo, a diferencia de los preceptos contenidos en las dos fuentes anteriormente citadas, la *iyma* puede variar con el tiempo.

D) *La analogía*. El razonamiento análogo (*qiya*) es la cuarta y más controvertida de las fuentes del Derecho islámico. Algunos autores la identifican con la *iytihad* (literalmente, «esfuerzo») (16), es decir, la interpretación individual por el jurista de las fuentes tradicionales de la *Shari'a*. Sin embargo, la *qiya* o analogía consiste realmente en aplicar un precepto del Corán o la Sunna a un caso no previsto en ellos, pero similar a otros casos previstos. Tiene su respaldo legal en un *hadith* que cuenta cómo Mahoma manifestó su aprobación a un seguidor que, preguntado qué haría de no encontrar orientación en el Corán o la Sunna, respondió que «no vacilaría en llegar a una decisión utilizando su propio juicio» (17).

En realidad, la analogía (en Derecho, del principio al caso concreto; en Teología, de lo conocido a lo desconocido) constituye, en la cultura árabi-goislámica, el método científico por excelencia. Sometida a condiciones

(13) *Surat al Hashr*, LIX, 7.

(14) Hoy se denomina *al-Hadith*, normalmente traducido por «la tradición», al conjunto de elementos que sirven de base a la *Sunna*.

(15) Véase MUHAMMAD SALLAM MADKUR: *Madjal al-Fiqh al-Islami* (Introducción a la jurisprudencia islámica), El Cairo 1966, p. 223 (citado por Osman ABD-EL-MALEK AL-SALEH: «The right of the individual to personal security in Islam», en CHERIF BASSIOUNI (recop.): *The Islamic Criminal Justice System*, Londres/Roma/Nueva York 1982, p. 88).

(16) Por ejemplo, AL SALEH: *Op. cit.* en la nota 15, p. 88. Véase también SANAD: *Op. cit.* en la nota 9, p. 40.

(17) Véase TAYMOUR KAMEL: «The principle of legality and its application in Islamic criminal justice», en BASSIOUNI: *Op. cit.* en la nota 15, p. 154.

muy estrictas de validez (la analogía entre dos términos sólo es válida si son de la misma naturaleza; la analogía entre dos términos de la misma naturaleza sólo es válida si tienen en común un elemento esencial), los juristas abusaron de ella históricamente, sin respetar esas condiciones, lo que llevó a su condena por el cordobés Ibn Hazm (18).

En cualquier caso, ni el consenso (*iyma*) ni la interpretación individual (*iytiḥād*) o el razonamiento analógico (*qiya*) son fuentes autónomas de la *Shari'a*. Los chiitas no las admiten y, en algunas épocas históricas, su utilización ha sido rechazada también por los sunnitas, como intromisión humana en la ley divina. Sin embargo, parecen un medio indispensable para que la *Shari'a* pueda adaptarse a unas sociedades en evolución.

Hay otras fuentes de Derecho complementarias, de las que las principales son la costumbre local (*al-'urf*), la desviación del precedente jurisprudencial en aras de la equidad (*al-istihsan*) y, sobre todo, las necesidades del interés público (*al-istislah*). Estas necesidades llevaron pronto a la creación de tribunales, especialmente de carácter mercantil o penal, que no aplican la *Shari'a* (aunque no deban contradecirla) sino un Derecho muchas veces inspirado en modelos occidentales (19).

III. EL DERECHO PENAL ISLÁMICO

Resultaría inútil tratar de resumir en pocas páginas las características del Derecho Penal islámico y los principios en que se inspira. Como el propósito aquí es sólo examinar algunos de sus aspectos sustantivos y procesales en relación con los derechos humanos y, especialmente, con el principio de legalidad, bastará una descripción rápida de sus rasgos esenciales.

En primer lugar, es necesario destacar que las normas penales no tienen sólo carácter jurídico, sino también moral y religioso (20). Por ello, el Derecho Penal defiende los valores morales de la comunidad musulmana (*umma*) y no prevé sólo castigos terrenales sino también eternos, siendo en definitiva cada individuo su propio juez. La llamada «teoría de los intereses

(18) Véase MOHAMMED ABD AL-JABRI: *Introduction a la critique de la raison arabe*, París, 1994, pp. 40 y ss.

(19) Véase BRYANT W. SEAMAN: «Islamic Law and Modern Government: Saudi Arabia Supplements the Shari'ia to Regulate Development», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. XVIII, 1979, pp. 413 y ss.

