

LAS RAICES DEL DERECHO ISLAMICO

Francisco Cabello
Abogado

"La función del Juez es en sí, dentro del conjunto de funciones, una de las más brillantes, pues Dios -ensalzado sea- ha dignificado el rango de los jueces y le ha concedido la facultad de intervenir en los asuntos de las gentes juzgando sobre los delitos de sangre, los contratos matrimoniales y los derechos patrimoniales, sobre lo permitido y sobre lo prohibido. Ella fue función de profetas y después de ellos de califas, pues no hay en el mundo después del califato, función más noble que la judicatura". Al Nubahi¹.

La rapidísima expansión del Islam, que a los 20 años de la muerte de Mahoma ya había conquistado Siria, Persia y Egipto², y los escasos pasajes estrictamente jurídicos contenidos en el Corán, del que en un sentido estricto debe dimanar todo el derecho musulmán, dificultaron notablemente la formación de un sistema judicial islámico propiamente dicho y, como consecuencia, sería el sincretismo, tantas veces presente en su cultura, un rasgo característico del derecho, que tomó elementos de los derechos romano, judío, persa y otros e, incluso, los jueces hubieron de juzgar ajustándose a la costumbre del lugar y

1. Al Nubahi fue Cadí malagueño y autor de una historia de los Jueces de al Andalus. LALINDE JÚRSS, J. "Una historia de los jueces de la España musulmana" AHDE, 47 1997 683-740
2. AGUADO BLEYE, Pedro. Catedrático. La Conquista de España por los Musulmanes, en Manual de Historia de España, tomo I. Espasa Calpe. Madrid. 1997. Para el estudio de esta época, entre otros: E. LEVÍ PROVENÇAL España Musulmana (711-1031) e "instituciones y vida social e intelectual durante el mismo período" traducidos por E. García Gómez... En tomos IV y V de la Historia de España de Menéndez Pidal. Madrid: Espasa Calpe. 1975.

según su sana opinión (*ra'i*), deduciendo normas de otros sistemas jurídicos preexistentes³; sin embargo sería un grave error considerar al derecho musulmán como la suma arbitraria de una serie indeterminada de normas tomadas sin más de los derechos autóctonos de las tierras conquistadas; porque éstos van a actuar únicamente como base técnica sobre la que se desarrollará, impregnándolos, el derecho derivado de la doctrina mahometana y de las viejas costumbres de Arabia y siempre con un profundo sentido religioso que se demostrará incluso en la alta responsabilidad de dirigir la oración en la mezquita, que habitualmente recae sobre el Cadí.

*"...Luego solía hablarles de la exquisita prudencia a que está obligado el Juez al que se impone como obligación atender escrupulosamente los asuntos que se le han encomendado y estudiar la ley religiosa"*⁴.

Ya desde sus comienzos, los juristas árabes tratarán de mantener e incrementar esta impregnación musulmana en el derecho aplicado, buscando las fuentes de un derecho islámico incontaminado, que en principio solamente van a encontrar en la *Sunnah*,

"lo que se hace por todos", basándose en la común creencia de que la comunidad islámica en su conjunto no puede equivocarse⁵ pero indudablemente, la *sunnah*, tendrá más valor y prestigio si se acredita que era práctica de la comunidad islámica primitiva pues ello llevaría a considerar que el propio Profeta la practicó, la dijo o, al menos, la conoció sin repudiarla expresamente. La *Sunnah*, en su acepción más pura, contendría lo dicho esporádicamente por Mahoma y no recogido en el Corán, su propia conducta y la conducta de la comunidad islámica en su presencia. De esta manera, especialmente en las escuelas siria e iraquí, el concepto de *Sunnah* va derivando desde su primigenio sentido (lo que se hace por todos o expresa la común opinión), a significar "la conducta del profeta" transmitida de forma oral por el *haddit*.

El traductor de una *Sunnah*, deberá entonces probar la tradición ininterrumpida desde el propio Profeta a un compañero suyo - *sahib* - y al seguidor de éste - *tabi* -, que se la oyó contar. Las enormes dificultades que, obviamente, representaba esta prueba, hacen que se consideren apócrifas la mayor parte de las conocidas.

3. GARCIA GALLO, Alfonso. Catedrático. Antología de Fuentes del Antiguo Derecho 7ª Ed. Madrid 1977.

4. Aljosami Historia del Juez Mohachir ban naufar el Corachi O.C.

5. Coran, Surah 7 "Entre los que Nosotros hemos creado existe una Comunidad que se dirige gracias a la Verdad, y que, gracias a ella, está en lo justo".

... Estos le refirieron algunas tradiciones, y al tocarle su turno comenzó diciendo: "Me refirió Abuazahiría Hodair ben Coraib, al cual se lo refirió Chobair ben Nofair, que a su vez había recibido la tradición de Abuaddarda, a quien se lo comunicó el mismo Profeta..."

