

CRIMEN Y CASTIGO EN EL ISLAM: PRINCIPIOS Y PRÁCTICAS¹

Intisar A. Rabb

En la mayoría de los estudios sobre el derecho penal islámico, los principios, las prácticas y las justificaciones del castigo suelen estudiarse desde parcelas intelectuales separadas por amplias llanuras. Este ensayo explora los espacios donde todos se encuentran. En concreto, me centro en los principios y las prácticas del derecho penal en la Siria omeya, en el Iraq abasí y en el Egipto mameluco, prestando cierta atención a al-Andalus en el siglo XIV. Al repasar el contraste histórico entre la duda y el control, entre la lenidad y la severidad, sostengo que podemos extraer más información si nos acercamos a este campo prestando mayor atención no sólo a los principios y las prácticas, sino también a las justificaciones propuestas en el derecho penal islámico.

Por lo tanto, hago tres preguntas. La primera gira en torno a los principios: ¿cuáles son las doctrinas y los principios fundacionales que los juristas musulmanes medievales detallaron en las leyes de la época? En segundo lugar, me centro en las prácticas: ¿cómo se puede explicar el grado de divergencia entre los principios del islam sobre la clemencia en el castigo y las duras prácticas del mismo que históricamente aparecen en diversas sociedades musulmanas? En tercer lugar, las políticas: ¿por qué divergen unas y otras? Es decir, ¿qué justificaciones explican cada política?

Principios: Doctrinas jurídicas sobre la responsabilidad penal y la duda²

¿Cuáles eran las definiciones y los principios básicos del derecho penal islámico medieval? Sólo tres tipos de «leyes» bajo el dominio de los juristas se consideraban formalmente como leyes vigentes «en los libros» y, como tal, jurídicamente vinculantes: los delitos y castigos fijos basados en los textos (leyes *hudud*); las penas capitales y físicas por un lado y las compensaciones económicas (precio de sangre) por homicidio culposo o lesiones personales graves (leyes *qisas*) también basados en los textos sagrados; y en tercer lugar los castigos discrecionales para el resto: delitos indefinidos en los textos (leyes *ta'zir*). Los tres en conjunto formaban la estructura básica para la definición de los delitos y castigos que dado que había sido elaborada por los juristas validaba dichos castigos como *legítimos* bajo la *shari'a*.

1 Adaptado del capítulo titulado «Medieval Crime and Punishment» dentro del libro de próxima aparición, Intisar A. Rabb (en prep.). *Rethinking Islamic Criminal Law*.

2 Para una lista amplia de las obras generales sobre derecho penal islámico en las que se basa esta sección, véase Intisar A. Rabb (2015). *Doubt in Islamic Law: A History of Legal Maxims, Interpretation and Islamic Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 525-566 y *passim*; Rudolph Peters (2005). *Crime and Punishment in Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press; Mustafa Sadiq Rafi'i (1996). *Ahkam al-jara'im fi l-Islam: al-qisas wa-l-hudud wa-l-ta'zir*. Beirut: al-Dar al-Ifriqiyya al-'Arabiyya; Muhammad Salim al-'Awa (1982). *Punishment in Islamic Law: A Comparative Study*. Indianápolis: American Trust Publications; 'Abd al-Qadir 'Awda (1968). *al-Tashri' al-jina'i al-Islami muqaranan bi-l-qanun al-wad'i*. Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi; Muhammad Abu Zahra (1966). *al-Jarima wa-l-'uquba fi l-fiqh al-Islami*. El Cairo: Dar al-Fikr al-'Arabi. Para un estudio más reciente, véase Mohammad Hashim Kamali (2019). *Crime and Punishment in Islamic Law: A Fresh Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.

Un cuarto tipo estaba bajo la jurisdicción ejecutiva y se conocía como *siyasa*, por la cual las autoridades políticas ejercían el poder en cuanto a la aplicación de la ley y el procesamiento discrecional de los delitos. Estos poderes existían fuera de las normas de la *shari'a*, pero estaban autorizados y legitimados por ellas. Las políticas de la *siyasa* se solapaban con las leyes del *ta'zir*, por lo que los primeros juristas y las autoridades ejecutivas compartían la jurisdicción sobre ambas, hasta que el ejecutivo fue utilizando la autoridad de la *siyasa* para engullir las leyes del *ta'zir* y, finalmente, otras leyes penales islámicas.

Leyes penales textuales: Hudud y Qisas

Aquí se presenta el esquema básico y los tipos de leyes penales islámicas que existían en forma escrita. En primer lugar, los musulmanes creen que Dios legisló directamente una serie de sanciones penales fijas y obligatorias en los textos fundacionales del islam y en las primeras prácticas relacionadas con ellos. Las llamadas leyes *hudud* (plural de *hadd*) se refieren tanto a los principales delitos como a sus castigos asociados, y constituyen un sistema de sanciones de carácter divino que forman el núcleo muy reducido del derecho penal islámico medieval.