(20) Véase M. SALIM AL-AWA: *The Basis of the Islamic Criminal Law*, El Cairo 1979, págs 62 y 63.

protegidos» define los objetivos de la *Shari'a*: «1) la libertad de religión (que implica para los musulmanes la de practicar el Islam, para los no musulmanes la de convertirse a él, y para los cristianos y judíos la de practicar su propia fe); 2) la preservación y protección de la persona (seguridad física y autoconservación); y 3) la libertad mental (que comprende todas las libertades relacionadas con las funciones de la inteligencia, como la libertad de pensamiento, expresión, adquisición de conocimientos y educación); 4) el derecho a procrear (que abarca el de contraer matrimonio, tener una familia y llevar una vida familiar); y 5) el derecho a la propiedad (su adquisición, conservación y disposición)» (21).

La teoría de la pena (lo mismo que, en el terreno procesal, la de la prueba) está muy desarrollada en el Derecho islámico, y las penas previstas se dividen en dos grupos que tienen orígenes distintos: la venganza privada, y el castigo de los actos contrarios a la religión o a la disciplina militar. Los primeros tuvieron por objeto moderar la ley del Talión, evitando las venganzas sin fin frecuentes en tiempos de Mahoma; los segundos corresponden hoy únicamente a los actos contra la religión y, por su gravedad, son los que más dificultades plantean desde el punto de vista de los derechos humanos. Esos castigos, estrictamente reglados, se llaman *hudud* (plural de *hadd*), y consisten en la pena de muerte (por lapidación, crucifixión o la espada), la amputación de una mano, de un pie o de ambos, y la flagelación (22).

El catálogo de los siete delitos que se castigan con tan severísimas penas resulta sorprendente para una mente occidental: robo (*saraqah*), adulterio y fornicación (*zina*), difamación (*qazaf*), asalto a mano armada (*haraba*), consumo de alcohol (*jamr*), apostasía (*riddah*) y rebelión (*baghi*). Razones históricas justifican esa agrupación heterogénea.

Por el contrario, el tratamiento dado a los delitos llamados *qisas*, básicamente homicidios, lesiones y daños a la propiedad, es muy distinto, ya que no son perseguibles de oficio y, cualquiera que sea la responsabilidad a que den origen (*talión, precio de sangre o daños y perjuicios*), su castigo corresponde a los particulares, y el Derecho islámico clásico se limita a garantizar y poner límites a la venganza privada.

Por último, hay disposiciones que no pueden ser incluidas en ninguna de esas dos grandes categorías y, sobre todo, es esencial el papel desempeñado por el *ta'azir*, es decir, el castigo discrecional (siempre menos

(21) AL-SALEH: *Op. cit.* en la nota 15, p. 83.

(22) Véase, en general, SCHACHT: *Op. cit.* en la nota 6, pp. 147 y ss.

severo) que impone el juez (*qadi*) cuando los actos juzgados no revisten gravedad o ésta no ha podido ser plenamente probada.

Indudablemente, el problema principal en relación con los derechos humanos lo plantean los llamados delitos *hudud*, con sus correspondientes sanciones corporales. En este sentido, la posición de muchos jurisconsultos musulmanes resulta contradictoria. En primer lugar, defienden esos castigos por su poder disuasorio: las estadísticas muestran —dicen— que las sociedades islámicas tienen niveles de delincuencia muy inferiores a los del llamado mundo occidental. (A eso se podría aducir que, si es verdad que las tasas de delincuencia son más bajas en los países musulmanes que en otros países (23), no está demostrado que ello se deba al efecto disuasor de tales castigos, y más bien podría pensarse que la causa son factores como los fuertes lazos familiares, la educación, los principios religiosos y los valores éticos).

En segundo lugar, esos castigos corporales se defienden como beneficiosos para los propios condenados, al facilitar su arrepentimiento e integración en la sociedad. La aplicación de penas corporales permite al delincuente reanudar inmediatamente sus actividades, y no le impide mantenerse a sí mismo ni mantener a su familia. Por el contrario, las penas de prisión —dicen—, no sólo ocasionan cuantiosos gastos al Estado, sino que corrompen y deshumanizan al delincuente y, al destruir la unidad familiar, pueden inducir a otros miembros de la familia al delito (24).

