

## LOS DELITOS ĤUDŪD EN EL DERECHO PENAL DE LOS PAÍSES ÁRABES: REINSTAURACIÓN Y CONTINUIDAD

Juan Manuel URUBURU COLSA  
Universidad de Sevilla

*Resumen:* Hasta principios de la década de los años 70 del siglo XX, el Derecho penal en los países árabes, salvando el caso específico de Arabia Saudí, se había desarrollado conforme a los modelos y principios jurídicos importados de Occidente. Sin embargo, durante el último cuarto del siglo XX una serie de países árabes modificarán radicalmente esta tendencia y darán entrada en sus Ordenamientos Jurídicos a una serie de instituciones de Derecho Penal reconocidas por la Šarī'a como son los delitos ĥudūd. Esto da origen a nuevas realidades y conflictos jurídicos, propios de la implantación de estas normas en un contexto jurídico y político contemporáneo.

*Palabras clave:* derecho penal, países árabes, derecho islámico, codificación.

*Abstract:* Until the early 1970s, criminal law in Arab countries, with the exception of Saudi Arabia, had been developed according to legal principles and frameworks imported from Western countries. However, during the last quarter of the 20<sup>th</sup> century, a number of Arab countries made a radical break from this convention, incorporating into their legal systems a number of Shari'a-recognized elements of criminal law, such as Hudud crimes. The implementation of these elements in a legal and contemporary political context has created novel conditions and legal conflicts.

*Keywords:* Criminal law, Arabic countries, Islamic law, Codification.

### 1. INTRODUCCIÓN

Al igual que ha sucedido en otros ámbitos jurídicos, el Derecho Penal de la Šarī'a surgirá, en lo esencial, a partir de una creación doctrinal fundamentada en ciertos preceptos del Corán y de la Sunna. Esta labor doctrinal, desarrollada a lo largo de siglos dio origen a una teoría estructurada del Derecho Penal que dividía los delitos en diferentes categorías. Una de estas categorías está formada por aquellos delitos cuya pena aparece expresamente prescrita (ĥadd pl. ĥudūd) en las fuentes sagradas de la Šarī'a, o sea, en el Corán y en la Sunna, y precisamente,

por causa de dicha prescripción son denominados por la doctrina jurídica clásica como delitos *Ḥudūd*. A pesar de existir ciertas diferencias doctrinales entre las Escuelas jurídicas clásicas, estas coinciden en incluir dentro de esta categoría los siguientes delitos: las relaciones sexuales ilícitas (*zinā*) así como su falsa acusación (*qadḥ*), el consumo de alcohol (*šarb al-jamr*), el robo (*sāriq*), el asalto en vías públicas (*qaṭ' al-ṭarīk*) y la apostasía (*ridda*)<sup>1</sup>. Esta categoría de delitos se caracteriza en la *Šarī'a* por acarrear severas sanciones que implican, en la mayoría de los casos, castigos físicos tales como la flagelación o la amputación de miembros e incluso la pena de muerte a través de la lapidación o de la crucifixión. Al mismo tiempo estos delitos, están sujetos a estrictos medios de prueba que, en la práctica, hacen que sea difícil la aplicación en juicio de las penas más severas, como las que suponen<sup>2</sup> la muerte del reo.

Los delitos *Ḥudūd* presentan una serie de características que ha hecho de ellos un elemento emblemático de la aplicación *Šarī'a* en un Estado a lo largo de su historia. Junto con la función ejemplarizante que sin duda ejerce la severidad de las penas previstas, estos delitos poseen una legitimidad que ha condicionado su desarrollo a lo largo de la historia de la *Šarī'a*. Al estar prescritos por el Corán y por la Sunna, la regulación de estos delitos escapa a la disposición de los hombres y pasan a ser considerados como un Derecho de Dios (*Ḥaqq Allah*). Por ello, por definición ni el propio delito ni la aplicación de las penas prescritas son susceptibles de perdón o de modificación por parte de los poderes públicos.

Esta doctrina ha conocido un desarrollo particular en los países árabes a partir de finales del siglo XIX y durante el siglo XX coincidiendo con el periodo de formación y desarrollo del Derecho Penal en los estados árabes contemporáneos surgidos tras el periodo de colonización europea. Se trata de un desarrollo que nos proponemos analizar en este trabajo, partiendo de una hipótesis básica, como es la de la íntima conexión existente entre los procesos políticos vividos en los Estados árabes contemporáneos y la postura del legislador árabe ante la cuestión de los delitos *Ḥudūd* dentro de los ordenamientos jurídico-penales contemporáneos.

Para ello, analizaremos, en primer lugar, el proceso de asimilación de los principios y normas del derecho penal de las potencias colonizadoras en los Estados árabes que llevaría a la supresión de esta categoría delictiva. Seguidamente analizaremos el proceso que ha conducido a la reimplantación de estos delitos, de un modo progresivo, en un conjunto de países árabes. Este proceso será analizado a partir de una distinción entre la situación vivida en aquellos países que reimplantado los delitos *Ḥudūd* a través de su codificación, y la de aquellos que, siguiendo el modelo de Arabia Saudí, han optado por aplicarlos a través del modelo judicial, practicado tradicionalmente.

<sup>1</sup> Cfr. B. Carra de Vaux, J. Schacht, y A.M. Goichon, "Ḥadd", *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Brill, 2004, p. 21-22

<sup>2</sup> Sobre esta cuestión Vid. J. Schacht, *Introduction au Droit Musulman*, París, Maisonneuve & Larose, 1983, p. 147-155.

## 2. DERECHO ISLÁMICO Y CODIFICACIÓN PENAL EN LOS PAÍSES ÁRABES

A lo largo del siglo XIX el derecho penal, al igual que otras ramas de la administración colonial de los territorios árabes, fue afectado tanto por el proceso de occidentalización del imperio otomano como por la progresiva implantación del poder colonial de Francia y de Gran Bretaña.

Pese a responder a diferentes intereses políticos, lo cierto es que, tanto la renovación de las estructuras jurídicas de estos territorios llevada a cabo por la administración otomana como la llevada a cabo posteriormente por las potencias europeas, van a conducir a resultados convergentes desde el punto de vista jurídico-penal.

Por una parte, las iniciativas renovadoras del derecho penal llevadas a cabo por el Imperio otomano durante la segunda mitad del siglo XIX respondían a un doble objetivo. En primer lugar respondían a una necesidad interna de establecer un derecho penal territorial que acabara con el sistema de Tribunales capitulares que eximían a ciudadanos de los países occidentales de la aplicación de la ley penal local<sup>3</sup>. Para este objetivo debía ser negociado un nuevo modelo jurídico que fuera aprobado por las potencias occidentales y que permitiera proseguir con el régimen de relaciones comerciales y diplomáticas existente hasta ese momento. El resultado de esta combinación de factores sería la progresiva implantación de una legislación penal procedente, en su mayor medida del Código penal napoleónico de 1810 y que culminaría con la promulgación del Código penal otomano de 1858 que funcionaría como legislación penal básica, no sólo en Turquía sino también en diversos países árabes sometidos a su control hasta bien entrado el siglo XX, como Jordania, Siria o Líbano.

Por parte de las potencias occidentales, y principalmente de Francia y de Gran Bretaña, el interés era diferente. En estos casos la implantación de los Códigos penales de corte europeo obedecía a la necesidad de reafirmar el control de las nuevas administraciones coloniales sobre los territorios árabes que habían sido arrebatados al imperio otomano y que permitiera la aplicación del principio de territorialidad del derecho penal en dichos territorios, en favor de sus nacionales.

Estas circunstancias, así como el interés de los propios dirigentes árabes en la modernización del Derecho penal en sus países conduciría a la importación de los modelos jurídico-penales de las potencias coloniales. Este proceso se verificaría por primera vez en Egipto con la aprobación del Código Penal de 1883. Este nuevo texto surgirá a iniciativa de las autoridades británicas, tras tomar el

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión, y especialmente en lo que se refiere a los casos del Imperio Otomano y de Egipto, se han escrito numerosos trabajos. Entre los que hemos utilizado como referencia en este estudio podemos citar: K. 'Athamina, "The influences of Western Legal Heritage on Islamic Religious Law in Modern Times", *Yāmi'a*, N° 9, (2005), p. 16-22, G. Baer "The transition from traditional to western criminal law in Turkey and Egypt", *Studia Islamica*, XLV, (1977), 139-158 p., y R. Peters, "Islamic and secular Crimninal law in Nineteenth Century Egypt: The Role and function of the Qadi", *Islamic Law and Society*, 4, 1, (1997), 70-90 p.

control del país en 1875. Durante la primera década tras el establecimiento británico se produjo una codificación del derecho en Egipto a partir de los modelos jurídicos franceses, aplicados durante las anteriores décadas en los Tribunales Capitulares y que serían utilizados para crear una nueva legislación indígena. Fruto de esta corriente codificadora sería la promulgación en 1883 de un Código penal, el cual sería sucesivamente enmendado hasta llegar al Código Penal de 1937, que coincidía con el fin del régimen capitular y el establecimiento de la territorialidad del Derecho Penal en aquel país.

