

INFLUENCIA DEL DERECHO MUSULMAN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Por F. PORTOCARRERO OLAVE

INTRODUCCION

Ocho siglos duró la dominación musulmana en España, durante estas centurias, en que se forjó y templó el carácter guerrero español, las relaciones mutuas entre cristianos y musulmanes eran continuas ora en tiempo de paz —principalmente durante el reinado de Don Alfonso el Sabio—, ora durante la guerra. Imposible hubiera sido que los dos pueblos que convivieron en la Península se hayan desconocido por completo y que no se hubiese dejado sentir la influencia mutua de la mentalidad agarena en los pueblos cristianos, y de la mentalidad cristiana en los reinos moros.

Como es imposible precisar la influencia de un Derecho en otro si no se conocen los dos puntos de referencia, de aquí que en la primera parte de este trabajo analizaremos el derecho musulmán, en sus fuentes y en su contenido. En la segunda parte señalaremos la influencia indirecta —la principal— y la directa que ejerció en el derecho español.

Podemos, pues, sintetizar nuestro trabajo en la siguiente fórmula: La influencia del derecho musulmán se dejó sentir en el derecho público constitucional de los pueblos cristianos (influencia indirecta) y en el derecho administrativo patrimonial y municipal (influencia directa).

I PARTE

El derecho musulmán: A).—Gestación; B).—Fuentes; y,
C).—Instituciones.

Gestación.

La religión musulmana, guerrera por naturaleza, conquistadora y proselitista, es la clave que explica la vida política de los reinos musulmanes.

El mahometismo nació en Arabia, hubo de sentir la influencia del medio ambiente en que comenzó. Mahoma se presenta como el principal y el último de los profetas que en nombre de Dios habían enseñado a la humanidad. Hoy nadie duda que el Profeta conoció los Libros Santos de los hebreos y de los cristianos, entre quienes vivió entregado al comercio.

El judaísmo y el cristianismo dieron al mahometismo el monoteísmo, la creencia en una inmortalidad feliz o desgraciada, la confianza en Dios y el uso frecuente de la oración; así mismo aprendió también a respetar, más de lo que estaba en uso en sus tribus, a la mujer y al niño.

Los árabes formaban un pueblo de tribus en parte nómades, en parte sedentarias, de carácter ardiente y belicoso, muy imaginativas y fáciles de dejarse arrastrar por la emoción y el fanatismo.

Los árabes premusulmicos eran politeístas, generalmente polígamos, y entre ellos era admitido el divorcio y el infanticidio.

Las tribus carecían de unidad de régimen; el mahometismo se las dió, y ellas fueron el elemento primero de un movimiento nuevo, conquistador y expansivo, que dió origen a muchos reinos, de los cuales algunos subsisten. Mahoma representa la unidad política-religiosa de los árabes y el impulsor de un afán conquistador cristalizado en reinos de florecimientos efímeros, de organización poco consistente y, por lo general, de espíritu refractario al progreso que no fuera inmanente, nacido de ellos mismos.

Fuentes.

Las principales fuentes, a la vez cognoscitivas y constitutivas, del derecho islámico son: El Corán, la Sunna, el Idjmaa, el Ydjtihad y otras de menor importancia.

EL CORAN es para los musulmanes lo que la Biblia para los judíos, en él ven la revelación escrita.

La SUNNA resume la tradición primitiva acerca de la vida de Mahoma y de sus enseñanzas. Forma un conjunto de reglas deducidas de las máximas, silencios, decisiones, aptitudes de Mahoma en las diversas situaciones de su vida.

El IDJTIHAD contiene las resoluciones acordadas —expresas o tácitas— de los discípulos inmediatos del Profeta, y versan sobre puntos de doctrina y de jurisprudencia no previstos ni en el Corán ni en los Kados, la tradición.

El YDJIHAD, es la interpretación doctrinal hecha por los juriconsultos. En la evolución del derecho musulmán representa el desarrollo de la jurisprudencia y ha sido origen de varias Escuelas, de no pequeña importancia.

La necesidad de acudir a la jurisprudencia fué sentida desde que el avance victorioso de los árabes —por Mesopotamia y Siria— los puso frente a nuevos problemas y nuevas necesidades nacidos de las nuevas circunstancias, así nacieron los dos sistemas clásicos de jurisprudencia: el de los opinionistas y el posterior de los tradicionalistas.