A pesar de sus supuestos orígenes textuales, no todas se podían encontrar en el texto coránico. Los delitos *hudud* no pueden leerse, tal y como se señala más adelante, sin tener en cuenta los procedimientos judiciales correspondientes, que eran bien conocidos y se desarrollaron más allá del ámbito del texto coránico. Entre los delitos *hudud* se encuentran los siguientes:

1. *Ẓina*: las relaciones sexuales ilícitas (la fornicación y el adulterio), para las cuales el castigo descrito en *Corán* 24:2 era de 100 latigazos, a los que los juristas añadieron la norma local/bíblica de la lapidación por adulterio.
2. *Qadhf*: difamación, o falsas acusaciones de incorrección sexual, para las que *Corán* 24: 4-5 especifica un castigo de 80 latigazos.
3. *Sariqa*: robo, para el cual *Corán* 5:38 especifica el severo castigo corporal de la amputación de manos.
4. *Shurb al-khamr*: beber vino, que *Corán* 5:90 prohíbe sin especificar ningún castigo. Los primeros juristas se basaron en los informes de los *hadices* para especificar un castigo de 40 latigazos, que el segundo califa aumentó después a 80 latigazos por analogía con la difamación a la que se supone podría dar lugar la embriaguez.

A estas cuatro, los primeros juristas musulmanes añadieron otras tres leyes relacionadas con el texto coránico. Estas leyes no se consideraban inicialmente como leyes *hudud* propiamente dichas porque daban directrices para las políticas ejecutivas y porque implicaban cierta medida de discrecionalidad:

5. *Hiraba o qat' al-tariq*: asalto de caminos, o bandolerismo, para los cuales *Corán* 5:33-34 autoriza todo un conjunto de castigos a elegir por el

- gobernante, como la amputación cruzada, la crucifixión, el exilio o la muerte.
6. *Ridda*: la apostasía, que *Corán* 2:217 condenaba como un mal espiritual que debía tratarse en otra vida sin especificar ninguna respuesta en este mundo, salvo en los contextos bélicos, en cuyo caso autorizaba el uso de la fuerza letal contra los apóstatas que representaran una amenaza de traición al Estado al negar su autoridad política, o bien la propia voluntad de estos de acatar las leyes del país. Extendiendo las reglas de la guerra a las del derecho penal ordinario, los juristas musulmanes criminalizaron la apostasía y, más tarde, la blasfemia, considerando ambas como delitos capitales.
 7. *Bagy*: la rebelión, que –irónicamente quizá– no era un crimen en absoluto, en sentido estricto, aunque se menciona en *Corán* 49:9-10. Cuando los rebeldes actuaban contra el Estado por una causa justa o con razones que podían hacer valer como excusa *verosímil*, los juristas musulmanes veían la rebelión como forma legítima de responder a un gobernante opresor o usurpador. Los rebeldes que actuaban sin tener una motivación legítima, aunque fuese mal fundamentada, debían ser castigados como salteadores de caminos o bandidos.

La segunda categoría de delitos según la ley islámica, las leyes *qisas*, regulan los actos de homicidio y lesiones personales. Estas leyes no se consideran leyes «fijas» *hudud* porque *Corán* 2:178-79, 4:92, y 5:45 preveía *dos posibilidades*: el castigo «ojo por ojo» o la compensación económica en el caso del daño físico u homicidio. Las leyes *qisas* autorizaban el castigo «ojo por ojo» por lesiones o la pena de muerte por homicidio intencional. En los homicidios y las lesiones no intencionados, o aquellos actos en que la víctima o su familia decidían conceder el perdón, el castigo «ojo por ojo» se reducía a una compensación económica (*diya* o *aql*).

Leyes penales extratextuales: Ta'zir y shubha

Junto a la reducida lista de leyes *hudud* y *qisas*, había una categoría más genérica: un conjunto de delitos cada vez mayor que conllevaba una serie de penas discrecionales denominadas *ta'zir* por los jueces y juristas, y denominadas *siyasa* por las autoridades ejecutivas. Estas leyes se consideraban «extratextuales» en el sentido de que no tenían una base explícita en los textos fundacionales del islam. La discreción para imponerlas sólo estaba limitaba en potencia por los principios generales de la interpretación y se ejecutaban a la sombra de las leyes basadas en los textos y por referencia al canon legal predominante que rige el derecho penal islámico: el «canon de la duda», al que ahora me referiré.

En la práctica, es importante comprender cómo los juristas y los jueces buscaban interpretar las leyes penales cuando las aplicaban a casos concretos. Su principal herramienta al llevar a cabo esta tarea era el «canon de la duda» (*qa'idat al-shubha*), un principio jurídico de amplio alcance que exige a los jueces «evitar los castigos penales en caso de duda». La «jurisprudencia de la duda», muy presente a

lo largo de la historia del derecho penal islámico, surgió a partir de los principios textuales y de las prácticas experienciales en la época más temprana del islam.