La codificación penal egipcia supondría un precedente fundamental para la aprobación de nuevos Códigos Penales en países árabes sometidos al poder colonial, tal y como sucedió en Sudán con el Código de 1899, en Túnez con el de 1914 o en Irak con el Código de Bagdad de 1917. Estos Códigos representaban una nueva vía para el Derecho penal de los futuros Estados árabes independientes que, no solo les permitiría recobrar paulatinamente la soberanía en sus territorios sino que abría la puerta a la modernización de un Derecho Penal de tradición islámica que había quedado anquilosado y desactualizado con el paso de los siglos.<sup>4</sup> Esta opción por la modernización del Derecho penal resultaría un elemento decisivo a la hora de continuar con la adopción del Derecho penal de tradición occidental en los países árabes tras acceder a su independencia, tanto en los casos en los que esta sería alcanzada de un modo pactado con la metrópoli, caso de Marruecos, Líbano o Kuwait, por citar algunos ejemplos, como en los casos en los que fue precedida de una guerra como en Argelia.

En el campo jurídico, esta importación de elementos del derecho penal de los países europeos supondría, de hecho, la ruptura con muchos de los principios y disposiciones del derecho penal de la Šarī'a en el Imperio otomano, en primera instancia, y en los países árabes, con posterioridad. El sincretismo entre los sistemas jurídico-penales occidentales y la tradición jurídica islámica aportaría, en numerosos casos, un nuevo enfoque de las categorías jurídicas de los delitos dentro de los Códigos Penales de los nuevos Estados árabes frente a su configuración en el Derecho Islámico tradicional.

De este modo, en lo que respecta a los delitos prescritos por la Šarī'a y en particular a los Delitos Ĥudūd, a pesar del carácter emblemático que les otorgaba, tanto su base legal asentada en las disposiciones del Corán y de la Sunna, como la severidad de sus penas, se puede apreciar como en los Códigos Penales de los

<sup>4</sup> Sin embargo, en el caso de Egipto BAER, advierte como durante el siglo XIX, anteriormente al establecimiento de la administración británica, las disposiciones penales de la Šarī'a serán aplicadas de una manera menos rigurosa por parte de los tribunales. Este autor interpreta este hecho como una opción estratégica de las autoridades locales para modernizar la aplicación del Derecho penal antes de proceder a su reforma, cuando señala "since the system of punishment was not very rigid in the past or based on clear principles, and even the shari'a penalties were not scrupulously observed, it was of course easier to deviate from the system than to introduce changes in the character and principles of criminal law". En G. Baer, "The transition from traditional to western criminal law in Turkey and Egypt", en *Studia Islamica*, XLV, (1977), p. 158.

países árabes, serán objeto de un nuevo tratamiento penal que les llevará, bien a ser subsumidos dentro de las categorías de delitos del derecho penal occidental, o bien a desaparecer del ordenamiento jurídico-penal. Esto sucederá, por ejemplo, en el caso del delito de relaciones sexuales ilícitas (*zinā*) que será asimilado a la figura jurídica del adulterio, o en el de falsa acusación de relaciones sexuales ilícitas (*qadf*) que quedará subsumido dentro del delito más general de la falsa acusación. Por su parte, otros crímenes Ḥudūd como la Apostasía (*ridda*)<sup>5</sup> o el consumo de alcohol (*jamr*) dejarán, pura y simplemente, de tener relevancia penal, para quedar ceñidos a un ámbito administrativo o civil, según los casos.

Igualmente los medios de prueba sufrirán modificaciones importantes, como consecuencia de los cambios en la naturaleza jurídica de algunos delitos. Podemos referirnos nuevamente al caso emblemático del delito de relaciones sexuales ilícitas (*zinā*). Dada la gravedad de este delito en el Derecho islámico clásico, que podía implicar la pena de muerte del acusado, la mínima prueba para su constatación en los tratados de *fiqh* era el testimonio de cuatro testigos masculinos que atestiguaran haber presenciado la penetración, la autoconfesión o bien una evidencia circunstancial como era el embarazo de la mujer soltera.<sup>6</sup> Sin embargo la subsunción del delito de *zinā* dentro del tipo delictivo del adulterio supondrá en la mayoría de los Códigos penales árabes adopten los medios de prueba establecidos en los Códigos penales europeos, como son el flagrante delito, el reconocimiento judicial y la existencia de documentos que demuestren el delito<sup>7</sup>

Asimismo, los Códigos Penales de estos países suprimirán, en su mayor parte, las más severas penas establecidas por la legislación penal tradicional islámica ante estos delitos, entre las que se encontraba la lapidación, la amputación y la flagelación, siendo sustituidas por el sistema de penas propio de los derechos penales europeos decimonónicos que incluían penas tales como la pena de muerte por ahorcamiento o fusilamiento, la prisión, los trabajos forzados o el destierro.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> La Apostasía, a pesar de mantenerse en el Código penal otomano de 1858 como delito castigado con la pena de muerte, desaparecerá posteriormente como tal en el Código Penal egipcio de 1883. Este nuevo texto, que serviría en gran medida, como modelo para los posteriores Códigos Penales de los países árabes, respondía a un claro propósito político como era el de establecer el principio de territorialidad penal para todos los ciudadanos, independientemente de su religión, lo que resultaba incompatible con la presencia de un delito dirigido únicamente contra los musulmanes que renegaban de su credo.

<sup>6</sup> Esta prueba solo era admitida por la Escuela malikí. Vid. Mālik, *al-Muwattāʿ*, 41: 8., Beirut, Muʿasasa al-Maʿārif, 2004, p. 429.

<sup>7</sup> Junto a estos medios de prueba, algunos de los Códigos penales más antiguos, como el egipcio de 1937, establecen además, otros medios de prueba más propios de la realidad social del tiempo en el que fueron promulgados como “la presencia de un hombre musulmán en un lugar privado del harém” en el caso del delito de adulterio. *Qānūn raqm 58 li sana 1937 bi iṣḍār qānūn al-ʿuqūbāt*, Art. 276.

<sup>8</sup> Una excepción a esta corriente sería establecida por el Código Penal sudanés de 1925 en el que serán mantenidos los castigos físicos, que revestirán dos modalidades, la flagelación, reservada a los delincuentes mayores de edad de sexo masculino (Art.º 76) y la fustigación, destinada a

Finalmente, se aprecia como los Derechos penales de los países árabes adoptarán el principio de legalidad según el cual ninguna pena podrá ser establecida sin una norma que previamente lo sancione<sup>9</sup>. Este principio se impondrá sobre el sistema penal islámico del ta'zīr, según el cual el Estado disponía de poder discrecional para punir comportamientos que atentaran contra la seguridad del Estado o el Orden Público.<sup>10</sup> Como consecuencia de dicho principio de legalidad, la imposición de la pena queda limitada entre los márgenes establecidos por la ley, restando al juez apenas la capacidad de establecer la gradación de la pena a través del concurso de las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en la Ley.

### 3. LA RESTAURACIÓN DE LOS DELITOS ḤUDŪD EN LOS ESTADOS ÁRABES

El proceso de establecimiento, o de reestablecimiento, si se quiere considerar desde un punto de vista histórico, de los delitos Ḥudūd en el ordenamiento jurídico de ciertos países árabes comenzará a desarrollarse durante el último cuarto del siglo XX y constituirá uno de los procesos más significativos de evolución o de re-evolución (en el sentido más estricto del término) vivido por el Derecho penal de estos países en su, aún corta, historia como Estados independientes.

Este proceso ha avanzado siguiendo dos técnicas jurídicas diferentes que, en cierta medida, representan dos maneras de entender el papel de la Šarī'a dentro del ordenamiento jurídico-penal.

Por una parte, en países como Libia, Sudán, Mauritania o Yemen, el legislador ha optado por incorporar estos delitos en sus ordenamientos penales, a través de su positivación y codificación. Esto ha llevado a crear un nuevo modelo jurídico, un derecho que en sus aspectos sustantivos responde, de forma parcial o completa, a las prescripciones de la Šarī'a, mientras que en sus aspectos adjetivos se integran dentro de un marco jurídico propio de los derechos contemporáneos, en los que la sanción penal queda subordinada al principio de legalidad.

Por otra parte, algunos países del Golfo Pérsico, como Qatar o los Emiratos Árabes Unidos, que han accedido a su independencia a partir de los años 70 del pasado siglo, han optado por seguir en materia de Delitos Ḥudūd el modelo tradicional de la aplicación establecido por la Šarī'a, es decir, a través de la acción de jueces y de tribunales independientes del poder político, lo que se fundamenta a

los delinquentes masculinos menores de edad (Art.º 77). N. Hosni, "La législation pénale dans le monde arabe" *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1, (1967), p. 804.

