

# El periodo de prueba en el proceso musulmán medieval (al-Andalus, ss. VII-XII)

David PELÁEZ PORTALES

BIBLID [0544-408X]. (2000) 49; 151-177

**Resumen:** En el presente artículo se ha pretendido ofrecer una visión de conjunto del periodo probatorio en la regulación y práctica del proceso musulmán medieval, sobre la base de los datos que aportan distintas fuentes hispano-musulmanas. El punto de vista utilizado (eminente jurídicamente y, más en concreto, procesal) ha permitido centrar la atención en diferentes aspectos de esta materia que, o bien pasaban inadvertidos, o bien carecían de un tratamiento individualizado hasta el momento. Esta perspectiva de jurista introduce asimismo un nuevo modo de enfocar el desarrollo del procedimiento probatorio. Junto a las aportaciones metodológicas, el trabajo presenta a la consideración de los especialistas algunas conclusiones de fondo, centradas básicamente en torno a la movilidad del periodo probatorio dentro del proceso y la significación procedimental del *i'ḍār* y el *ta'yīz*.

**Abstract:** In these pages I have tried to give a complete picture of the evidence period in the muslim medieval procedure, on the basis of information taken from several andalusian sources. The point of view used -above all juridical and processual- has allowed to fix my attention on different aspects of this subject (unobserved or devoided of systematic treatment till now). This jurist vision also presents a new way of considering the development of evidential procedure. Joined to methodological contributions, the work brings to the consideration of the specialists some conclusions about contents, focused basically around the movility of the evidential period within the procedure, and the procedural meaning of *i'ḍār*, and *ta'yīz*.

**Palabras clave:** Derecho islámico. Derecho Procesal.

**Key words:** Islamic law. Muslim medieval procedure.

La prueba es uno de los aspectos del proceso musulmán que ha despertado mayor interés entre los juristas y arabistas occidentales de este siglo. Autores como Flórez de Quiñones, Marina Encabo, Brunschvig, Tyan o Pesle -por señalar algunos ejemplos- han examinado desde diferentes perspectivas los medios de prueba y el

procedimiento probatorio islámico tal y como se encuentran regulados en las exposiciones de *fiqh*.

Quizá se echaba en falta, sin embargo, una exposición integradora que, partiendo de las valiosas aportaciones ya realizadas, fuese capaz de ofrecer una visión de conjunto de esta materia. Las presentes páginas pretenden afrontar este reto con un enfoque particular: respetando la propia idiosincrasia del *fiqh*, y utilizando una sistemática y terminología actuales, se ha buscado un tratamiento más accesible y cercano de la prueba en el proceso musulmán al jurista desconocedor de esta singular etapa de la historia del derecho aplicado en nuestro suelo. Por lo demás, cuando ha sido posible, se ha procurado adoptar como término de comparación la regulación del proceso civil español, con el fin de que la apreciación de similitudes y diferencias permita una explicación más matizada y completa, con más relieve y perspectiva, del juego de las instituciones probatorias musulmanas.

### I. MEDIOS DE PRUEBA

Los medios de prueba en el proceso musulmán medieval coincidían a grandes rasgos con los de nuestro enjuiciamiento civil actual. En suma, venían representados por la confesión (*iqrār*), el juramento (*yamīn*)<sup>1</sup>, el testimonio (*šahāda*) -que constituía la prueba por excelencia- y las presunciones legales (*qarā'in*). La escritura (*jatt*) no era sino una modalidad de la prueba testifical<sup>2</sup>.

No existía como tal una prueba pericial; no obstante, el cadí solía utilizar las informaciones suministradas por “expertos” en la apreciación de las alegaciones y pruebas de las partes<sup>3</sup>. Aunque existentes en la práctica, tampoco eran concebidas

1. Frecuentemente, las exposiciones de *fiqh* incluyen asimismo la negativa a prestar juramento (*nukūl*) entre los medios de prueba, véase R. Brunschvig. “Le système de la preuve en droit musulman”. *Études d'Islamologie*, Paris, 1976, pp. 208, 210.

2. Véase E. Tyan. s. v. *da'wa*. *The Encyclopaedia of Islam. New edition*. Leiden, 1983, vol. II, p. 171; D. Santillana. *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*. 2 vols. Roma: Istituto per l'Oriente, 1938 y 1943, p. 593; R. Charles. *Le droit musulman*. Paris, 1956, pp. 106-08; L. Milliot. *Introduction à l'étude du droit musulman*. Paris, 1953, pp. 732 y 738-42; J. Schacht. *An introduction to Islamic law*. Oxford, 1991, pp. 192-93; G. H. Bousquet. *Le droit musulman*. Paris, 1963, pp. 91-92; J. Lalinde Jürss. “Una ‘historia de los jueces’ en la España musulmana”. *AHDE*, LV (1978), p. 706, n. 24; J. Marina Encabo. “La teoría de la prueba y especialmente la testimonial como básica en Derecho musulmán”. *Revista de Derecho Procesal*, 1 (1951), p. 5; M. del Nido. *Derecho musulmán*. Tetuán, 1927, p. 338. Por su parte, el art. 578 LEC establece como medios probatorios de que podrá hacerse uso en juicio, la confesión, documentos públicos, privados y correspondencia, los libros de los comerciantes que se lleven con las formalidades prevenidas en el Código de Comercio, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y los testigos. El art. 1215 CC añade a esta relación las presunciones.

3. Así por ejemplo, el cadí cordobés Muḥammad b. Daḥḥūn (m. 1039 d. C.) mandó a dos parteras examinar a una viuda que insistía en que estaba encinta, a pesar de que habían transcurrido dos años desde la muerte del marido. Lógicamente, éstas declararon lo infundado de sus sospechas, véase V. Lagardère.

como medio probatorio ciertas diligencias que de algún modo recuerdan a nuestro reconocimiento judicial<sup>4</sup>

## II. REGULACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS TRATADOS MĀLIKĪES

El contenido de las obras jurídicas mālīkīes permite distinguir un doble nivel en el tratamiento normativo de la prueba<sup>5</sup>.

Por un lado, un “bloque” homogéneo de preceptos, constituido por lo que pudiera denominarse *normas generales de prueba*, que tenían como objeto la regulación de la andadura de la prueba en el proceso: medios de prueba admisibles, su funcionamiento en abstracto, criterios generales de valoración, etc. Todo ello, con independencia de las relaciones jurídicas concretas. De aquí que solieran encontrarse agrupadas dentro de los capítulos consagrados a la regulación del proceso<sup>6</sup>.

Por otro lado, la regulación sustantiva de las instituciones civiles estaba cuajada de normas probatorias que, según los casos, podían imponer formalidades en orden a la celebración de los negocios jurídicos, condicionar la prueba de los mismos a la utilización de combinaciones específicas de medios probatorios, establecer pautas concretas de valoración ante supuestos igualmente específicos de equivalencia proba-

*Histoire et société en Occident musulman au Moyen Âge. Analyse du Mi'yār d'al-Wanšarīsī*. Collection de la Casa de Velázquez, nº 53. Madrid, 1995, p. 412, n. 171.

4. “No hay inconveniente en que el cadí cabalgue con otras personas para ir a realizar alguna inspección, o investigar sobre cualquier asunto que hubiera originado ante él una gran discusión y se hubiera enrevesado lo bastante como para que vacilara en la resolución que debería dictar, no encontrando otro camino para esclarecer el embrollo que verlo con sus propios ojos, e impedir así un mal mayor, como sería un error judicial” (Ibn Hišām, trad. A. Carmona González. *Al-Mufīd li-l-ḥukkām de Ibn Hišām de Córdoba* (m. 606/1209). *Estudio preliminar. Edición crítica y traducción anotada de su Introducción y de los Libros I y II*. Tesis Doctoral. Diciembre de 1.985. Universidad de Granada. Ed. en microfichas, p. 277).

5. Los términos genéricos más comúnmente empleados en los tratados de *fiqh* para aludir a la prueba son los de *ḥuýya* y *bayyina* (este último también designa la prueba por excelencia, es decir, la testifical o, incluso, a los propios testigos). Existen, no obstante, otros términos que expresan distintos grados o aspectos de la noción de prueba; es el caso del concepto *dalīl* (“indicación conclusiva”) o *burhān* (“demostración”), véase R. Brunschvig, s. v. *bayyina*. *The Encyclopaedia of Islam. New edition*. Leiden, 1986, vol. I, p. 1150; *idem*. “Le système de la preuve...”, pp. 205-09; Jalīl, trad. D. Santillana. *Il Muḥtaṣar o Sommario del Diritto Malechita di Jalīl ibn Iṣḥāq*. vol. II (Diritto civile, penale e giudiziario). Milano, 1919, p. 603, n. 118; 616, n. 240; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, pp. 593, 594; L. Milliot. *Introduction...*, p. 732; R. Charles. *Le droit musulman*, p. 106; G. H. Bousquet. *Le droit musulman*, pp. 91-92; E. Tyan. *Da'wa*, p. 171; *idem*. *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*<sup>2</sup>. Leiden, 1960, p. 237; J. López Ortiz. *Derecho musulmán*. Barcelona, 1932, p. 86; J. Schacht. *An introduction...*, p. 192.

6. En la traducción italiana del *Muḥtaṣar* de Jalīl, por ejemplo, esta materia está comprendida en el libro XXXV, dedicado a la regulación de los juicios (*qaḍā'*) y de las pruebas (cfr. Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, pp. 591 y ss.). Asimismo, en la *Tuḥfa* de Ibn 'Āṣim la prueba recibe un tratamiento específico en el contexto del desarrollo de las normas que regulaban la celebración del juicio ante el cadí (libro I), cfr. Ibn 'Āṣim. *Traité de droit musulman. La Toḥfat d'Ebn Acem*. Texte arabe avec traduction française. Commentaire juridique & notes philologiques par O. Houdas et F. Martel. Alger, 1882, pp. 13 y ss.

toria, etc. Se trataba de *normas particulares de prueba*, establecidas en razón de relaciones jurídicas determinadas. En su virtud, la actividad probatoria, ese peculiar “diálogo probatorio” entre las partes, constituía una realidad en gran medida irreductible a un esquema fijo<sup>7</sup>.

Desde esta perspectiva -por poner un simple ejemplo-, la afirmación general de que “le serment de celui qui nie est toujours exigé dans les questions ayant trait aux biens”<sup>8</sup> adquiere en un pasaje del *Kitāb al-Muqni*‘ de Ibn Muḡī el “tinte” particular de una relación de derecho sustantivo: “Cuando muere uno de los cónyuges después de tener el valí conocimiento del matrimonio, si acaece la muerte a raíz de contraerse el matrimonio y jura el valí que no había prestado su conformidad ni lo había validado después, no heredará el otro cónyuge ni el marido tendrá que pagar dote ninguna; pero si la muerte acaece algún tiempo después de contraído el matrimonio y de que el valí tuviera conocimiento del asunto, pierde éste todo derecho a intervenir en la cuestión”<sup>9</sup>.

### III. UBICACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO

La prueba carecía asimismo de una ubicación fija en el proceso. A diferencia de lo que ocurre en la regulación de los procesos modernos, la actividad probatoria de las partes no tenía lugar necesariamente una vez transcurrido el periodo de alegaciones.

Ésta podía tener lugar, efectivamente, tras la contestación del demandado.

Un pasaje del *Mujtaṣar* de Jaḡīl señala a este respecto que “se... il convenuto risponde contestando la domanda dell'attore, il giudice dice a quest'ultimo: ‘Hai tu una

7. “Le système de la preuve se particularise et se diversifie dans le détail selon la matière juridique: la physionomie de la procédure, pour ce qui est de la preuve elle-même, diffère en fin de compte sensiblement entre une poursuite pénale, un litige de statut personnel et une revendication de propriété. Revelons aussi qu'à l'intérieur de chaque école les solutions, d'une casuistique très poussée, sont loin d'être uniformes” (R. Brunschvig. “Le système de la preuve...”, p. 211). De un modo más general, este fenómeno puede conectarse con el carácter asistemático y casuístico del *fiqh*. Se ha destacado que los juristas musulmanes no han tenido nunca como fin construir un sistema estructurado a partir de unos principios fundamentales (de los cuales extraer -de un modo lógico- principios secundarios, y así sucesivamente, hasta la solución concreta). Al contrario, el camino se recorre frecuentemente a la inversa, desde el caso particular. Se manifiesta así una tendencia a la imprecisión en los conceptos generales y, paradójicamente, una minuciosidad extrema en el detalle, “une tendance à l'atomisme, une impossibilité de synthétiser complètement les choses, à le ajuster entièrement les unes aux autres” (G.H. Bousquet. *Le droit musulman*, p. 60). Véase *ibid.*, pp. 14-16, 63, 66; H. de Waël. *Le droit musulman. Nature et évolution*. Paris, 1989, p. 53.

