

# Al-andalus: una experiencia ius-histórica de convivencia entre diferentes

**Andrés Botero Bernal**

Abogado y Licenciado en Filosofía y Letras.

Profesor investigador de la Universidad de Medellín.

[Botero39@hotmail.com](mailto:Botero39@hotmail.com)

## I. Introducción

Tal como el autor del presente trabajo lo ha señalado en diversas oportunidades, el Derecho que llegó a América Latina no es un sistema romano puro. Allí confluyen arquitecturas jurídicas de diverso tipo. Esto se podrá explicar con una alusión: en la Alambra (Granada), justo a pocos metros del que fuera la residencia de los monarcas del reino Nazarí, así como del palacio de Carlos III, se encuentra toda una serie de edificios que reflejan la mano del hombre durante varios siglos. Esto no es ajeno a muchas edificaciones históricas ibéricas, pero lo que no deja de sorprender es cómo uno de los edificios anclados en el que fuera el baluarte militar y residencia de reyes, tiene en sus inicios, primera planta, rastros de una arquitectura musulmana con materiales visigodos, para luego encontrar una segunda planta con las características del período propio de Carlos III con algunos elementos mudéjares, y rematar con un techo puesto, seguramente, a mediados del siglo XX. El turista poco precavido creerá ciegamente que el edificio es propio de la era Nazarí, pero si se repara se encontrará en él una extraña mezcla y superposiciones que van desde los períodos romano, pasando por el visigodo, continuando con el musulmán medieval, siguiendo con el mudéjar y cristiano de la reconquista, hasta llegar a nuestros días.

Pues bien, el edificio jurídico ibérico no podría estar mejor representado que en esta construcción a la que se alude. No hay pues tal continuidad del derecho romano, como si éste no su hubiera visto - aunque sea parcialmente- afectado por los cambios socio-culturales que vivió la península. Pero tampoco podrá decirse que no hay rastro del Derecho romano en el entramado jurídico que llegó a América. Entender, pues, al Derecho, como un sistema dinámico, en interacción, en comunicación, permitiría comprender la tesis que aquí se expone.

Sin embargo, el interés de este artículo no es profundizar en esta postura: una visión sistémica de la historia del Derecho, sino mencionar los elementos propios de la cultura jurídica musulmana

medieval, los cuales son necesarios ser entendidos para aquél que desee comprender el edificio jurídico ibérico y latinoamericano a lo largo de la historia. Creer, pues, que el derecho musulmán no arrojó elementos configurantes del sistema jurídico ibérico y del legado a América Latina estaría negando siglos de interacción cultural que por ese solo hecho dejó huellas para el porvenir.

Así, se hace necesario reconocer en el sistema jurídico medieval musulmán, y en especial el que rigió en al – Andalus, como un importante objeto de estudio para la iushistoria y, por qué no, para la propia filosofía del Derecho, pues nada mejor que investigar ésta con base en aquélla.

Entonces, hechas estas palabras introductorias, éntrese en materia.

## **2. Breve recuento de la conquista musulmana y la reconquista cristiana**

Luego de los visigodos sobrevino lo que cualquier español del siglo XV denominaría el tiempo del “paraíso perdido”<sup>1</sup>: en el año 711 los musulmanes (conducidos por conquistadores árabes) provocaron la destrucción del paraíso de España al invadirla<sup>2</sup>, lo cual era una consecuencia clara del debilitamiento de los gobiernos visigodos cristianos<sup>3</sup>, fundamentalmente por su régimen de sucesión al trono<sup>4</sup>. Sin embargo, para el español del XV, no todo se había perdido, pues un noble llamado Pelayo (quien había sido exiliado por el rey Visigodo Vitiza) derrotó a las huestes musulmanas en una batalla que tiene más rizos de fantasía que de realidad, denominada la “batalla de Covadonga” en 718 ó 722. Con las continuas campañas de reconquista<sup>5</sup> por parte de los cristianos, se produce un repoblamiento de estas tierras y con este fenómeno se evidencia una diversidad étnica acentuada en los territorios antes musulmanes.

Los invasores denominaron a las tierras conquistadas como al – Andalus<sup>6</sup>, constituyéndose en 756 en un emirato políticamente independiente aunque reconocía la supremacía religiosa del califato de Bagdad. Pero en 929, su gobernante, Abd al – Rahman III, asumió el título de Califa, iniciándose un período de esplendor. En 1031 el califato dejó de existir y fue reemplazado por una docena de pequeños reinos (o taifas). En 1086, los almorávides del norte de África, restauraron la unidad de al – Andalus, y lo mismo hicieron los almohades en el siglo XII<sup>7</sup>. Pero a partir de 1236, el poder musulmán empezó a derrumbarse rápidamente y los cristianos reconquistaron toda la España musulmana, excepto el reino nazarí de Granada, que sobrevivió hasta 1492.

Claro está que en la península, tanto en la parte musulmana como en la cristiana, el ambiente no era de unidad religiosa. Se libraron, pues, muchas guerras civiles, donde se tejían alianzas momentáneas

entre los príncipes cristianos y musulmanes, que enrarecían el ambiente de dicha época<sup>8</sup>. Sin embargo, el escenario de la reconquista se cifraba en el libro bíblico del *Apocalipsis* y en la lectura que de él se hacía en aquel entonces. Es por ello que se creía fervientemente que en la Sevilla ocupada por los musulmanes surgiría un Anticristo, el cual sería destrozado por un rey mesiánico que luego conquistaría Granada, Jerusalén y el resto del mundo. Este victorioso cristiano recibió distintos nombres, como "el encubierto" o "el murciélago". No faltaron, además, los españoles que sostuvieron que el Mesías que esperaban los judíos era el Anticristo cristiano, e incluso quienes afirmarían que el "murciélago" fuera Fernando de Aragón, rey católico.

La historia, pues, para un español bien informado del siglo XV, tenía un significado y se movía hacia el cumplimiento de los designios de Dios. De esta manera, dado que Dios para los cristianos, y *Ala* para los musulmanes, tenía planes de grandeza para cada uno de estos pueblos, el estado natural entre ambos era la guerra santa. De ahí que para los españoles, la guerra contra los musulmanes tenía ribetes religiosos y de restauración de esa unidad perdida con la invasión.

En este ambiente, se cifra la leyenda épica del héroe castellano Rodrigo Díaz de Vivar, conocido como el Cid, título este derivado de la voz árabe *sid* que significa "señor". El Cid nació alrededor de 1040 en Vivar, cerca de Burgos. Pierde el favor del rey y es exiliado, pero en esta época, logra la captura de Valencia en 1094 convirtiéndose en su gobernante hasta su muerte en 1099, pasando nuevamente la ciudad a dominio musulmán. Si bien esta leyenda tiene mucho de fantasía, permite conocer varias características y creencias del hombre de aquel entonces. En primer lugar, la lucha no es de por sí algo heroico sino una forma de ganarse la vida. Pero en esta forma de vida, el honor se encuentra guiado por la medida<sup>9</sup>. El honor no depende tanto del nacimiento como de las acciones, tales como combatir en la frontera, y supone una fidelidad absoluta a su señor. En segundo lugar, el poema contiene varios elementos propios de una obra jurídica. Por ejemplo, el Cid logra la reivindicación de sus derechos no por medio de la armas sino ante un tribunal y conforme al derecho romano, e incluso se relata un "reto" en los últimos párrafos del famoso poema. Con respecto a esta obra escribe Mackay: "No sin razón, muchos estudiosos modernos sospechan que el poema, tal como lo conocemos, fue compuesto en su forma actual por un jurista"<sup>10</sup>. Esto permite aseverar que el derecho romano, con su consecuente clasificación de las fuentes del derecho, sobrevivió por lo menos entre los cristianos. En tercer lugar, si bien hay una invocación al apóstol Santiago antes de entrar en combate los cristianos, todavía no es posible hablar de una cruzada religiosa, dado que, entre otras cosas, el poema describe a algunos musulmanes (como a Abengalbón) con términos benignos, así como al hecho de no presentarse reparos al servicio que el Cid hace al gobernante musulmán de Zaragoza durante cinco años.