Los “Opinionistas”, según parece, recibieron influencia del derecho romano; resolvían las cuestiones por epiqueya y buen sentido, seguían la opinión que les parecía más probable.

Los “Tradicionalistas” se guiaban por un criterio de analogía y deductivo. Desarrollaron las doctrinas del Corán. La ciencia de los tradicionalistas creó las cuatro grandes Escuelas Ortodoxas, que aparecieron en los siglos VIII y IX.

Contenido: a).—Derecho público; b).—Derecho privado.

a).—Derecho Público.—El Califa (Vicario, Sucesor) era el Jefe de la sociedad religiosa y política, tenía muchas atribuciones, entre otras las de Cadi, Muftí, etc., pero no eran legisladores.

El Gran Visir, la segunda persona después del Califa, estaba investido de atribuciones políticas muy extensas.

El Muftí era un funcionario que dictaba derecho no sólo en el orden privado, sino también en el orden público. Se asemeja al pretor romano.

El Gobernador de las Injusticias, era juez de "extraordinarias y excepcionales atribuciones"; lo nombraba el Sultán y debía oír y resolver las quejas de contrafuero o agravio de las autoridades y empleados públicos.

El Cadí, autoridad judicial ordinaria, fallaba los litigios, desde el comienzo de su institución, pero con el decurso de los años se le fué extendiendo el radio propio de acción, y llegó a tener otras funciones especiales, tales como: la administración de los bienes de los incapaces; la tuición o defensa de la voluntad de los testadores, cuyos testamentos procuraba se ejecutasen fielmente; la recusación de los testigos, síndicos y mandatarios, cuando éstos no eran dignos de confianza; la inspección de calles y edificios.

Hemos dicho que la legislación musulmana no se debió a la obra de los Califas, los muftíes y los Cadíes enriquecieron con nuevas instituciones jurídicas la vieja legislación. En efecto el Muftí interpretaba el derecho, sus decisiones, llamadas fetwas, tenían valor oficial y formaron la jurisprudencia, la cual tenía la fuerza que se le suele reconocer en los países europeos, principalmente en los países latinos. Las colecciones de fetwas adquirían el valor que en Roma se dió a los Edictos perpetuos de los pretores.

El Cadí no sólo tenía jurisdicción contenciosa sino también voluntaria, en virtud de la cual no sólo debía tutelar los intereses de los que no tenían personalidad completa, sino también vigilar por la moral pública y por la higiene y buena disposición de la ciudad. Las funciones propias del cadí lo hacían semejante no sólo al juez, sino también el censor y al edil romanos.

La costumbre, la jurisprudencia y las fuentes antes citadas eran la norma jurídica, el derecho objetivo musulmán, todo él estaba impregnado de la religión musulmana, entre religión y derecho había no sólo unión, cohesión y armonía sino una mutua dependencia, y muchas veces una inextricable confusión.

Cabe pues afirmar que el gobierno musulmán era un gobierno teocrático. Confundidas moralidad y juricidad, moralidad y religiosidad, la principal sanción del derecho era la sanción futura, el cielo y el infierno, la sanción secundaria estaba reservada al Estado. De aquí que el Sultán había de velar no menos por el orden público que por la moralidad y la piedad religiosa. El Sultán era el jefe de la Plegaria y todos con él no podían olvidar sus deber-

res religiosos. Apostatar del Islam era un crimen, penado con la muerte; no pertenecer a él era estar privado de muchos e importantísimos derechos. Atraer a todos los idólatras a la religión del profeta era misión social y pública, esto explica el por qué de las guerras de conquista para extender la religión del Profeta.

La base jurídico religiosa del Corán perduró siempre en los pueblos musulmanes, si bien las nuevas necesidades, desde el segundo Califato, impusieron una organización más completa, complicada y la formación de una jerarquía de funcionarios, de los cuales algunos hemos recordado.

Al Sultán asesoraba un Consejo de Estado, presidido por el hachib; a veces no era uno solo el Visir, el Gran Visir tenía colegas secundarios que desempeñaban funciones de secretarios de despacho, diríamos algo semejante a nuestros ministros. Las provincias eran gobernadas por los walies y los municipios por los aljamas. Los gobernadores cuidaban de resolver los litigios o causas criminales.

Para sostener los gastos públicos tuvieron una hábil política hacendaria, habían impuestos directos e indirectos, universales y privativos para los cristianos y judíos que con ellos conmoraban.