A lo largo de los siglos, los juristas musulmanes definieron la duda de tal forma que especifican más de sesenta tipos de ambigüedad textual-interpretativa, insuficiencia probatoria y errores de procedimiento, tal y como se definen en cualquiera de las varias escuelas de derecho del islam (los *madhhabs*). Para los juristas musulmanes medievales, la duda llegó a aplicarse a ámbitos tan dispares como la investigación de los hechos y la norma relacionada de la duda razonable, la voluntariedad y la intención, además de todo tipo de justificaciones y excusas: confusión contractual, coacción, olvido, ignorancia, incapacidad, locura, error, negligencia, defensa propia, e incluso arrepentimiento y remordimiento. Al abordar los casos penales, los jueces y los juristas consideraban cada uno de estos factores, aplicándolos como manifestaciones de la «duda» que obligaban a los jueces a evitar el castigo en diversas etapas de la acusación, el juicio o la sentencia.

Por muy amplia que fuera su interpretación, la «duda» no siempre anulaba el castigo por completo. Cuando la duda requería a un juez evitar los castigos penales (fijos), el «canon de la duda» permitía tanto a los jueces de la *shari'a* como a los gubernamentales imponer penas *ta'zir* o *siyasa* en su lugar.

Políticas de sanción ejecutiva

¿Cuál era la base y el alcance del poder ejecutivo en el castigo? En teoría, el poder ejecutivo del castigo se derivaba de la necesidad de que el gobierno mantuviera la ley y el orden, en el «interés público» (*maslaha*), y por tanto en el de defender la *shari'a*. En consecuencia, los juristas musulmanes medievales consideraban que el ejecutivo compartía la jurisdicción y la discreción en la aplicación de las normas del *ta'zir*, como poder delegado. Para ser legítimos, los procesos y castigos del *ta'zir* debían restringirse a las normas morales que la *shari'a* pretendía establecer o reforzar. Se referían a este poder derivado y delegado como *siyasa shar'iyya*: el poder ejecutivo autorizado por la *shari'a*.

En la práctica, sin embargo, los funcionarios del ejecutivo podían actuar, e históricamente lo hicieron, mucho más allá del marco de la *shari'a* en el derecho penal. De hecho, históricamente los funcionarios del ejecutivo dominaron los procedimientos y los castigos propios del derecho penal en las sociedades islámicas. Los califas y sus agentes ejercían una discreción prácticamente ilimitada para castigar un conjunto de delitos casi infinito: desde delitos ordinarios y extraordinarios, desaires personales relacionados o no con la política, e incluso la violencia dentro y fuera del campo de batalla. Para analizar las formas en que lo hacían, pasamos a ocuparnos de las prácticas históricas del derecho penal en las sociedades islámicas.

Prácticas: Castigo ejecutivo extralegal

He organizado las prácticas del castigo en tres categorías: los castigos físicos, capitales y carcelarios.

Castigos físicos

La flagelación era un castigo físico común en la Edad Media para un conjunto de delitos en Oriente Próximo y más allá, tanto antes como después de la llegada del islam. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley imponían la flagelación y otros castigos físicos a una amplia diversidad de delitos, castigos que sólo se parecían hasta cierto punto a los que autorizaba la ley *hudud* para los delitos comunes. Los castigos que implicaban el uso de la fuerza física, en su sentido más amplio, eran de tres tipos. El primero era la flagelación (*darb*) con el uso de instrumentos como los látigos de cuero (*sawt*) o las cuerdas retorcidas (*dirra*), los palos (*miqra'a*) u otros instrumentos. El segundo era la bofetada (*saf*), ya fuese con la mano abierta o con instrumentos análogos como zapatos, calcetines u hojas de acelga. El tercero incluía otros tipos de golpes físicos, como los puñetazos (*latm*, o *damga* en Bagdad), las patadas (*rakl*) y el más tristemente conocido, la lapidación (*raym*), a veces, pero no necesariamente, hasta la muerte.

Parece que tanto los jueces ordinarios como los agentes del ejecutivo aplicaron diferentes versiones de estos castigos físicos durante el periodo temprano en las regiones centrales del Imperio islámico. Los ejemplos abundan en el Iraq abasí. Por ejemplo, se dice que los jueces de Bagdad del siglo IX ordenaban abofetear a los demandantes por desacato, es decir, por violar el decoro necesario en el ámbito judicial. También utilizaban las bofetadas para disciplinar a las partes perdedoras en los procedimientos por deudas y obligarlas a pagar los impuestos o el dinero que debían por deudas con particulares.

En las sociedades selyúcidas, a partir de mediados del siglo XI en la región de Persia, los funcionarios del ejecutivo parecen haber considerado la flagelación como un castigo demasiado «leve». Los instrumentos de flagelación selyúcidas eran variados y dejaban marcas (*mubarrih*): los funcionarios del ejecutivo utilizaban varas (*dirra*), palos de madera (*chub*) y látigos bifurcados, entre otros. Estos mismos agentes de la autoridad utilizaban la flagelación de forma irregular como castigo penal y solían optar por aplicarla contra los líderes militares o los eruditos respetables cuando lo hacían. Este tipo de castigos físicos «ordinarios» salpican las noticias acerca de las prácticas penales por diversas infracciones penales que surgieron sobre aquella época, como estar borracho en el mercado.