Pero ya durante la segunda mitad del siglo XII, se fundaron en la España cristiana diversas órdenes militares (como la de Alcántara, Calatrava y Santiago), que ya expresaban plenamente el ideal de cruzada de la reconquista. Este ánimo de reconquista y de cruzada contra los infieles toma un matiz especial con la batalla

de las "Navas de Tolosa" en 1212, en la cual, según Mackay<sup>11</sup> participaron hombres de todos los reinos cristianos de aquel entonces<sup>12</sup>; pero cambia la devoción de los combatientes, tomando como primer lugar la Santísima Virgen reemplazando la de Santiago Matamoros.

Con los éxitos de la reconquista, siguió un proceso de repoblamiento con colonos cristianos y una sucesión de conflictos internos y externos entre los gobiernos católicos que paralizaron la toma de Granada, los cuales se guiaban en cuanto sus relaciones por legislaciones comunes derivadas fundamentalmente del derecho romano. Este proceso de repoblamiento cristiano poco a poco fue decantando en los rasgos que hoy día identifican a la agricultura y a la ganadería española, destacándose la huerta de Valencia que se valía de un sistema de riego cooperativo<sup>13</sup>. En cuanto el comercio, mucho antes del descubrimiento, Sevilla era una ciudad próspera y en rápida expansión, siendo un gran centro comercial internacional.

En 1469, con el matrimonio entre Fernando de Aragón e Isabel de Castilla, se unieron las dinastías cristianas españolas más importantes, implementando para ambos reinos la Inquisición<sup>14</sup> e iniciaron la conquista de Granada, por lo cual muchos identificaron a Fernando como el "encubierto" o el "murciélagos". Poco tiempo después los reyes católicos expedieron una serie de disposiciones en contra de judíos y musulmanes, tales como el decreto de expulsión de los primeros en 1492 y de los segundos en 1502. Fueron estos reyes los que apoyaron a Colón en su "empresa de las Indias", que tenía como uno de sus objetivos el de encontrar un puente con el Gran Jan pro cristiano de los mongoles<sup>15</sup>, para poder pactar una alianza que permitiera la reconquista de Jerusalén.

La reconquista cristiana supuso la cimentación de una sociedad en guerra o bajo la amenaza de la guerra, por lo cual las prioridades eran militares, lo cual queda muy bien ejemplificado con Castilla (proveniente de la voz árabe *al – Kila*, que a su vez era una deformación del latín *castella*), que era una tierra de castillos, y con la existencia de caballeros villanos quienes sin ser nobles de nacimiento se les entregaban algunos privilegios con tal de que combatieran y tuvieran caballo y armadura. Las familias de estos caballeros villanos, al paso de algunas generaciones, pasaron a ingresar a las filas de la nobleza de nacimiento, los hidalgos. Esta medida condujo a que "a fines del período medieval, la sociedad castellana tenía un mayor porcentaje de nobles que los otros países de la Europa occidental"<sup>16</sup>, entre los cuales habían algunos que eran extremadamente pobres.

La España del XVI era una tierra resultante de la confluencia de tres religiones, donde cada una había hecho su propia contribución, en especial en virtud de procesos de adaptación. De un lado la cultura visigoda influyó en los reinos cristianos de la reconquista (cosa que queda patente por el modo de titularse los cargos públicos y la casta dirigente), y de otro lado los musulmanes dejaron su huella en la cultura española, lo cual queda en claro con el interés de intelectuales cristianos en las obras clásicas que habían sido traducidas y enriquecidas por los sabios del Islam. Fue de esta forma como Alfonso X de Castilla fomentó activamente la tarea de transmisión cultural del legado musulmán al cristiano. Otro aspecto de aportación musulmana a la cultura española es el legado de los mudéjares (musulmanes en los reinos cristianos) en las construcciones de aquella época. Además, el árabe "proporcionó a la lengua castellana más palabras que cualquier otra lengua después del latín"<sup>17</sup>; incluso, el surgimiento de la literatura aljamiada (obras en español escritas con caracteres hebreos o árabes) es un buen ejemplo de lo acabado de señalar y que pone de relieve otro fenómeno: la continuación de la cultura hebrea y musulmana en un ambiente de hegemonía cristiana, incluso a pesar de los diversos decretos de expulsión.

Además, es importante señalar que mucho antes que Inglaterra, España ya había tenido experiencias parlamentarias, como las Cortes de León en 1188 (de las que se hablará en el párrafo siguiente). Fue así como las ciudades de Castilla "conservaron firmes tradiciones constitucionalistas y comunales"<sup>18</sup>; y las de Aragón mantuvieron un constitucionalismo extremo, el cual queda claro en el juramento aragonés de lealtad al rey: "*Nos, que valemus tanto como vos, os hazemos nuestro Rey y Señor, con tal que nos guardeys nuestros fueros y libertades, y sy no. No*". A su vez, en Cataluña, la Generalitat se convirtió en un gran poder limitante del poder real, pues a mediados del siglo XV prácticamente recaudaba y vigilaba los impuestos reales, actuando como el erario de Cataluña y tenía vastos poderes legales y burocráticos. En este ambiente, puede explicarse como Juan de Segovia defendía la monarquía constitucional con tesis similares, pero anteriores, a las de Locke y Rousseau. En contra de esta posición estaba otro español: Torquemada cuyas tesis sobre la soberanía absoluta del monarca se anticipaban a los escritos de Juan Bodino.

Igualmente, con Alfonso IX (1188-1230) se instauró ante las Cortes de León (heredera de la Curia Regia visigótica) el juramento consistente en que no se libraría guerra ni se celebraría pacto de paz sin previo concepto del clero y de la nobleza y de los hombres buenos, y que el rey no escucharía injurias de unos contra otros sin prueba de las acusaciones, todo esto mucho antes de la *Magna Charta libertatum* (1215) inglesa<sup>19</sup>, aunque no logró imponerse el criterio de que todo impuesto requería ser aprobado por un organismo representante del pueblo<sup>20</sup>. Así, el juramento se convirtió en un límite a la actividad regia, incluso en la baja edad media española.

Ahora bien, luego de este breve recuento de aquellos siglos de disputa entre musulmanes y cristianos, ya puede afirmarse que en este período sobrevive la consideración de la doctrina como una fuente configurante del derecho. Con respecto a los musulmanes, resulta que si bien el derecho romano no es fuente principal de obligaciones jurídicas en al - Andalus, la doctrina toma una significación nunca antes tenida en la península. Ya en relación con los cristianos la tradición de la existencia de doctos interpretadores del derecho y por ende configurantes del mismo, fruto de la romanización del derecho, subsistió. Así las cosas, páse a describir la concepción jurídica musulmana en la época de al - Andalus y cristiana durante la reconquista, para comprender así el papel de la doctrina en ambos regímenes.

### 3. El régimen jurídico en al - Andalus<sup>21</sup>

Dado que los árabes y los beréberes (habitantes de los desiertos del norte de África) poco fueron romanizados, no es posible afirmar que el sistema jurídico que implantaron en la península fuera similar al que rigió en la Urbe. Reafirma esto el sistema de fuentes que rigió para su sistema jurídico. El derecho musulmán (*fiqh*) tal como se presentó en al - Andalus, tenía dos fuentes: infalibles y falibles. Entre las fuentes infalibles se encuentra el Corán (que contiene numerosas prescripciones normativas<sup>22</sup>), la Sunna (o relatos del Profeta, que eran recopilados en los *hadith* o principios tradicionales extraíbles de la vida de Muhammad) y el consenso de los doctores en ciencia religiosa o *lymā`* o *ishma* (que no sería más que un modelo de doctrina, profundamente ligada a la teología). Las fuentes falibles, están compuestas por *Qiyās* (analogía) y *Ra`y* (actividad del intelecto u opinión razonada), siendo ambos instrumentos del *iytihād* (esfuerzo investigador y de prudente arbitrio). Entonces, la justicia, en principio, era la labor esencial del gobierno justificando la autoridad y las virtudes del buen ciudadano, y en su origen tenía como función la implantación de la ley divina y más adelante como factor de equilibrio político y social<sup>23</sup>.

Dada la profunda importancia que tenía la *lymā`*, florecieron las escuelas teológico-jurídicas, cada una con un marcado sentido en los conceptos emitidos. Los nombres de las escuelas derivaban del *iman* que originó cada una de ellas. Las escuelas del derecho oficiales (siglo VIII - IX) fueron Hanafi (cuyo *iman* fue Abu Hanifa), Maliki (Malek-ibn Anas), Safi`i (Mohamad-ibn-Idris-es Xafei) y Hanbali (Ahmed-ibn-Hambal). Claro está que en Córdoba, desde su independencia del califato damasceno, predominó la escuela Maliki<sup>24</sup>.