Derecho privado: 1o.—Matrimonial; 2o.—Patrimonial; y, 3o.—Comercial.

1o.—*Derecho Matrimonial.*

La ley mahometana representa un avance en el derecho autóctono de Arabia. Mahoma reconoce la personalidad de la mujer y del niño, y en consecuencia condena el infanticidio; defiende los derechos hereditarios de los hijos y amengua la omnímoda patria potestad anterior a él, concede a la mujer la legítima, muerto el marido el derecho de guarda sobre los hijos. Si bien no prohibió la poligamia recomienda la monogamia.

El matrimonio musulmán es un contrato privado, que no exige ni la unidad ni la indisolubilidad.

El matrimonio se celebra sin intervención de funcionario alguno, ni político ni religioso, bastaba la presencia de dos testigos.

Si bien el hombre podía tener cuatro mujeres legítimas y muchas concubinas, al punto de poder formar un harem, sin embargo,

la jurisprudencia permitió que la mujer al casarse pudiera estipular que el marido fuese monógamo, durante el matrimonio.

El matrimonio no era indisoluble, ya que podía disolverse por mutuo consentimiento y por el repudio del varón.

En virtud de la forma de divorcio llamada jolá la mujer adquiriría su libertad pagando un rescate, pero en este caso era necesario que el marido aceptara el rescate y realizara luego el repudio.

La mujer no podía repudiar al marido, pero sí quejarse al cadí; presentada la queja, ella debía probar que el marido le infería graves perjuicios, entonces el cadí anunciaba a la mujer que era libre y que podía optar entre sostener el vínculo o romper el lazo conyugal.

Los impedimentos matrimoniales eran los de consanguinidad inmediata y luego el de diferencia religiosa, pero ésta era más favorable para el hombre que para la mujer.

Mientras que la mujer sólo podía casarse con otro musulmán, el hombre podía hacerlo con mujer musulmana, lo cual era la regla, o con una mujer perteneciente a la "gente del libro", es decir, judía o cristiana.

La mujer no aporta dote al matrimonio, ni hay régimen de gananciales, pero la mujer participa de la herencia del marido.

La mujer podía disponer a título oneroso y con entera libertad de sus bienes, y a título gratuito solamente de la tercer parte, pero esta disposición, por terceras partes, la podía repetir cuantas veces quisiese.

El marido debía alimentar, vestir y proporcionar habitación a la mujer.

No había legitimación de los hijos en ninguna forma.

2o.—*Derecho patrimonial.*

Son sujetos de propiedad el Estado, los pueblos, las tribus, las instituciones religiosas y los particulares.

La tierra islámica, que desde tiempo inmemorial pertenece a los "creyentes" debería pagar diezmos, en reconocimiento del supremo dominio divino, pues Dios es para los musulmanes el único y verdadero propietario.

Las tierras que no tienen dueño y que no han sido atribuidas a persona alguna son consideradas tierras muertas; pertenecerán

a quien las vivifique. Una tierra es vivificada por la plantación, por la labranza, por la edificación, por haber brotar fuentes sea para el uso de la bebida o para el cultivo.

La venta podía ser en tal forma, que en determinado plazo los contratantes la podían deshacer, rescindiendo el contrato. Este plazo era de un mes aproximadamente si se trataba de bienes inmuebles; de uno o dos días si de bestias de carga; de tres días si de otros semovientes y muebles.

El objeto de la venta debía señalarse, determinadamente en cuanto a la calidad y cantidad.

El Selen era la venta de una cosa futura pagando de presente.

El préstamo era gratuito; si se pactaban intereses el contrato era nulo ipso jure.

Las deudas debían constar por escrito o mediante dos testigos. Si esto no era posible se debía entregar una prenda, esta garantía llamada "rahn" servía de prueba, y se suponía que la deuda era igual al valor de la prenda, la cual hacía las veces de testigo.

3o.—*Derecho Comercial.*

El espíritu de asociación y de solidaridad, recomendado por el Corán, hacía de todos los "creyentes" una fuerte unidad. De aquí que entre los musulmanes se dé gran importancia al contrato de sociedad. Desde los tiempos más remotos los árabes conocían la sociedad en comandita, por la cual uno entregaba el capital a otra persona para que ésta negociando lo hiciese productivo, entregando al socio capitalista parte de las ganancias.