8. Ibn ‘Āṣim. *Tohfāt*, v. 217.

9. S. Vila. “Abenmoguit. ‘Formulario notarial’. Capítulo del matrimonio”. *AHDE*, 8 (1931), p. 105.

prova?’ Se l'attore risponde affermativamente, il giudice lo invita a produrre i suoi testimoni e altri mezzi di prova”<sup>10</sup>.

Sin embargo, en los supuestos habituales de inicial comparecencia unilateral del actor, nada impedía que el demandante que disponía de medios para hacerlo pudiera probar los hechos alegados a continuación de la demanda, sin que existiese la necesidad de esperar a la citación del demandado, a su personación y a la contestación de la demanda<sup>11</sup>. Esta actividad probatoria *inaudita parte* del actor también podía exigirse, en su caso, como condición de la citación judicial del demandado<sup>12</sup> (como veremos, ambos supuestos solían dar lugar, tras la interpelación/*i’ dār*, a una correlativa concentración de actividades procesales del demandado, una vez personado éste).

Así lo refleja al-Jušanī cuando refiere que una de las primeras providencias que tuvo que tomar el cadí cordobés Muḥammad b. Bašīr (1ª mitad s. IX) “fue la de pronunciar sentencia contra el monarca Alháquem I, negándole el derecho, que pretendía tener, sobre los molinos del puente (de Córdoba); pleito que tuvo que sustanciar en su juzgado. Oyó primero las pruebas testificales que el demandante presentó y, después, invitó al monarca a que nombrase procurador en el pleito y respondiese a la demanda”<sup>13</sup>.

Del mismo modo, el alfaquí cordobés Ibn Lubāba (m. 926 d. C.) da cuenta de esta posible situación de la prueba dentro del proceso con ocasión de su exposición de la práctica (*‘amal*) de Córdoba en la tramitación de los “interdictos de obra nueva”: “La pratica a Cordova, quando taluno intraprende un'opera da cui derivi danno ad altro, per es.: un forno, un condotto d'acqua e altri simili, è che l'attore porti con sè dei testimoni dinanzi ai giudici. Se, tra questi, vi sono due testi idonei, e che il giudice ri-

10. Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, p. 603.

11. Por el contrario, en nuestro proceso civil no puede recibirse el pleito a prueba sin la actividad alegatoria del demandado, salvo que éste no conteste, o haya sido declarado en rebeldía.

12. “Si le débiteur habite loin, le cadí ne doit pas donner l'ordre de le citer, tant que la créance n'a pas été établie devant lui” (al-Wanšārīsī. *Le livre des magistratures d'el Wancherisi*. Texte Arabe publié, traduit et annoté par H. Bruno et M. Gaudefroy-Demonbynes. Collection de Textes Arabes. Rabat: Institut des Hautes-Études Marocaines, 1937, vol. VIII, p. 57). “Il giudice invita la parte a comparire... se la parte si trovi alla distanza della masāfat al-'adwā. Ma non se la parte si trovi a distanza maggiore, per esempio a sessanta miglia..., cioè il giudice non può citare la parte, salvo che l'attore abbia prodotto un testimone come principio di prova” (Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, p. 615). Véase *ibid.*, p. 615, n. 224. La cuestión era, en cualquier caso, discutida, cfr. E. Tyan. “La procédure du ‘défaut’ en droit musulman”. *SI*, 7 (1957), pp. 123-24; *idem*. *Da'wa*, p. 172.

13. Al-Jušanī. *Historia de los jueces de Córdoba por Aljoxanī*. Texto árabe y traducción española de J. Ribera. Madrid: Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas. Centro de Estudios Históricos, 1914, pp. 65-66. Véase *ibid.*, pp. 58, 124-25, 155-56, 178-79; al-Nubāhī. Ed. y trad. de A. Cuellas Marqués. *Al-Marqaba al-'ulya de al-Nubāhī Edición y traducción parciales, introducción y notas*. Tomo I (traducción). Tesis Doctoral. Septiembre de 1983. Universidad de Granada (ed. en microfichas), pp. 104-06, 108-09, 128, 130.

tenga tali, egli concede un termine al convenuto per presentare la sua difesa. Se non la presenta è costretto a sopprimere la causa del danno, e se ciò non possa farsi se non colla demolizione delle opere, queste si dovranno demolire...”<sup>14</sup>.

A este peculiar solapamiento alegaciones del actor-prueba podían contribuir igualmente otros factores, tales como la presentación de documentos notariales como escritos alegatorios (a), o razones de aseguramiento de los medios de prueba (b).

a) Diversas referencias de las fuentes andalusíes ilustran este extremo. En el comentario a un modelo de acta contenido en su Formulario, Ibn Muġī señala que la presentación de una “escritura de anulación de *ḥaḍāna*” daba lugar, sin más, al *i dār* de la demandada (lo que acredita su naturaleza de alegación-testimonio): “Cuando existe una escritura como la anterior, caduca, en su virtud, la *ḥaḍāna*, volviendo al padre después de que el cadí requiera por última vez a la madre para que se excuse de las imputaciones de los que dan testimonio contra ella; tal es la opinión de varios juristas recientes, con arreglo a la cual hay jurisprudencia”<sup>15</sup>.

b) En cuanto al segundo aspecto, una cita de la *Tabṣira* de Ibn Farḥūn recuerda que “debe facilitarse la aportación de pruebas, dado que la demora en las mismas puede ser causa de dispersión y difícil reunión posterior en detrimento de los titulares de derecho. ‘Por tal razón -dice Ibn Sahl- he podido apreciar que algunos jueces, desde el primer momento de incoación del juicio, ordenan la aportación de las pruebas testificales y la audición de éstas”<sup>16</sup>.

Las partes también disponían de la posibilidad de presentar sus pruebas en la misma sesión en que se hubieran verificado conjuntamente las alegaciones. En estos casos, el proceso podía desarrollarse con gran celeridad: “Si las dos partes en litigio estuviesen allí mismo presentes, hágalos entrar y que comparezcan ante él. Ponga sus cinco sentidos en ocuparse de su caso con la más estricta neutralidad, y dícteles luego sentencia”<sup>17</sup>.

14. Ap. D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. I, p. 268. Véase igualmente J. López Ortiz. “La jurisprudencia y el estilo de los tribunales musulmanes de España”. *AHDE*, 9 (1932), p. 224; al-Juṣanī, pp. 169-70; Ibn Sahl. Trad. R. Daga Portillo. *Organización jurídica y social en la España musulmana. Traducción y estudio de al-Ahkām al-Kubrā de Ibn Sahl (s. XI)*. Tesis Doctoral. 1.990. Universidad de Granada (ed. en microfichas), pp. 75, 83, 110-11, 533-35; R. Brunschvig. “Urbanisme médiéval et droit musulman”. *REI*, 15 (1947), pp. 28-29.

15. S. Vila. “Abenmoguit...”, p. 168.

16. Ap. J. Aguilera Pleguezuelo. “Un tratado de procedimiento aplicado en al-Andalus”. *Awraq*, 5-6 (1982-83), p. 109. Prescindimos del tratamiento de la prueba indiciaria en el contexto de las medidas cautelares.

17. Ibn Hišām. *Mufīd*, vol. I, p. 254. (La cita es de Abū ‘Abd Allāh al-Bāḡī). Véase al-Juṣanī, p. 165; J. López Ortiz. *Derecho musulmán*, p. 83.

Por lo demás, una información que proporciona el *Qudāt Qurṭuba* respecto de cierta praxis adoptada por el cadí Muḥammad b. Bašīr en el modo de recibir la prueba de las partes, indica que este magistrado “abría la audiencia a la hora del alba y permanecía despachando los negocios hasta un poco antes del mediodía; luego, después de la oración del mediodía, volvía a abrir la curia, hasta la oración de media tarde; pero en esta sesión vespertina no hacía más que examinar las pruebas; no admitía pruebas en otro tiempo más que en ése”<sup>18</sup>. Sería preciso hallar nuevos ejemplos en la misma línea -esto es, la celebración de audiencias con el único fin de practicar pruebas- para pensar razonablemente que los tribunales cordobeses admitían la posibilidad de una sustanciación sincrónica de distintos procesos abiertos.

#### IV. LUGAR DE LA PRUEBA

La prueba se practicaba habitualmente en la sede judicial. Sin embargo, en algunos supuestos cabía llevarla a cabo fuera del tribunal del cadí, siempre que concurrieran circunstancias que así lo aconsejaran, y se observasen las condiciones especiales exigidas por la ley en orden a acreditar su realización. Era el caso, por ejemplo, del testimonio delegado (*naql al-šahādat*) (a), o el del juramento prestado en el propio domicilio de la parte (b).

a) El testimonio delegado se empleaba en los supuestos en que, por razón de ausencia, muerte, distancia física<sup>19</sup>, enfermedad o alguna otra causa grave, no era posible la declaración personal del testigo directo<sup>20</sup>. Éste la efectuaba entonces en presencia de dos testigos idóneos<sup>21</sup>, autorizándolos a prestar testimonio en su nombre ante el cadí correspondiente, con tal que transmitiesen fielmente cada uno de los extremos de la declaración recibida<sup>22</sup>.

18. Al-Jušanī, p. 67. Otra referencia de la *Marqaba* de al-Nubāhī refuerza la credibilidad de esta información acerca de los modos de proceder del cadí Ibn Bašīr cuando señala que, en cierta ocasión en que se precisaba el testimonio del soberano, “el emir al-Ḥakam escribió en un papel la atestación, le puso su sello y se la dio a los alfaquíes, diciéndoles: ‘Ésta es mi atestación, escrita de mi mano y con mi sello. Entregádsela al cadí. (Y ellos) se la llevaron al tribunal en el tiempo que tenía para oír los testigos’” (al-Nubāhī. *Marqaba*, vol. I, pp. 110-11).

19. Es decir, cuando el testigo estuviera a más de 24 millas de la sede del cadí.

20. Nuestra LEC prevé el recibimiento de la declaración en el domicilio del testigo, cuando éste no pueda personarse en el Juzgado para hacerlo. Si el juez lo estima conveniente, en el acto estarán presentes las partes y sus defensores, cfr. art. 655.

21. O cuatro, si la materia lo requiriera.

22. Véase Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, pp. 639-40 y nn. 470-73; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, pp. 604-05; L. Milliot. *Introduction...*, p. 736; M. Gaudet-Demonbynes. “Notes sur l’histoire de l’organisation judiciaire en pays d’Islam”. *REI*, 13 (1939), p. 134. En materia de *ta’dīl*, cfr. Ibn Hišām. *Muḥīḍ*, vol. I, pp. 305-06, 331, 368; Ibn Abī Zamanīn. Ed. y trad. M. Arcas Campoy. *El Kitāb Muntajab al-Aḥkām de Ibn Abī Zamanīn. Estudio, traducción y edición crítica del sumario y del Libro I*. Tomo I (traducción). Tesis

La obra de al-Nubāhī proporciona un ejemplo andalusí a este respecto, tomado -una vez más- de la vida del cadí Muḥammad b. Bašīr: “Sa‘īd al-Jayr, hijo del emir ‘Abd al-Raḥmān b. Mu‘āwīya (‘Abd al-Raḥmān I), nombró ante el cadí Muḥammad b. Bašīr un procurador para representarle en un pleito que se le presentaba. En su poder obraba un documento en el que constaban testimonios de personas aceptables, pero que ya se habían muerto, y no quedaban vivos más que el emir al-Ḥakam b. Hišām (al-Ḥakam I) y otro testigo de excepción (*mubarriz*). Este testigo prestó declaración ante el cadí, y al procurador se le señalaron los plazos para buscar un segundo testigo con el que llevar a término el pleito. Entonces Sa‘īd al-Jayr se presentó con la escritura ante el emir al-Ḥakam y le mostró en el documento su testimonio -testimonio que había suscrito antes de ser emir, en vida aún de su padre- y le hizo ver la necesidad que había de prestarlo ante el cadí, temeroso de ver perdidos sus derechos... Llamó entonces el emir al-Ḥakam a dos alfaquies de su corte, y de su puño y letra escribió en un papel la atestación, le puso su sello y se la dio a los alfaquies, diciéndoles: -Ésta es mi atestación, escrita de mi mano y con mi sello. Entregádsela al cadí”<sup>23</sup>.

b) Si por enfermedad u otro impedimento la parte no podía personarse en la mezquita para prestar el juramento, entonces debía hacerlo en el propio domicilio, delante del oficial enviado por el cadí a tal efecto<sup>24</sup>. Sólo por excepción, las mujeres de alta posición social estaban facultadas para jurar a domicilio, delante de uno o dos auxiliares que contasen con la correspondiente delegación del magistrado<sup>25</sup>. En cualquier caso, la mujer juraba a domicilio cuando el valor de la causa era inferior al cuarto de dinar<sup>26</sup>.