<sup>9</sup> Este principio, en términos muy semejantes, será insertado tanto en los diferentes textos constitucionales como en los Códigos Penales de los países árabes. Con respecto a los primeros podemos citar entre otras disposiciones constitucionales: Egipto (1980), Art.º 66, Kuwait (1962), Art.º 32, Líbano (1948), Art.º 8, Siria (1950), Art.º 10, Jordania (1952), Art.º 8, Marruecos, (1962), Art.º 10, Túnez (1959), Art.º 7. En M. Mostafa, *Principes de Droit Pénal des pays arabes*, París, L.G.D.J., 1973, p. 21-22.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión Vid. R. Peters, "Islamic and secular criminal law in nineteenth century Egypt: the role and function of the Qadi." *Islamic Law and Society*, 4, 1, (1997), p. 71

través de una remisión legislativa realizada en el texto constitucional o bien en el propio Código Penal. A través de esta vía, estos países mantendrán en su nueva etapa como Estados independientes, una continuidad en el sistema de aplicación del Derecho penal, basado en una ley substancial y procedimental aplicada desde hace siglos en sus territorios. Sin embargo, la iniciativa frustrada de codificación de los delitos Ḥudūd verificada en los Emiratos Árabes Unidos en 1987, muestra que la opción por uno u otro sistema es una cuestión que se encuentra lejos de estar consolidada y que el debate jurídico se mantiene abierto sobre esta cuestión.

### 3.1 La reinstauración de los delitos Ḥudūd

#### 3.1.1 Contexto Histórico

Hasta la década de los años 70 del siglo XX el Derecho penal en los países árabes, salvando la especificidad de Arabia Saudí, se había desarrollado conforme a los principios jurídicos substanciales y procesales creados por los Derechos penales de los países occidentales. Por esta razón, en 1971, dos años después del Golpe de Estado que le llevaría al poder en Libia, el Coronel Qaddāfī causaría una sorpresa general al anunciar el establecimiento de una Comisión encargada de presentar propuestas para la islamización del ordenamiento Jurídico libio, incluyendo la legislación penal. Decíamos que esta iniciativa, causaría una sorpresa general precisamente por surgir en un momento en el que el Derecho Penal islámico parecía, en la mayoría de los países árabes, no ser más que una mera reminiscencia histórico-jurídica

Sin embargo, la iniciativa del gobierno libio, lejos de tratarse de un fenómeno aislado fruto de una de las “excéntricas medidas” que se atribuyen al Coronel Qaddāfī, marcará el inicio de un nuevo movimiento de islamización del Derecho Penal que posteriormente se extenderá durante los siguientes años a otros países árabes como Mauritania, Sudán o Yemen y a otros países islámicos, como Irán, Pakistán, Malasia o Nigeria. En el caso de los países árabes, salvando las lógicas diferencias contextuales en las que estos procesos se desarrollan, existen una serie de elementos que los aproximan.

Por una parte, este movimiento contará con una corriente social de apoyo, presente en amplios sectores del mundo árabe, que se remonta a los primeros años que siguieron a la importación de las normas penales de tradición occidental en los Códigos Penales de los nuevos países árabes independientes. Este brusco cambio en la evolución jurídica de estos países, unido a las propias carencias de los nuevos Estados independientes provocará una respuesta en amplios sectores de las sociedades de estos países. Estos sectores, agrupados en una serie de movimientos, denominados posteriormente “islamistas”<sup>11</sup>, abogarán por una

<sup>11</sup> Sobre el discurso intelectual de apoyo a la reintroducción de los Delitos Ḥudūd, Vid. R. Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law*, Cambridge, University Press, 2005, pp. 142-148.

vuelta a unas costumbres islámicas tradicionales, a su juicio corrompidas durante la colonización extranjera, a través de la restauración de la Šarī'a como medio de moralizar la vida pública y la acción del Estado.<sup>12</sup>

De hecho, esta reivindicación para la restauración del Derecho Penal de la Šarī'a en los países árabes, no se reducirá a un sentimiento popular o asociativo, sino que se trasladará hasta los más altos ámbitos académicos e institucionales, dando lugar a una serie de proyectos de Código Penal en los que se proponen, entre otros aspectos, el establecimiento en su plenitud de las penas para los delitos Hudūd conforme a las prescripciones de la Šarī'a. En el ámbito académico, tal vez la más destacada de estas iniciativas fue la redacción del llamado "Proyecto de Código Penal de al-Azhar" del año 1982. Se trata de una iniciativa que ha de inscribirse en un momento particularmente complejo de la historia contemporánea de Egipto, tras ser expulsado este país de la Liga Árabe en 1978, por causa de la firma de los Acuerdos de Paz con Israel de Camp David, y especialmente, tras el atentado que, en 1981, acabaría con la vida del Presidente al-Sadāt.

Por otra parte, el contexto político en el que surgirá esta islamización del Derecho Penal no responderá a una situación de continuidad o de "desarrollo natural" de los ordenamientos jurídicos de estos países, sino que se encuadran en una lógica revolucionaria de su política legislativa en momentos particularmente convulsos de su historia.

En el caso de Libia, como hemos dicho anteriormente, este proceso nace tras un Golpe de Estado ejecutado en 1969 por un grupo de oficiales, fuertemente influidos por la ideología pan-arabista naserista que acabaría con la monarquía del Rey Idrīs I, acusado de haber dirigido la nación conforme a los intereses de los países occidentales y de haber corrompido la moral pública a través de la adopción de legislación extranjera y ajena a las tradiciones del país. En coherencia con este discurso político, una de las primeras medidas del nuevo gobierno sería la instauración de un comité encargado de presentar propuestas para la introducción de la Šarī'a dentro del Derecho interno.<sup>13</sup> Fruto de los trabajos de este órgano sería la aprobación de una serie de Leyes que, por primera vez en un

<sup>12</sup> En este sentido, ya en 1928, el fundador de los Hermanos Musulmanes, Ḥasan al-Bannā se pronunciaba de un modo claro sobre esta cuestión considerando que: "*En todas las naciones hay aspectos de la vida social controlados por sus gobiernos, regulados por sus leyes y protegidos por sus autoridades, esto hace que cada nación oriental desarrolle por sí misma estas medidas de acuerdo con las prescripciones de la religión y en conformidad con la legislación islámica y sus disposiciones. La aprobación oficial de la prostitución es una señal de vergüenza en la frente de cada nación que valora la virtud – cuánto más en el caso de las naciones islámicas, cuya religión les conmina a combatir la prostitución y a condenar con severidad a los adúlteros (...) Los bares de las calles más emblemáticas de las ciudades y los más elegantes edificios cuyos altos y anchos letreros anuncian bebidas alcohólicas y esos explícitos carteles exponiendo las diversas fuentes de la infamia, rechazados por la religión y, más estrictamente, prohibidos por el Noble Corán*". En Ḥ.al-Bannā, Ma'ymū'a rasā'il al-imām al-šahīd Ḥasan al-Bannā. El Cairo, Ifīṭḥā li-l-našr wa-l-tawzī', (2006), pp. 108-109.

<sup>13</sup> Cfr. R. Peters, "The Islamization of criminal law: a comparative analysis", *Die Welt des Islams*, 34 (1994), p. 255.

país árabe, fuera de Arabia Saudí, volvían a establecer sanciones basados en los castigos físicos ante ciertos delitos ante ciertos delitos Ḥudūd.

En Mauritania, por su parte, la reorientación de su Derecho penal se produce igualmente en el contexto de un Golpe de Estado perpetrado en 1978, que llevaría al poder al Teniente-Coronel Muṣṭafá Ūld Muḥammad al-Sālik. Las nuevas autoridades militares tratarán, desde un primer momento, de atraer a los sectores más tradicionales de la sociedad, que se habían visto marginadas en el anterior régimen, al mismo tiempo que procuraban obtener la financiación y el apoyo internacional por parte de los países musulmanes más tradicionales<sup>14</sup>. En consecuencia, iniciarían una nueva política legislativa dirigida a favorecer la inserción de las disposiciones de la Šarī'a dentro del Ordenamiento Jurídico y que culminaría con la Constitución de 1985 en la que se establece que "*La única fuente de la Ley es la Šarī'a islámica*"<sup>15</sup>. De este modo, y en el seno de esta política, sería aprobado en 1983 un nuevo Código Penal<sup>16</sup> que sustituía a la legislación colonial francesa, aún en vigor, y restauraba las disposiciones del Derecho musulmán de rito malikí en materia de delitos Ḥudūd.

En Sudán, el proceso de inserción de la Šarī'a dentro de su legislación penal también se encuadra en un marco general de política legislativa, dirigido por el Presidente Nimeiri, quien había ascendido al poder en 1969. A lo largo de la década de los años 70, el gobierno de Nimeiri abandonará progresivamente su discurso nacionalista y socialista para sustituirlo por otro de carácter islamista con el objetivo, por una parte de reforzar su base política interna atrayéndose a la rama sudanesa de los Hermanos Musulmanes de Ḥasan al-Ṭurābī, y, por otra, de asegurar el apoyo financiero de Arabia Saudí y de Estados Unidos<sup>17</sup>. Al igual que sucedía en el caso de Libia, el gobierno de Nimeiri, en 1977 crearía un Comité, del cual formaría parte el propio al-Ṭurābī, que tendría como función la de presentar propuestas para la armonización del ordenamiento jurídico con las prescripciones de la Šarī'a.<sup>18</sup> Las propuestas de este comité, junto con la determinación del Presidente Nimeiri dieron su fruto con las llamadas Leyes de Septiembre de 1983, una vasta reforma del Ordenamiento Jurídico que, entre otros aspectos, introducía un nuevo Código Penal, que penalizará la mayoría de los delitos Ḥudūd conforme a las disposiciones de la Šarī'a. Sin embargo este texto penal contaría con la firme oposición de la población de las regio-

<sup>14</sup> Cfr. M. Pastor y M. Villar, (Eds.), *Las ciudades perdidas de Mauritania*, Granada, Fundación El Legado Andalusi, 1996, p. 146.