Finalmente, en obvia contradicción con los dos argumentos anteriores, muchos juristas árabes aducen como justificación del mantenimiento de esos castigos su rara aplicación en la práctica. La razón es que el sistema de prueba estrictamente reglada de la *Shari'a* hace que algunos de esos delitos resulten casi imposibles de probar con el grado de certeza exigida, ya que el principio *in dubio pro reo* juega en el Derecho Islámico un papel mucho más importante aún que en el occidental. El Profeta dijo: «No castigáis en caso de duda. Liberad al acusado siempre que sea posible, porque preferible es que el gobernante se equivoque en el perdón a que se equivoque en el castigo» (25).

(23) Véase el «Informe de la Reunión Preparatoria Regional de Asia Occidental para el Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente» (A/CONF.169/RPM.5), párrs. 7, 69 y 70.

(24) Véase ALY ALY MANSOUR: «Hudud Crimes», en BASSIOUNI: *Op. cit.* en la nota 15, p. 200.

(25) Véase MUHAMMAD ABU ZAHRAH, *Al-Jarimah wa-al-'Uqubah fi al-Fiqh al-Islami* (Crimen y castigo en la jurisprudencia islámica), El Cairo 1974, pp. 218 y ss. (citado por AL-SALEH: *Op. cit.* en la nota 15, p. 67).

Hay que reconocer, sin embargo, que, por grande que sea la habilidad dialéctica de los juristas islámicos, los castigos *hudud* impuestos en la *Shari'a* para una serie de delitos considerados como muy graves resultan incompatibles con los principios que inspiran el Derecho Penal contemporáneo en la mayoría de los países y, en definitiva, con los derechos humanos. Por ello, la solución del problema debe ser necesariamente la que, en la práctica, ha adoptado hace años la mayoría de los países musulmanes y que consiste, sencillamente, en no aplicar esos castigos, sustituyéndolos por penas *ta'azir*. El Corán mismo y, desde luego, la Sunna ofrecen amplia justificación para ello.

En cualquier caso, y a fin de relativizar los prejuicios que la vigencia, al menos teórica, de esos castigos pudiera producir, se podría señalar que el horror que puede sentir un jurista occidental ante la idea de la mano cortada de un ladrón no es mayor que el de un jurista musulmán al saber que, en algunos Estados norteamericanos se puede condenar a muerte a un menor de edad o un disminuido mental.

IV. EL DERECHO PENAL ISLÁMICO EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

La teoría y la práctica del Islam no coinciden en el mundo contemporáneo, a diferencia de lo que ocurría en tiempos de Mahoma y de los cuatro califas que lo sucedieron (los «bien inspirados»), durante la llamada época del «auténtico Islam». La expansión del Islam y la evolución de los tiempos plantearon problemas que no era posible resolver exclusivamente aplicando las fuentes tradicionales y, por otra parte, la *Shari'ia* da al gobernante amplios poderes para hacer cumplir la ley, velar por la seguridad pública y mantener el orden social, lo que, como queda dicho, llevó a establecer tribunales seculares denominados *mazalim* (apelación), con atribuciones en materia penal y fiscal (26). Esos tribunales seguían un procedimiento más flexible y rápido, resultaban más eficaces y acabaron convirtiéndose en tribunales de apelación contra las decisiones de los *qadis* o jueces religiosos tradicionales.

Hoy hay veintitantos países en el mundo que se proclaman islámicos, pero puede decirse que ninguno de ellos (ni siquiera el Irán) aplica exclusivamente la *Shari'a* y, por otra parte, las diferencias entre sus sistemas judiciales son importantes. En efecto, hay que tener en cuenta, en primer

(26) Véase MALISE RUTHVEN: *Islam in the World*, Nueva York 1984, p. 179.

lugar, la división esencial de los musulmanes en chiitas y sunnitas, cuya principal divergencia (en contra de lo que a veces se cree) no es fundamentalmente teológica sino política. Para los primeros, que representan sólo del 10 al 15% de los musulmanes, un gobernante legítimo debe ser descendiente de Mahoma y su elección es de origen divino; para los segundos, alrededor del ochenta y tantos restante, la designación del gobernante, que no tiene carácter teocrático, corresponde libremente al pueblo. Por otra parte, entre los sunnitas hay cuatro escuelas de pensamiento, impropriadamente llamadas «ritos» (shafi'í, hanafí, malikí y hanbalí), que interpretan de formas diferentes a ley islámica y han influido de formas diversas en los distintos Estados. Por último, es preciso tener en cuenta que, desde el siglo XIX, la mayoría de los países islámicos promulgaron códigos de derecho penal inspirados en modelos europeos. Todo ello hace que la situación real del Derecho Penal islámico deba considerarse Estado por Estado (27). La tensión hacia la Unidad, consecuencia de la Unicidad de Dios, está en el principio mismo del Islam, pero «el Islam es sociológica, histórica y geográficamente plural» (28).