De esta manera, las diversas escuelas teológico-jurídicas, dieron lugar a un *fiqh* que en su elaboración práctica, fue recogido en un corpus que se basaba en dos disciplinas: *Usul al-fiqh* y *Furu`al-fiqh*. El

primero se refería a asuntos de metodología doctrinal, fuentes y estudio (tales como el Corán, Sunna e *lyma`*). El segundo consistía en derivaciones del *usul al-fiqh*, e implicaba estudios de aplicación práctica del derecho que incluían aleatoriamente casuística, fetuas, sentencias (*ahkam*), formularios notariales (*surut o waza`iq*) y tratados de derecho comparado. Así, el derecho musulmán propio de al – Andalus, logra un inusitado desarrollo fruto de un lado de la acción doctrinal propio de las escuelas que daban *lyma`*, y de otro por la *lytihad* (que motivó la admisión de la analogía en la jurisprudencia y la doctrina). Pero luego del siglo XIII -para algunos- y del XI -para otros- se produce el cierre del *lytihad* (cierre de la puerta del esfuerzo) donde debía limitarse el camino al ya trazado por los predecesores (sin recurrir a las fuentes), proceso denominado *taqlid*<sup>25</sup>. De esta manera, cualquier posibilidad creadora por parte de la doctrina quedaba sellada. Para entender este proceso de cierre de la actividad creativa del doctrinante musulmán, es necesario distinguir entre *Muytahid* (muftí), quien podía recurrir a las fuentes (infalibles o falibles) en los vacíos jurídicos, y *Muqallid* (alfaquí<sup>26</sup>) quien imita lo ya establecido por la doctrina de su escuela incluso en los vacíos del *fiqh*<sup>27</sup>. Así, algunos investigadores consideran que existieron dos períodos en la *fiqh*: un primer período correspondiente a la *lytihad Muytahid*, y otro sin *iytihad* o *Muqallidun*, en el cual se produjo un gran divorcio entre la teoría y la práctica jurídica, tal como sucedió en el siglo XX con el imperio de las teorías formalistas que ignoran el problema de la eficacia de la norma jurídica.

Igualmente, algunos investigadores han tratado de diferenciar entre *`amal* (práctica jurídica), *`urf* (uso local del derecho) y *`āda* (costumbre). Pero ahondar en esta clasificación se escapa de la intención del presente estudio. Además, en al –Andalus surgió una magistratura denominada *sahib al-mazalín* que tenía como función decidir sobre las quejas contra funcionarios judiciales<sup>28</sup>. Ahora bien, tal como se mencionó con anterioridad, el último reducto de al –Andalus quedó ubicado en Granada, bajo el nombre de Estado Nazarí. En dicho sistema político, que se rindió a los cristianos en 1492, se encuentra el siguiente esquema jurídico, muy similar al que reinó en períodos anteriores: la ley es dictada por *Allāh*, de allí la fuerza de las fuentes infalibles que están profundamente arraigadas en los códigos religiosos de la época. De esta manera, el soberano no era revestido de poderes legislativos sino del poder de aplicar la ley, para lo cual designaba a un Cadí, quien generalmente era un Muftí. De esta manera, tanto el soberano como el Cadí, ejercían el poder ejecutivo - administrativo y judicial a la luz del principio de justicia retenida (*qada`*), emanado de *Allāh*. En consecuencia, el soberano está limitado por la ley, la cual estaba administrada y desarrollada por juristas - teólogos. Sin embargo, la Granada Nazarí se caracterizó por un poder político con una cierta autonomía respecto a lo jurídico religioso<sup>29</sup>.

El Cadí, durante el reinado Nazarí, era el delegado del soberano en materias ejecutivas y de administración de justicia. Juzgaba aplicando generalmente la jurisprudencia Malikí, utilizando el

*muwatta* de *Mālik* y la *mudawwana* de *Sahnun*, así como el *mujtasar-s*. Sin embargo, a pesar de la estructura centralizada en la administración de justicia había una división de las magistraturas, tanto en el reino Nazarí como entre los almorávides. En primer lugar se encuentra *al - qudāt jassatan*, cadí local, quien contaba con unos delegados denominados *nuwwāb*. El Cadí actuaba en jurisdicción contenciosa u ordinaria<sup>30</sup>, o en jurisdicción voluntaria (*qadā' al-jusus*) desempeñándose en estos casos como autoridad protectora de los débiles. En segundo lugar existían magistrados menores, para asuntos de policía, de abusos, de recusación, de sucesiones vacantes y de mercado. Este último juez recibió el nombre de *zabazoque*, a cuyo lado estaban los *almotacenes* (quienes vigilaban la fidelidad en los pesos) y los *almojarifes* (recaudadores); incluso esta figura sobrevivió en los reinos cristianos de la reconquista<sup>31</sup>, evidenciándose así la influencia del derecho islámico en el cristiano medieval peninsular.

Con respecto a las sentencias emitidas por estas autoridades, los propios musulmanes las clasificaban dependiendo de la sabiduría en ellas reflejada:

- a. Sentencia del juez probo (*`adl*) y sabio (*`alim*). Estas sentencias no tenían posibilidad alguna de revisión por parte de otro Cadí.
- b. Sentencia del juez probo pero ignorante (*yāhil*) y *muqallid*. Estas sentencias podían ser revisadas por parte del juez que le suceda.
- c. Sentencias del juez injusto y arbitrario (*al-hākim al-yā'ir al musta`assif*) cuyas sentencias deben ser anuladas por el juez que le suceda.

De esta manera se instauraba un principio de oportunidad de recurrir una sentencia anterior, demostrando ante el nuevo Cadí la ignorancia, la injusticia o la arbitrariedad de la decisión judicial anterior.

Ahora bien, el cadí estaba limitado por las fuentes del derecho, las cuales estaban contenidas fundamentalmente por los textos religiosos, sin embargo, dada la importancia social de la función judicial, pronto los jueces en sus sentencias aplicaron el criterio de utilidad pública (*istislāh*). Pero ¿cómo lograr una articulación de los textos sagrados con la *istislāh*? Fundamentalmente por dos caminos, el primero de ello con la defensa de varios cadíes (como Ibn Manzur) de una correlación entre las *fetuas* o dictámenes jurídicos con las costumbres de las gentes, y el segundo por medio de una moderación de los criterios contenidos en las *fetuas* con el fin de hacerlas más prácticas.

De esta manera, la administración de justicia y el derecho musulmán medieval se convirtieron en funcionales vehículos de encauzamiento del conflicto (logrando el principal cometido del derecho a lo largo de los tiempos), así como cerrar la permeabilidad frente a las instituciones jurídicas locales heredadas de los visigodos, dejando claro que estas últimas no regían para los creyentes, generando

un personalismo jurídico<sup>32</sup>. Éstos operaban de manera *sui generis*, tanto que algunos investigadores han calificado el sistema judicial musulmán de finales del medioevo como colegiado y por tanto hablan de "tribunal"; sin embargo es más apropiado hablar de un "juez" (cadí) con un consejo (*surà*) integrado por muftí que lo asesoraban pero que no cargaba con la responsabilidad de la decisión.

En consecuencia, el muftí no juzgaba el hecho, pero otorgaba legitimidad a la sentencia del cadí. Este último, en cada caso que se le presentare, tenía la obligación de pedir por lo menos una *fetua*, que podía solicitarse, a criterio del juez, a un muftí fuera de la *surà* del cadí. De esta manera queda en evidencia el poder del doctrinante en el sistema jurídico musulmán - medieval. Claro está que el cadí era, en lo general, un muftí, pero no podía emitir *fetua* frente al caso que juzgaba ni frente a caso alguno de su jurisdicción. El muftí, entonces, no era funcionario judicial, pero era pieza importante en el aparato administrador de justicia en tanto emitía *fetuas* no vinculantes para el cadí, que podían ser judiciales (públicas) o no judiciales (privadas y solicitadas por personas o instituciones). Las *fetuas* podían ser orales o escritas, siendo estas últimas la forma más generalizada tratándose de las judiciales. Y es las *fetuas* como se configuraba lo que hoy día se podría denominar doctrina, que no era sólo solicitada por los cadí, sino también, tal como acaba de indicarse, por particulares o por otras autoridades públicas. La doctrina, pues, de la mano de los *muftí*, la *lymā`* (u opinión de los doctores), y las diferentes escuelas teológico-jurídicas (en especial la *Mālikí*, que logró una gran influencia en al - Andalus), pudo sobreponerse a otras fuentes del derecho.