<sup>15</sup> Cfr. S. Monteillet, « L'islam, le Droit et l'État dans la Constitution mauritanienne » en Centre d'étude d'Afrique noire (ed.): *L'Afrique politique 2002. Islams d'Afrique : entre le local et le global*, París, Karthala, 2003, p. 70.

<sup>16</sup> Mauritania: *Ordonnance 83-162 du 09 juillet 1983 portant institution d'un Code Pénal*.

<sup>17</sup> Cfr. R. Peters, *Crime and punishment in islamic law: theory and practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*. Cambridge. University Press, 2005, p. 164.

<sup>18</sup> Cfr. R. Peters: "The Islamization of criminal law: a comparative analysis", *Die Welt des Islams*, 34 (1994), p. 263.

nes del Centro y del Sur del país, de mayoría cristiana, hasta el punto de que su abolición se convertiría en una condición para un acuerdo de paz que acabara con la contienda civil vivida en aquellas regiones<sup>19</sup>. Este paso sería abortado en 1989 con un nuevo Golpe de Estado apoyado por los partidos islamistas. Una de las consecuencias de la nueva situación política sería la profundización de la vía de islamización del Derecho penal iniciada por el Gobierno anterior, lo que se plasmaría en el nuevo Código Penal de 1991 que representa el actual marco penal vigente en aquel país.

Finalmente, en Yemen, la implantación del Derecho Islámico como base de su regulación penal, hunde sus raíces en el conturbado proceso que condujo a la constitución de la actual República de Yemen, en 1990.

En este sentido, la diferente orientación política que adoptarán las dos Repúblicas yemeníes durante el periodo de división, va a incidir directamente en la orientación de su Derecho Penal. Por una parte, la República Árabe de Yemen, establecida en el Norte del país desde 1962, tras la deposición del antiguo Imanato, va a mantener, en gran medida, intacto el sistema de justicia penal heredado del Régimen anterior. Esta orientación responde a diversos factores entre los que se puede destacar el propio aislamiento de una región, montañosa y de difíciles comunicaciones con el exterior, así como su juego de alianzas internacionales en su enfrentamiento con el Sur, que le llevaría a valerse del apoyo de Arabia Saudí y de Estados Unidos. En consecuencia, la legislación penal se mantendrá sin codificar y materias tales como los delitos *Ḥudūd* serán resueltas por los Tribunales locales mediante la aplicación de la *Šarī'a*.

Por su parte, en la zona sur del país, sobre la que en 1967 sería declarada la República Popular Democrática del Yemen se partía de una tradición jurídica diferente. Este territorio, y especialmente la zona de Adén, fue tradicionalmente una región de influencia de Gran Bretaña por su condición de escala en su ruta hacia la India. Como consecuencia de ello, el Sur de Yemen tendrá una tradición de Derecho Penal codificado y de influencia occidental que se extenderá desde que, en 1937, le fuera otorgado el Código Penal anglo-indio. Tras la retirada británica y la constitución de la República Popular Democrática, el nuevo Estado adoptaría una ideología oficial de carácter socialista que se reflejará en su legislación. Así, en 1976 sería promulgado un Código Penal marcado por la influencia por el Derecho Penal soviético. Esta orientación conllevará un mayor alejamiento entre los sistemas jurídicos penales de ambos Estados, lo que se reflejará claramente en la cuestión de los delitos *Ḥudūd*. Esta categoría jurídica no tiene relevancia alguna para el legislador de Yemen del Sur. De este modo, ante cuestiones emblemáticas como son las relativas al delito de relaciones sexuales ilícitas —*zinā*—, el Código Penal del Yemen del Sur no establecerá ninguna sanción para las relaciones sexuales extramatrimoniales, ya fueran adúlteras o

<sup>19</sup> Cfr. A. Hassan, "History of law reform in Sudán", *Redress*, Paper February, (2008), p. 7.

no.<sup>20</sup> De este modo, esta República se convertiría en el primer Estado árabe que se sumaba a la corriente internacional de países que establecían la despenalización de las relaciones sexuales consentidas entre adultos, independientemente de su Estado Civil; una corriente representada inicialmente por los países socialistas y por los escandinavos y hoy día en clara expansión.<sup>21</sup>

Sin embargo, tras la reunificación del país en 1990 se procedería a la implantación de un sistema jurídico único para todo el país que acabaría con aquella experiencia pionera en el Derecho Penal. Factores tales como el establecimiento de un sistema democrático en una situación de desequilibrio demográfico a favor del Norte, favorecerían la progresiva implantación de la legislación de aquel territorio en todo el país, lo que contribuiría a desencadenar a una breve guerra civil, en mayo de 1994, que acabaría con la derrota del Sur.

Tras esta derrota, los modelos legislativos seguidos en el Norte se impondrían claramente en la legislación del Yemen unificado. Esto se verificaría de modo evidente en el nuevo Código Penal de 1994. Se trataba de un texto que, siguiendo la tradición jurídica del Norte, va a resolver una serie de materias penales, como son los delitos Ḥudūd conforme a las disposiciones de la Šarī'a. Sin embargo, y teniendo en cuenta que en el Sur no existían, desde hacía décadas, jueces ni Tribunales especializados en la aplicación de la ley penal islámica, en lugar de realizarse una remisión a este derecho jurisprudencial desde un nivel constitucional como en Arabia Saudí, o legislativo como en Qatar, el legislador yemení hubo de proceder a una codificación o "positivación" este derecho dentro de una serie de capítulos.

### 3.1.2 Marco jurídico

La técnica jurídica utilizada por estos países para la reinstauración de los delitos Ḥudūd en sus ordenamientos jurídicos, esto es, la positivación y codificación de las normas que los regulan, implica el inicio de una nueva manera de aplicar la Šarī'a en los países árabes. Si la aplicación tradicional de la ley sagrada era la jurisprudencia de los cadíes, la técnica legislativa seguida por estos países establece en la práctica un nuevo camino. Este camino es el del establecimiento de una nueva ley que sustantivamente se inspira, de un modo más o menos fiel, en las prescripciones de la Šarī'a tradicional. Pero, al mismo tiempo, estas leyes se integrarán en un marco adjetivo más propio del Derecho Penal contemporáneo. En este sentido, los delitos Ḥudūd serán aplicados conforme al principio de legalidad, esto quiere decir que los tipos delictivos y las penas no podrán ser aplicados a no ser que estén previamente establecidos en normas positivas explícitas.

<sup>20</sup> De hecho este Código se limita a sancionar en su Art. 167 las relaciones sexuales con menores de 16 años con una pena de 3 años de prisión, lo que responde a una lógica diferente del delito de zinā establecido en los demás países árabes.

<sup>21</sup> Sobre esta cuestión Vid. C. Hadjiyannakis: *Les tendances contemporaines concernant la repression du délit d'adultère*, Salónica, Georgiades, 1969, p. 116 y ss.

Este principio, reconocido en los Códigos Penales de estos países en términos semejantes a los descritos<sup>22</sup>, conlleva un importante cambio con respecto a la aplicación tradicional de la Šarī'a que afectará directamente a la regulación de los delitos Ḥudūd. En este sentido, el reconocimiento y punición de estos delitos aquellos países ya no proceden de la labor interpretativa de la Šarī'a realizada por los jueces, sino que se realizará bajo las condiciones establecidas por el legislador en la legislación penal correspondiente.

Esta circunstancia incidirá en tres aspectos fundamentales como son el ámbito material de los delitos Ḥudūd, los medios de prueba y el sistema de penas establecido. Estos aspectos tras su codificación pasarán a adoptar unos contornos concretos que se ajustan a los objetivos buscados por el legislador con la promulgación de estas normas.

En lo que se refiere al ámbito material del delito, y a pesar de que los delitos Ḥudūd no son, en teoría, disponibles por parte del legislador, se puede apreciar la existencia de divergencias relevantes entre la legislación de algunos de estos países y la Šarī'a, a la hora de fijar los delitos sujetos a las penas Ḥudūd. En este sentido, el caso de Libia representa la plasmación de una concepción minimalista de los delitos Ḥudūd. Realmente, a diferencia de otros países que optaron por esta vía, el legislador libio nunca procedió a una reinstauración en bloque de todos los delitos Ḥudūd reconocidos como tales por las escuelas jurídicas islámicas. En su lugar el gobierno libio optaría por ir promulgando progresivamente un conjunto de leyes que complementaban y modificaban determinados aspectos del Código Penal, con el objeto de sancionar aquellos delitos Ḥudūd que poseían una mayor relevancia social. Esta serie de leyes comenzaría en 1972 con la aprobación de una norma que determinaba la pena de amputación ante los delitos de robo y de bandidaje, con base a las disposiciones de la Šarī'a<sup>23</sup>. Este primer paso sería seguido, entre 1973 y 1974, por la promulgación de nuevas normas a través de las cuales se penalizan las relaciones sexuales ilícitas (zinā)<sup>24</sup>, la falsa acusación de este delito (qadf)<sup>25</sup>, y el consumo de bebidas alcohólicas (šarb al-jamr)<sup>26</sup>. Sin embargo, a diferencia de las prescripciones de la Šarī'a y del fiqh malikí, en el que se basa la legislación libia sobre delitos Ḥudūd, el delito de

<sup>22</sup> Mauritania, Código Penal Art. 4º: "Ninguna falta, delito o crimen pueden ser sancionados con penas que no hayan sido establecidas por la ley antes de haber sido cometidos".