En general, el problema del Derecho Penal islámico en el siglo XX ha sido cómo lograr la síntesis entre la *Shari'ia*, profundamente arraigada en el alma religiosa del musulmán, y un Derecho Penal occidental, mejor adaptado a los tiempos modernos pero extraño a las creencias de la mayoría de la población. Muchos juristas islámicos creyeron que «era mejor dejar que la *Shari'ia* fuera desapareciendo tranquilamente de la práctica jurídica en lugar de tratar de aplicar la cirugía radical de sus principios que exigían las circunstancias» (29). Sin embargo, en los últimos decenios, como consecuencia de la creciente oposición al dominio de Occidente y del fracaso, en el contexto islámico, de unas instituciones políticas, sociales y económicas importadas, se ha producido en muchos países una fuerte reacción que, en sus formas más extremas, rechaza totalmente los modelos occidentales y reconoce únicamente el Corán y la Sunna como fuentes de Derecho (30). La oposición entre ese «islamismo» que preconiza el regreso a unos orígenes muchas veces idealizados y un nacionalismo laico que pre-

(27) Véase SANAD: *Op. cit.* en la nota 9, pp. 21 y 22.

(28) BRUNO ÉTIENNE: *L'Islamisme radical*, París 1987, p. 21. Este estudio es indispensable para comprender los problemas planteados por las tendencias integristas y el nacionalismo árabe.

(29) NOEL J. COULSON: *A History of Islamic Law*, Edimburgo 1964, p. 161.

(30) Véase al respecto LIPPMAN, McCONVILLE y YERUSHALMI: *Op. cit.* en la nota 7, pp. 103 y ss.

tende romper con la tradición como precio para ingresar en la modernidad es la gran tragedia del Islam de hoy. Pero se han hecho intentos muy valiosos para superar esa antinomia (31).

V. EL ISLAM Y LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los aspectos más ignorados del Islam es su preocupación por los derechos humanos, que se remonta a épocas en que el concepto mismo de tales derechos era desconocido en Occidente. El Corán ordena que la justicia no discrimine por razones de religión, raza, color, parentesco e, incluso, hostilidad (32). Y en los juristas de distintas épocas no es difícil encontrar desarrollos de ese principio que sorprenden por su modernidad. Así, por ejemplo, el granadino Al-Shatibi —que, en la línea averroísta, renueva la teoría de las fuentes del Derecho a finales del XIV, sustituyendo la analogía por la intención del legislador (reflejo del interés público)—, enumera los cinco intereses vitales del hombre que la Ley debe proteger: la preservación de la vida, la salud mental, la especie, la propiedad y la religión (33).

El párrafo primero a la introducción a la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos, formulada por iniciativa del Consejo Islámico de Europa y proclamada el 19 de septiembre de 1981 en París (34), dice: «El Islam dio a la Humanidad un código ideal de los derechos humanos hace catorce siglos. Esos derechos tienen por objeto conferir honor y dignidad a la Humanidad y eliminar la explotación, la opresión y la injusticia». Y su párrafo tercero: «Los derechos humanos, en el Islam, son parte integrante del conjunto del orden islámico y todos los gobernantes y organismos musulmanes deben aplicarlos, según su letra y espíritu, en el marco de ese orden» (35).

(31) Desde el punto de vista filosófico, resulta especialmente interesante la posición de Al-Jabri. Para este autor, la posibilidad de superar el dilema se encuentra en el pensamiento clásico de Al-Andalus y, concretamente, en Averroes. Lo importante sería «superar esa comprensión de la tradición encerrada en la tradición, para elaborar una comprensión moderna y una visión actual de la tradición» (*Op. cit.* en la nota 18, p. 24).

(32) Véase KAMEL: *Op. cit.* en la nota 17, p. 160.

(33) Véase AL-JABRI: *Op. cit.* en la nota 18, p. 150.

(34) Esa Declaración es el segundo documento fundamental publicado por el Consejo Islámico de Europa para señalar el comienzo del siglo XV de la Era Islámica. El primero fue la Declaración Islámica Universal, proclamada en Londres en 1980.