Concluyendo con este período histórico de la península, puede indicarse que la mayoría de los dictámenes jurídicos en la Granada Nazarí eran por iniciativa privada, lo que demuestra el uso social de la *fetua* y su incidencia en la vida social. Queda constancia de que buena parte de las *fetuas* eran solicitadas por las alquerías (economía rural), evidenciándose con eso la importancia de este rubro económico en aquella época. Vale decir que las *fetuas* apenas se justificaban en la doctrina *Mālikí*, es decir, las *fetuas* eran de marcada brevedad lo cual puede indicar que la fuente recurrida por ésta era muy conocida o que se está abandonando la norma antes aceptada (recurso estratégico de cambio legal).

Además, tal como era de esperarse, se presentaba ya cierto grado de discrepancias con los muftíes de otras épocas y con los del propio momento, lo que originó no pocos cambios doctrinarios en las diferentes *fetuas*. Incluso algunos muftí llegaron a afirmar que si la doctrina no se fundaba en algún texto revelado podría el cadí contradecir la *fetua*. Ibn Manzur, por ejemplo, recomienda al cadí que, habiendo discrepancias doctrinales sobre una cuestión, podría acudir a su propio criterio (*iytiḥad*). De esta forma algunos investigadores ponen en duda la interpretación tradicional de la puerta cerrada del *iytiḥad* dentro del sistema judicial propio de al - Andalus.

### 3. Lo jurídico entre los cristianos y los judíos bajo el dominio musulmán

Dentro de la cultura musulmana, el derecho romano no rigió como estructura fundante, pero ¿qué pasó con los judíos y los cristianos que vivieron bajo el gobierno musulmán?

Para empezar debe señalarse que en al - Andalus existió tolerancia relativa<sup>33</sup> para con los credos diferentes al musulmán, pero no tolerancia en términos contemporáneos y democráticos, sino en los términos etimológicos, es decir, de soportar a otro (lo que implica de suyo una relación de poder). Los árabes y posteriormente los africanos, toleraron a otras confesiones por varios motivos:

1. Existía un estatuto religioso que establecía este comportamiento (Corán, Sura IX, aleya 29). El principio de tolerancia islámica viene de un mandato coránico, revelación que sostenía la necesidad de ser sometidos a la *dhimma* o estatuto de protección los cristianos (conocidos por el Corán como *Nasārā*), los judíos y

los "sabeos". Estos tres órdenes religiosos eran denominados *ahl-al- dhimma* o *ahl-al-Kitāb* que traduce gente poseedora del libro o de la Escritura<sup>34</sup> (refiriéndose así a religiones no musulmanas pero que compartían ciertas escrituras religiosas, aunque por asuntos de conveniencia debió extenderse este apelativo a los zoroastrianos). Al desconocerse el sentido estricto de la palabra sabeos, muchas sectas entraron al estatuto de protegidos (*dhimma*) con base en ser considerados "sabeos" (verbigracia los zoroastrianos<sup>35</sup>, los mandeos, los harraníes y los hindúes). Incluso, tendencias modernistas musulmanas pregonan en la actualidad, que todas las religiones comparten la esencia de la "sabea" por lo que merecen estatutos de protección y tolerancia<sup>36</sup>. Pero, en aquella época, el estatuto de protección no se extendía a las religiones desligadas por completo a la fe musulmana, lo que obliga a hacer distinciones entre las religiones para establecer el estatuto jurídico que de ella se derivaba.

2. Existía un estatuto jurídico - teológico (la *dhimma*) que imponía al musulmán la obligación de someter a "protección" a los miembros de otros credos previamente establecidos<sup>37</sup>. En cuanto al término "*dhimma*" debe indicarse que designa al contrato por el cual la comunidad musulmana acuerda dar hospitalidad y protección a los miembros de otras religiones "reveladas" por el Corán a condición de que acepten la dominación del Islam. Los beneficiarios se denominan *dhimmis* de la *dhimma*. Los parámetros de dicho pacto son elaborados a partir de las enseñanzas del Profeta y también por las particulares condiciones de la conquista. No es lo mismo los pactos surgidos de una ocupación islámica pacífica a una obtenida por las armas. Dado el carácter jurídico-teológico de la

*dhimma*, ésta fue objeto de estudio por parte de los muftí. Así acaecieron dos posturas entre los juristas musulmanes:

- a. Quienes interpretan restrictivamente los derechos consagrados en la *dhimma*, lo cual genera todo un programa de persecución religiosa.
- b. Quienes defienden lo que ha sido la práctica corriente de interpretación de la *dhimma*, es decir, una interpretación extensiva y poco pegada al tenor literal del contrato establecido. Pero en general, a las gentes de la *dhimma* se les reconoció la posibilidad de conservar su derecho interno, pero en cambio se sometían a algunas restricciones como la de portar cierto tipo de vestimenta, no poder tener esclavos musulmanes, etc. Algunas de estas prohibiciones eran castigadas con la pena de muerte, como injuriar al Islam, convertir un musulmán, la apostasía, entre otros<sup>38</sup>.

Con respecto a los sitios de culto, los juristas fueron restrictivos al momento de interpretar la *dhimma*, permitiendo solo restaurar los sitios de culto presentes al momento de la invasión; sin embargo, hay rastros de permisos de nuevas edificaciones para el culto de los no musulmanes, constituyéndose esto en la excepción. Obviamente, se presentaron actos de persecución contra la *dhimma* a lo largo de todo el Islam, en especial en la época de esplendor político de los almohades, seguidas por los almorávides, dado que estos dos últimos buscaron una profunda homogenización en la entidad "andalusí". Se calcula, por ejemplo, que a finales del XII estas tierras contarían entre sus pobladores con un 90% de creyentes (musulmanes)<sup>39</sup>, pasando a ser los cristianos y judíos minorías religiosas, a diferencia de los siglos anteriores, en plena época de la dinastía Omeya (*amainad*, descendiente del califa Omar), donde los mozárabes eran mayoría.

La *dhimma* era, entonces, un término propio del derecho musulmán que implica el otorgamiento de una personalidad jurídica que garantiza la sujeción a un patrimonio y la imposición de unas obligaciones.

3. Por conveniencia, dado que eran contribuyentes del erario público<sup>40</sup>, y constituían la mayoría de la población durante los primeros siglos de la ocupación árabe y beréber, desempeñando funciones propias para los extranjeros y mal vistas para los creyentes y seguidores de El Profeta. "Con el pago de los tributos, los "protegidos", recibían la garantía de respeto a sus vidas, a sus bienes, a su religión y a su organización comunal"<sup>41</sup>, que incluía su propio régimen jurídico. Claro está que al igual que los musulmanes, los reyes cristianos cobraban tributos (denominados *parias*) a los moros residentes en sus territorios<sup>42</sup>. Se afirma, pues, que esta tolerancia no fue completa o absoluta, por diversos hechos, entre los que se cuenta:

a. Moisés Maimónides: Queda constancia por parte de este médico judío, en sus cartas, sobre el trato que le fuera brindado en Córdoba, antes de los almohades. Sus escritos son críticos frente a la represión musulmana, pero en ella queda claro que la esencia del pensamiento musulmán antes del siglo XI era la no persecución institucional a otras religiones a cambio del pago de la *yizya* y la aceptación de la *dhimma* de Dios. Como muestra de la profunda arabización del pueblo judío "protegido", está el hecho que Maimónides escribe en árabe su obra "Guía de Descarriados", en el cual expone que cuando entre un texto literal de la Biblia y la razón haya discrepancia, hay que interpretar ese texto bíblico de modo alegórico<sup>43</sup>. Sin embargo, los judíos (denominados por el Corán como *Banû Isrā'îl et Yahûd*), especialmente los que hoy llamaríamos ilustrados, tuvieron un importante reconocimiento por parte del pueblo creyente musulmán en al -Andalus, siendo ejemplos de ellos varios "Naguid" (rectores de la comunidad judía) como Samuel b. Nagrela, el Rabí Maymün y el médico Maimónides. No queda claro lo siguiente: María Jesús Viguera Molins<sup>44</sup> sostiene que Maimónides se convirtió al Islam para evitar represiones, pero otros autores (como Ferrater Mora en su "diccionario de filosofía") sostendrán que él partió de la península para no renegar de su fe.