Así, un modelo de acta de capitulaciones matrimoniales que figura en el Formulario de Ibn Muḡīṭ prevé en este sentido que la esposa, ante el incumplimiento del marido de su compromiso de no ausentarse en los plazos previstos, “podrá... obrar a su arbitrio, haciendo fe su afirmación respecto al vencimiento de estos plazos, previo juramento prestado en su morada y a presencia de testigos”<sup>27</sup>.

Doctoral. Septiembre de 1982. Universidad de Granada (Inédita), pp. 280-282; R. Brunschwig. “Le système de la preuve...”, p. 214.

23. Al-Nubāhī. *Marqaba*, vol. I, pp. 110-11. Véase *ibid.*, p. 325, n. 229.

24. Jalīl designa, entre los funcionarios adscritos al tribunal del cadí, “l’ufficiale incaricato di far prestare il giuramento alle parti (*muhallif*)” (Jalīl. *Muḡtaṣar*, vol. II, p. 597). Véase también *ibid.*, p. 654, n. 598; J. Aguilera Pleguezuelo. “Un tratado de procedimiento...”, p. 108; al-Juṣaṇī, pp. 178-80; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 628; J. López Ortiz. *Derecho musulmán*, p. 77.

25. Véase Ibn ‘Āšim. *Toḥfat*, p. 95, v. 205 y nota 3ª; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 629.

26. Véase Jalīl. *Muḡtaṣar*, vol. II, p. 655.

27. S. Vila. “Abenmoguit...”, pp. 54-55. Véase *ibid.*, pp. 64, 65; J. López Ortiz. “Algunos capítulos del Formulario notarial de Abensalmún de Granada”. *AHDE*, 4 (1927), p. 362; P. Chalmeta. “El matrimonio

En otras ocasiones, la propia índole de la actuación requería su verificación fuera de la sede del juzgado, como en los reconocimientos que en materia inmobiliaria o urbanística podía realizar eventualmente el magistrado.

Lo pone de manifiesto el cordobés Ibn Hišām (m. 1209 d. C.) en cierto lugar de su *Muḏīl li l-hukkām*: “No hay inconveniente en que el cadí cabalgue con otras personas para ir a realizar alguna inspección, o investigar sobre cualquier asunto que hubiera originado ante él una gran discusión y se hubiera enrevesado lo bastante como para que vacilara en la resolución que debería dictar, no encontrando otro camino para esclarecer el embrollo que verlo con sus propios ojos, e impedir así un mal mayor, como sería un error judicial”<sup>28</sup>.

Por su parte, la obra de Ibn Sahl muestra al cadí llevando a cabo una inspección en la mezquita del emir Hišām, acompañado de un grupo de alfaqués, testigos instrumentales (*‘udūl*) y vecinos musulmanes<sup>29</sup>; examinando por orden del emir (quizá ‘Abd Allāh o ‘Abd al-Raḥmān III) los canales del cementerio cordobés de al-‘Āmir, junto con sus consejeros y otras personas escogidas<sup>30</sup>, o acudiendo en compañía de los jurisperitos a examinar *in situ* un muro medianero que era objeto de controversia entre un tal Ibn Dīnār y las dos hijas de Ibrāhīm b. ‘Īsā<sup>31</sup>. Otro documento (posiblemente fechable a comienzos del siglo X) reviste un interés particular por su alusión a la práctica (*‘amal*) de los cadíes de Córdoba. Se trata de una reclamación planteada contra cierto Sa‘īd b. al-Salīm por haberse apropiado de varios tramos de un camino público, colindantes con la finca del actor: “Si fuiste al lugar para ser testigo ocular y presenciarlo por ti mismo es más correcto, pues ya lo hacían así los cadíes que te precedían en lo que es de utilidad para los musulmanes”<sup>32</sup>.

según el *Kitāb al-Waḡā’iq* de Ibn al-‘Attār (s. X). Análisis y observaciones”. *AEA*, VI (1995), p. 47.

28. Ibn Hišām. *Muḏīl*, vol. I, p. 277. La crónica de al-Jušanī recoge una anécdota al respecto, dentro de un “expediente de jurisdicción voluntaria”: “Dice Ahmed ben Mohámed ben Aymán: Yo he visto un auto o providencia de Elasuar ben Ocba, en el que se señalaban los límites del cementerio del Arrabal y se indicaban los puntos extremos a que por todos lados llegaba. Yo presencié el acto siguiente: Ahmed ben Baquí, que era juez de Córdoba en el tiempo a que me refiero, fue a caballo a ese sitio, acompañado de los faqués; llevaba consigo ese documento, a fin de someter a un nuevo examen los límites del cementerio y conformarse con lo que en ese auto se decretó” (al-Jušanī, p. 106). En otro lugar se señala que el juez Aslām b. ‘Abd al-‘Azīz “personalmente, montado en una caballería, fue a derribar el muro o pared de la almunia de Elhabib (b. Ziyād) para tomar un trazo de terreno de esa almunia, dos hileras de árboles, con el fin de ensanchar la carretera, según el juez creía que debía hacerse por constar inscrito ese derecho en la curia” (*ibid.*, p. 234).

29. Véase Ibn Sahl. *Organización jurídica*, vol. I, pp. 31-33.

30. Véase *ibid.*, pp. 526-32.

31. Véase *ibid.*, pp. 44-49.

32. *Ibid.*, p. 548 (La cita corresponde a una fetua del jurisperito Yaḥyà b. Muḥammad b. ‘Abd al-‘Azīz -m. 297 h.).

Finalmente, el magistrado debía acudir al “auxilio judicial” cuando se planteaba la práctica de pruebas fuera de su demarcación. No de otro modo, la opinión mayoritaria en la doctrina mālikī era contraria a la realización de cualquier acto atinente a la administración de justicia por parte de este magistrado más allá del ámbito de la propia circunscripción<sup>33</sup>, que solía definirse en el acta de nombramiento<sup>34</sup>.

A *sensu contrario* así se deduce del tenor de una consulta que le fue planteada en cierta ocasión a Ibn Rušd el Abuelo (m. 1126 d. C.) respecto de un pleito “en el que se le reclamaba a alguien determinadas propiedades en Jaén. Al demandado, que aseguraba poder aportar los documentos necesarios, se le concedieron los plazos oportunos para hacerlo. Pero éstos resultaron insuficientes, puesto que los testigos que podían dar fe de que el padre del demandado había comprado aquellos bienes al demandante se encontraban en Baeza, donde se había realizado el trato, y ni en dicho lugar ni en sus alrededores había por aquellos días autoridad judicial o religiosa ante quien pudieran testificar tales personas”<sup>35</sup>.

33. “On n'admet pas qu'un cadī puisse recevoir un témoignage, s'il est hors de sa circonscription” (Ibn 'Āšim. *Toḥfat*, p. 43, v. 92). Véase V. Lagardère. *Histoire et société...*, p. 446, n. 99; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 567. Sí podía, en cambio, emitir fetuas en los asuntos (litigiosos o no) que no entraran dentro de su competencia, o se situaran fuera de su circunscripción, cfr. Jalīl. *Mujtaṣar*, vol. II, pp. 598, n. 71; 612, n. 205. Según una referencia del Marruecos del primer tercio de siglo, “le Cadi a pouvoir de juridiction dans la circonscription judiciaire qui lui a été assignée par son Dahir de nomination et dans cette seule circonscription” (P. Marty. “La justice civile musulmane au Maroc”. *REI*, 5 (1931), pp. 341-38; 7 (1933), p. 379).

34. El acta de nombramiento de Muḥammad b. al-Ḥasan al-Ŷudāmī al-Nubāhī (m. 1070-71 d. C.), otorgada por el soberano Yaḥyā al-Mu'talī, contenía, entre otras menciones, la de que se “le confiere el cadiazgo entre los musulmanes de la ciudad de Málaga... y sus circunscripciones” (al-Nubāhī. *Marqaba*, vol. I, p. 198). Véase E. Tyan. *Histoire de l'organisation judiciaire...*, pp. 179-80, 182, n. 6 (donde se señala que en el Occidente musulmán estos diplomas recibían el nombre de *zahīr*, al menos desde el siglo VIII h.), 183; L. Milliot. *Introduction...*, p. 697; al-Juṣanī, p. XXIX de la introducción; M. Jallaf. “La justicia”. En *Historia de España dirigida por Ramón Menéndez Pidal*. t. VIII-I *Los reinos de taifas. Al-Andalus en el siglo XI*. Coordinación y prólogo de M<sup>o</sup> Jesús Viguera Molíns, Madrid, 1994, pp. 167, 168, 174; P. Chalmeta. “Instituciones”. En *Historia General de España y América*. t. III *El fallido intento de un Estado hispánico musulmán, 711-1085*. Coordinado por V. A. Álvarez Palenzuela. Madrid, 1988, p. 535. Algunos ejemplos orientales en M. Gaudefroy-Demonbynes. “Notes sur l'histoire...”, pp. 120 (para quien, sin embargo, “il résulte que les circonscriptions des *qada* n'ont été nettement délimitées à aucune période de l'histoire musulmane”), 122. Se ha afirmado en el mismo sentido que “la concepción musulmana antigua era tan liberal para la elección de juez y la facultad de recomenzar la instancia ante otro magistrado que una limitación territorial estricta no tendría el más mínimo sentido” (R. Brunschvig. *La Berbérie orientale sous les Hafsides des origines a la fin du XVe siècle*. Paris: Institut d'Études Orientales d'Alger, 1947, t. II, p. 125). Cfr. igualmente E. Tyan. *Da'wa*, p. 171; *idem*. *Histoire de l'organisation judiciaire...*, p. 356.

35. A. Carmona González. “La preclusión (*ta' yẓ*) en el derecho procesal mālikī: un texto del *Mufīd* de Ibn Hišām”. *Homenaje al Prof. Justel Calabozo*, Universidad de Cádiz, 3-4.

### V. FORMA DE LA PRUEBA

Las declaraciones testificales se efectuaban oralmente<sup>36</sup>, o mediante aportación de acta escrita; ésta, en principio, debía ser corroborada verbalmente ante el cadí por los testigos firmantes.

Puede aducirse a este respecto el comentario que dedica Ibn Muġī a un modelo de acta acreditativa de la fuga de un esclavo: “Cuando este documento se confirme ante el cadí, se le añadirá lo siguiente: Fulano hijo de Fulano, ante el cadí Fulano hijo de Fulano, cadí de tal lugar, da fe de que lo que consta en esta escritura en relación con su testimonio se corresponde con la atestación realizada, habiendo tenido lugar la misma previa comprobación de la identidad de Fulano y Fulano y conociéndoles en el momento de realizarla. Lo que tiene lugar en tal fecha. Asimismo, dan fe de todo ello Fulano hijo de Fulano y Fulano hijo de Fulano”<sup>37</sup>.

El juramento era prestado ante el cadí oralmente<sup>38</sup>; cuando su práctica tenía lugar fuera del tribunal se hacía valer ante el órgano judicial presentando acta de su realización, levantada -en su caso- por el oficial del juzgado que hubiera sido enviado con este fin.