La inseguridad manifiesta en la transmisión de la *Sunnah*, hace surgir un *haddit* crítico, que analiza no sólo la existencia de una cadena ininterrumpida de tradicionistas (*isnad*), sino el propio texto transmitido (*matn*) o cosa que se narra de Mahoma.

La función de la judicatura, tenida en tan alto grado de dignidad por los autores islámicos⁶, no era, por tanto, una tarea especialmente fácil en el Islam medieval. Los juristas estaban obligados a aplicar unas fuentes del derecho dispersas pese a la continua referencia al Corán -en rigor la fuente de todo el derecho islámico- y a su transmisión por la palabra de Mahoma, palabra que no fue escrita por él, por lo que el libro sagrado mahometano es el resultado de la recopilación de las transcripciones de diversos oyentes directos del Profeta, está dedicado a la ética social e individual y sólo en una pequeña parte se refiere directamente a cuestiones jurídicas. Por otra parte la *Sunnah* o conducta del Profeta y la comunidad pri-



Foto de una página del Corán, libro sagrado de los musulmanes que se compone de 114 capítulos.
Biblioteca Nacional, Turín (IGDA)

mitiva, que filosóficamente se considera como fuente primordial del Derecho, era recibida por los Jueces de una manera harto insegura, hasta el punto de que, con frecuencia, se veían obligados a aplicar la analogía y su propio criterio

Yusuf el Fihri regaló una joven esclava a Moavia ben Salih, de la cual éste tuvo un hijo. Cuando subió al trono Abderramen I, le fue reclamada en pleito a Moavia, pero se declaró que éste tenía derecho a conservar en su poder a la muchacha. Preguntósele a Moavia acerca de esta cuestión y del motivo o razón que había alegado para

6. "Dios Ama a los que juzgan con equidad" Corán, sura V, versículo 46.

fundar su derecho, y contestó: "He alegado el precedente de Abuazahira ante el cual se sustanció un pleito sobre un pilar que un hombre había construido para sostenerse un muro que se consideró como obra necesaria para que el muro no se derrumbase".⁷

Con el transcurrir del tiempo, el volumen de las tradiciones de la *Sunnah*, aumentó de tal manera que exigió un verdadero esfuerzo científico para tratar de deslindar las apócrifas, la mayor parte, de las consideradas de verdadera inspiración directa en la palabra del Profeta. La palabra *fiqh*, que en principio servía para designar a la ciencia en general, fue quedando adscrita exclusivamente a la ciencia jurídica que trataba de determinar con claridad las normas de este carácter contenidas en la *Sunnah* y, por extensión, de fijar las bases verdaderas del derecho islámico. Los cultivadores de esta ciencia, o *alfaquíes*, fueron los científicos o sabios dedicados a establecer el Derecho, juristas que pronto se dividirán en las cuatro grandes escuelas jurídicas (*Madhab*): Saffíes, Hanifíes, Maliquíes y, más tarde, Hanbalíes que tomaron el nombre del de sus fundadores diferenciándose entre sí por su forma de valorar cuestiones relativamente secundarias

dentro de la ortodoxia musulmana. De estas escuelas, la Maliquí, quizá por una controvertida amistad de su fundador, *Malik ibn Anas*, con los Omeyas a causa de un posible resentimiento personal con los califas Abasidas, fue la de mayor éxito en España, donde se introdujo a finales del siglo VIII y donde terminaría por resultar casi hegemónica. La opinión de estas Escuelas es tenida muy en cuenta por los magistrados musulmanes a lo hora de interpretar y aplicar la Ley.

Hacia el 900, todo el proceso de consolidación de las fuentes del Derecho islámico había finalizado y se consideró culminada la labor de la ciencia o filosofía del Derecho, por lo que ya no tiene cabida ninguna tendencia innovadora de la teoría del Derecho. Las Fuentes se consideraron ya inmutables y, en España, la doctrina Maliquí imperante las estableció sin lugar a dudas en las de origen revelado, y el *Iyma'a* o la opinión común, que se complementaron con la jurisprudencia, (*qada*) los dictámenes (*fatwas*) y la analogía (*qiyas*). La doctrina actual considera más adecuada la denominación de Raíces del Derecho Islámico que la occidental de Fuentes⁸.

7. ...*Abenlobaba* admirábase de la solución que el Juez (*Soleimán ben Asuad*) había dado a un pleito, y solía decir: Yo he visto que Soleimán decidía las causas ateniéndose a la equidad natural, sin sujetarse a lo legal estrictamente. ALJOXAMI Historia de los Jueces de Córdoba. O.C.