b. La literatura árabe, con gran influencia en al - Andalus, mostró profundo respeto a la literatura clásica (griega y romana)<sup>45</sup>. Además, fueron muchos los autores cristianos que contaron con fervientes lectores por parte del pueblo musulmán, como Orosio, Hidacio, Biclario e Isidoro de Sevilla (por colocar ejemplos de ibéricos cristianos). El miedo del musulmán residía en que sus obras no fueran copiadas por los cristianos (cosa muy común en aquel entonces) y que aparecieran los copistas cristianos o sus patrones como los autores. Este hecho permitiría dar alguna luz sobre las relaciones entre la academia islámica y la cultura académica occidental.

c. La tolerancia no pudo ser absoluta, es por ello, que los sacerdotes, los rabinos y los alfaquíes advertían de la inconveniencia de mantener relaciones demasiadas amistosas con infieles. En al - Andalus, por ejemplo, los protegidos (los sometidos a una *dhimma*) tenían fuertes limitaciones y a lo sumo sólo podían aspirar a ser el "número dos". Los defensores de la existencia de una tolerancia religiosa en al - Andalus, se jactan con el ejemplo de los judíos que fueron primeros ministros de reinos musulmanes, pero bien recuerda Durán<sup>46</sup> que se trata solo de un caso (un solo caso no permite elaborar una regla de conducta general) el cual, por cierto, (en el reino de Granada, en el siglo XI) terminó con la muerte violenta del judío José ben Nagrella<sup>47</sup>. Al respecto, afirma el Durán<sup>48</sup>, que los judíos en al - Andalus no tuvieron mayores privilegios que los judíos iraquíes en la época *`abbasí*, o que en la época de los romanos. Incluso este análisis le permite al autor hacer esta peligrosa comparación: "la actitud de los judíos de hace dos mil años, guarda una inquietante similitud con la de los musulmanes fanáticos de la actualidad"<sup>49</sup>. En similar sentido Mackay quien

sostiene que los judíos (con respecto a los cristianos) gozaron de una tolerancia relativa, tal como se observa en las *Cantigas de Santa María*, donde los judíos no son representados como malvados sino como potenciales conversos. Pero esta visión cristiana para con los judíos cedió a fuertes pogroms, que empezaron en Sevilla en 1391. El nivel de intolerancia llegó a extremos tales como el de proponer una Tribunal de Solución Final (la Inquisición) contra los judíos y los conversos, por parte del franciscano Alonso de Espina en su libro  *Fortalitium Fidei*  de 1460.

Los ibéricos cristianos (también conocidos como mozárabes) nunca llegaron a ser siquiera "número dos" en los gobiernos musulmanes<sup>51</sup>, dado que eran un grupo más numeroso que los judíos y darle poder a sus representantes era de mayor riesgo por esta misma situación. En cuanto a los cristianos, por la alianza de fe que Dios ha establecido con los musulmanes según el Corán, el Profeta los consideraba superiores a los judíos, con una menor contaminación doctrinal. Los musulmanes rechazan la divinidad de Jesús, la realidad de su pasión, la trinidad y el monaquismo. Para Mahoma sería un grave error adoptar esta religión y critica sus divisiones y sectas, lo que lo lleva a diferenciar las creencias del comportamiento religioso y social de las instituciones y las personas. La polémica anticristiana está fundada en argumentos de carácter histórico y teológico. Niegan la trinidad por ser contraria al criterio de unicidad divina. Rechazan la encarnación y centran sus críticas a la creencia en la concepción antropomórfica de la divinidad, considerando que el mensaje de Jesús ha sido alterado por Pablo y la situación histórica de los cristianos fue falseada en tiempos de Constantino. Consideran que Jesús no es anunciado sino que lo fue Mahoma y el hecho de que el Islam conquistara la humanidad conocida en aquel entonces demostraba, al sentir de cualquier musulmán andalusí, la superioridad de la religión islámica.

Ya con respecto a los judíos, algunas festividades, ritos y exigencias propias de esta religión pueden encontrarse en el Corán, tales como el Ramadán. Pero el reproche fundamental en contra del judaísmo es más sobre temas tradicionales, como la concepción antropomórfica de la divinidad.

d. Continuando la línea trazada con anterioridad, se sostiene que los mudéjares gozaron de una cierta tolerancia en los gobiernos cristianos, hasta el comienzo de la edad moderna, lo cual estaba inspirada en razones de tipo práctico: la necesidad de estos colectivos en el quehacer diario en las zonas reconquistadas. Igual sucedió en al - Andalus, cuando las clases gobernantes indígenas y africanas se valieron, por razones prácticas, de otras etnias y colectivos minoritarios para hacerse con el poder desplazando a los árabes.

e. La quema de la biblioteca de Alejandría: tal parece que la biblioteca de Alejandría sufrió tres devastaciones gracias al fuero de los romanos, de los cristianos y de los musulmanes - sarracenos a

órdenes del califa Omar en el 641 d. C. Umberto Eco, en forma novelesca, relata este suceso. Este hecho, en particular, señala una particular actitud intolerante frente al saber alejado de la teología, muy propio de los fanatismos religiosos de los credos monoteístas. Además, termina confirmando las palabras de Heine: quien destruye libros termina destruyendo seres humanos.

Entonces, hay consenso en los investigadores de la existencia en al – Andalus de grupos humanos con credos diferentes al musulmán, entre los cuales regían diferentes órdenes normativos. Lo que sí opone a los investigadores entre sí es si estos grupos humanos no musulmanes, se sentían pertenecientes o no a la cultura árabe dominante<sup>52</sup>. Pero sin entrar en las disputas sobre la continuidad o no de la cultura hispánica en al - Andalus, debe reflexionarse sobre la supervivencia o no de la cultura jurídica romana y su concepción de lo que hoy se conoce como doctrina (sin negar en ningún momento el intercambio con instituciones jurídicas no romanas, que se suman a las visigodas y germanas con las que ya se venía<sup>53</sup>).

Los cristianos, tal como se dijo antes, tenían la categoría de protegidos, por lo cual podían tener sus propias jerarquías y normas (que no eran más que los códigos visigóticos<sup>54</sup>). Este derecho implicaba a favor del gobierno musulmán, la posibilidad de cobrarse una *yizya*<sup>55</sup>. Pues bien, los cristianos contaban con un defensor o "comes" (*qûmis*) con funciones judiciales y administrativas, siendo secundado por un "exceptor"<sup>56</sup> y un "censor" que actuaba como juez de lo civil<sup>57</sup>. Estos cargos tuvieron gran importancia para la comunidad mozárabe, incluso durante la crisis del cristianismo andalusí en época de los almorávides, crisis que se evidenció con el incremento de las emigraciones, las deportaciones y las conversiones a la fe mahometana. Fue tal su importancia, que Alí Makki<sup>58</sup> recuerda que los mozárabes durante los sucesos del siglo IX, donde algunos fueron martirizados por desafiar a las autoridades establecidas, lograron ser pacificados y aplacados por la actividad del *Qumis* (*comes*) Antonian. Pero no hay unidad en cuanto la interpretación de la misión del *al - Qumis*, que para Fanjul<sup>59</sup> traduce el "conde" y se refería a un cristiano servidor de al - Hakam I. Incluso, para Alí Makki<sup>60</sup>, la figura judicial por excelencia de los cristianos no era el *comes* sino el llamado *ludexó I*, que resolvía los litigios entre cristianos y con base en el derecho romano que pervivió en las diferentes compilaciones visigodas.

Igualmente, los judíos, tan romanizados como los mozárabes<sup>62</sup>, contaban con autoridades propias, como el "*naguid*" (rector de la comunidad), pero al igual que los cristianos, la era almorávide y almohade marcó el inicio de una profunda crisis, obligándoseles, por ejemplo, a portar signos distintivos.