El Formulario de Ibn Salmūn contiene en este sentido un modelo de acta de reclamación por incumplimiento de la cláusula contractual que obligaba al marido a “no abandonar su compañía (de la esposa) ni cerca ni lejos, ni voluntariamente ni forzado, sino tanto tiempo, y que si le sobrepasa podrá ella disponer de sí misma”. Para la resolución judicial del matrimonio<sup>39</sup>, dicha acta debía ser acompañada de las

36. “Un sujeto ya entrado en años, se presentó ante Elhabib ben Ziad en calidad de testigo y expuso su declaración. El juez le dijo: -¿Desde cuándo conoces tú este asunto? El testigo, al contestar, dejándose llevar de la hipérbole y extremando la frase, dijo: -¡Oh! mucho: desde hace cien años. -¿Cuántos años tienes? le preguntó el juez. -Sesenta -dijo el testigo. -¿Y cómo conoces este asunto desde hace cien años? ¿Te figuras tú que lo conociste cuarenta años antes de nacer? -Esto -contestó el testigo- lo he dicho como comparanza; es un decir. -En las declaraciones de testigos -replicó el juez- no deben emplearse figuras retóricas. E inmediatamente ordenó que azotaran al testigo. Y le arreararon varios azotazos” (al-Juṣānī, pp. 219-20).

37. Ibn Muġī, Ed. y trad. F.J. Aguirre Sádaba. *El Kitāb al-muqni‘ fī ‘ilm al-šurūt de Abū Yā‘far Amad ibn Muġī al-Ṭulayṭulī. Edición crítica de la obra y traducción de los contratos de compraventa, cartas de manumisión, denuncias y alegaciones.* Tesis Doctoral. 1987. Universidad de Granada (ed. en microfichas), pp. 92-93.

38. “Me contó persona de crédito que Ahmed ben Ziad refería que a Mohámed ben Guadah le contó Cásim ben Hilel lo siguiente: Una vez nos presentamos en la curia ante Mohámed ben Baxir para abonar como testigo a un hombre. El juez nos dijo: -Jurad por aquel Dios, que no hay otro que él, que ése es un testigo irrecusable y debe ser aceptado. Los testigos, en vez de pronunciar la fórmula del juramento, contestaron: -Dios te guarde. El juez, entonces, dijo al secretario: -No escribas hasta que realmente juren” (al-Juṣānī, p. 77).

39. El matrimonio también podía resolverse judicialmente, cuando transcurría el plazo pactado de posible ausencia del marido.

capitulaciones matrimoniales, así como del acta acreditativa del juramento prestado por la esposa<sup>40</sup>.

Del juramento y los testimonios orales quedaba igualmente constancia escrita en los autos del proceso.

El Formulario notarial de Ibn Muġī reproduce un modelo de acta de juramento con que documentar la celebración de esta prueba en el propio tribunal del cadí: “Fulano hijo de Fulano, a requerimiento del cadí Fulano hijo de Fulano, cadí de tal lugar, pronuncia juramento en la mezquita aljama, en el lugar en ella destinado a las sesiones judiciales (*maqta' al-ḥaqq*), y afirma por Dios, el Único, que verdad es que el referido esclavo, Fulano, el cual había adquirido a Fulano hijo de Fulano, se ha fugado de su lado durante el periodo de garantía de tres noches, sin que por su parte haya ejercido ninguna violencia contra el esclavo, ni le haya ocasionado el menor perjuicio; que después de eso, no ha vuelto a él y que desconoce su paradero. Se verifica su juramento acerca de esta cuestión en presencia del vendedor Fulano, quien, habiendo exigido que fuera pronunciado, se da por satisfecho, a su vez, con el mismo. De ello dan testimonio quienes han presenciado el juramento referido en este documento según se hace constar, entre aquéllos que han sido requeridos por Fulano para que atestigüen su conformidad con el juramento y su exigencia de que se llevara a efecto. Lo que tiene lugar en tal fecha”<sup>41</sup>.

Por otro lado, las fuentes andalusíes acreditan un uso muy extenso de actas de transcripción de las declaraciones testificales, que permitían al cadí y a los jurisperitos disponer en todo momento de un reflejo exacto del estado del pleito.

Una anécdota de la crónica de al-Juṣānī, a propósito del proceso contra Qumis b. Antuniān, ilustra la praxis de los tribunales cordobeses al respecto: “El monarca ha ordenado que te llamáramos y se te sondeara acerca del proceso que en tu curia se ha sustanciado en el asunto de Comes. Soleiman en aquel momento sacó un tomo de dentro de sus mangas y dijo: -Aquí está la información de testigos que en mi curia han declarado en el asunto ese; yo creo que se la debe elevar al soberano para que pueda hojearla y examinarla detenidamente; luego que ordene él lo que bien le plaz-

40. Para ratificar la ausencia del marido; indicar que no autorizaba el viaje y, finalmente, que se declaraba repudiada de él por repudiación triple, véase J. López Ortiz. “Algunos capítulos...”, pp. 358, 361-62, 365, 366; S. Vila. “Abenmoguit...”, pp. 54-55, 59, 60, 64, 165-66; V. Lagardère. “La vie sociale et économique de l’Espagne musulmane aux XI-XII siècles à travers les *fatwa*/s du *Mi’yār* d’al-Wanṣarīsī”. *MCV*, 26, 1 (1990), p. 215; *idem*. *Histoire et société...*, pp. 103-04, n. 163; H. R. Idris. “Le mariage en Occident musulman d’après un choix de fatwas médiévales extraites du *Mi’yār* d’al-Wanṣarīsī”. *ROMM*, 17 (1974), pp. 85, n. 163; 88-89, n. 178.

41. Ibn Muġī, *Muqni’*, vol. I, pp. 93-94. Véase también al-Juṣānī, p. 77; J. López Ortiz. “Algunos capítulos...”, pp. 362, 366; S. Vila. “Abenmoguit...”, pp. 162-63; Ibn Sahl. *Organización jurídica*, vol. I, pp. 382, 383; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 629.

ca. Hákím quería impedir que se realizara lo que proponía el juez y le dijo: -Señor juez, el tomo es demasiado voluminoso y las declaraciones muchas; el soberano no conoce a todos los que han declarado, fíjate especialmente en los nombres de los testigos que a tu juicio deben ser aceptados, indícaselos, e indica lo que ellos han declarado<sup>42</sup>.

Del mismo modo, el acta en la que el cadí de Toledo Abū Zayd al-Haššā' hizo consignar su sentencia contra el heterodoxo Ibn Ḥātim recogía las fetuas emitidas en el proceso, así como las declaraciones testificales presentadas contra éste. De ella se hicieron varias copias, que fueron sometidas a la consideración de jurisconsultos de otras ciudades andalusíes<sup>43</sup>.

Cuando se trataba de diligencias periciales, dichas actas, a más de su valor documental, podían ser utilizadas como auténticos testimonios escritos. A esta última posibilidad alude un fragmento del *'Iqd al-munazzām* de Ibn Salmūn, relativo a una tasación de inmuebles urbanos: "Si se demuestra lo que mantiene verbalmente, habría que enviar algunos expertos para observar la cuestión. Y, después de la valoración realizada, se escribiría en virtud de ello un contrato: 'Los expertos presentan su testimonio, en el que se dice que han observado la cuestión de ese inmueble urbano y los vicios de la casa vendida situada en tal sitio. Así pues, después de observarla, encontraron tal vicio en la misma, apreciando que era un vicio grave que hacía disminuir el precio en gran medida; vicio que era anterior a la compraventa, y difícil de observar en el momento del examen visual. Sobre lo cual hacen constar su testimonio emitido en tal fecha'<sup>44</sup>.

Cabe aducir en el mismo sentido una nueva referencia, extraída ahora del Formulario de Ibn Muġīṭ: "Quienes figuran mencionados por sus nombres al pie de la fecha de la presente escritura, en calidad de testigos fedatarios, declaran que ellos han entrado en la casa... la han visitado... visto por sí mismos y han observado su estructura, sus muros y lo que está ruinoso, considerando que la venta de la casa por tal cantidad de dinero significa un precio justo y adecuado, representa un beneficio manifiesto y

42. Al-Jušanī, pp. 162-63. Véase Ibn Sahl. *Organización jurídica*, vol. I, pp. 432-33, 488, 492, 534, 539; J. Aguilera Pleguezuelo. "Un tratado de procedimiento...", p. 109; Ibn Hišām. *Muġīṭ*, vol. I, pp. 260-61; Ibn Abī Zamanīn. *Muntajab*, vol. I, pp. 232-33; V. Lagardère. *Histoire et société...*, pp. 56-57, n. 207.

43. Véase V. Lagardère. *Histoire et société...*, pp. 59-61, n. 222; M<sup>o</sup> I. Fierro. "El proceso contra Ibn Ḥātim al-Ṭulayṭulī (años 457/1064-464/1072)". *EOBA*, VI (1994), pp. 191-92; Ibn Sahl. *Organización jurídica*, vol. I, pp. 325-36.

44. Ibn Salmūn. Ed. y trad. P. Cano Ávila. *Contratos conmutativos en la Granada nazarí del siglo XIV, según el Formulario notarial de Ibn Salmūn (m. 767/1366)*. Tesis Doctoral. Octubre de 1.986. Universidad de Granada (ed. en microfichas), p. 322.

no entraña perjuicio alguno para los intereses del huérfano, Fulano, o del ausente, Fulano”<sup>45</sup>.

## VI. PROCEDIMIENTO PROBATORIO

El procedimiento probatorio se iniciaba preguntando el cadí al demandante si tenía alguna prueba (*bayyina*) que aportar. Las actuaciones siguientes variaban en función de si el actor estaba en condiciones de presentar una prueba testifical completa (I) o no (II).

1. En el primer caso, la práctica de la prueba testifical del actor podía llevarse a cabo acto seguido de la invitación del cadí, siempre que aquél hubiera traído consigo a los testigos<sup>46</sup>. En caso contrario, el magistrado le señalaba un plazo, según su prudente arbitrio (*i’yihād*)<sup>47</sup>.

A ello alude un fragmento de la credencial de nombramiento de uno de los que al-Jušanī presenta como primeros cadíes de al-Andalus, Maḥdī b. Muṣlīm: “...les debe señalar plazos para sus alegatos y pruebas, debiendo éstos ser lo suficientemente amplios para que pueda quedar bien clara y evidente la verdad y se descorran los velos que pueden ocultarla”<sup>48</sup>.

Asimismo, un modelo de sentencia contenido en el Formulario de Ibn Muḡīṭ recoge en sus “antecedentes de hecho” la mención de que “el cadí fulano viene a conceder un plazo al demandante fulano para que pruebe la reclamación formulada en las manifestaciones que ha consignado en este documento, según es práctica corriente en los casos de concesión de plazos; y que le ha traído a fulano, hijo de fulano, el cual da testimonio...”<sup>49</sup>.

No obstante, existía una práctica consolidada en la concesión de plazos concretos (distintos en función de la naturaleza de la cuestión controvertida), que el cadí solía conceder al actor a modo de término ordinario de prueba<sup>50</sup>. Según recoge la *Tuḡfa* de Ibn ‘Āṣim, cuando se trataba de bienes inmuebles o de sucesiones, los plazos eran de quince, ocho, cuatro, y un último de tres días (en total, treinta); en materia de cré-

45. Ibn Muḡīṭ, *Muqni’*, vol. I, p. 41.

46. Véase al-Nubāhī. *Marqaba*, vol. I, p. 60; J. López Ortiz. *Derecho musulmán*, p. 83.

47. Véase Jalīl. *Mujtaṣar*, vol. II, pp. 605 y 653; Ibn ‘Āṣim. *Toḡfat*, p. 31, v. 64; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 592.

48. Al-Jušanī, p. 29. Véase al-Nubāhī. *Marqaba*, vol. I, pp. 110-11.

49. S. Vila. “Abenmoguit...”, p. 129. Véase, respecto de la actuación de un *ḥākim*, V. Lagardère. *Histoire et société...*, p. 107, n. 183; H. R. Idris. “Le mariage en Occident musulman...”, p. 89, n. 183.