Con la llegada de los mamelucos, tras la caída del califato abasí en 1258, la flagelación reapareció. Los funcionarios mamelucos la utilizaron como respuesta ante los falsos testimonios, como herramienta de tortura para obtener confesiones y como técnica de aplicación de la ley utilizada fuera del ámbito de los juicios. Los funcionarios también recurrieron a la flagelación para combatir los actos aparentemente frecuentes de falso testimonio y de manipulación de documentos para obtener beneficios económicos, sobre todo en la económicamente deprimida segunda mitad del gobierno mameluco.

Además, los sultanes y sus agentes (por ejemplo, el *muhtasib*) recurrían frecuentemente a la flagelación para castigar a los infractores sin llevarlos a juicio. En cuanto a los castigos físicos más severos, si bien las leyes autorizaban la amputación

de manos por robo, rara vez la autorizaban. Y en la práctica, las fuentes históricas registran pocas imposiciones de los castigos físicos severos o la pena de muerte. Sin embargo, apreciamos un patrón en el que los jueces evitan el castigo mientras que las autoridades ejecutivas utilizan ampliamente la mutilación para castigar con dureza. En las fuentes sobre las prácticas omeyas y abasíes en Iraq, Siria y la península arábiga, los casos en los que cabría esperar un castigo de mutilación adoptaban la forma de privación de alimentos, envenenamiento, carga de pesos, etc. En el Iraq y la Persia selyúcidas, antes de llevar a cabo la ejecución los agentes del ejecutivo utilizaban muchas veces otras formas de mutilación y tortura contra los delincuentes de alto estatus, a menudo por delitos más notorios que el simple robo. Además, los funcionarios selyúcidas utilizaban las mutilaciones para castigar los saqueos perpetrados por bandas de delincuentes, el bandidaje y los delitos cometidos por los soldados de forma mucho más severa de lo que autorizaban las leyes *hudud*. Por ejemplo, en 531/1136-1137, cuando las fuerzas policiales arrestaron a varios sospechosos por el robo de «miles de dinares» de una casa en Bagdad, en lugar de imponer una sentencia de amputación de manos, los funcionarios ejecutivos consideraron el robo como bandidaje; crucificaron a los sospechosos y se quedaron con sus propiedades. Bajo los mamelucos, los agentes del poder parecen haber utilizado la amputación de manos en ciertas ocasiones para castigar a los ladrones. Lo más habitual, no obstante, es que los castigos más severos se aplicaran a los reincidentes.

Entre los castigos físicos severos, tras la amputación de manos, la lapidación por adulterio es el más infame y brutal, aunque su designación como castigo es de origen textual dudoso y su aplicación, como sucede en el caso de la amputación de manos por robo, es poco frecuente. Por lo tanto, su uso está contraindicado para castigar el adulterio, contrariamente a lo que vemos en algunas sociedades musulmanas hoy en día cuyos códigos penales protagonizan titulares en los medios de comunicación. Pavel Pavlovitch ha investigado por qué al igual que hago en mi libro *Doubt in Islamic Law*.

A pesar de la autorización jurídica de la lapidación, las fuentes históricas proporcionan pocas noticias, y ninguna inequívoca, sobre la emisión de sentencias judiciales de lapidación. Una revisión de las principales fuentes del derecho penal desde la época omeya hasta la otomana muestra que la lapidación se aplicaba como castigo fuera del proceso penal habitual, siempre por decisión de autoridades políticas, y nunca por *acusaciones formales* de adulterio (aunque sí en ocasiones por confesiones). Aparte de la violencia perpetrada por justicieros, las fuentes registran un total de cinco episodios de lapidación impuesta por el Estado en las sociedades islámicas medievales, todos ellos fuera del proceso legal habitual, todos impuestos como castigo ejecutivo, y todos recogidos en fuentes mamelucas. Dos implicaban a musulmanes, y eran de origen anónimo, con información de origen dudoso. Y otros tres se impusieron contra minorías no musulmanas y parecen haber sido castigos motivados más por la amenaza a la integridad del Estado (y, por extensión, al islam) que por las indiscreciones sexuales en sí, frecuentes entre musulmanes y no musulmanes, y que se castigaban con menos severidad, si es que recibían algún castigo.

Fue bajo los mamelucos cuando la lapidación apareció de forma más remarkable, tanto como un castigo que los jueces se negaban a imponer por delitos sexuales, como en tanto que pena que los agentes del ejecutivo insistían en utilizar para castigar el adulterio fuera de los tribunales. El incidente más significativo ocurrió en 919/1513, hacia finales del reinado del sultán Qansuh al-Gawri. Un hombre enamorado de la aparentemente muy bella esposa del juez adjunto hanafí Gars al-Din Yalil descubrió que ella tenía una aventura con el juez adjunto shafi'í local, Nur al-Din al-Mashali, y se lo comunicó al marido. Tras la confesión de adulterio de Mashali ante el juez, la pareja fue condenada a ser azotada, a desfilar por la ciudad y a pagar multas de 100 dinares cada uno. El sultán al-Gawri, sorprendido por el episodio, quiso demostrar que tenía el control absoluto de su reino y condenó a los dos infractores a la muerte por lapidación. Al rechazar sus órdenes, un juez shafi'í emitió una fetua en la que citaba hadices proféticos que apoyaban la evasión del castigo *hadd* por arrepentimiento sincero, lo que en sí mismo se consideraba que generaba el nivel suficiente de duda que debía impedir el castigo por aplicación del principio de la duda. Cuando los jueces de las otras tres escuelas legales (*madhhabs*) respaldaron esa fetua, el sultán destituyó a los cuatro jueces, azotó al juez que había emitido la primera fetua y ordenó que los infractores fueran ejecutados en la horca. Este incidente fue especialmente notable porque supuso la disolución de toda la judicatura por no haber aplicado la lapidación. Además, señaló un ámbito en el que la jurisprudencia de la duda planteaba restricciones efectivas a los excesos del ejecutivo (por lo menos inicialmente) y al final subrayó los límites del uso legítimo de castigos draconianos por parte del sultán para proyectar una imagen de autoridad y control; no podía recurrir para ello a los castigos *hudud* cuando los expertos locales en derecho islámico se negaban a validar sus intentos de llevarlos a cabo; tendría que actuar fuera de la ley, con todas las consecuencias para su gobierno y su reputación, tal y como ocurrió según los historiadores mamelucos en vísperas de la toma del poder por parte de los otomanos.