Podemos decir que al Corán debieron los árabes sus instituciones jurídicas y su grandeza, al creerse ellos en posesión del mensaje de Dios a la humanidad, mensaje superior al que habían recibido judíos y cristianos, se sintieron superiores al resto de la humanidad y por consiguiente la conciencia de su superioridad fue para ellos un motor eficaz de progreso.

II PARTE

*Influencia del Derecho Musulmán en el derecho español.*A).—*Influencia indirecta.*

Cuando en 711, de la era Cristiana, el odio partidarista y la felonía entregaron España a los árabes del norte africano, apenas había transcurrido medio siglo de la publicación del Código visigótico, traducido después —en tiempo de Fernando III— con el epigrafe conocido de Fuero Juzgo. Código —que según los más competentes historiadores del derecho europeo— es la obra más acabada de la legislación del período bárbaro. Entre los visigodos no sólo los célebres Concilios de Toledo sino también los reyes tales como Eurico (Código de Eurico o de Tolosa), Alarico III (Breviario de Alarico o Breviario de Aniano), Chindasvinto, Recesvinto, Ervigio y Egica, habían sido excelentes legisladores, los mejores de todos los legisladores bárbaros.

La población de España, al iniciarse el siglo VIII era muy variada: visigodos, hispano romanos, suevos, etc., vivían en el territorio. Continuas guerras civiles, desmoralización sentida, diversidad racial hacían del Imperio presa fácil de invasores audaces y valientes.

El Imperio visigodo careció de fuerza ante el empuje musulmán. Los godos habían tomado de los hispanoromanos el lujo y la molicie, lujo y molicie que los enervó. Frente a un pueblo enervado los musulmanes que venían halagados por sus conquistas asiáticas y africanas, que se sentían los escogidos del cielo, y estaban atraídos por un ideal que los había fanatizado fácilmente, domearon la tierra que jamás domearon por completo las legiones romanas.

La invasión árabe es de capital importancia en la historia española. Ella destruyó el materialismo que quedaba en los visigodos y los alentó a luchar por la libertad.

Los musulmanes al invadir la península ibérica siguieron la misma política y conservaron las costumbres godas, para hacer más llevadera su dominación dejaron a los españoles su religión, sus leyes, sus costumbres y hasta la mayor parte de sus propiedades.

Pero no toda España cayó bajo la dominación agarena. En las abruptas crestas de los montes astures quedaron un puñado de

bravos defensores de la patria y de la libertad. Capitaneados por don Pelayo triunfaron en Covadonga y comenzó la epopeya única en la historia de la reconquista española, llevada valiente y constantemente por ocho siglos hasta que Isabel la consumó, poco antes de que nuestro continente se abriera al espíritu generoso y aventurero de España.

La situación creada por la invasión agarena, el estado de continuo guerrear hubo de influir en la legislación española y de hecho influyó. A la unidad absoluta siguió una fecunda multiplicidad. Todas las clases sociales se interesaron por la reconquista. Los Fueros nobiliarios, llenos de exorbitantes y anárquicos privilegios, nacieron de las promesas reales de señoríos y feudos hechas a los valientes, tales son, entre otros, el Ordenamiento de las Cortes de Nájera y el Fuero Viejo. Semejante origen tuvieron los privilegios de las ciudades, los fueros municipales como los de León, Cuenca, Sepúlveda, etc. Los fueros nobiliarios favorecieron futuras insurrecciones, en tanto que los fueros municipales contuvieron, como poderoso dique, los desórdenes de la nobleza y positivamente ayudaron al restablecimiento del prestigio de la Corona.

Mientras en España cristiana se multiplican las leyes especiales, los musulmanes toleran que los cristianos sujetos a su dominación observen sus leyes propias y sean juzgados por sus propios tribunales, les permiten la práctica del cristianismo y sólo se muestran intransigentes cuando se denigra o se combate la fe musulmana; los cristianos o judíos deben pagar un tributo especial, pero éste no es crecido; los vencidos conservan buena parte de sus posiciones. Monumento interesante que confirma esta afirmación es el Acta de Capitulación de la ciudad de Auriola, firmada por el general árabe Abdelaziz y el magnate godo don Tadmír.