8. GARCIA GAYO, Alfonso. Catedrático. El Origen y la Evolución del Derecho. 6ª ED. Madrid 1977. Para García Gayo el sistema cerrado de la ciencia del Derecho (*el fiqh*) está en contraposición con el sistema abierto de Fuentes en el Derecho Romano; por lo que considera más apropiado utilizar el término *usul al fiqh* o "raíces del Derecho" para denominar las bases del Derecho musulmán.

Como fuente suprema de origen revelado se encuentra el Corán, (la recitación) como revelación explícita de Dios, expuesta de palabra por Mahoma a sus compatriotas y de la que su secretario, Zahir, y algunos de sus compañeros, *sahibes*, tomaron notas en hojas sueltas que luego aprenderían de memoria. Estas notas empezaron a recopilarse tras la muerte de Mahoma, especialmente por Zaid, y hasta el 644 no se aprobó su redacción oficial. Estrictamente es la única fuente con entidad propia, pues no es solamente fuente del Derecho, sino también el libro religioso y moral de los musulmanes.

El *Haddit*, o tradición que recoge exclusivamente la conducta de Mahoma, una vez que la doctrina restara importancia a las *Sunnah* que relataban la conducta de las tribus de Arabia, tiene también la consideración de fuente de origen supremo ya que la conducta del Profeta no podría haber sido distinta de la inspirada por la revelación. El *Haddit* se encuentra en los textos de Malik y en compilaciones y tradiciones ordenadas por materias (*musanafas*).

En la doctrina Maliquí, El *iyma'a*, u opinión común, como fuente de

carácter no revelado, se manifiesta en el consentimiento unánime de la Comunidad, pero identificándose en este caso la comunidad no con la conducta del pueblo sino con la opinión coincidente de los doctores de la propia escuela e, incluso, de algún alfaquí relevante. Aunque el *iyma'a* pudiera parecer un intento de renovación doctrinal, su desenvolvimiento real lo convertirá en jurisprudencia a través de los dictámenes (*Fatwas*) o prácticas del foro (*Amal*). Como hemos dicho, la doctrina legal musulmana a partir del 900 no admitirá ya cambios y, mucho menos, la derogación o creación de leyes⁹.

La Jurisprudencia de los tribunales (*Qada*) solamente sirve, en rigor, para el caso concreto; sin embargo, las más importantes resoluciones, atendiendo al prestigio del Juez y a su contenido, serían tenidas en cuenta y se formará con ellas un protocolo (*diwan*) en el mismo juzgado e, incluso, se harán colecciones de las más importantes¹⁰.

Las *Fatwas*, o dictámenes emitidos por alfaquíes relevantes (*Mufties*) a los que se reconoce autoridad para ello, formaron también un cuerpo de doctrina de gran importancia que a la vez define, enseña y aconseja lo que es

9. AGUILERA PLEGUEZUELO, José. *Las Ciencias Jurídicas en la Toledo musulmana*. Simposio Toledo Hispanoárabe, Colegio Universitario de Toledo. 1986.

10. Ibn Ziyad inicia al principios del siglo X una que comprende varios volúmenes.

lícito. La emisión de estos dictámenes autorizados exigía de su autor una gran preparación jurídica y el reconocimiento unánime de su honradez y prestigio, por lo que no todos los alfaquíes estaban autorizados a emitirlos.

Por último, los tratados del *Fiqh* introducen entre las raíces del Derecho la analogía, o *qiyas*, si bien ésta sufre una gran oposición por parte de los dahiríes e incluso algunos maliquíes que propugnaron la interpretación literal y no extensiva de los preceptos revelados.

Establecidas las raíces en las que se sostiene el Derecho, musulmán, cabe preguntarse en qué forma estuvo Toledo implicada en ellas. Pues bien, una simple deducción lógica ya nos indicaría que una ciudad de la importancia de la Tulaytula árabe no podía quedar al margen del amplio movimiento jurídico de desarrollo del Derecho Islámico, y que debió de tomar parte activa en él, prácticamente desde sus orígenes. Y, efectivamente, en la época de formación y asentamiento del Derecho Musulmán, Toledo estuvo naturalmente inmerso en el proceso a través de sus propios juristas que colaboraron de forma destacada en la elaboración y aplicación

de la doctrina. Dada su temprana conquista por los árabes (es seguro que en el 714 ya dominan Toledo) y teniendo en cuenta también la fecha de su reconquista por los cristianos, (1085) vemos que los juristas toledanos hubieron de intervenir activamente en la formación del Derecho musulmán prácticamente desde los orígenes de la dominación musulmana en España hasta la época de la esclerosis de la filosofía del Derecho islámico, coincidiendo la estancia musulmana en nuestra ciudad con la época más creativa de la elaboración de la teoría y la ciencia jurídicas musulmanas. Toledo se encontró plenamente inmersa en las transformaciones de la valoración de las *Sunnah*, y del *Haddit*, participó ampliamente en el estudio y consolidación del *Fiqh* y fue influida por las cuatro escuelas clásicas; aunque también triunfaron en ella las teorías maliquíes, si bien con una buena dosis de influencia de las ideas de *al Awza'i* y, en menor medida y de forma más tardía, de algún hanefí o safeí.