Pueden entonces concluirse que tanto los cristianos como los judíos en al –Andalus, contaron con sus autoridades propias, incluyendo normas y jueces particulares. Pero esto no obsta de que el derecho musulmán desplazara el derecho romano perviviente entre los judíos y cristianos, si una de las partes era musulmán o si el asunto se tratara de la cosa pública. Además, tal parece que era aun posible acudir a la justicia musulmana aun en casos de que las partes del litigio fueran judíos o cristianos, cosa que explica Alí Makki<sup>63</sup> en el hecho de que no faltaba quienes se fiaran más de la justicia musulmana que de la propia.

En conclusión, los musulmanes desarrollaron su propio sistema jurídico y judicial diferente al romano (aunque se presentaron algunos casos de retroalimentación entre ambos sistemas<sup>64</sup>), pero sin embargo la doctrina de los doctos siguió desempeñando un papel preponderante en la configuración del derecho a un punto tal que puede afirmarse que “el derecho musulmán salió más de los cadíes o jueces y de los juristas, que de obra legislativa de los califas”<sup>65</sup>. A su vez, los cristianos y judíos peninsulares, gracias al derecho musulmán, continuaron con sus tradiciones políticas y jurídicas en virtud de un pacto de protección suscrito con el gobierno islámico. Estas autoridades propias siguieron pues con el ejercicio jurídico heredado de los visigodos, que de por sí incluía las principales elaboraciones romanas. El derecho de la gran urbe, sobrevive así al período designado como al- Andalus, y la doctrina continuó como una fuente configurante de derecho.

1 Para Durán la ideología de una reconquista de la "España perdida" proviene no de los mozárabes sino de los cristianos andalusíes emigrados a León. DURÁN VELASCO, José F. Reflexiones y digresiones en torno a la mitificación de al – Andalus, En: ROLDAN CASTRO, Fátima y HERVÁS JÁVEGA, Isabel (edición). El saber en al – Andalus. Textos y estudios, III. Sevilla: Universidad de Sevilla y Fundación El Monte, 2001. p. 135 – 168. Sin embargo, esta visión del paraíso perdido es común en autores anteriores del XV. Un ejemplo de esto es el arzobispo de Toledo, Rodrigo Jiménez de Rada, quien en el siglo XIII, dedica dos libros separados, uno a "*De rebus hispaniae*" y otro a "*Historia arabum*", considerando que lo musulmán (que arrebató la península) y lo cristiano eran dos entidades distintas entre sí. Esta visión ha sido puesta en duda por Guichard.

2 Según Ignacio Olagüe, los árabes nunca invadieron España. Para Olagüe los conflictos religiosos vividos en la alta edad media entre la ortodoxia trinitaria (católica) y el movimiento de unicidad de Dios (arrianos, entre otros) originó que los segundos (que habían logrado imponerse en España) mantuvieran contactos religiosos y amigables (comerciales incluso) con la doctrina musulmana mediterránea, abonando el terreno para una islamización de la península. La posición de Ignacio Olagüe es original en tanto que niega la conquista armada pero acepta la orientalización, fruto de su interés en presentar una historia sin ruptura donde la civilización hispano - musulmana aparece como el fruto de una evolución interna. Una exposición y posterior crítica a esta postura en:

GUICHARD, Pierre. Estudios sobre historia medieval. Trad. Eduard J. Verger. Valencia: Edicions Alfons El Magnanim, 1987. P. 27 - 71. Una postura similar a la de Olagüe es la que sostiene Hernández, para quien el conde Julián fue el que sugirió la invasión mediante pactos con los árabes, quienes fueron invitados como tropas auxiliares para librar la guerra civil que en aquel momento se desarrollaba en la península (HERNÁNDEZ PEÑALOSA, Guillermo. El derecho en Indias y en su Metrópoli. Bogotá: Temis, 1969. p. 61).

3 Esta visión de España como un paraíso perdurará entre los cristianos y los árabes (tal como lo expone Durán Velasco en: DURÁN VELASCO, Reflexiones y digresiones en torno a la mitificación de al - Andalus, Op. cit., p. 135 - 168) durante toda la edad media.

4 Así en RABINOVICH - BERKMAN, Ricardo D. Un Viaje por la Historia del Derecho. Buenos Aires: Quórum, 2002. p. 187-188

5 La mismísima expresión de “reconquista” supone una fuerte carga ideológica, pues se reconquista lo que antes era de uno, pero ¿León, Castilla, Aragón y Portugal eran verdaderos herederos de los visigodos como para volver a tomar lo perdido por estos últimos? (Ibid, p. 201). Esto demuestra que se ha tomado la tesis de la continuidad entre visigodos y reinos cristianos del bajo medioevo como algo cierto.

6 Al - Andalus es el nombre que los musulmanes dieron a los territorios ocupados de la península ibérica. Al - Andalus comprende, entonces, un largo período que se inicia con la conquista árabe de buena parte de la península ibérica en el siglo VIII d. C., hasta 1492 cuando es reconquistado por los cristianos el reino musulmán de Granada, siendo éste el último enclave musulmán en la península.

7 VIGUERA MOLINS, María José. La sociedad musulmana en al-Andalus: su reflejo en los textos. En: IZQUIERDO BENITO, Ricardo y SÁENZ-BADILLOS, Ángel (coordinadores). La sociedad medieval a través de la literatura hispanojudía. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1998. P. 29 - 51.

8 MACKAY, Angus. Una sociedad pluralista: la España medieval. En: ELLIOTT, J. H. (editor). El mundo hispánico: Civilización e Imperio, Europa y América, pasado y presente. Barcelona: Crítica, 1991. p. 18.

9 Cfr. Ibid, p. 20.

10 Cfr. Ibid, p. 20. Entre los más inspirados investigadores del poema desde la perspectiva jurídica está Eduardo de Hinojosa (1852-1919).

11 Cfr. Ibid, p. 17-32.

12 Según César Vidal, en un artículo denominado “Los aliados vencen al ejército almohade en las Navas de Tolosa”, no es tan cierta la participación de ejércitos expedicionarios de otros reinos cristianos diferentes a los españoles. Muchos de los extranjeros regresaron a su país por diversos motivos, en especial porque se dedicaron más a la persecución de infieles en tierras cristianas que a

combatir en la frontera, por las pocas expectativas de repartición de botín y por la dureza del terreno y las inclemencias del tiempo (el calor excesivo).

13 Este sistema de riego cooperativo ha generado todo tipo de debates, entre Guichard y los defensores de las tesis "continuistas" (es decir, aquellos que sostuvieron la continuidad del *homus hispanicus* durante la época musulmana en España), sobre su origen. Roque Chabás y Ribera niegan una procedencia árabe. Para este último el sistema de riego valenciano no es árabe dado el sistema democrático de la organización de dicho riego, lo cual es criticado (por la premisa tan poco convincente) por parte de Guichard. Véase GUICHARD, Pierre. Otra vez sobre un viejo problema: orientalismo y occidentalismo en la civilización de la España musulmana. En: En Torno al 750 aniversario. Antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia. Valencia, I, 1989. P. 73-96.

14 Durante el reinado de los reyes católicos, apremiaba un profundo sentimiento antisemita, fruto de múltiples roces y conflictos que venían de tiempo atrás. Se representaba este sentimiento como una lucha entre la cruz y la sinagoga. Se temía que actuaran en contra de España haciendo uso de sus grandes capitales, que pudieran aliarse con los musulmanes para provocar una nueva conquista de la península y que terminaran por contaminar a la fe católica. Véase: CAPPÀ, Ricardo, s.j. La Inquisición Española. Madrid: Editor D. Gregorio Del Amo, 1888. P. 25.

15 En la Edad Media era extendida la creencia en el Presbiter Johannes, es decir, en un gobernante cristiano (posiblemente nestoriano), que regía tierras sin fin de riquezas incalculables, en el oriente. Fueron muchos los que desearon arduamente encontrar a este rey de oriente, para instarlo a combatir contra los infieles que ocupaban Jerusalén. Umberto Eco recoge esta creencia en su reciente novela denominada "Baudolino" (ECO, Umberto. Baudolino. Trad. Helena Lozano Miralles. 5ª ed. Barcelona: Lumen, 2001. 531p.). Pues bien, cabe hacerse estas preguntas: ¿El ideal de encontrar al Gran Jan no sería fruto de la leyenda del Presbiter Johannes? ¿No sería el Presbiter Johannes el Gran Gengis Khan, quien fue un defensor de la libertad de cultos? Por su parte,

Rabinovich cuenta como la familia Trastámara, reinante en Castilla desde 1369 y luego en Aragón desde 1412, ya alimentaba el ambicioso plan de trabar alianza con los míticos kanes de Mongolia, con el fin de luchar contra los mahometanos y convertirlos al catolicismo romano. De esta manera, cuando Colón propuso contactar al Khan viajando por el océano, era en correspondencia con ideales de los gobernantes establecidos de tiempo atrás. RABINOVICH-BERKMAN, Un viaje..., Op. cit., p. 236-237.