(35) El texto francés de la Declaración, cuyo original es árabe, puede consultarse en *L'Islam et les Droits de l'Homme*, París 1984, y figura también como anexo IV de la obra de Étienne citada en la nota 28.

La citada Declaración, en veintitrés apartados, define los derechos humanos inviolables e inalienables que el Islam prescribe: derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a la igualdad y prohibición de toda discriminación, derecho a la justicia, derecho a un proceso justo, derecho a la protección contra los abusos del poder, derecho a la protección contra la tortura, derecho a la protección del honor y de la reputación, derecho de asilo, derechos de las minorías, derecho y obligación de participar en la dirección y gestión de los asuntos públicos, derecho a la libertad de creencias, pensamiento y palabra, derecho a la libertad religiosa, derecho de libre asociación, derechos derivados del orden económico, derecho a la propiedad, estatuto y dignidad de los trabajadores, derecho a la seguridad social, derecho a fundar una familia, derechos de la mujer casada, derecho a la educación, derecho a la vida privada, y derecho a la libertad de desplazamiento y residencia.

El catálogo es completo, pero cada uno de esos derechos exigiría un estudio a fondo que distinguiera su enunciación teórica de su aplicación práctica, analizando además, en cada caso, la situación real en los distintos países. Por lo que se refiere concretamente al Derecho Penal, hay que referirse también a la resolución aprobada en la Primera Conferencia Internacional sobre Protección de los Derechos Humanos en la Justicia Penal Islámica, celebrada en Siracusa (Italia) en 1979, que proclamó que los derechos humanos fundamentales incorporados en los principios del Derecho Islámico comprendían los siguientes derechos del penalmente inculpado:

- «1) derecho a no ser sometido a detención o prisión arbitrarias, tortura o aniquilación física;
- 2) derecho a la presunción de inocencia hasta ser declarado culpable por un tribunal justo e imparcial, de conformidad con el imperio de la Ley;
- 3) la aplicación del principio de legalidad, que comprende el derecho del inculpado a ser juzgado por delitos especificados en el Corán o por otros delitos cuyo significado y contenido claros y bien definidos estén determinados por la *Shari'a* o por un código penal conforme con ella;
- 4) derecho a ser juzgado ante un tribunal competente previamente establecido por la Ley;
- 5) derecho a un juicio público;
- 6) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo;
- 7) derecho a presentar pruebas y citar testigos en su defensa;

- 8) derecho a un abogado libremente elegido;
- 9) derecho a una decisión objetiva, basada en la prueba legalmente admisible;
- 10) derecho a que la decisión recaída sea hecha pública;
- 11) derecho a beneficiarse del espíritu de clemencia y de los fines de rehabilitación y resocialización al examinar la pena que deba ser impuesta; y
- 12) derecho de apelación» (36).

Entre todos ellos, merece consideración detenida el llamado principio de legalidad, y su corolario lógico que es el principio de no retroactividad de la ley penal.

VI. EXAMEN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si hay un principio del que los juristas musulmanes se precien es el de legalidad, es decir, el que proclama que nadie podrá ser castigado por una acción u omisión no declarada expresamente, con anterioridad, criminal y punible. En la Declaración del Consejo Islámico de Europa antes mencionada, ese principio está recogido especialmente en el párrafo a) de su parte IV: Derecho a la Justicia («a) Toda persona tiene derecho a ser tratada de conformidad con la Ley, y sólo de conformidad con la Ley») y en los párrafos c) y d) de su parte V: Derecho a un proceso justo («c) La sanción se determinará de conformidad con la Ley, en proporción a la gravedad del delito y teniendo en cuenta las circunstancias de su comisión», y «d) Ningún acto se considerará delito si no está claramente definido como tal en el texto de la Ley»).

El principio de legalidad se considera básico en el Derecho Islámico, y la mayoría de los Estados musulmanes lo recogen en sus constituciones. Sus juristas afirman la primacía absoluta del Islam en el reconocimiento de ese principio. Así, Al-Saleh, que recuerda que Jiménez de Asúa lo hace remontar a la Magna Carta del rey Juan de Inglaterra en 1215, señala que este último texto no incluye el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, aunque sí otros relacionados con la legalidad del proceso penal, e invoca al respecto la autoridad de Merle y Vitu (37); el principio de lega-

(36) BASSIOUNI: *Op. cit.* en la nota 15, apéndice C, pp. 249 y 250.