Aguilera Pleguezuelo¹¹, desde la base de los estudios estadísticos informáticos de Dominique Urvoy¹², considera que se habría dado en Toledo mayor interés por el Derecho islámico que en la Marca Superior, siendo

11. AGUILERA PLEGUEZUELO, José. *Las Ciencias Jurídicas en la Toledo musulmana*. *Simposio Toledo Hispanoárabe*. Colegio Universitario de Toledo. 1986

12. DOMINIQUE URVOY: "Le Monde de los Ulemas Andalous" Ginebra 1978. (Nota de Aguilera Pleguezuelo)

aventajado tan sólo por la Marca Inferior y Levante, muy especialmente, como es lógico, por Córdoba, habiendo llegado hasta nosotros los datos, muy escuetos, de ciento cuarenta y un juristas toledanos que no fueron en absoluto ajenos a los debates y controversias entre las diferentes escuelas, siendo el más antiguo de ellos 'Abd al Rahman B Abu Al 'Asbahi, del que tenemos constancia histórica en el siglo VIII y del que sabemos que viajó a Damasco y conoció personalmente a Malik.

Dando testimonio de que la pugna entre las escuelas no era ajena a los juristas toledanos, y de la gran importancia que llegó a alcanzar la doctrina de Al' - Awza'i, encontramos en Toledo figuras de importantes awzies, como Muhammad B 'Ishaq B Ibrain, del que la historia de los juristas de al-Andalus, de Ibn al Fardadt, dice que era enemigo del Haddit como tradición profética y que observaba el Corán como fuente del Derecho.

Fue en los siglos IX y X cuando las ciencias jurídicas del Islam alcanzaron un mayor esplendor y desarrollo, a los que no fue ajena Toledo, siendo de este período juristas de la importancia de 'Ab allah B Wahab, Cadí de Toledo, del que elogiosamente se dijo que "todos los juristas anda-

lusíes callaban en su presencia". Su obra de sistematización de la doctrina maliquí es considerada fundamental en el derecho musulmán de al-Andalus.

De Toledo eran los hermanos Sa'id y 'Abd ar Rahman ibn abi Hind¹³ que transmitieron a Malik noticias de las virtudes de Hisem I y la estima que este profesaba al los fuqaha¹⁴. El maestro solía preguntar por él, con muestras de aprecio, a los españoles que acudían a visitarlo.

Natural de Toledo, ' ali ibn 'Isa ibn 'Ubayyd at-Tulaytuli, estudió en Córdoba y en Toledo con los más importantes juristas coetáneos y enseñó Derecho en una alquería próxima a la ciudad, donde vivía retirado y dedicado a trabajos agrícolas "pues su insistencia en la represión de vicios le dificultaba otro medio de vida". A pesar de su retiro, compuso una importante obra titulada *Mujtasar fi al masayl*, o compendio de controversias jurídicas.

El cadí de Toledo *ibn al-Attar* (su verdadero nombre parece ser *Muhammad ibn Ahmad ibn 'Abd Allah*), redactó una colección de fórmulas notariales que fueron aprovechadas posteriormente por otros juristas. También toledano era *'abd Allah*

13. (Aunque pudiera tratarse de un solo personaje)

14. CASTEJON CALDERON, Rafael. Los Juristas hispano-musulmanes. Madrid: C.S.I.C., 1948.

ibn 'ali ibn ' Abd Allah ibn mugira, que es autor de una compilación de pasajes de la *Utbiyya* conteniendo doctrina sobre alquiler de bestias de carga y otros¹⁵.

Los jurisconsultos toledanos adquirían su formación y conocimientos de las escuelas jurídicas a través de los juristas levantinos y cordobeses, fundamentalmente éstos; pero también de forma directa mediante los viajes de peregrinación a la Meca, aprovechados para entrar en contacto con las escuelas jurídicas orientales; aunque eran frecuentes los viajes con la finali-

dad específica de estudio en las propias fuentes de Arabia. Aguilera tiene reseñados al menos veinticuatro juristas de *Tulaytula* que viajaron a Oriente exclusivamente con fines de estudio y mantuvieron contactos con los más importantes maestros y escuelas. Sus conocimientos no solamente fundamentaron las raíces del Derecho islámico en Toledo. Desde aquí fueron irradiados a importantes focos islámicos: Guadalajara y Talavera fueron dos de los principales centros islámicos influidos por la ciencia del Derecho irradiada desde Toledo.



15. Pasajes que forman parte de los folios de portada de Ms. Escorial 612 según Castejón. Obra citada.