Libia, Código Penal Art. 1º: "No hay delito ni sanción excepto tras su promulgación. Art 2º, "Se sancionarán los delitos con base a las leyes vigentes en el momento de su comisión"

Sudán, Código Penal, Art. 4.1º: "No obstante lo dispuesto en el Art. 2º, se aplicará la ley que esté vigente en el momento de la comisión del delito". (Textos originales en árabe. La traducción es nuestra)

<sup>23</sup> Qānūn raqm 148 li-sana 1972 fī šā' n iqāma hadday al-sariqa wa-l-ḥirāba.

<sup>24</sup> Qānūn raqm 70 li-sana 1973 fī šā' n iqāma hadd al-zinā wa ta'dīl ba'd aḥkām qānūn al-ūqūbāt al-lībī.

<sup>25</sup> Qānūn raqm 52 li-sana 1974 fī šā' n iqāma hadd al-qadf.

<sup>26</sup> Qānūn raqm 4 li-sana 1423 fī šā' n taḥrīm al-jamr.

Apostasía (al-*ridda*), sin duda emblemático, pero poco relevante en el contexto social libio, fue ignorado por el legislador.

Igualmente, la extensión de las conductas incluidas en cada tipo penal presenta ciertas variaciones con respecto a las disposiciones clásicas. Así, en el caso del delito de relaciones sexuales ilícitas, el legislador libio se limitará a sancionarlas cuando se producen entre un hombre y una mujer, lo que deja fuera de este tipo delictivo a las relaciones homosexuales. Esta opción del legislador libio no cuenta con una explicación oficial por lo que su interpretación ha sido realizada por la doctrina a partir de meras suposiciones. En este sentido, MAYER achaca esta circunstancia a la presunta tolerancia ante las conductas homosexuales en las sociedades urbanas de Libia y del Norte de África, en general, ante las dificultades económicas y sociales que conlleva la celebración de un matrimonio.<sup>27</sup>

En el caso de Sudán, a pesar de que el Código Penal de 1991 sancionará todos los delitos Ḥudūd prescritos por la Šarī'a, incluyendo el de Apostasía<sup>28</sup>, incluye una importante limitación en su ámbito territorial de aplicación. Así, tras establecer la territorialidad de sus disposiciones, este texto determina que los artículos que regulan los delitos de consumo y comercio de bebidas alcohólicas, apostasía del Islam (Art. 126.1º), relaciones sexuales ilícitas (Art. 146.1º a 3º) y la falsa acusación de este delito (Art. 157º), bandolerismo (Art. 168.1º) y robo (Art. 171º), no serán aplicables en las provincias del sur del país, en las que la mayoría de la población no es musulmana<sup>29</sup>. Se trata de una previsión que, lejos de integrarse en la doctrina seguida por la mayoría de las Escuelas jurídicas clásicas que restringen la aplicación de las penas por ciertos delitos Ḥudūd a los musulmanes, responde en realidad a los términos de un acuerdo de paz alcanzado en 2005 entre el gobierno y el Ejército de Liberación del Pueblo de Sudán para la finalización de la guerra civil que ha asolado estos territorios durante décadas.<sup>30</sup>

En el caso de Mauritania, sin embargo, el Código Penal utiliza una técnica diferente en la determinación de los elementos constitutivos del delito. Siguiendo de un modo más fiel la técnica jurisprudencial del fiqh, el legislador mauritano se limita a determinar las cuestiones relacionadas con los medios probatorios y la ejecución de la pena. Por lo tanto, estas normas serán aplicadas por los tribunales

<sup>27</sup> A. Mayer.: "Libyan legislation in Defense of Arabo-Islamic Sexual Mores", *The American Journal of Comparative Law*, 28, (1980), p. 295-296.

<sup>28</sup> A pesar de que la pena *hadd* por el delito de apostasía del islam no aparecía reconocido en el Código Penal sudanés de 1983 esta ha sido aplicada por los tribunales de aquel país con base al Art. 3º de la Ley de Bases de las Sentencias Judiciales que determina que en caso de ausencia de legislación serán aplicables las prescripciones de la saria. Cfr. R. Peters, "The Islamization of criminal law: a comparative analysis", *Die Welt des Islams*, 34 (1994), p. 265 y A. Hassan, "History of law reform in Sudán", *Redress*, Paper February, (2008), p. 6-7.

<sup>29</sup> Sudán: Código Penal, Art.5.3º

<sup>30</sup> Cfr. A. Hassan, "History of law reform in Sudán", *Redress*, Paper February, (2008), p. 7.

en los casos en los que determinen en cada caso la extensión de los elementos materiales del delito conforme a las disposiciones del fiqh malikí aplicado en aquel país.

Por su parte, en lo que se refiere a los medios de prueba requeridos para la constatación de estos delitos, la legislación de estos países va a presentar significativas modificaciones con respecto a los medios de prueba exigidos por la Šarī'a. Tal y como referimos anteriormente, uno de los ejes que configuraban los delitos Ḥudūd en la Šarī'a era el equilibrio entre la gravedad de las penas y las dificultades en demostrar la existencia del delito, sobre todo en lo relativo a las condiciones de la prueba testifical. Sin embargo, tanto en el caso de Libia como en el de Sudán y Mauritania se establecen una serie de alteraciones que, en cierta medida, alteran aquel delicado equilibrio entre prueba y punición establecido por la Šarī'a. Se trata de unas alteraciones que, por diversas razones de política legislativa, parecen flexibilizar y, por lo tanto, facilitar en estos países la aplicación de las penas por estos delitos.

En este sentido, el Código mauritano reproduce los medios de prueba admitidos por el fiqh malikí, esto es, la prueba testifical, la confesión del autor del delito y la prueba circunstancial, como el embarazo de la mujer soltera, en el caso del delito de zinā, o los síntomas evidentes de embriaguez, en el de consumo de alcohol. Sin embargo, en lo que se refiere a la prueba testifical, ni en Código Penal ni el Código de Procedimiento Penal de 1983 hacen referencia alguna a las características de estos testigos, que en el Derecho clásico debían de tratarse de hombres musulmanes y poseedores de probada rectitud moral —`adāla—. Por ello, la validez de cada testimonio habrá de ser apreciada por el tribunal juzgador caso por caso.

En el caso sudanés, sin embargo, los medios probatorios aparecen minuciosamente regulados por la *Evidence Act*, de 1983, una de las Leyes de Septiembre que acompañaron al Código Penal y que servían como norma adjetiva para su aplicación. Esta norma, a pesar de estar fuertemente inspirada por la doctrina procesal del Derecho islámico clásico, lo cierto es que termina por flexibilizar los rígidos requisitos que aquella establecía para la validez de la prueba testifical en los casos de delitos Ḥudūd. En este sentido, en la *Evidence Act* los requisitos establecidos por la Šarī'a para los testigos, no son los únicos admitidos, contemplándose que el delito sea probado por otro tipo de testigos a discreción del Tribunal, lo que, en la práctica abre el camino para el testimonio de mujeres, por ejemplo<sup>31</sup>. Asimismo, la *Evidence Act*, siguiendo la Escuela malikí, admite igualmente la prueba circunstancial en casos tales como los descritos anteriormente.<sup>32</sup>

Por su parte, en Libia la separación del sistema probatorio de la Šarī'a se presentaría de un modo más acusado ya que se establece, con carácter general, que la doctrina de las Escuelas Jurídicas islámicas será la fuente subsidiaria para las

<sup>31</sup> Sudán: *Evidence Act*, 1983, arts. 77 y 78.

<sup>32</sup> Id. Art. 77.

cuestiones no previstas en aquella norma, pero, seguidamente, se incluye una precisión según la cual las cuestiones procesales de este delito serán reguladas por el Código de Procedimiento Penal, lo que abarca, claro es, la cuestión de los medios probatorios<sup>33</sup>. Esta remisión suponía que el régimen probatorio de los delitos ḥudūd quedaban equiparados al de los demás delitos, sobrepasándose ampliamente el restrictivo campo establecido por la Šarī'a. Sin embargo, en 1998 se aprobaría una enmienda a esta ley según la cual los medios de prueba de los delitos Ḥudūd quedarían restringidos a los establecidos por la Šarī'a, es decir el reconocimiento del acusado o la prueba testifical, a los cuales se le añadiría "cualquier otro medio científico de prueba"<sup>34</sup>. Igualmente, la política de promoción de la aplicación de las penas ante delitos Ḥudūd con mayor trascendencia social, como el de relaciones sexuales ilícitas, aparece reflejado en ciertos aspectos de la regulación de su contraparte, es decir, el delito de su falsa acusación (qadf). Mientras que en la Šarī'a, la dificultad probatoria del zinā amenazaba seriamente al denunciante con incurrir en el delito de falsa acusación, en la legislación libia se encuentran elementos que parecen dificultar la prueba de este delito. De este modo, mientras que la prueba del delito de zinā quedará sometida a los criterios menos exigentes del Código de Procedimiento Penal, en el caso del delito de qadf este solo podrá ser probado por medio de los medios de prueba exigidos por la Šarī'a, es decir, la confesión judicial o el testimonio de dos testigos que reúnan las características morales (ʿadāla) necesarias<sup>35</sup>.