50. Para nuestro proceso, el art. 553 LEC establece que el término ordinario de prueba se dividirá en dos periodos comunes a las partes: uno, de hasta veinte días, para proponer la prueba, y otro, de hasta treinta días, para practicar toda la prueba que hubiesen propuesto las partes y haya sido admitida.

ditos, de ocho, seis, cuatro y tres días, sumando un total de veintiuno<sup>51</sup>; en otros casos se concedía un único plazo de tres días<sup>52</sup>, o un mes<sup>53</sup>.

Los plazos sucesivos podían ser agrupados en uno. Sin embargo, era recomendable que el cadí los concediese separadamente, a fin de, a la expiración de cada uno de ellos, “convoquer les parties pour savoir d'elles si les preuves à fournir sont prêtes”<sup>54</sup>. Esta medida contribuía a agilizar la marcha del proceso, ya que el actor que estuviera en condiciones de practicar la prueba anunciada podía hacerlo una vez expirado el primer plazo parcial, sin tener que esperar al transcurso de los plazos sucesivos. Ibn ‘Āṣim señala que así se hacía en su tiempo<sup>55</sup>.

Existían igualmente plazos más amplios, que recuerdan de algún modo a nuestro término extraordinario de prueba. Así por ejemplo, para las reivindicaciones de inmuebles en las que los testigos del actor se encontraban a gran distancia podía asignarse hasta tres meses. También se concedía tres meses al demandado en posesión de un inmueble que tuviera sólidos argumentos contra el actor, una vez hubiese practicado éste sus pruebas<sup>56</sup>.

51. Véase Ibn ‘Āṣim. *Tohfāt*, pp. 32-33, vv. 70-73 y n. 38; Ibn Hišām. *Mufīd*, vol. I, pp. 268-269; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 592.

52. “1. Au retrayant qui exerce le droit de chefaa, pour payer le prix; 2. A la personne qui prétend avoir oublié un fait passé depuis longtemps; 3. A la partie qui affirme avoir une preuve qui l'affranchisse de l'obligation, toujours pénible, de prêter serment; 4. A celui qui veut établir que son débiteur a une créance sur un tiers...; 5. En cas de délaissement d'un immeuble, à condition que celui qui revendique ait établi par une preuve son droit de propriété, et qu'il ne reste plus qu'à adresser l'interpellation finale” (Ibn ‘Āṣim. *Tohfāt*, pp. 31-33, vv. 65-69). Abū l-Walīd al-Bāyī (m. 1081 d. C.) se hacía eco del tercer supuesto en un lugar de su obra: “Si recayese sobre el demandado la carga del juramento...(y) afirmase que disponía de pruebas con las que eludir la obligatoriedad de tal juramento, concédale para ello el cadí un plazo de tres días, pasados los cuales sentencie en contra suya, ya que es patente que lo único que pretende es retardar el juicio” (Ibn Hišām. *Mufīd*, vol. I, p. 269).

53. “Un mois est ordinairement, dans la pratique, accordé aux parties pour prouver qu'un contrat doit être rescindé” (Ibn ‘Āṣim. *Tohfāt*, p. 35, v. 78). Era igualmente el plazo mínimo que podía concederse para la venta de un inmueble destinado al pago de una deuda, cfr. *ibid.*, p. 34, n. 41.

54. Houdas y Martel. *Tohfāt*, p. 33, n. 38.

55. Véase Ibn ‘Āṣim. *Tohfāt*, pp. 32-33, n. 38; 35, v. 79; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 592. De modo parecido, en nuestro proceso civil, el juez no tiene necesariamente que agotar los plazos máximos que la ley establece para la proposición y práctica de la prueba, sino que “concederá el que estime suficiente, atendidas las circunstancias del pleito, sin que pueda bajar de diez días el del primer periodo (proposición), ni de quince el segundo (práctica)” (art. 553 LEC). No obstante, los ampliará hasta el máximo cuando alguna de las partes lo solicite.

56. Véase Ibn ‘Āṣim. *Tohfāt*, p. 35, vv. 74-76; A0. Carmona González. “La preclusión...”, pp. 3-4; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 592. El art. 555 LEC establece que “el término extraordinario de prueba se otorgará si hubiere de ejecutarse alguna fuera del territorio nacional”. Los plazos serán de cuatro meses, si la prueba hubiese de ejecutarse en Europa, o de seis, para cualquier otra parte del mundo, cfr. art. 556 LEC.

### 1.1. Interpelación a la defensa (*i'ḍār*)

Tras la prueba del actor, el cadí debía dirigir al demandado<sup>57</sup> una pregunta ritual: “¿tienes otros argumentos (*huḡyā*)?”. Esta interpelación, fundada en el Corán, recibía el nombre de *i'ḍār*, y abría un periodo en el que el demandado podía, genéricamente, actuar en su defensa. Al tratarse de una regla de orden público (*ḥaqq Allāh*, un derecho de Dios)<sup>58</sup>, su observancia era necesaria en todo caso antes de la resolución judicial, de modo que, según la jurisprudencia prevalente, la sentencia que se pronunciaba eludiendo este trámite era nula *ipso iure*<sup>59</sup>.

Inequívocamente lo pone de relieve un fragmento de la *Tabṣira* de Ibn Farḥūn: “Sache qu'il faut, obligatoirement, avant le jugement, inviter l'adversaire à presenter ses défenses soit lorsqu'il a été produit à son encontre une preuve testimoniale, le déclarant débiteur à la suite d'une opération commerciale ou autre obligation, soit encore lorsqu'il a été actionné pour un dommage causé pour une usurpation de propriété ou un trouble de jouissance”<sup>60</sup>.

Del mismo modo, el propio Ibn Hišām recordaba en su *Mufīd* que “no deberá terminar el proceso hasta haber permitido el *i'ḍār* a aquél contra quien va a ser pronunciada la sentencia... la prueba sola no es suficiente, sino que además se debe conceder al reo la posibilidad de alegar en su defensa (*i'ḍār*)”<sup>61</sup>.

Una vez concedido el *i'ḍār*, el cadí tenía el deber de requerir a dos testigos del tribunal, a efectos del levantamiento de la oportuna acta<sup>62</sup>. La observancia de esta

57. Por demandado debe entenderse actor, en los supuestos en que aquél hubiera comenzado probando su excepción.

58. Para la distinción entre “derechos de Dios” (*ḥuqūq Allāh*) y “derechos del hombre” (*ḥuqūq al-adāmī*) en derecho musulmán, cfr., sobre todo, D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. I, pp. 8-9; E. Tyan. *Histoire de l'organisation judiciaire...*, p. 357; J. López Ortiz. *Derecho musulmán*, p. 43.

59. Véase Ibn 'Āšim. *Toḥfat*, p. 37, v. 80 y n. 42; A. Carmona González. “La preclusión...”, p. 8 (que recoge otro fragmento del *Mufīd* donde se señala que era la práctica de al-Andalus). Este trámite fue denegado en algunos procesos de heterodoxia (*zandaqa*), como el que acabó con la vida del *zindīq* Abū l-Jayr, cfr. V. Lagardère. *Histoire et société...*, pp. 56-57, n. 207. Posteriormente, con base en este precedente, algunos alfaquíes postularon la denegación del *i'ḍār* al heterodoxo Ibn Ḥātim, cfr. *ibid.*, pp. 59-61, n. 222; 69-70, n. 280; M<sup>a</sup> I. Fierro. *La heterodoxia en al-Andalus durante el periodo omeya*. Madrid: IHAC, 1987, pp. 149-55; *idem*. “Accusations of ‘zandaqa’ in al-Andalus”. *QSA*, 5-6 (1987-88), p. 256; *idem*. “Los mālikīes de al-Andalus y los dos árbitros (*al-ḥakamān*)”. *AQ*, 6 (1985), pp. 91-92; *idem*. “El proceso contra Ibn Ḥātim al-Ṭulayṭulī...”, p. 192; Ibn Sahl. *Organización jurídica*, vol. I, pp. 325-36.

60. *Ap.* Al-Wanšarīsī. *Le livre des magistratures*, p. 93. Véase también *ibid.*, p. 63 y n. 3.

61. Ibn Hišām. *Mufīd*, vol. I, p. 267. Véase *ibid.*, p. 459.

62. La sentencia debía hacer mención de que se había verificado este trámite esencial, véase Ibn 'Āšim. *Toḥfat*, pp. 36-37, v. 80 y nn. 42-43; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 632; J. López Ortiz. *Derecho musulmán*, p. 87.

formalidad privaba a la parte interpelada de cualquier pretexto para impugnar la sentencia en el futuro<sup>63</sup>.

Tras la interpelación, y con el fin de que pudiera defenderse, el magistrado debía comunicar al demandado los nombres de los testigos aportados por el actor, así como el contenido de su declaración, especialmente en los casos en que ésta se hubiese practicado en su ausencia<sup>64</sup>.

Un pasaje de la crónica de al-Jušanī se hace eco de esta necesidad del interpelado cuando refiere que “se presentó una información de testigos contra un personaje de la propia familia del soberano, ante el juez Mohámed ben Ziad. El juez envió a la persona, contra la cual declaraban, dos emisarios que le dijeran: -Fulano y zutano han declarado contra ti esto y lo de más allá. Si tú tienes medios de defensa, preséntalos. El juez (tuvo cuidado de comunicar esta orden de palabra y) no quiso comunicarla por escrito. El demandado dirigió una carta al soberano haciéndole saber que el juez no le quería comunicar el asunto por escrito. El monarca ordenó al juez que lo hiciera en debida forma; pero el juez Mohámed ben Ziad contestó: -Temo que, al hacerlo yo en esa forma, se aproveche de ella para esquivarla y transgredirla, amañando las pruebas en favor suyo para destruir el valor de los testimonios. De eso estoy muy bien informado por hazañas tuyas que todo el mundo sabe”<sup>65</sup>.

Por su parte, cierto documento de los *Aḥkām* de Ibn Sahl, que puede situarse en la Córdoba del primer cuarto del siglo X, recoge una reclamación presentada ante el Emir por varios extranjeros contra una mujer llamada Asmā' bint b. Hayūn. La cédula escrita había sido remitida al cadí con la indicación de que se estudiara el asunto. El magistrado dio traslado de la misma a los jurisperitos (*mušāwarūn*) Ibn Lubāba e Ibn Walīd, quienes, en fetua conjunta, estimaron la necesidad de que el cadí orde-

63. Otra doctrina aconsejaba primero sentenciar y, después de dictar la resolución, conceder un plazo para recurrirla, véase A. Carmona González. “La preclusión...”, p. 8; Jaḥil. *Mujtaṣar*, vol. II, p. 604 y n. 129; Ibn 'Āṣim. *Toḥfat*, pp. 36-37, nn. 42 y 43; D. S. Powers. “*Kadijustiz* or *qāḍī*-justice? A paternity dispute from fourteenth-century Morocco”. *ILS*, 1,3 (1994), p. 346; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 632; J. López Ortiz. *Derecho musulmán*, p. 87; R. Charles. *Le droit musulman*, p. 105; L. Milliot. *Introduction...*, p. 727.

64. Véase Jaḥil. *Mujtaṣar*, vol. II, pp. 604, 605 y n. 138; Ibn Abī Zamañin. *Muntaḥab*, vol. I, pp. 250-51; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 607. El *i'dār* no cabía, a su vez, respecto de los comisionados por el cadí para notificar la interpelación, cfr. al-Wanšarīsi. *Le livre des magistratures*, p. 94, 3º y n. 2; V. Lagardère. *Histoire et société...*, p. 455, n. 139; *idem*. “La haute judicature à l'èpoque almoravide en al-Andalus”. *AQ*, 7 (1986), pp. 140, 172; *idem*. “Abū l-Walīd b. Rušd *qāḍī al-quḍā* de Cordoue”. *REI*, 54 (1986), p. 222; P. Marty. “La justice civile musulmane au Maroc”, p. 510. Según recoge Ibn Hišām, la práctica de al-Andalus exigía la mención del nombre de los testigos en las sentencias contra menores o ausentes (algo sólo aconsejable en las resoluciones judiciales contra personas presentes, cuando había mediado el *i'dār*), véase A. Carmona González. “La preclusión...”, pp. 5, 6, 8, 9.