La pena capital

Al homicidio, el asalto de caminos o bandolerismo y al asesinato, delitos designados como capitales en los textos sagrados, los juristas musulmanes añadieron el adulterio, la blasfemia y el robo reincidente, este último de acuerdo con una lógica política similar al «three-strikes-you're out» actual para reincidentes en EE.UU., un principio que conlleva una condena más prolongada tras la comisión de tres delitos que normalmente recibirían un castigo menor.

En cuanto a las prácticas históricas, las fuentes rara vez registran la imposición de castigos «ojo por ojo» basados en las leyes de *qisas*, ya sea del tipo físico severo (tratado anteriormente), o del tipo capital (tratado aquí). Ahora bien, es posible que –sobre todo en las primeras sociedades islámicas– fueran frecuentes los incidentes de homicidio en los que no se podía identificar al perpetrador. Sin embargo, para fijar cronología de los hechos que registran, las fuentes informan sobre homicidios con perpetradores conocidos y el uso del castigo ejecutivo.

En las sociedades abasíes y selyúcidas, las ejecuciones públicas aparecen con poca frecuencia en las fuentes, pero es de suponer que eran habituales, sin ser lo suficientemente notables como para que los cronistas les prestaran mayor atención. El método preferido para ejecutar la pena capital *qisas* por homicidio, al parecer la decapitación, se llevaba a cabo en la mezquita de la congregación de Bagdad, un foro público donde el juez solía presidir los juicios. Otros métodos para llevar a cabo la pena capital bajo los selyúcidas eran mucho más crueles, por lo que atraen una mayor atención en las fuentes históricas y se aplicaban a una serie de delitos mucho más amplia que los homicidios. Los métodos de ejecución incluían la lapidación (normalmente para los apóstatas y por medio de justicieros), el ahogamiento, la quema en la hoguera, el lanzamiento desde las torres de la ciudadela y otras alturas, etc. Entre los años 516/1122-1123 y 518/1124-1125, por ejemplo, se ahogó en el río Tigris a los presuntos heterodoxos batiníes. Estas ejecuciones constituían casos de justicia ejecutiva contra quienes amenazaban u ofendían directamente al soberano, o suponían una amenaza para su gobierno, como dichos batiníes.

En las fuentes mamelucas, según Carl Petry, el homicidio era el delito reportado más habitualmente, con unos 150 casos. Los numerosos informes sobre homicidios se debían a su aparición descontrolada en las grandes metrópolis de Damasco y El Cairo, incluso después de la peste negra del siglo XIV, y al grado en que esta alteró la cohesión social y la seguridad. La mayoría de los homicidas solían acabar en la cárcel o ejecutados, cuando era posible encontrarlos (cerca de la mitad de los perpetradores de los incidentes registrados eludían la detención, y otro tercio se escapaba). El resto de los que consta fueron cometidos fueron delitos capitales. Las fuerzas del orden los castigaban con una serie de ejecuciones públicas cuando su comisión había implicado agravantes como la violación, el robo y el bandidaje; reservaban las penas más leves para la élite.

Asimismo, en tiempos de los mamelucos el bandolerismo fue frecuente en forma de incursiones por parte de beduinos, disturbios y violencia ocasionada por bandas de delincuentes. En consecuencia, en este periodo se produjeron varios ejemplos de castigos draconianos para los salteadores de caminos que pudieron ser capturados. De los 12 incidentes relatados en las crónicas recogidas en la obra de Petry, tan sólo un salteador de caminos se libró de la ejecución; se trató de un delito relacionado con el «robo de una valija diplomática que llevaba un embajador de los otomanos al sultán al-Gawri».³

Por último, hubo casos en los que la blasfemia, la apostasía y los actos de disidencia fueron tratados como delitos capitales. En el ámbito geográfico del islam medieval estos actos se consideraban delitos graves porque la religión sustituía a las nociones modernas de ciudadanía; rechazar la religión equivalía a rechazar el contrato social de seguir las normas políticas y jurídicas; es decir, se asemejaban a la traición.