16 MACKAY, Una sociedad pluralista: la España medieval, Op. cit., p. 24.

17 Ibid, p. 28. Sobre el aporte del idioma árabe al español, véase: PÉREZ ESCALERA, José. Vocablos castellanos procedentes del árabe. 4ª ed. Huelva: Copistería de los reyes, 2001. 149p.

18 MACKAY, Una sociedad pluralista: la España medieval, Op. cit., p. 30. "En Castilla predominó el absolutismo y en Aragón, el pactismo" CRUZ BARNEY, Oscar. Historia del Derecho en México. México: Oxford, 1999. p. 70.

- 19 HERNÁNDEZ PEÑALOSA, El derecho en Indias..., Op. cit., p. 71. Sin embargo no puede caerse en el error de equiparar jurídica ni políticamente la Carta Magna Leonesa con la Carta Magna Inglesa (RABINOVICH-BERKMAN, Un viaje por la historia del derecho, Op. cit., p. 216).
- 20 HERNÁNDEZ PEÑALOSA, El derecho en Indias..., Op. cit., p. 75 (parágrafo 117).
- 21 Este apartado se elaboró con base en las siguientes fuentes generales: CALERO SECALL, María Isabel. El derecho islámico y su aplicación en al - Andalus (siglo XIII - XV). En: ROLDÁN CASTRO, Fátima y HERVÁS JÁVEGA, Isabel (Editores). El saber en Al - Andalus: Textos y Estudios, III. Sevilla: Universidad de Sevilla y Fundación El Monte, 2001. p. 31. HERNÁNDEZ PEÑALOSA, El derecho en Indias..., Op. cit., p. 62-63. RABINOVICH-BERKMAN, Un viaje por la historia del derecho, Op. cit., p. 192- 199. CRUZ BARNEY, Historia del derecho en México, Op. cit., p. 47-60.
- 22 Véase por ejemplo del Corán, el *Sura* II, versículos 228 y 230. "El Corán contiene normas jurídicas, pero más grandes principios que preceptos minuciosos" RABINOVICH-BERKMAN, Un viaje por la historia del derecho, Op. cit., p. 198.
- 23 LEWIS, Bernard. "L' Islam et les non musulmans", Annales ESC, 35, 784-800.
- 24 Cfr. LÓPEZ ORTIZ, J. La recepción de la escuela malequí en España. En: Anuario de historia del derecho español. No. 7 (1930).
- 25 En contra de considerar que hubo un cierre del *iytihad*, se encuentran los siguientes investigadores: G. Makdisi, Wael Hallaq (quien niega la separación práctica - teoría jurídica y sostiene que mediante las fetuas se dinamizó el *fiqh* y la *iytihad*) y Fadel (quien considera que la *taqlid* obedeció a una búsqueda de uniformidad que se desarrolló por los *mujtasar* -compendios de la doctrina Maliki-). Al respecto véase: CALERO SECALL, María Isabel. El derecho islámico y su aplicación en al - Andalus (siglo XIII - XV), Op. cit., p. 31.
- 26 Los alfaquíes provenían generalmente de la clase media compuesta por artesanos y comerciantes (GOITEIN, S.D. Studies in Islamic History and Institutions. Leide: 1968, p. 219). Uno de los alfaquíes (incluso podría hablarse de *mufti*) más reconocidos en al - Andalus fue Ibn Habib, quien ejercía a la vez como droguero (ʿAbd Al-Malik B. Habib. Kitab Al-Taʿrij. Edición y estudio por Jorge Aguadé. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas e Instituto de Cooperación con el Mundo Árabe, 1991. p. 26-27. Véase una descripción de las fetuas de este alfaquí en: Ibid, p. 32-41). Con respecto a lo jurídico, Ibn Habib fue un gran impulsor de la escuela Maliki. LÓPEZ ORTIZ, La recepción de la escuela malequí en España, Op. cit., p. 88 y ss.
- 27 Claro está que con el paso del tiempo, tal distinción entre alfaquí y muftí, fue perdiendo validez.
- 28 Cfr. HERNÁNDEZ PEÑALOSA, El derecho en Indias..., Op. cit., p. 66.
- 29 CALERO SECALL, María Isabel. El derecho islámico y su aplicación en al - Andalus (siglo XIII - XV), Op. cit., p. 36.
- 30 Ibid, p. 38.
- 31 HERNÁNDEZ PEÑALOSA, Guillermo. El derecho en Indias y en su Metrópoli, Op. cit., p. 78.

32 RABINOVICH-BERKMAN, Una viaje por la historia del derecho, Op. cit., p. 199.

33 Este aspecto ha generado interminables disputas. De un lado están los que sostienen la existencia de una tolerancia relativa, similar a la que brindaron los cristianos a los musulmanes [DURÁN VELASCO, José F. Reflexiones y digresiones en torno a la mitificación de al – Andalus, Op. cit., p. 139-140], y de otro están los que afirman que la tolerancia para con las minorías religiosas fue prácticamente absoluta [ALI MAKKI, Mahmud. El Islam frente a las minorías cristianas. En: Instituto Occidental de Cultura Islámica. I jornadas de cultura islámica al - Andalus, ocho siglos de historia. Madrid: Edit. Al - Fadila, 1989. P. 43-49].

34 Ibid, p. 43-49. Es importante señalar que entre los visigodos ya existía un estatuto jurídico de protección a los judíos denominado *coto regio*. Véase: HERNÁNDEZ PEÑALOSA, El derecho en Indias y en su Metrópoli, Op. cit., p. 57.

35 Este estatuto de protección a cristianos y judíos se extendió poco después a los zoroastrianos por la caída de Persia en manos de los musulmanes. Claro está que la situación de los zoroastrianos fue la más grave, dado el ánimo de aniquilamiento a esta religión y a la destrucción del imperio persa con ocasión de su conquista. Lo contrario sucedió con el cristianismo, que fue vencido pero no destruido. Así en: LEWIS, Bernard, L' Islam et les non musulmans, Op. cit., 784-800.

36 DURÁN VELASCO, Reflexiones y digresiones en torno a la mitificación de al – Andalus, Op. cit., p. 135-168.

37 Véase el Corán, IX, 29.

38 Un análisis de las sanciones aplicables a los apóstatas, blasfemos y quienes insultaran al Islam, en: TURKI, A. Situation du tributaire qui insulte l' Islam, au regard de la doctrine et de la jurisprudence musulmanes. En: Studia Islamica. No. 30 (1969); p. 39-72. Estas sanciones eran aplicables por igual a musulmanes, cristianos o judíos (Ibid, p. 39 y ss).

39 VIGUERA MOLINS, María José. La sociedad musulmana en al-Andalus: su reflejo en los textos, Op. cit., p. 29 – 51. Incluso, para Guichard, en la segunda mitad del IX, debía haber mayor número de musulmanes que de cristianos, fundándose para ello en los documentos sobre los disturbios civiles de la época. GUICHARD, Otra vez sobre un viejo problema..., Op. cit., p. 73-96.

40 LEWIS, Bernard, L' Islam et les non musulmans, Op. cit., 784-800. Esta contribución denominada *yizya*, se cobraba por autorización expresa de los teólogos-juristas (una defensa de la misma, considerando que no fue instaurada para enriquecer las arcas de los gobiernos musulmanes, en: ALI MAKKI, Mahmud. El Islam frente a las minorías cristianas, Op. cit., p. 43-49).

41 DÍAZ ESTEBAN, Fernando. Los judíos en la España musulmana. En: CARABAZA BRAVO, J.M. y TAWFIK, A. M. E. (editores). El saber en al – Andalus: textos y estudios, II. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1999. p. 169.