El Fuero Juzgo sobrevivió en los países cristianos y en los musulmanes. Suele señalarse una triple influencia de la invasión musulmana en el orden legislativo español cristiano:

I.—La unidad nacional queda rota en muchos y pequeños estados, tales los reinos de Asturias, León, Galicia, Pamplona, Soburbe, Rivargorza, Aragón, los condados de Castilla y Barcelona;

II.—La necesidad de premiar y estimular la reconquista, obligaron al monarca a hacer grandes concesiones a las diversas clases sociales, proporcionales a la importancia y necesidad de su concurso en la empresa de reconquista que tenían entre manos; y,

III.—Como lógica consecuencia de las dos anteriores, rota la unidad nacional y substituida por muchos y varios estados pequeños, se dislocó también la unidad legislativa y aparece una legislación múltiple inspirada no sólo en la diversidad de territorio sino también en la diversidad de clases sociales. Las leyes especiales del clero, de la nobleza, de los municipios y de la plebe aumentan considerablemente.

B).—*Influencia directa.*

Esta influencia es señalada en la organización administrativa y judicial. Influencia en el derecho familiar no la pudo haber, ya que si bien se celebraron muchos matrimonios entre cristianos y moros, sin embargo, los principios fundamentales de ambas religiones, en el orden familiar, eran diametralmente opuestos. En el derecho patrimonial, prevaleció siempre el sentido o criterio romanista, modificado por las instituciones germanas entre los españoles.

a).—*Influencia administrativa.*—Los principales impuestos árabes eran: el de aduana, el azaque diezmo sobre las cosechas, y el *ladyl* o capitación sólo contra cristianos y judíos.

La Aduana quedó en la misma forma, en los pueblos reconquistados; el cobrador de aduana o almojarife, que solía ser un judío, continuó siéndolo.

El diezmo se cobraba entre los cristianos como un derecho religioso, pero el Papa Alejandro VI, concedió a los reyes católicos su cobranza para sostener las iglesias de los países reconquistados.

El *ladyl* se trocó en un impuesto que los moros sojuzgados debían pagar a los reyes de Castilla y Aragón.

b).—*Influencia en la organización judicial.*—El *sahibalmedina* o *zahbalmedina* o *zahbaleil*, era entre los moros el prefecto de la ciudad con atribuciones judiciales en asuntos criminales, policiacos y administrativos semejantes a las de un gobernador. Este cargo pasó a los cristianos, y así desde el alborear de la reconquista hubo *zalmedinas* cristianos en las ciudades reconquistadas.

Los Visires encontraron una réplica cristiana, pero muy descolorida, en los alguaciles de juzgado, alguaciles reales con jurisdicción contenciosa y en materia criminal.

El *almotacen* cristiano, verdadero edil de ornato público, de subsistencias, de policía urbana, de mercado, era una imitación del

mustacaf musulmán, cargo que se separó al correr de los años de las antiguas atribuciones del cadí.

Los Alcaldes de Castilla reflejan de algún modo al Cadí en sus atribuciones judiciales.

Otras imitaciones cristianas anota el eruditísimo González Placencia —Historia de la España Musulmana, pero sin duda alguna la más trascendente es la del Sahibalmadalin, o juez de las injusticias que pasó a ser el célebre Justicia Mayor en Aragón primeramente. Observa Rivera, que ha estudiado exprofeso estas dos instituciones que tanto el juez de las Injusticias como el Justicia Mayor de Aragón son:

Jueces de contrafuero, nombrados y sostenidos por la suprema autoridad política, el Sultán, el Rey;

Ambos tienen jurisdicción universal delegada por el Rey o Sultán, robustecida con poderes ejecutivos contra los oficiales delinquentes;

Uno y otro son superiores a los demás oficiales de las otras jerarquías en el ejercicio de su misión;

Los dos ejecutan las sentencias autoritativamente, aún por la fuerza si el caso lo requiere; y,

Ambos pueden también sustanciar los juicios ordinarios.

CONCLUSION

En síntesis: Escaso fué el influjo directo del derecho musulmán, pero su influjo indirecto en la formación del derecho público hispano fué ciertamente preponderante, al menos, de rechazo y en forma indirecta.

La influencia en el derecho fué inferior a la influencia literaria y a la influencia artística y a la influencia filosófica-científica.

En España entraron en conjunción la civilización semita y la civilización ario-romana y ario germánica, de esta conjunción nació una civilización perfecta si cabe, que cristalizó en el siglo de Oro, y cuyos reflejos irradiaron en nuestro continente. Y aquí engendró con los elementos indígenas la civilización neolatina o mejor hispano-americana, que pensadores de la envergadura moral de Spengler saludan como la esperanza de un mejor porvenir de la humanidad.

Lima, octubre de 1938.

F. PORTOCARRERO OLAVE.