3 Carl F. Petry (2012). *The Criminal Underworld in a Medieval Islamic Society: Narratives from Cairo and Damascus under the Mamluks*. Chicago: Middle East Documentation Center.

Las noticias más reseñables de las fuentes históricas –y, por ende, las que los cronistas tienden a conservar– describen episodios de ejecuciones espectaculares por actos de desafío ante las instituciones o autoridades políticas y religiosas de una época determinada como expresar la heterodoxia o la falta de fe. Fue bajo los abasíes cuando las autoridades intentaron establecer una ortodoxia a partir de la mezcla de diferentes enfoques de la teología, el misticismo y la ley que habían caracterizado a las primeras comunidades islámicas.

Bajo los abasíes, la ejecución más dramática y memorable sancionada por el Estado fue la de Mansur al-Hallay, místico sufí que tenía un gran número de seguidores, pero que se apartó de la ortodoxia emergente, forjándose así varias enemistades políticas. Su amplia influencia en un momento de inseguridad política parece haberle convertido en una amenaza. Además, sus seguidores contribuyeron a la toma del califato durante un año, en 296/909-910 en Bagdad, para que el califa de corta edad al-Muqtadir fuera restituido bajo la tutela de su visir Ibn al-Furat. Un año después, algunos de sus principales discípulos estuvieron detrás de otro intento fallido para tomar el poder. La composición de su grupo de seguidores deja claro que la amenaza que suponía al-Hallay no iba contra la ortodoxia *sunní* en sí, sino contra la clase política entera. Sus más firmes partidarios eran *sunnies* acérrimos: activistas hanbalíes y un jurista shafí'í, mientras que el visir Ibn al-Furat, que se oponía a él, era *shí'í*. No obstante, al-Hallay se ganó enemigos, en palabras de Louis Massignon, por ser «no sólo un agitador social [...] sino también un hombre poseído por los demonios»;⁴ sus seguidores fueron acusados sin fundamento de aliarse con los cármatas, que suponían una verdadera amenaza militar desde Occidente.

Al-Hallay fue protegido durante un tiempo, pero al final encontró la muerte en Bagdad. Las fuerzas del orden lo detuvieron en 301/913-914 a raíz del segundo intento de golpe de Estado. Sus partidarios –la madre del califa y el Gran Chambelán, además del jurista shafí'í Ibn Surayy– lograron evitar un juicio con pena capital, que se sustituyó con el encarcelamiento domiciliario en palacio durante casi nueve años. Durante ese tiempo, el antiguo partidario de al-Hallay, Ibn 'Isa, había recuperado el cargo de visir. Pero Ibn 'Isa se vio envuelto en una pelea por la política fiscal con el poderoso recaudador de impuestos (y antiguo visir), Hamid. Para ganarse el favor del califa y degradar a Ibn 'Isa, Hamid consiguió reabrir el juicio contra al-Hallay con el apoyo del célebre recitador del Corán Ibn Mujahid, un anti-hallayí que se consideraba defensor de la ortodoxia *sunní*. Al mismo tiempo, los partidarios hanbalíes de al-Hallay fomentaron los disturbios públicos en protesta por los actos de Hamid, e incluso criticaron al famoso y respetado historiador Ibn Jarir al-Tabari (m. 310/923) por censurar su recurso a la violencia. Todo ello no hizo más que potenciar a Hamid, quien fue elegido para imponer el orden de nuevo. Este elaboró los términos de una sentencia capital para al-Hallay con un juez local malikí, Abu 'Umar al-Hammadi, probablemente por las posturas acomodaticias de

4 Véase Louis Massignon (1994). *The Passion of Al-Hallaj: Mystic and Martyr of Islam*, ed. Herbert Mason. Princeton: Princeton University Press.

su escuela respecto a los gobernantes que buscaban la pena capital contra criminales y enemigos políticos. En un arrebatado de éxtasis que la clase dirigente tomó como desafío a Dios (y a sí misma), pero que los demás místicos vieron como la anulación del ego a través de Dios, al-Hallay declaró: «Yo soy la Realidad» (o «la Verdad»: *al-Haqq*, otro nombre de Dios). A pesar de la oposición de jueces y juristas shafí'íes, y de las acusaciones de «blasfemia» por parte de Hamid, el juez malikí presidió el juicio capital y dictó sentencia de muerte en el año 309/922. A partir de entonces, Hamid reclutó a representantes de la élite de la comunidad musulmana para que proclamaran que la aplicación de la pena de muerte contra al-Hallay era necesaria «para la salvación del islam». En medio de sus gritos, en 309/922, al-Hallay fue azotado, se le cortaron las manos y los pies, fue crucificado en mitad de la noche y, finalmente, decapitado e incinerado, siendo sus cenizas esparcidas a los cuatro vientos a las puertas de Bagdad.

Tras estos sucesos, los estudiosos de la historia jurídica abasí, mameluca y otomana han detallado varias ejecuciones, también en base a una supuesta heterodoxia. Al igual que en el caso de al-Hallay, la blasfemia, la herejía o la violación de las normas no eran en realidad el tema central. En realidad fueron las maquinaciones políticas y la amenaza percibida por las autoridades establecidas las que llevaron a las ejecuciones en casi todos los casos.