65. Al-Jušanī, pp. 124-125. Véase *ibid.*, pp. 58, 66, 155-56, 162-63, 169-70, 178-79.

nase la comparecencia de la demandada; que los demandantes ratificaran su pretensión en presencia de Asmā'; que ésta contestara, y, en caso de negar los hechos, que los actores practicasen su prueba. La fetua finalizaba indicando al cadí que, tras la prueba, interpelara (i' *dār*) a la demandada, dándole a conocer el nombre de quién declaró contra ella, el contenido del testimonio y la aceptación del magistrado<sup>66</sup>.

Cuando, tras la interpelación, la parte alegaba no tener defensa, el juez pronunciaba la sentencia<sup>67</sup>.

Si por el contrario el demandado afirmaba tener medios de defensa frente a lo probado por el actor, el cadí le asignaba un plazo según su prudente arbitrio (i' *tiḥād*)<sup>68</sup>. Este plazo era igualmente fragmentable<sup>69</sup>, tal y como se desprende de una cita del alfaquí de Beja Abū l-Walīd al-Bāyī (m. 1081 d. C.): "El plazo máximo para poder presentar alegaciones en descargo (i' *dār*) podrá dividirse en tres plazos parciales, atendiendo al buen criterio del magistrado (*ḥākim*): primero, quince días; luego, ocho; y finalmente, una vez expirados los anteriores plazos, tres días"<sup>70</sup>. Así también, en tiempos de Ibn Rušd el Abuelo (m. 1126 d. C.), lo habitual era conceder treinta

66. Véase Ibn Sahl. *Organización jurídica*, vol. I, pp. 169-170. Cfr. igualmente al-Nubāhī. *Marqaba*, vol. I, pp. 104-05, 108-09, 128; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. I, p. 268; J. López Ortiz. "La jurisprudencia...", p. 224.

67. Véase Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, p. 605; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 632. Cfr. D. S. Powers. "Fatwas as sources for legal and social history: a dispute over endowment revenues from fourteenth-century Fez". *AQ*, 11 (1990), p. 316, en relación con la tercera instancia del complejo proceso analizado en este artículo.

68. "Si se presentase una prueba testifical suficiente, lo que en principio le daría derecho a la propiedad que reclama, es obligatorio conceder al receptor del testimonio en contra un plazo para presentar su defensa si la tiene" (Ibn Hišām. *Muḥḍ*, vol. I, p. 334. La cita es del *Muntaqā al-Aḥkām*). Véase al-Nubāhī. *Marqaba*, vol. I, p. 105; al-Wanšarīsī. *Le livre des magistratures*, p. 67, n. 6; D. S. Powers. "Kadījustice or qādī justice?...". p. 346; Ibn Sahl. *Organización jurídica*, vol. I, pp. 169-70, 228; Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, p. 653; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 607. Salvo que el cadí estimara que la petición de un término para la prueba encubría una maniobra dilatoria de la parte interpelada, ya que entonces sentenciaba sin más, cfr. Jalīl. *Op. cit.*, p. 605, n. 136.

69. Recuérdese lo señalado *supra* respecto de la divisibilidad del plazo concedido por el cadí para la prueba del actor.

70. Ibn Hišām. *Muḥḍ*, vol. I, p. 268. Una cita de la misma obra insinúa la posibilidad de que el cadí tuviera la última palabra en punto a la unión o fragmentación de plazos probatorios en los procesos que eventualmente instruyese el *ḥākim*: "Sobre si puede el juez auxiliar (*ḥākim*) reunir o dividir estos plazos, hay gran discrepancia. Pero, si el demandado pidiera el plazo conjunto, debe ocuparse de ello el cadí, y hacer lo que le dicte su buen criterio" (*ibid.*, p. 269). Por lo demás, para conceder estos plazos, el magistrado debía asegurarse de que no se pedían con el único fin de retrasar la marcha del proceso, cfr. *ibid.*, p. 280. Véase también Ibn Sahl. *Organización jurídica*, I, pp. 169-70, 228, 335; al-Wanšarīsī. *Le livre des magistratures*, p. 91; al-Jušanī, p. 58; al-Nubāhī, *Marqaba*, vol. I, pp. 104-106; V. Lagardère. *Histoire et société...*, p. 61, n. 222 (el plazo concedido al *zindīq* Ibn Ḥātim fue de dos meses); M<sup>o</sup> I. Fierro. "El proceso contra Ibn Ḥātim al-Ḥulayṭulī...", p. 197; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. I, p. 268; J. López Ortiz. "La jurisprudencia...", p. 224.

días divididos en varios sub-plazos, el último de los cuales recibía el nombre de *talawwīm*<sup>71</sup>.

Desde nuestra perspectiva actual, la “defensa” del demandado no consistía simplemente en una actividad probatoria. Cierto es que cuando la contestación se había efectuado antes de la prueba del actor, la interpelación equivalía a una invitación a la contraprueba (dirigida al demandado una vez hubiera probado aquél). Pero en los supuestos de prueba *inaudita parte*, el *i’ dār* acumulaba indiferenciadamente las alegaciones (contestación) y pruebas del demandado. Ello, al parecer, no excluía la reaparición de este instituto, de existir una actividad probatoria ulterior del actor.

En este sentido, una anécdota recogida en la *Marqaba* de al-Nubāhī refiere que en el proceso que se sustanció contra un *qurayšī* allegado del soberano por haber despojado de cierta propiedad a unos huérfanos, el demandado recibió del cadí una citación donde se le informaba de las declaraciones testificales y “de la demanda que los huérfanos habían presentado contra él, haciéndole saber los cargos formulados e invitándole a presentar sus alegatos y a defenderse en un plazo determinado”<sup>72</sup>.

Asimismo, el *i’ dār* era también un momento oportuno para la tacha de los testigos presentados por el actor.

Una cita de Ibn al-Māyīšūn recogida en la *Waḍiḥa* de Ibn Ḥabīb recuerda a este respecto que el cadí “oírā y registrará el testimonio de los testigos de una parte, tanto si está presente la otra parte como si no lo está. Si está presente, el cadí leerá ante él el testimonio en el cual estarán incluidos los nombres de los testigos y si, en opinión de la parte demandada, el testimonio es refutable o se aprecia una transgresión en la irreprochabilidad de los testigos, se examinará lo que haya dicho; pero si no es así, tendrá el fallo en contra suya”<sup>73</sup>.

La tacha era extensible, en su caso, a los habilitadores (*mu’addilun*) de los testigos que declaraban contra el demandado<sup>74</sup>.

71. Véase A. Carmona González. “La preclusión...”, p. 2.

72. Al-Nubāhī. *Marqaba*, vol. I, pp. 104-05. Véase al-Jušānī, pp. 58, 178-79. El plazo del *i’ dār* coincidía en estos casos con el de la contestación.

73. Ibn Abī Zamanīn. *Muntajab*, vol. I, p. 251. Véase Jalīl. *Muḥtaṣar*, pp. 604-05 y nn. 128, 130, 135, 138; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 607; P. Marty. “La justice civile musulmane au Maroc”, p. 510. Algo que, en nuestro derecho, supone una confusión entre la prueba propiamente dicha (que debe ceñirse a los hechos alegados en la contestación, cfr. art. 565 LEC) y lo que no constituye más que un momento del incidente de la tacha de testigos: la prueba para justificar la concurrencia de la causa de inhabilitación propuesta respecto del testigo de que se trate, cfr. art. 662 LEC.

74. “Quand a eu lieu l’habilitation des témoins, il faut qu’il y ait interpellation finale de récusation, tant au sujet du témoin qui habilite que du témoin habilité. Mais, l’interpellation est-elle faite avant que le cadí ne l’interroge ou après qu’il l’a interrogé? Il y a, à ce sujet, quatre opinions” (Ibn Farḥūn. *Ap. al-Wanšārīsī. Le livre des magistratures*, pp. 93, n. 2 y 94).

Con todo, el demandado podía en determinados supuestos no “agotar” el trámite del *i'dār*, reservándosele para una mejor ocasión. Así, el que, ante la interpelación del magistrado, afirmaba tener una prueba testifical cuya práctica requería cierto tiempo. El cadí dictaba entonces sentencia según lo actuado, sin perjuicio del derecho del demandado de aportar sus testigos posteriormente, y de pedir, si era procedente, la rescisión de lo juzgado. También cabía que el magistrado no dictara sentencia en tanto no fuese agotado el término extraordinario de prueba señalado a estos efectos (cfr. *supra*)<sup>75</sup>.

El trámite del *i'dār* podía ser suprimido en beneficio de la parte débil de la contienda, desde un doble punto de vista.

a) No condicionando al litigante más débil a la observancia de un término necesario para su defensa.

Era el caso de los ausentes y menores, quienes siempre tenían abierta la posibilidad de presentar nuevas pruebas dentro del juicio o, incluso, tras su terminación (puesto que la sentencia no era definitiva).

Aḥmad al-Wanšarīsī aduce en su *Kitāb al-wilāyat* un fragmento de la *Ŷazirīya* de Ibn al-Qāsim<sup>76</sup> donde se recapitulan las doctrinas anteriores con la afirmación de que “dans tout jugement consigné et qui comporte la possibilité de nouveaux moyens de preuve en faveur du non présent, du mineur ou de la partie présente qui convoque les témoins se trouvant éloignés, le cadí pourra réformer le jugement, si c'est nécessaire”<sup>77</sup>.

b) Privando a la parte fuerte de la posibilidad de respuesta a la prueba de la débil; v.g. no se concedía el *i'dār* al litigante del que se sospechara que tomaría represalias contra el otro (o contra los testigos aportados por éste)<sup>78</sup>.

Jalīl formulaba la doctrina relativa a este último punto con base en la praxis del renombrado cadí cordobés Muḥammad b. Bašīr. A ella también alude al-Jušanī: “Mohámed ben Baxir pronunció sentencia contra Abenfoṭáis, sin comunicarle siquiera el nombre de los testigos que se habían presentado como prueba contra él. Abenfoṭáis se presentó en palacio para exponer el caso al soberano Alháquem I. Éste ordenó

75. Véase A. Carmona González. “La preclusión...”, pp. 3-4.

76. Alfaquí de Algeciras muerto a fines del siglo XII d. C. y autor de un famoso Formulario notarial, el *Maqṣad al-maḥmūd* -también conocido como *Ŷazirīya*-, cuya edición y estudio fue objeto de la tesis doctoral de A. Ferreras Sánchez.

77. Al-Wanšarīsī. *Le livre des magistratures*, p. 92. Véase Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, pp. 605, n. 136; 653 y n. 584; Ibn 'Ašim. *Toḥfat*, pp. 35, vv. 74-76; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, pp. 632-33.

78. Véase Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, pp. 604-605 y nn. 131, 133 y 134; V. Lagardère. *Histoire et société...*, p. 455, n. 139; *idem*. “La haute judicature...”, pp. 140, 172; *idem*. “Abū l-Walīd b. Rušd...”, p. 222; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 608.

que se comunicara a Abenbaxir lo siguiente: ‘Me dice Abenfootáis que tú has sentenciado contra él fundándote en la prueba testifical de personas de las que él no sabe siquiera quiénes son. Los ulemas sostienen que esto no debe hacerse’. El juez Abenbaxir dio al monarca la siguiente contestación: ‘No es Abenfootáis persona a quien se deba comunicar el nombre de los testigos que declaran en contra suya, porque, caso de que él no pueda apelar contra su testimonio, tratará de hacerles daño en otras cosas, incluso se atreverá a arrebatarles sus haciendas’<sup>79</sup>.

Los tratados mālīkīes solían enumerar en esta sede distintas categorías de testigos respecto de quienes, por otras razones, el *i’ḍār* perdía toda su virtualidad<sup>80</sup>, no siendo concedido a la parte contra la que éstos hubieran declarado.

Se trataba de los notarios o actuarios del tribunal (*‘udūl*)<sup>81</sup>; los testigos delegados por el juez para hacer prestar un juramento, acreditar una posesión u otros actos de instrucción<sup>82</sup>; el informador secreto del juez (*muzakkīal-sirr*); los testigos superiores a toda excepción (*mubarrizun*), salvo en caso de enemistad con la parte contra la que hubieran depuesto, o de parentesco con aquélla en favor de la que hubiesen declarado<sup>83</sup>.