Por último, en lo que se refiere a las penas previstas por estos delitos, a pesar de estar en las legislaciones de estos países claramente inspirada en las prescripciones de la Šarī'a, se pueden apreciar ciertos elementos que tratan de integrar estas penas, en cierta manera, dentro de los patrones del Derecho Penal contemporáneo.

Esto se aprecia, en primer lugar, en la edad mínima para la plena imputación de responsabilidad penal. A pesar de que la doctrina de las Escuelas Jurídicas clásicas la plena responsabilidad penal se adquiriría a partir de la pubertad, en algunos de estos países la legislación penal eleva este mínimo hasta los 18 años, lo que exime a los menores de esta edad de la aplicación de las penas Ḥudūd, siendo sustituidas por penas de prisión atenuadas<sup>36</sup>. Esta medida aparece, dispuesta de modo inequívoco en la legislación de Libia y de Mauritania, países que eximen de las penas Ḥudūd a los menores de 18 años, mientras que en Yemen se aplica un principio general por el cual todas las penas impuestas a menores de 18 y mayores de 15 quedan reducidas a la mitad mientras que la pena de muerte es

<sup>33</sup> Qānūn raqm 70 li-sana 1973 fī shā'n iqāma hadd al-zinā wa ta'dil ba'd ahkām qānūn al-ʿuqūbāt al-libī Art. 10.

<sup>34</sup> Id. Art. 6.

<sup>35</sup> Qānūn raqm 52 li-sana 1974 fī šā'n iqāma hadd al-qadf. Art. 5.

<sup>36</sup> Mauritania, Código Penal, Art. 63, Yemen, Código Penal, Art. 31, Libia, Qānūn raqm 70 li-sana 1973 fī shā'n iqāma hadd al-zinā (...), Art. 2.2, Qānūn raqm 52 li-sana 1974 fī šā'n iqāma hadd al-qadf., Art. 3.

sustituida por una pena de prisión. Una excepción a esta tendencia se encuentra en Sudán, donde legalmente tiene acogida la aplicación de las penas Ḥudūd a los menores de edad, incluyendo la pena de muerte. A pesar de la oportunidad para su abolición que ofrecía la Constitución de 2005, que establece, con carácter general, la aplicación de la pena capital a los menores de 18 años, este texto acabó por recoger una excepción a este principio, según la cual los Delitos Ḥudūd quedan excluidos de esta abolición.<sup>37</sup>

En segundo lugar, esta tendencia de “modernización” se revela en el propio sistema de penas previsto en la legislación de estos países. En este sentido, mientras en Mauritania, Yemen y Sudán se reproduce, en líneas generales, el sistema de penas prescrito por la Šarī’a, es en Libia en donde se produce una desviación más evidente con respecto a dicho sistema. Así el legislador libio limita los castigos físicos ante los delitos Ḥudūd previstos a la pena de flagelación, prescindiendo, por lo tanto, de castigos físicos más severos previstos por la Šarī’a como la muerte por lapidación en los delitos de zinā, la amputación sucesiva de miembros en los delitos de robo o la crucifixión en los de asalto en vías públicas. Igualmente, la aplicación de la pena de flagelación ha de realizarse en presencia de un representante del Ministerio Público y bajo la supervisión de un médico, mientras que la amputación de miembros se realiza en un quirófano y bajo anestesia. Asimismo, la legislación libia evita, en los casos de mayor repercusión en la sociedad, la aplicación de los castigos físicos más severos, como la lapidación en el caso del delito de zinā, o la flagelación en el caso de consumo de alcohol. Así en las relaciones sexuales ilícitas deja de tener relevancia jurídica la tradicional agravante del iḥṣān y el castigo físico se reduce a la flagelación, a la que se le podrá sumar una condena de cárcel<sup>38</sup>, mientras que en los delitos relacionados con el consumo, venta, distribución, etc. de bebidas alcohólicas la pena de flagelación es sustituida por pena de cárcel y multa<sup>39</sup>.

Estas circunstancias parecen revelar, en algunos aspectos, una contracción de algunos criterios establecidos en la Šarī’a, mientras que en otros se aprecia una expansión de aquellos. Estos procesos parecen estar vinculados a una serie de objetivos de política legislativa. Así, la extensión de los medios de prueba facilitará la aplicación de las penas Ḥudūd por parte de los Tribunales<sup>40</sup>, mientras que

<sup>37</sup> The Interim National Constitution of the Republic of Sudán 2005, Art. 36: “No death penalty shall be imposed, save as retribution, hudud or punishment for extremely serious offences in accordance with the law. The death penalty shall not be imposed on a person under the age of eighteen or a person who has attained the age of seventy except in cases of retribution or hudud”.

<sup>38</sup> Qānūn raqm 70 li-sana 1973 fī shā’n iqāma hadd al-zinā wa ta’dīl ba’d ahkām qānūn al-’uqūbāt al-libī Art. 2.1.

<sup>39</sup> Qānūn raqm 4 li-sana 1423 fī šā’n taḥrīm al-jamr, Arts. 4-6

<sup>40</sup> En este sentido, PETERS cita un conjunto de informes periódicos de Amnistía Internacional que revelan como la aplicación de las penas Ḥudūd que implicaban castigos físicos menos severos, como la flagelación, avanzó a un ritmo vigoroso durante los primeros años que siguieron a la promulgación de estas normas, especialmente en Sudán y en Libia. En R. Peters, *Crime and*

la reducción de la severidad de las penas reducirá las posibles en ámbitos internacionales, por un lado y facilitará, por otro lado la aplicación extensiva de las penas. Por todo ello la Šarī'a va a operar en la legislación de estos países como base, fuente de legitimidad y principio, pero no como punto final, tal y como nos lo demuestran los desarrollos legislativos que se producen sobre estas cuestiones.

### 3.2 La continuidad en el Derecho islámico clásico

Sin embargo, el proceso de incorporación de los delitos Ḥudūd dentro de las legislaciones penales contemporáneas no responde en todos los casos al abandono de una legislación de carácter occidental, ya sea heredada del periodo colonial o bien adoptada tras su independencia. En este sentido, existen algunos países, situados en la Península Arábiga, que han mantenido una continuidad en su legislación penal, en torno a un modelo de Derecho Penal inspirado en las disposiciones de la Ley Islámica. Estos son los casos de Arabia Saudí, Qatar y los Emiratos Árabes Unidos. De este modo, a pesar de que en los aspectos procesales estos países han modernizado su derecho adoptando instituciones jurídicas occidentales, la ley sustantiva que aplican, en lo que se refiere a los delitos Ḥudūd, se basa en la doctrina de las Escuelas Jurídicas clásicas.

Quizá el modelo más representativo de este sistema jurídico sea el de Arabia Saudí. Al contrario que en otros países, en los que la aplicación de la Šarī'a ha sido regulada por el Estado a través de la codificación de las leyes penales, como es el caso de Sudán o Yemen, o bien a través del establecimiento de límites a su aplicación, como sucede en Libia, en el Reino Saudí el Estado no ha interferido a través de la legislación en la aplicación jurisprudencial de la Ley Islámica. De hecho, esta continuidad en la aplicación de la Šarī'a aparece reconocida en el Art. 48 de la Ley Fundamental del Reino cuando establece que: “*Los tribunales aplicarán, en los casos de su competencia, las reglas de la shari'a islámica de acuerdo con las prescripciones del Libro o de la Sunna y la regulación establecida por el legislador que no contradiga el Libro o la Sunna*”.<sup>41</sup>

Esta disposición de la Ley Fundamental saudí supone que los casos que impliquen delitos Ḥudūd serán resueltos por los tribunales aplicando el Derecho secular de las Escuelas Jurídicas clásicas. No existe ninguna norma que determine la Escuela que debe ser seguida aunque, de modo predominante, los tribunales saudíes utilizan la doctrina de la Escuela Hanbalí.

En consecuencia, las prescripciones del fiqh, en lo que se refiere al ámbito material del delito, a los medios de prueba y a las sanciones previstas, responden fielmente al equilibrio que la Šarī'a establece entre la severidad de la sanción y

*punishment in islamic law: theory and practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*. p. 153-169, y “The Islamization of criminal law: a comparative analysis”, p. 255-266. (Op. Cit.)