Castigo carcelario (y exilio)

El encarcelamiento es una técnica de castigo que surgió en las sociedades islámicas medievales mediante la práctica ejecutiva (*siyasa*). La prisión no se menciona explícitamente (más allá de la reclusión domiciliaria) en los textos fundacionales del islam, entre ellos el Corán. Tampoco recibe un tratamiento extenso en las principales obras de la ley islámica. Sin embargo, en el siglo II del islam, el encarcelamiento se había convertido en una práctica generalizada y llegó a ocupar un lugar destacado en el ordenamiento penal islámico.

La mayor aproximación del Corán a la expulsión del domicilio es el destierro de la sociedad misma: es decir, el exilio por sembrar la «corrupción en sociedad» (*Corán*, 5:33). El destierro de la tribu era un castigo preislámico aparentemente común en los albores del islam, tal y como atestiguan los poetas bandoleros desterrados en la época omeya. Pero más tarde, y con pocas excepciones, el destierro parece haber sido mucho menos frecuente que la cárcel en las sociedades islámicas medievales. En lugar de aplicar el destierro como castigo generalizado, los últimos abasíes lo establecieron contra sus rivales políticos. Bajo los selyúcidas, los desterrados se enviaban a una ciudad lejana, pero aún dentro del imperio.

En casi todos los demás ámbitos, la realidad poco discutida de la historia del derecho penal islámico es que en las sociedades islámicas medievales la prisión estaba muy extendida para todo tipo de delitos, y que se utilizaba tanto para los más vulnerables como para los más influyentes en las sociedades islámicas medievales. Al parecer, en el siglo VIII el uso del encarcelamiento se había extendido tanto que el destacado jurista hanafí Abu Yusuf, colaborador estrecho del gobierno abasí,

reprochó al Estado su uso excesivo, quejándose de que las prisiones prácticamente hubieran sustituido a los castigos *hudud* de carácter divino e instando a los funcionarios a volver al uso de los castigos *hudud* para disminuir la presión sobre las cárceles cada vez más abarrotadas. Con estos y otros episodios, los juristas llegaron a considerar que las cárceles se utilizaban *excesivamente*, y así lo manifestaron en sus escritos jurídicos. Siglos después de que se impusiera el recurso cada vez más extendido a las cárceles, el jurista shafi'í al-Mawardi (m. 450/1058) en Oriente y el jurista literalista zahirí Ibn Hazm (m. 456/1064) en Occidente ampliaron las quejas anteriores sobre el uso excesivo de la prisión. Al igual que Abu Yusuf había hecho en el Bagdad del siglo VIII, estos juristas arremetieron contra la práctica extensamente empleada de utilizar las prisiones en lugar de los castigos *hudud* en las regiones lejanas del Gran Iraq y Persia, y al-Andalus, respectivamente. Siguiendo sus pasos, los juristas e historiadores mamelucos señalaron y criticaron el uso generalizado de las prisiones también en Egipto, la Gran Siria y Palestina.

Conclusión: mención sobre las políticas

Este ensayo pone de relieve e ilustra las sorprendentes características del derecho penal islámico medieval que yuxtaponen los principios jurídicos con las prácticas históricas, la interpretación jurídica con la brutalidad del poder ejecutivo, una «jurisprudencia de la duda y la lenidad» con las «prácticas políticas de control y severidad». Al hacerlo, mi intención ha sido responder a las preguntas con las que empecé, a) mostrando que había una divergencia entre los principios y las prácticas del derecho penal en el islam, y b) explicando por qué y cómo las divergencias surgieron y persistieron para formar un conjunto simbiótico entre los juristas y el Estado. En resumen: la ley expresaba el rechazo moral de ciertos actos; y sus actores estaban fuertemente preocupados por la justicia procesal y sustantiva de un conjunto limitado de castigos que podían justificar como legítimamente sancionados por la autoridad de los textos sagrados. Al mismo tiempo, la *realpolitik* reflejaba la cotidianidad política de unas fronteras precarias, calles inseguras y el débil control del poder cuyos actores estaban, a su vez, muy preocupados por mantener el poder y ejercer el control social a través del derecho penal.

Mucho queda por decir sobre las teorías más amplias que justificaron el derecho penal islámico. Por ejemplo, hay una necesidad de seguir explorando el requisito de control social por parte de los actores políticos del mundo medieval en un contexto de precariedad y violencia. Este somero repaso plantea más preguntas sobre lo que realmente sustentaba la *legitimidad* que los juristas veían y solían expresar como objetivos mundanos con una doble utilidad: de «disuasión» (*zayr*), por una parte, y de «rehabilitación espiritual» (*kaffara*), por otra. Entretanto, las justificaciones ejecutivas —a pesar del argumento del interés público (*maslaha*) que subyace a la *siyasa shar'yya*—, parecen tener más que ver con el control social, la inseguridad política y el poder estructural en un modelo basado en el concepto de que «el poder da la razón». Queda un amplio espacio y una gran necesidad de repensar el derecho penal islámico en estos y otros términos, dados los recientes desarrollos

en la teoría del derecho penal que podrían conllevar aportaciones significativas para comprender mejor el derecho penal islámico medieval. En futuros trabajos, me propongo abordar esa tarea mediante la discusión de los ejemplos aquí expuestos, en consonancia con la evolución de las teorías y las políticas del derecho penal en un contexto comparativo.⁵