79. Al-Jušanī, pp. 66-67. Al-Wanšarīsī, que recoge igualmente esta anécdota para ilustrar dicha doctrina, precisa más en los detalles técnicos: “L’Emir s’adressant à Ibn Bachir l’informa de la plainte para laquelle Ibn Fothais lui reprochait d’avoir prononcé à son encontre un jugement sans lui avoir adressé l’interpellation finale, alors que c’était là une garantie à laquelle il avait droit, selon l’opinion unanime des savants” (al-Wanšarīsī. *Le livre des magistratures*, pp. 95, 9º y 96). Véase al-Nubāhī. *Marqaba*, vol. I, p. 112. En cualquier caso, no era opinión dominante en la escuela mālīkī, cfr. Jalīl. *Mujtaṣar*, vol. II, pp. 604-05, n. 134. Tampoco cabía conceder el *i’ḍār* a los que incurrieran en usurpación o despojo de bienes: “Cuando los ministros hicieron comparecer a Ziad ben Abderrahmen y le ofrecieron el cargo de parte de Hixem I, contestó aquél: -Si me obligáis a aceptar, cosa que yo repugno, os juro por lo más caro a mi corazón que, si alguna vez se presenta en la curia un demandante que pida algo que esté en poder vuestro, mi primera providencia será arrancárosllo de vuestras manos y ponerlos en situación de ser vosotros los demandantes” (al-Jušanī, pp. 10-11 y n. 1). Cfr. al-Wanšarīsī. *Op. cit.*, p. 97, 13º y n. 3; al-Nubāhī. *Op. cit.*, pp. 38, 100-01, 226-28; J. Lalinde Jürss. “Una ‘historia de los jueces’ en la España musulmana”, p. 729; Ibn Muḡī. *Muqni’*, vol. I, pp. 217 (donde figura una escritura de atestación relativa a la usurpación violenta -*gasb*- de un inmueble), 251-52; Ibn Abī Zayd. Trad. J. Riosalido Gambotti. *Compendio de Derecho islámico*. Madrid, 1993, pp. 131, 215, 216.

80. Es decir, no cabía defensa posible de la parte contra ellos, cfr. Jalīl. *Mujtaṣar*, vol. II, p. 604, n. 130.

81. Véase V. Lagardère. *Histoire et société...*, p. 455, n. 139. Se admitía, sin embargo, la tacha por enemistad o parentesco muy próximo, cfr. Jalīl. *Mujtaṣar*, vol. II, p. 604 y n. 131; Ibn ‘Āšim. *Toḥfat*, pp. 36-37, v. 81 y n. 43; 39, v. 83 y n. 45; al-Wanšarīsī. *Le livre des magistratures*, p. 94, 5º.

82. V. g. las personas enviadas por el cadí para realizar una comprobación *in situ* del contenido de la declaración de los testigos; los comisionados con el fin de dirigir el *i’ḍār* a la parte impedida para desplazarse hasta el tribunal (v. *supra*); los peritos requeridos para ilustrar la convicción del magistrado antes de dictar sentencia, etc., cfr. al-Wanšarīsī. *Le livre des magistratures*, pp. 94, 3º, 4º; 95, 7º; Ibn ‘Āšim. *Toḥfat*, pp. 37-38, v. 32 y n. 44; Ibn Muḡī. *Muqni’*, vol. I, p. 87; Ibn Sahl. *Organización jurídica*, vol. I, p. 321.

83. Véase al-Wanšarīsī. *Le livre des magistratures*, pp. 93, 1º; 94, 2º.

El *Kitāb al-wilāyat* de al-Wanšarīsī añade que tampoco cabía *i'dār* respecto de los testigos que declaraban en gran número en materia de hechos, decesos y matrimonios antiguos o recientes; derechos de patronato o bienes habices antiguos, así como en las denuncias de malos tratos entre esposos<sup>84</sup>. Finalmente, Ibn 'Āšim recordaba que “l'interpellation finale ne sera pas non plus adressée à l'égard de témoins nombreux, quand parmi eux il s'en trouve d'honorables”<sup>85</sup>.

### 1.2. Preclusión de la fase probatoria (*ta'yīz*)

Una vez realizadas las alegaciones o pruebas de la parte interpelada se cerraban los debates<sup>86</sup>. Al mismo resultado podía llegarse cuando ésta no presentaba su defensa en los plazos señalados, y el magistrado -a ruego de la otra parte- acordaba la preclusión del trámite del *i'dār*, quedando el pleito “visto para sentencia”<sup>87</sup>.

El juez debía hacer constar esta resolución (conocida técnicamente como *ta'yīz*) en su registro o protocolo (*si'yīll*), a fin de que la parte perjudicada no pudiera intentar en adelante la reapertura del proceso, anunciando que tenía nuevas pruebas<sup>88</sup>. Lo

84. Véase *ibid.*, p. 95, 8°; P. Marty. “La justice civile musulmane au Maroc”, pp. 510-11.

85. En cualquier caso, este autor relativiza el valor de su enumeración particular, señalando que “l'opinion contraire dans tous ces cas a été soutenue” (Ibn 'Āšim. *Tohfāt*, p. 39, v. 84).

86. En el ejemplo aducido *supra* acerca de la controversia entre los extranjeros y Asmā' bint b. Hayūn, los mufties consultados aconsejaron al cadí que, tras el *i'dār*, se otorgara a esta última un plazo para su defensa. Una vez agotado, el magistrado debía dictar sentencia, cfr. Ibn Sahl. *Organización jurídica*, vol. I, pp. 169-170. Véase *ibid.*, pp. 50-58, 252-54, 488-89, 491-97, 533-35; D. S. Powers. “*Fatwas as sources...*”, p. 316. En cualquier caso, las fuentes andalusíes consultadas no parecen permitir la inteligencia del *i'dār* como un ofrecimiento de la posibilidad de presentar cualquier otra prueba o alegación distinta de las que ya hubieran sido aportadas en el curso del procedimiento, dirigido inmediatamente antes de la sentencia a ambas partes, que dispondrían a tal efecto de un plazo común. Al contrario, consideramos que el *i'dār* daba lugar a la actuación defensiva de una sola parte, y que su momento procesal se situaba tras la prueba del actor (aun cuando el cadí, antes de dictar sentencia, debiera comprobar que había sido concedido efectivamente al demandado, haciendo mención de la observancia de este trámite en la resolución judicial). Tampoco parece que cupiera la distinción -como en el proceso civil marroquí- entre un *i'dār* que oscilase entre las partes durante el periodo de prueba (y en virtud del cual el adversario sería invitado a defenderse de las pruebas y alegaciones de la otra parte) y un *i'dār* final (oportunidad común de alegaciones y pruebas distintas de las ya realizadas, que se ofreciese antes de dictar sentencia, y de la que debía quedar constancia en la misma), cfr. P. Marty. “La justice civile musulmane au Maroc”, pp. 497-98, 508-10.

87. “Se la parte non produce i suoi mezzi di difesa nel termine assegnato, o se, interpellata, dice di non averne, il giudice pronuncia la sua sentenza... Se la parte non produce la prova cui è tenuta, nel termine assegnato, il giudice la dichiara preclusa (*ta'yīz*)” (Jalīl. *Muṭaṣṣar*, vol. II, p. 605). Véase *ibid.*, p. 605, n. 139; al-Wanšarīsī. *Le livre des magistratures*, p. 67, n. 6, 91. De modo parecido, nuestro art. 577 LEC establece que “no tendrán valor alguno las diligencias de prueba que se practiquen fuera del término del segundo periodo concedido para ello”.

88. Véase Jalīl. *Muṭaṣṣar*, vol. II, p. 606; Ibn 'Āšim. *Tohfāt*, pp. 45, v. 98 y n. 56; 47, v. 100. Se trataba de una institución que, según A. Carmona, “los tribunales islámicos habían recogido sin duda del sustrato romano-bizantino presente en todo el Oriente Medio” (A. Carmona González. “La preclusión...”, p. 3).

expresaba -según al-Tawudī- en los siguientes términos: “Y habiendo el tal de tal, actor (o demandado) pretendido tener pruebas, le concedimos un término, según nuestro prudente arbitrio, y no habiendo él realizado aquella prueba, hemos declarado la preclusión (o inhabilitación) (*ta' yġz*), por lo cual no será oída de su parte ninguna otra prueba”<sup>89</sup>.

El testimonio de la sentencia debía entonces hacer mención del cumplimiento de dicho trámite preclusivo; ello permitía a la parte vencedora esgrimir la copia de la resolución judicial para oponer lo que cabría denominar una excepción de cosa juzgada<sup>90</sup>.

Así lo indica un fragmento del *Mufġl* de Ibn Hišām (m. 1209 d. C.): “Dice Ibn Ḥabīb, citando a Muṭarrif: ‘Si alguien te reclama un determinado bien o un esclavo, no podrá (*a yġza*) pleitear si viene con dos testigos una vez expirado el plazo concedido para su habilitación ni tampoco si el juez ya había dictaminado con anterioridad que no tenía ningún derecho en su pretensión. En esos casos, tiene el cadí la obligación de extenderte un documento debidamente testificado en que conste la preclusión definitiva de tu oponente, el cual no podrá alegar nuevos argumentos. Y, en lo sucesivo, nadie habrá de volver a entender de tal proceso, ni dicho juez ni quien le sucediera; ni siquiera en el caso de que la parte perdedora aportase prueba fehaciente a su favor, siempre que esa prueba se quiera aplicar a aquello que había sido objeto de preclusión”<sup>91</sup>.

Sin embargo, en los pleitos o causas en que se planteaban demandas relativas a cuestiones de repudio, filiación, homicidio, genealogía, bienes habices (*aĥbas*)<sup>92</sup>, manumisión<sup>93</sup> u otras de interés general, el periodo de prueba quedaba permanente

89. “E avendo il tal dei tali, attore (o convenuto) preteso di avere delle prove, gli abbiamo concesso un termine, secondo il nostro prudente arbitrio, e non avendo egli prodotto quella prova, abbiamo dichiarato la preclusione (o inhabilitazione) (*ta' yġz*), ond'è che non sarà udità da parte sua, nessun'altra prova” (*ap. Jalīl. Mujaṣar*, vol. II, p. 605, n. 139).

90. Ya que el condenado podía plantear nueva demanda sobre el mismo asunto ante un cadí distinto del que dictó la sentencia (que no tenía por qué conocer la existencia de la preclusión), cfr. J. López Ortiz. *Derecho musulmán*, 1932, p. 89.

91. A. Carmona González. “La preclusión...”, pp. 4-5. Véase también Ibn Hišām. *Mufġl*, vol. I, p. 269; Ibn 'Āšim. *Toĥfat*, pp. 45 y n. 56; 47, n. 100. Según Ibn al-Qāsim al-Īzirī, “les consultations juridiques chez les maîtres et les jurisconsultes de Cordoue admettaient ce principe” (al-Wanšarīsī. *Le livre des magistratures*, p. 91). Cfr. igualmente *ibid.*, p. 92.

92. Según una cita de Ibn Sahl (m. 1093 d. C.) que figura en el *Kitāb al-wilāyat* de al-Wanšarīsī, este mismo alfaquí había visto juzgar y emitir fetuas admitiendo la presentación extemporánea de pruebas en asuntos relativos a bienes habices: “Le cadī Abou Aĉbagħ Ibn Sahel (Allah lui soit bienveillant!) a dit: ‘J'ai vu juger et rendre des consultations juridiques dans ce sens pour le habous’” (al-Wanšarīsī, *Le livre des magistratures*, p. 91). Véase P. Marty. “La justice civile musulmane au Maroc”, p. 252.

93. Es decir, cuestiones relacionadas -salvo en el caso de los habices- con los conocidos como “derechos de Dios” (*ĥuqūq Allāh*), véase L. Milliot. *Introduction...*, p. 730. Cfr. igualmente Ibn 'Āšim. *Toĥfat*,

mente abierto para el actor. Éste, en consecuencia, podía obtener una nueva sentencia si aportaba nuevas pruebas: “Dice Mondir Bensaïd<sup>94</sup> que si a un demandante se le conceden los plazos debidos y los deja vencer, siéndole prorrogados sin que resulte fundada su demanda ni él sea capaz de probar su derecho, el cadí la declarará infundada y dictará sentencia contra él, después de la cual no se le admitirá ninguna demanda que sobre el asunto presentare, a no ser en tres casos: de patronato, de parentesco por línea masculina y de repudiación, examinándolos cuidadosamente; tal es la opinión de Abenalcasim, de acuerdo con la cual está la práctica”<sup>95</sup>. En cambio, el demandado debía someterse a los trámites ordinarios aun en estos casos<sup>96</sup>.