<sup>41</sup> Cfr. R. Peters: *Crime and punishment in islamic law: theory and practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*. Cambridge. University Press, 2005, p. 149.

los medios de prueba cualificados que pueden ser admitidos para demostrar judicialmente la existencia del delito. Por ello, algunos delitos Ḥudūd que conlleven una pena especialmente severa, como el delito de relaciones sexuales ilícitas —zinā—, exigen el concurso de una prueba testifical compuesta por el testimonio unánime, sin que dé lugar a dudas —šubha— por parte del tribunal, de cuatro testigos visuales del acto, o bien la necesidad de autoconfesión provocan que, en la práctica, sea poco habitual la aplicación de las penas Ḥudūd por este delito<sup>42</sup>. En este sentido, son habitualmente admitidos como exculpatorios, ante la prueba circunstancial del embarazo de mujeres solteras, argumentos tales como la previa violación o la fecundación producida mientras la acusada estaba durmiendo.<sup>43</sup> Sin embargo, en el caso de no haber sido verificados todos los estrictos requisitos probatorios para la pena ḥadd, el tribunal siempre podrá imponer una pena en virtud del ta'zīr, es decir, la potestad discrecional sancionadora del juez en la Šarī'a, que será una pena de prisión e incluso de flagelación, siempre inferior a la pena ḥadd correspondiente al delito en causa.

Igualmente, las garantías procesales en el caso de estar en causa la aplicación de la pena de muerte son reforzadas con la exigencia de que la sentencia en Primera Instancia sea pronunciada por un colectivo de tres magistrados, así como por la necesidad de apelar este fallo ante el Tribunal de Apelación y, en el caso de ser confirmada, ante el Consejo Judicial Supremo. Finalmente el Rey deberá revisar la sentencia final antes de ordenar la ejecución<sup>44</sup>.

A diferencia de Arabia Saudí, el Emirato de Qatar ha vivido durante una gran parte del siglo XX y hasta la su independencia en 1971 en un cuadro de pluralismo legislativo, basado en el principio de la personalidad del derecho. Al igual que sucedió con otros Estados ribereños del Golfo Pérsico, Qatar quedaría situado bajo la esfera de influencia de Gran Bretaña, constituyéndose como Protectorado británico en 1916. En virtud de este estatuto jurídico Gran Bretaña establecería una jurisdicción propia en el Emirato con competencias penales en causas en las que estuvieran implicados nacionales británicos o de otros Estados de la *Commonwealth* y que ejercía sus funciones aplicando las leyes británicas. Esta jurisdicción coexistiría con otra, ejercida por las autoridades locales, sobre la base de la Šarī'a islámica, y que tendría competencia en las civiles y en algunas

<sup>42</sup> En este sentido VOGEL recoge un estudio estadístico que muestra que en el periodo comprendido entre 1981 y 1992 apenas fueron ejecutadas cuatro penas de muerte por lapidación ante delitos de zinā. Cfr. F. Vogel: *Islamic Law and Legal System: Studies of Saudi Arabia*, Leiden, Brill, 2000, p. 370.

<sup>43</sup> Cfr. R. Peters: *Crime and punishment in islamic law: theory and practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*. Cambridge. University Press, 2005., p. 150. Esta eximente de la pena de zinā, de larga tradición en el Derecho Islámico clásico, se fundamenta en un Hadith que recoge una decisión del Califa `Umar en este sentido. Cfr. A.S. Sidiahed: "Problems in contemporary applications of Islamic criminal sanctions: the penalty for adultery in relation to women", *British Journal of Middle Eastern Studies*, 28, 2 (2001), p. 193.

<sup>44</sup> F. Vogel, (Op.Cit.), p. 246.

materias penales en las que fueran parte ciudadanos de Qatar, y de otros países árabes y musulmanes, con excepción de los pertenecientes a la *Commonwealth*.

La obtención de la independencia del Emirato, en 1971, provocaría el cese de la jurisdicción británica y plantearía nuevamente la cuestión de qué técnica seguir para establecer la jurisdicción penal del Estado sobre una población que contaba ya con una presencia permanente de extranjeros no musulmanes, establecida a partir del desarrollo de la industria petrolífera. Al contrario que en otros países en los que se estableció un monismo legislativo basado en modelos occidentales, la solución seguida por el legislador qatari consistió en mantener el dualismo legislativo, con el establecimiento de una Corte de Justicia —*maḥkama al-ʿadliyya*—, que sería competente en causas penales que implicaran a ciudadanos no musulmanes, y el mantenimiento de los tribunales basados en la *Šarīʿa*, con competencia en causas abiertas contra musulmanes, tanto qataríes como extranjeros<sup>45</sup>.

Esta situación jurídica aparece plasmada en el artículo 1 del Código penal qatari, en el que, se establece que: “*Se aplicarán las prescripciones de la Šarīʿa islámica en las siguientes materias penales, siempre que el acusado o la víctima sean musulmanes: 1. Los delitos Ḥudūd relativos al robo, las relaciones sexuales ilícitas y su falsa acusación, el consumo de vino y la apostasía*”.<sup>46</sup>

Como consecuencia de esta remisión, los delitos Ḥudūd cometidos por musulmanes son juzgados por los tribunales de la *Šarīʿa* conforme a las prescripciones del Derecho Islámico, preferentemente de la Escuela Hanbalí. El ámbito material de delito, el sistema de pruebas y las penas, responden, por lo tanto, a esquemas semejantes a los de Arabia Saudí. Así, el sistema procesal contiene numerosas garantías jurídicas para el reo, entre ellas la de que las penas de muerte sólo pueden ser ejecutadas tras la ratificación de la condena por parte del Emir, que se reserva la potestad de conmutarlas<sup>47</sup>.

Igualmente, en los Emiratos Árabes Unidos, la regulación de los delitos Ḥudūd, en general se ha mantenido fuera de la codificación penal aunque por diferentes motivos. Históricamente, hasta su constitución como Federación en 1971, los territorios que componen este Estado habían mantenido una plena autonomía jurídica con competencias legislativas en materia civil y penal y con sistemas judiciales propios, basado en las disposiciones de la *Šarīʿa*. Sin embargo, la jurisprudencia de estos tribunales variará considerablemente conforme a las Escuelas jurídicas a las que se adherirán en su doctrina. De este modo, mientras que los Emiratos de Abu Dhabi y de Dubai se regirán por el rito malikí, en el resto predominará la Escuela Hanbalí. Por ello, tras la aprobación de la Constitución de 1971 y el establecimiento de órganos jurisdiccionales comunes, como

<sup>45</sup> Cfr. A. H. Nizar: « Qatar : The Duality of the Legal System », *Middle Eastern Studies*, 30, 1, (1994), p. 81-83.

<sup>46</sup> Qatar: *Qānūn al-ʿuqūbāt*. Art 1. (Original en árabe, la traducción es nuestra).

<sup>47</sup> Qatar: *Qānūn al-ʿuqūbāt*. Art 58.

la Corte Suprema, la unificación de las legislaciones de los Emiratos se convertiría en un objetivo estratégico del Gobierno federal. Este hecho, junto con el interés que originaría el proceso de islamización del ordenamiento jurídico desarrollado en otros países musulmanes como Libia, Irán o Pakistán<sup>48</sup>, llevaría al Gobierno Federal a promover un proceso de modernización de su Derecho Penal que tuviera como ejes la codificación y la unificación de la jurisprudencia que había sido tradicionalmente aplicada ante materias reguladas por la Šarī'a. Para ello, en 1978, sería nombrada una Comisión con la función de identificar aquellas cuestiones en las que el ordenamiento jurídico entraba en conflicto con la Šarī'a, y de proponer nuevas normas que eliminaran dichos conflictos.<sup>49</sup> En lo que se refiere al Derecho Penal, la función de este Comité sería la de identificar la jurisprudencia aplicable a las categorías fundamentales de delitos de la Šarī'a y transformarla en artículos compilados en Códigos bajo una estructura propia del Derecho Occidental.

Como resultado de los trabajos de este Comité, en 1987 sería redactado un Proyecto de Código Penal para su apreciación por parte del Gobierno. En dicho texto los delitos Ĥudūd serían presentados bajo una forma ecléctica, intentado presentar una postura que fuera aceptable por los Tribunales de los distintos Emiratos. Así, por ejemplo, en lo que respecta al delito de zinā, este texto aplicaría un criterio extensivo en la fijación del ámbito material del delito, incluyendo, en este sentido, a la sodomía entre las formas de zinā (art. 484), siguiendo las prescripciones de las Escuelas malikí, shafī'i y hanbalí. Sin embargo, en otros aspectos, como la prescripción de la pena para el autor del delito cuando no está casado, se aplicará el criterio establecido por la Escuela hanifí, que la limita a cien latigazos (art. 485), sin incluir pena de prisión ni de destierro como sucedía en las otras Escuelas.