BIOGRAFÍA DE LA AUTORA

Intisar A. Rabb es profesora de Derecho, profesora de Historia y directora del Programa de Derecho Islámico de la Facultad de Derecho de Harvard. Imparte cursos y publica artículos sobre el derecho islámico y el derecho penal estadounidense en sus contextos históricos y modernos, con especial énfasis en el derecho penal, el derecho comparado de interpretación constitucional y estatutaria, y los cánones legales islámicos (*qawa'id fiqhyya*). Entre sus publicaciones figura la monografía *Doubt in Islamic Law* (Cambridge University Press 2015). También es la editora principal del *Journal of Islamic Law* (journalofislamiclaw.com), del *Islamic Law Blog* (islamiclaw.blog) y de *SHARIAsource* (beta.shariasource.com), una plataforma online que facilita nuevas investigaciones sobre la ley islámica con el uso de herramientas que emplean las ciencias de los datos. Se licenció en la Universidad de Georgetown, se doctoró en la Facultad de Derecho de Yale y obtuvo un máster y un doctorado en la Universidad de Princeton. Ha realizado investigaciones en Egipto, Irán, Siria y otros países.

RESUMEN

La autora examina desde un punto de vista comparativo la historia del crimen y castigo en las sociedades islámicas. En la mayoría de los estudios sobre derecho penal islámico, los principios, prácticas y justificaciones del castigo suelen presentarse como compartimentos estancos entre los cuales media una amplia distancia. El artículo explora el terreno en el que se encuentran dichos compartimentos, situando el foco en los principios y prácticas del derecho penal en la Siria omeya, el Iraq abbasí y el Egipto mameluco. Al presentarnos este proceso, la autora ilustra el rasgo más llamativo del derecho penal islámico medieval. Dicho rasgo consiste en lo que ella denomina una «jurisprudencia de la duda y de la lenidad o de la benevolencia» que contrasta con las «prácticas políticas de control y severidad». Al abordar este contraste señala que se puede llegar mucho más lejos en el conocimiento de este campo de estudio prestando atención no sólo a los principios legales y a las prácticas, sino también a las razones que justifican la vigencia del derecho penal islámico.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal islámico, duda, lenidad, *hudud*, *qisas*, *ta'zir*, *siyasa*, *shari'a*.

5 En un manuscrito aún sin publicar titulado *Rethinking Islamic Criminal Law (Repensar el derecho penal islámico)*, profundizo en los principios y las prácticas de castigo, así como las políticas empleadas, y replanteo cómo los tres coinciden con los enfoques medievales y modernos para justificar (o abolir) la vigilancia policial y el castigo.

ABSTRACT

This article examines the history of crime and punishment in Islamic societies, comparatively. In most studies of Islamic criminal law, the principles, practices, and justifications for punishment typically operate in siloes separated by a wide plain. This lecture explores the ground where they meet. This lecture focuses on the criminal law principles and practices in Umayyad Syria, 'Abbasid Iraq, and Mamluk Egypt. In the process, she illustrates the most striking feature of medieval Islamic criminal: it featured a «jurisprudence of doubt and lenity» in contrast to «political practices of control and severity». In addressing that contrast, she argues that more insight can be gained by approaching the field with greater attention to not only the principles, practices, but also the justifications for Islamic criminal law.

KEYWORDS

Islamic criminal law, doubt, lenity, *hudud*, *qisas*, *ta'zir*, *siyasa*, *shari'a*.

الملخص

تبحث المؤلفة من وجهة نظر مقارنة في تاريخ الجريمة والعقاب في المجتمعات الإسلامية. في معظم دراسات القانون الجنائي الإسلامي، جرت العادة على تقديم مبادئ، وممارسات، ومبررات العقوبة كمقصورات منفصلة عن بعضها البعض. ويستكشف هذا المقال الحقل الذي تلتقي فيه هذه المقصورات بالتركيز على مبادئ وتطبيقات القانون الجنائي في سوريا الأموية، والعراق العباسي، ومصر المملوكية. ومن خلال تقديم المؤلفة هذا المسار لنا، فهي تبرز السمة الأبرز في القانون الجنائي الإسلامي في العصور الوسطى. وتتمثل هذه السمة فيما تسميه بفقهاء الشك والتساهل أو الرأفة الذي يتعارض مع الممارسات السياسية التي تتميز بالسيطرة والصرامة. وفي معالجة هذا التناقض، فهي تشير إلى أنه من الممكن تحصيل معرفة معتبرة في هذا المجال من خلال الاهتمام ليس فقط بالمبادئ والممارسات القانونية، بل أيضاً بالأسباب التي تبرز سريان القانون الجنائي الإسلامي.

الكلمات المفتاحية

شريعة جزائية إسلامية، شك، تساهل، حدود، قصاص، تعزير.