42 Así en HERNÁNDEZ PEÑALOSA, El derecho en Indias..., Op. cit., p. 76.

43 DÍAZ ESTEBAN, Fernando. Los judíos en la España musulmana, Op. cit., p. 171.

44 La sociedad musulmana en al-Andalus: su reflejo en los textos. En: IZQUIERDO BENITO, Ricardo y SÁENZ-BADILLOS, Ángel (coordinadores). La sociedad medieval a través de la literatura hispanojudía. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1998. P. 45 - 46.

45 Incluso, esta vinculación ha permitido afirmar que las obras helénicas llegaron a la contemporaneidad gracias a las copias musulmanas (como por ejemplo: PULIDO CORREA, Martha Lucía. Filosofía e historia en la práctica de la traducción. Medellín: Universidad de Antioquia, 2003. 149). Sin embargo, Cahill afirma que fue por los intelectuales irlandeses que se conservó las riquezas bibliográficas de Grecia y Roma que se conocen en la actualidad. CAHILL, De como los irlandeses salvaron la civilización, Op. cit.

46 DURÁN VELASCO, Reflexiones y disgresiones en torno a la mitificación de al – Andalus, Op. cit., p. 135-168.

47 A pesar de la prohibición general de que los “protegidos” por la *dhimma* no podían tener mando sobre los musulmanes, algunos judíos sirvieron como administradores en ciertas Taifas, como Samuel b. Nagrella y su hijo José, siendo asesinado (1066) este último por los súbditos musulmanes. VIGUERA MOLINS, María José. La sociedad musulmana en al-Andalus: su reflejo en los textos, Op. cit., p. 29 – 51. DÍAZ ESTEBAN, Los judíos en la España musulmana, Op. cit., p. 170.

48 DURÁN VELASCO, Reflexiones y disgresiones en torno a la mitificación de al – Andalus, Op. cit., p. 135-168.

49 Ibid, p. 148.

50 Este es un apartado de esta obra del Fraile Alonso de (la) Espina: "*É requerimos por la mejor manera é forma que podemos é debemos, á los arzobispos é todos los obispos de estos reynos, é á todas las otras personas á quien pertenece inquirir é pugnir la dicha herética pravedad... fagan la dicha Inquisición por las cibdades, é villa, é logares antirealengos... do supieren que hay algunos sospechosos é difamados de herejía é non vivan como christianos católicos...*". Citado por: MACKAY, Una sociedad pluralista: la España medieval..., p. 17-32.

51 En relación con los mozárabes (indígenas cristianos), estos estaban relegados del poder. Incluso los indígenas musulmanes no podían acceder fácilmente a cargos militares y gubernamentales. GUICHARD, Pierre. El nacimiento del Islam andalusí. En: BONNASSIE, Pierre; GUICHARD, Pierre y GERBET, Marie Claude. Las Españas Medievales. Barcelona: Crítica, 2001. p. 49 - 84.

52 Así, por ejemplo, Sánchez sostiene que perduró en al – Andalus una conciencia hispánica no arabizada, así como un *homus hispanicus* proveniente desde los Tartessos [una muy buena exposición de las ideas de este autor, en: GUICHARD, Pierre. Estudios sobre historia medieval. Op. cit., p. 27-71]. Américo Castro, por su parte, asegura que la hispanidad surge de la confluencia de tres culturas en la Edad Media, enunciando así un sincretismo religioso y étnico [una fuerte crítica a esta postura en: FANJUL, Serafín. El mito de las tres culturas. En: Revista de Occidente. No. 224 (enero de 2000); p. 9 – 30]. Viguera [Cfr. VIGUERA MOLINS, María José. La sociedad musulmana en al-Andalus: su

reflejo en los textos, Op. cit., p. 29 - 51] señala que la islamización de la península provocó una entidad "andalusí", con lo cual pone en duda las tesis de la continuidad de una alma hispánica en al-Andalus. Guichard [GUICHARD, El nacimiento del Islam andalusí, Op. cit., p. 49 – 84. También, GUICHARD, Otra vez sobre un viejo problema..., Op. cit., p. 73-96], por su parte, declarará que la cultura musulmana impregnó los diversos escenarios sociales peninsulares en aquella época, incluso los cristianos y judíos. Por su parte, Durán [DURÁN VELASCO, Reflexiones y disgresiones en torno a la mitificación de al - Andalus, Op. cit., p. 135 –168] toma partido intermedio, señalando que los no musulmanes defendían una identidad cultural propia, pero sin llegar a los extremos de las tesis nacionalistas de Sánchez; incluso afirmará que: "Por ninguna parte se ve la tan cacareada especificidad andalusí. Los cristianos desaparecieron o quedaron reducidos a un número insignificante en el siglo XII... A partir del siglo XII al - Andalus incluso dejó de ser un país bilingüe con tres religiones y pasó a ser un país arabófono musulmán" (Ibid, p. 153).

53 No puede hablarse de una pervivencia pura del derecho romano (tesis del continuismo jurídico), pero tampoco negarse su influjo (tesis de la ruptura y arabización absoluta). Estas dicotomías irreductibles una a otra, impiden la concepción sistémica y compleja del fenómeno jurídico en aquella época.

54 En especial el *Liber Iudiciorum*. CRUZ BARNEY, Historia del derecho en México, Op. cit., p. 57.

55 Rabinovich prefiere el término *jaraj*. RABINOVICH-BERKMAN, Un viaje por la historia del derecho, Op. cit., p. 197.

56 VIGUERA MOLINS, María José. La sociedad musulmana en al-Andalus: su reflejo en los textos, Op. cit., p. 29 – 51. Tanto el *comes* como el *exceptor*, provenían del sistema jurídico visigodo y pervivieron en los reinos cristianos de la reconquista. Entre estos últimos, los *excerptores* recaudaban los impuestos, y el *comes* era autoridad administrativa – judicial. HERNÁNDEZ PEÑALOSA, El derecho en Indias..., Op. cit., p. 58-59 y 73.

57 Ibid, p. 62.

58 ALI MAKKI, Mahmud. El Islam frente a las minorías cristianas, Op. cit., p. 43-49.

59 FANJUL, Serafín. El mito de las tres culturas, Op. cit., p. 23.

60 ALI MAKKI, Mahmud. El Islam frente a las minorías cristianas, Op. cit., p. 43-49.

61 El *iudex* ya existía entre los visigodos, con funciones políticas, administrativas y judiciales, siendo importantes los que ejercían poder en las ciudades, denominados *iudex civitatis*. HERNÁNDEZ PEÑALOSA, Guillermo. El Derecho en Indias y en su metrópoli, Op. cit., p. 60.

62 RABINOVICH-BERKMAN, Un viaje por la historia del derecho, Op. cit., p. 196.

63 ALI MAKKI, El Islam frente a las minorías cristianas, Op. cit., p. 43-49.

64 Como en el alquiler en lo que respecta al derecho privado, y la alcabala, el arancel, el almojarife, entre otros. Véase: RABINOVICH-BERKMAN, Un viaje por la historia del derecho, Op. cit., p. 199. No es menester de este trabajo ahondar en las diversas formas contractuales propias del derecho

musulmán medieval, estableciendo sus diferencias y semejanzas con el derecho romano, pero remito a quien esté interesado a las siguientes obras: CANO ÁVILA, Pedro. Jurisprudencia andalusí en el arrendamiento de tierras. En: CARABAZA BRAVO, J.M. y TAWFIK, A. M. E. (editores). El saber en al – Andalus: textos y estudios, II. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1999. p. 15-28. CANO ÁVILA, Pedro. Jurisprudencia andalusí en el alquiler de viviendas. En: Philologia Hispalensis. No. VIII (1993); p. 87-101. CANO ÁVILA, Pedro. Sobre la transmisión del usufructo en el derecho malikí andalusí. En: B.A.E.O. No. XXX (1994); p. 197-207. CANO ÁVILA, Pedro. Alquiler de servicios de personas en el reino nazarí de Granada. En: Homenaje al profesor José María Fórneas Besteiro. II. Granada: 1995. p. 941-955. CANO ÁVILA, Pedro. Alquiler de algunos inmuebles urbanos. En: CANO, P. y GARIJO, I. (editores). El saber en al – Andalus: textos y estudios, I. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997. p. 17-30.

65 HERNÁNDEZ PEÑALOSA, El Derecho en Indias y en su metrópoli, Op. cit., p. 63.