Sin embargo, durante la revisión de este Proyecto, el Gobierno optaría por suprimir los artículos referidos a los crímenes Ĥudūd, incluyendo en el art. 1 del Código Penal una remisión a la aplicación judicial de la Šarī'a para este tipo de

<sup>48</sup> Las bases del interés suscitado en los Emiratos Árabes Unidos por los procesos de reislamización del Derecho Penal residen en opinión de MUHAIRI en tres circunstancias principales. Por una parte, la necesidad de dar una respuesta a las crecientes reivindicaciones de los movimientos islamistas internos. Por otra parte, esta opción contaría con un amplio respaldo popular, tras los cambios sociales experimentados tras el desarrollo de la industria petrolífera, con la consiguiente llegada de un número importante de población extranjera. Finalmente, este apoyo se extendería también a las élites gobernantes que ya habrían dado muestras de su interés por esta opción. Vid. B. al-Muhairi, "The Islamization of Laws in the UAE: The Case of the Penal Code", *Arab Law Quarterly*, 11, 4 (1996), p. 352-353

<sup>49</sup> De hecho, la influencia del proceso de restauración del Derecho Islámico adoptado en Libia se refleja en la composición de la Comisión designada para este cometido por el Gobierno de los Emiratos. Esta Comisión sería presidida precisamente por el egipcio Ali Munsoor, el mismo jurista que años atrás había desempeñado el mismo cometido en Libia. Asimismo 4 de los nueve miembros de este Comité habían participado también en el Programa de Islamización en Libia. Cfr. *Ibid.* p. 356.

cuestiones, siguiendo la técnica del Código qatari. A falta de una explicación oficial para este cambio de orientación, la doctrina ha barajado distintas hipótesis. AL-MUHAIIRI interpreta que, con el objeto de evitar las críticas internacionales a un texto penal que prescribía los castigos físicos ante ciertos delitos, el Gobierno optó por mantener en un plano más discreto esta cuestión, relegándola a su aplicación por parte de los Tribunales<sup>50</sup>. Probablemente se trate de una cuestión en la que resultará difícil al legislador adoptar una solución permanente, debido a la compleja estructura federal de los Tribunales en los Emiratos Árabes Unidos y a la falta de unidad de criterios entre el Gobierno, más interesado en la unificación legislativa, y los Tribunales superiores de cada Emirato, más interesados en mantener su tradicional autonomía jurisdiccional.

#### 4. CONCLUSIONES

Los delitos Ḥudūd han constituido tradicionalmente una categoría jurídica particularmente emblemática dentro del Derecho penal de la Šarī'a. Este carácter emblemático radica en las bases legales que los fundamentan, o sea el Corán y la Sunna. El origen religioso de su regulación ha provocado que estos delitos hayan estado tradicionalmente en vigor en los territorios árabes sin necesidad de un reconocimiento por parte del poder político. Sin embargo el establecimiento del poder colonial ha provocado profundos cambios en la orientación del Derecho penal en los Estados Árabes contemporáneos, lo que ha llevado a sustituir las categorías jurídicas del Derecho Penal de la Šarī'a por principios y normas importadas de los Derechos de los países colonizadores.

Sin embargo, a partir de los años 70 del siglo XX un número de países árabes comenzará progresivamente a reimplantar los delitos Ḥudūd en su legislación penal. Este fenómeno engloba en realidad dos procesos diferenciados. Por una parte existe un proceso que engloba a algunos estados del Golfo Pérsico y que está inspirado en el modelo jurídico de Arabia Saudí. Según este modelo, la regulación de estos delitos permanece fuera de los Códigos Penales y su aplicación es realizada por los jueces y tribunales siguiendo las prescripciones de la Šarī'a y del fiqh de las Escuelas jurídicas clásicas. Por ello, este modelo supone una continuidad de los modelos jurídicos del Derecho Islámico clásico dentro de los Estados modernos.

El segundo proceso supone, practicado hasta la fecha en Libia, Sudán, Mauritania y Yemen, supone, en esta cuestión, una ruptura con los modelos jurídico-penales de tradición occidental, seguidos por una serie de países árabes desde el periodo colonial. Esta ruptura se manifiesta en una reorientación del derecho penal de estos países que se materializará a través de la creación de un nuevo modelo jurídico basado en normas que substancialmente responden a las prescripciones de la Šarī'a tradicional pero que se integran en un marco adjetivo contemporáneo en el que dichas prescripciones adoptan la forma de leyes

<sup>50</sup> *Ibid.* p. 369 y ss.

codificadas. Este proceso de ruptura, más que responder a una evolución de la mentalidad y de las necesidades sociales, aparece vinculado en la mayoría de los casos a contextos de gran inestabilidad política derivada de situaciones tales como guerras civiles o Golpes de Estado, que condicionan las opciones seguidas por el legislador.

Este condicionamiento se reflejará, entre otros aspectos, en la postura seguida por el legislador ante las prescripciones de la Šarī'a sobre los delitos Ḥudūd. En algunos casos las normas penales restringirán o suavizarán la aplicación de las penas establecidas en la Ley sagrada, mientras que en otros se favorecerá su aplicación. Estas medidas variarán conforme al objetivo político buscado por el legislador en estos países.

Esta posibilidad de alcanzar objetivos políticos a partir de la codificación del Derecho Penal de la Šarī'a ha llevado a que algunos países, como los Emiratos Árabes Unidos se hayan planteado la posibilidad de abandonar el modelo tradicional de aplicación judicial de este Derecho y sustituirlo por una Codificación Penal que regule los delitos Ḥudūd, lo que nos muestra que la opción por el modelo de continuidad jurídica o por el modelo de la codificación es una cuestión cuyo debate continua abierto en la reciente historia de los Estados Árabes que han introducido o reintroducido los delitos Ḥudūd dentro de su Derecho Penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATHAMINA, K., "The influences of Western Legal Heritage on Islamic Religious Law in Modern Times", *Ŷāmi'a*, Nº 9, (2005), p. 16-22
- BAER, G., "The transition from traditional to western criminal law in Turkey and Egypt", *Studia Islamica*, XLV, (1977), p. 139-158
- BAHARNA, H.M. al-: *The legal Status of the Arabian Gulf States*. Rückent, 1968.
- BANNĀ, H. al-, Maŷmū'a rasā'il al-imām al-šahīd Ḥasan al-Bannā. Ifrīqīā li-l-našr wa-l-tawzī', (2006).
- CARRA DE VAUX, B., SCHACHT, J. y GOICHON, A.M. "Ḥadd", *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Brill, (2004), p. 21-22.
- GRANDMOULIN, J., *Le Droit Pénal Égyptien Indigène*, Imprimerie Nationale, El Cairo, 1908.
- HADJIYANNAKIS, C., *Les tendances contemporaines concernant la repression du délit d'adultère*, Salónica, Georgiades, 1969.
- HAMZEH, A.N., « Qatar : The Duality of the Legal System », *Middle Eastern Studies*, 30, 1, (1994), p.79-90.
- HASSAN, A., "History of law reform in Sudán", *Redress*, Paper February, (2008.)
- HOSNI, N., "La législation pénale dans le monde arabe", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, (1967), 1, p. 795-814
- MĀLIK, M., Beirut, Mu'asasa al-Ma'ārif, 2004.
- MAYER, A.E., "Libyan legislation in Defense of Arabo-Islamic Sexual Mores", *The American Journal of Comparative Law*, 28, (1980), p. 287-312

- MONTEILLET, S., "L'islam, le Droit et l'État dans la Constitution mauritanienne" en Centre d'Étude d'Afrique Noire (ed.): *L'Afrique politique 2002. Islams d'Afrique: entre le local et le global*, París, Karthala, 2003,
- MOSTAFA, M., *Principes de Droit Pénal des Pays Arabes*, L.G.D.J., París, 1973.
- MUHAIRI, B. al-, "The Islamization of Laws in the UAE: The Case of the Penal Code", *Arab Law Quarterly*, 11, 4 (1996), p. 350-371.
- MUHAIRI, B. al-: "The incompatibility of the Penal Code with Shari'a", *Arab Law Quarterly*, 12, 3 (1997), p.307-329.
- PASTOR, M. y VILLAR, M. (eds.), *Las ciudades perdidas de Mauritania*, Fundación El Legado Andalusi, 1996.
- PETERS, R., *Crime and punishment in islamic law: theory and practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*. Cambridge. University Press, 2005.
- PETERS, R., "The Islamization of criminal law: a comparative analysis", *Die Welt des Islams*, 34 (1994), 246-274 p.
- PETERS, R., "Islamic and secular Crinminal law in Nineteenth Century Egypt: The Role and function of the Qadi", *Islamic Law and Society*, 4, 1, (1997), p. 70-90.
- PETERS, R., "Zinā or Zīnā", *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*. Brill, 2005, p. 551-552.
- SCHACHT, J., *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve & Larose, París, 1983.
- SIDAHMED, A.S., "Problems in contemporary applications of Islamic criminal sanctions: the penalty for adultery in relation to women", *British Journal of Middle Eastern Studies*, 28, 2 (2001), 187-204 p.
- SOROUR, A.F., "Les orientations actuelles de la politique criminelle des pays arabes", *Archives de Politique Criminelle*, 2, (1977), p.173-183.
- VOGEL, F., *Islamic Law and Legal System : Studies of Saudi Arabia*, Brill, 2000.
- WAHAB, I. al- : "The legal system of Iraq and the continuity of islamic law", en Toll, Ch., Skovgaard, J. y Tamm, D. *Law and the Islamic World. Past and Present*, The Royal Danish Academy of sciences and Letters, Copenhaguen 1995, p. 23-33.

**Nombre del autor:** Juan Manuel Uruburu Colsa  
**Dirección-e:** uruburu@us.es  
**Dirección postal:** Universidad de Sevilla, Dpto. de Filologías Integradas, Facultad de Filología, C/ Palos de la Frontera, s/n, 41004, Sevilla  
**Fecha de recepción:** 17/04/2010  
**Fecha de aceptación:** 26/04/2010