(37) Véase ROGER MERLE y ANDRÉ VITU: *Traité de Droit Criminel*, París 1974, p. 103, nota 3.

lidad en Occidente —dicen los juristas musulmanes— no aparece hasta el siglo XVIII, con la Revolución Francesa; en la *Shari'a* islámica, en cambio, la base de ese principio se encuentra claramente en el Corán: «Nunca castigaremos hasta haber enviado un mensajero» (38); «Nunca destruyó el Señor ciudades hasta haber enviado a esas ciudades un mensajero que las admonestara» (39); y «A toda nación se envió un mensajero que las advirtiera» (40).

Con todo, la aplicación práctica del principio de legalidad en el Derecho Penal islámico tropieza con algunas dificultades. No las hay cuando se trata de delitos *hudud* o *qisa*, que se encuentran bien tipificados en el Corán o la Sunna. Sin embargo, las dificultades son indudables cuando se trata de delitos *ta'azir*, es decir, sancionados por el juez con un margen elevado de discrecionalidad. Normalmente no se puede imponer un castigo *ta'azir* salvo cuando el acto sea *per se* contrario a la Ley islámica; no obstante, existe una excepción importante, que es la de que el bienestar o el orden públicos resulten amenazados por la conducta delictiva, aunque ésta no se halle expresamente prevista en la Ley. Tal facultad judicial, existente en el Derecho histórico aunque con importantes restricciones y defendida todavía hoy por algunos juristas, parece incompatible con el respeto del principio de legalidad, y ésta es también la opinión de muchos autores musulmanes (41).

Consecuencia del principio de legalidad es el de la no retroactividad de la ley penal, al que el Derecho islámico concede gran importancia y que se encuentra recogido actualmente en las constituciones de muchos países musulmanes. También en este caso el Islam se anticipó en siglos a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, y también en él su base se encuentra en el propio Corán, que declara no aplicables sus prohibiciones y castigos a los actos cometidos con anterioridad a su revelación. La mayoría de los juristas musulmanes consideran que sólo hay una excepción al principio de irretroactividad, que es la de que la nueva norma establezca una pena menos grave que la anterior (42), lo que está totalmente en línea con el Derecho occidental.

(38) *Surat Bani Isra'il*, XVII, 15.

(39) *Surat al-Qasas*, XXVIII, 59.

(40) *Surat al-Fatir*, XXXV, 25.

(41) En este sentido, AL-SALEH, que hace un examen detenido del problema en *Op. cit.* en la nota 15, pp. 59 y ss.

(42) Véase *Ibid.*, pp. 63 a 65.

VII. CONCLUSIONES

Al terminar este rápido examen, necesariamente superficial, de los derechos humanos en la *Shari'ia* y, más concretamente, en sus sistemas sustantivo y adjetivo de Derecho Penal, no estará de más recordar que, en la resolución ya citada de la Primera Conferencia Internacional sobre la Protección de los Derechos Humanos en el Sistema de la Justicia Penal Islámica, celebrada en Siracusa en 1979, los juristas de 18 países afirmaron la perfecta armonía de los derechos del Derecho islámico con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reflejo de los principios de Derecho Internacional contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y con la Declaración de las Naciones Unidas sobre reglas mínimas uniformes para el tratamiento del delincuente.

El párrafo final de dicha resolución dice así: «Toda desviación de los principios mencionados constituiría una violación seria y grave de la *Shari'ia*, el derecho internacional de los derechos humanos y los principios de derecho internacional generalmente aceptados, reflejados en las constituciones y leyes de la mayoría de los países del mundo» (43).

Ello induce a una última reflexión sobre la intención que ha inspirado el presente trabajo: por un lado, la necesidad de no confundir al verdadero Islam con unos fenómenos violentos y aberrantes que nada tienen que ver con su verdadera esencia y, por otro, la necesidad de estudiarlo a fondo para comprenderlo mejor. Si hay algo que un jurista no puede permitirse es dejarse guiar por unos prejuicios atávicos o, lo que es peor, por los que, quizá de una forma inconsciente, difunden muchas veces los medios de comunicación.

Sirvan estas páginas de modesto homenaje a quien fue siempre ejemplo de juicio sereno y defensor incansable de los derechos humanos.

(43) BASSIOUNI: *Op. cit.* en la nota 15, apéndice C, p. 250.