Sin *ta' yīz* el proceso terminaba con una sentencia en la instancia, que permitía su reapertura con la aparición de nuevas pruebas, incluso una vez agotados los plazos concedidos en un principio<sup>97</sup>.

No obstante, esta institución no estaba admitida por todos<sup>98</sup>, y su eficacia era, en cualquier caso, limitada: toda sentencia podía ser anulada -por el juez que la dictaba, o por otro posterior- si se demostraba su carácter *contra legem*, o la concurrencia de circunstancias determinadas<sup>99</sup>. Como señala L. Milliot, “la autoridad de la cosa juzgada tal y como nosotros la concebimos, es decir, fundada sobre la noción primordial

pp. 46-47, v. 99 y n. 57; J. López Ortiz. *Derecho musulmán*, p. 89.

94. Sobre este cadí cordobés (m. 966 d. C.), cfr. E. Lévi-Provençal. *Historia de España dirigida por Ramón Menéndez Pidal. España Musulmana*. t. V. *Instituciones, Sociedad, Cultura*. Madrid, 1987<sup>5</sup>, pp. 80-81.

95. S. Vila. “Abenmoguit...”, pp. 130-31. Véase A. Carmona González. “La preclusión...”, pp. 3, 5. Jalīl, a su vez, enumera como excepciones al *ta' yīz*: “1. los delitos de sangre; 2. la constitución de *hubus*; 3. la manumisión; 4. la descendencia (*nasāb*), es decir, las cuestiones de paternidad, filiación y similares; 5. el repudio, cuando la mujer sostiene que el marido le ha dado repudio” (Jalīl. *Mujtasar*, vol. II, pp. 605-06). Al-Bannānī añade la reivindicación de un fundo como perteneciente al suelo público, cfr. *ibid.*, p. 606, n. 141. Finalmente, al-Wanšārīsī recoge también como excepción las materias relacionadas con las vías públicas, cfr. al-Wanšārīsī. *Le livre des magistratures*, p. 91.

96. No obstante, la cuestión era controvertida, cfr. Jalīl. *Mujtasar*, vol. II, pp. 605-06, n. 141.

97. Véase A. Carmona González. “La preclusión...”, p. 3. Así ocurría en los procesos en que no tenía cabida el *i' d'ār* (v. *supra*), cfr. al-Wanšārīsī. *Le livre des magistratures*, p. 92; E. Tyan. “La procédure du ‘défaut’ en droit musulman”, p. 131.

98. “Certains interprètes pensent qu'en aucune matière la déclaration de déchéance n'exclut l'admission de preuves ultérieures. On ne voit pas trop quel serait alors l'objet de cette déclaration. D'autres distinguent entre le demandeur et le défendeur” (Houdas y Martel. *Tohfāt*, p. 47, n. 58). Entre los maestros que no admitían la preclusión de la fase probatoria se encontraban Saḥnūn e Ibn al-Māyīšūn, cfr. al-Wanšārīsī. *Le livre des magistratures*, pp. 91, 92; A. Carmona González. “La preclusión...”, pp. 3, 5; S. Vila. “Abenmoguit...”, p. 131.

99. Véase A. Carmona González. “La preclusión...”, p. 3; E. Tyan. “La procédure du ‘défaut’ en droit musulman”, pp. 130-31.

de orden era, en realidad, poco compatible con el ideal de justicia islámico, que busca la equidad antes que la seguridad”<sup>100</sup>.

2. El periodo probatorio no se reducía lógicamente a la práctica de la prueba testimonial. Testimonio y juramento -combinados o esgrimidos separadamente por las partes- articulaban dialécticamente el debate. Si el actor no disponía de la prueba de los hechos alegados o, tras su celebración, ésta era incompleta, el cadí, a petición de aquél, defería el juramento al demandado.

Un modelo de sentencia contenido en el Formulario notarial de Ibn Mug̃it recoge en sus “antecedentes de hecho” la mención de que “el esposo no aduce las pruebas que debiera aducir, por lo cual le resulta evidente al cadí su falta de razón en las pretensiones formuladas; y fulano pide que fulana preste juramento acerca de lo que él reclama en contra de ella, basado en lo que el testigo idóneo ha declarado”<sup>101</sup>.

Con el juramento de este último precluía el término de prueba del actor, y el magistrado podía poner fin al proceso desestimando la demanda<sup>102</sup>. Cuando, por el contrario, el demandado se negaba a jurar, el cadí dictaba sentencia condenatoria, previo juramento del actor en apoyo de la presunción que le asistía (juramento supletorio)<sup>103</sup>.

100. “L'autorité de la chose jugée telle que nous la concevons, c'est-à-dire, reposant sur la notion primordiale d'ordre est, au fond, peu compatible avec l'idéal de justice islamique, qui recherche l'équité avant la sécurité” (*Introduction...*, p. 730).

101. S. Vila. “Abenmoguit...”, p. 129. Véase Ibn Mug̃it. *Muqni'*, vol. I, pp. 85-86, 163, 165, 168-69, 172, 173, 174, 175, 176, 178, 237, 238; V. Lagardère. *Histoire et société...*, p. 102, n. 156; Ibn 'Āšim. *Toḥfat*, p. 13, v. 25 y n. 13; al-Nubāhī. *Marqaba*, vol. I, pp. 78, 163; Ibn Sahl. *Organización jurídica*, vol. I, p. 159. Conviene señalar que para deferir el juramento (*yamīn tuḥma*) en cuestiones relativas al estatuto personal hacía falta, al menos, una prueba incompleta; en materias patrimoniales, el actor debía probar previamente la existencia de relaciones de negocios con el demandado (*juḥta*), cfr. Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, pp. 601-03; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, pp. 626-27.

102. Véase Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, p. 603. Dos sentencias de cadíes marroquíes sentaban -todavía en 1917- la siguiente jurisprudencia: “Lorsque le demandeur ne peut rapporter la preuve des faits qu'il avance, il n'a d'autre ressource que de déférer le serment à son adversaire”. “Lorsque le demandeur est incapable de rapporter la preuve des faits articulés au maqal, le défendeur est cru sur sa dénégation, s'il prête serment” (P. Marty. “La justice civile musulmane au Maroc”, p. 520). Con todo, el actor que aducía una excusa legítima podía aportar nuevas pruebas, siempre que la confirmara con juramento (por ejemplo, la alegación de olvido o ignorancia de aquellas pruebas en el momento en que defirió el juramento al adversario). Si sólo hubiera presentado un testigo -defiriendo tras ello el juramento- y luego encontraba un segundo testigo (que hubiera olvidado, o que hasta entonces estuviese ausente) podía igualmente aportarlo tras el juramento del demandado. En cambio, se le prohibía presentar otras pruebas cuando, con conciencia de tenerlas, hubiera deferido el juramento al adversario, cfr. D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, p. 630; Jalīl. *Op. cit.*, pp. 603 y nn. 122-24; 657, n. 622. Debe tenerse en cuenta asimismo que, en materias patrimoniales, el juramento podía ser a su vez referido por el demandado, cfr. *ibid.*, pp. 657-58 y nn. 626, 629.

103. Como la negativa a jurar se consideraba equivalente a un testimonio, bastaba el juramento del actor para completar la prueba, véase Ibn 'Āšim. *Toḥfat*, pp. 27, v. 55; 69, v. 150 y nota; 91, v. 191. El juramento supletorio del actor sólo tenía lugar en las causas patrimoniales, cfr. Jalīl. *Muḥtaṣar*, vol. II, pp. 657-58 y nn. 628-29; D. Santillana. *Istituzioni...*, vol. II, pp. 620, 626. “Si el demandado se niega a jurar, no se

Puede aducirse como ejemplo de juramento supletorio el que figura en cierto lugar del capítulo del matrimonio del Formulario notarial de Ibn Salmūn: “Cuando reclama el esposo contra el valí por haber ofrecido éste a su pupila muebles determinados, o haberla (*sic*) constituido una donación o un regalo cualquiera y lo niega el valí, debe jurar el valí a petición del esposo, y si rehúsa hacerlo jura el esposo y tiene derecho a exigirle la diferencia entre la dote media y la que él había prometido”<sup>104</sup>.

Asimismo, el demandante que ejercitaba una acción reivindicatoria -o, en cualquier caso, en los procesos entablados contra demandados ausentes o difuntos- estaba obligado a ratificar su pretensión bajo juramento, antes de la emisión de la sentencia<sup>105</sup>.

### CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto en las páginas precedentes puede afirmarse que:

- a) los tratados de *fiqh* permiten distinguir dos niveles normativos (general y particular) en la regulación de la prueba;
- b) ésta carecía de una ubicación fija en el proceso musulmán medieval;
- c) la carga de la prueba actuaba como un criterio de distribución de los turnos probatorios de las partes;
- d) el *i‘dār* suponía un punto de inflexión en la actividad probatoria de las partes, en la medida en que daba entrada, tras la prueba de un litigante, a la de su adversario. Sin embargo, cuando el actor había utilizado testigos *in limineltis* (v. g. en la presentación de documentos notariales como escrito alegatorio, o tratándose de pruebas practicadas *inaudita parte*), el *i‘dār* daba entrada a la contestación del demandado (con independencia de que, ante una eventual nueva prueba del demandante, pudiera volver a ser concedido a aquél).
- e) El *ta‘yīz* actuaba como cierre del *i‘dār* en cuanto preclusión del turno probatorio del interpelado.

pronunciará sentencia contra él y a favor del demandante hasta que éste haya jurado sobre el contenido de su demanda” (Ibn Abī Zayd. *Compendio de Derecho islámico*, p. 138). “Es conveniente que el juez, cuando se disponga a dictar sentencia contra quien hubiese agotado los plazos de alegaciones, le informe de que puede exigir el juramento a la parte ganadora, pero sólo en caso de que el litigio fuese por cuestiones patrimoniales y hubiese evidencia de relaciones mercantiles previas entre ambos. Mas, si el pleito fuese por una cuestión de repudio, manumisión, casamiento, filiación o asuntos asimilables, no le podrá exigir juramento” (A. Carmona González. “La preclusión...”, p. 5. La cita es de los *Aḥkām* de al-Bāyī, *ap. Mufīd*). Véase R. Brunschvig. “Le système de la preuve...”, pp. 209-10, 211; J. Schacht. *An introduction...*, p. 190; D. Santillana. *Op. cit.*, pp. 624-25, 633.

104. J. López Ortiz. “Algunos capítulos...”, p. 354.

105. Se trataba de uno de los supuestos de prestación del juramento denominado *yamīn al-qaḍā’*.

## ABREVIATURAS DE REVISTAS

- AA. *Al-Andalus*  
 AEA. *Anaquel de Estudios Árabes*  
 AHDE. *Anuario de Historia del Derecho Español*  
 AIEO. *Annales de l'Institut d'Études Orientales*  
 AQ. *Al-Qanṭara*  
 BAEO. *Boletín de la Asociación Española de Orientalistas*  
 CHE. *Cuadernos de Historia de España*  
 CHI. *Cuadernos de Historia del Islam*  
 EOBA. *Estudios Onomástico-Biográficos de al-Andalus*  
 ILS. *Islamic Law and Society*  
 MCV. *Mélanges de la Casa de Velázquez*  
 MEAH. *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*  
 OM. *Oriente Moderno*  
 QSA. *Quaderni di Studi Arabi*  
 REI. *Revue des Études Islamiques*  
 RIEEI. *Revista del Instituto Egipcio de Estudios Islámicos*  
 ROMM. *Revue de l'Occident Musulman et de la Méditerranée*  
 RSO. *Rivista degli Studi Orientali*  
 SI. *Studia Islamica*

## ABREVIATURAS DE TEXTOS LEGALES ESPAÑOLES VIGENTES ACTUALMENTE

- LEC. Ley de Enjuiciamiento Civil