

# Derecho de Aguas. Malos usos y contaminación en el Derecho andalusí

## I. LA REGULACIÓN DEL USO DEL AGUA EN EL DERECHO ANDALUSÍ

El agua es en la historia peninsular fuente de riqueza, y como tal objeto, del Derecho que regula el uso y disfrute de la misma por los habitantes del solar ibérico. Aun siendo una afirmación utópica para el lector, no deja de ser sugerente en cuanto excusa para los juristas que, desde distintos marcos normativos, justifican el uso solidario, equilibrado y utilitarista del líquido elemento. El Derecho islámico en general, y el andalusí en particular, también ha dejado vestigios de la importancia que el agua tenía para la comunidad islámica, deteniéndose la doctrina en la regulación de una serie de preceptos en base a lo razonablemente justo, que debía ser el uso, reparto y obtención de beneficios respecto al líquido elemento, así como la persecución de aquellas acciones contaminantes<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Desde un punto de vista conceptual la terminología al uso en el derecho andalusí para significar contaminación del agua tiene vocablos con acepciones muy precisas, relativas tanto a ensuciar, *lawaf*, verter sustancias de procedencia humana o de otro carácter que conviertan el agua en impura, *šāb*, e inservible para las distintas finalidades establecidas. Sobre la terminología coetánea véase CORRIENTE, F., *A dictionary of andalusí-arabic*, Brill, 1997, pp. 295 y 487/88; del mismo autor *Nuevo diccionario Español-Árabe*, Madrid, 1988, pp. 320/1. Muchos de los términos al uso en la materia que nos ocupa pervivirán en el tiempo, tal y conforme señala VIDAL CASTRO, F. «Los arabismos del castellano y el agua: aproximación a los principales vocablos», en *Revista de derecho de aguas*, vol. IX, 1998, pp. 263-273.

El Derecho andalusí a través de los jurisconsultos constata la preocupación que para ellos supuso la consecución de un uso y distribución equitativos de las aguas. Aunque en los últimos años el interés suscitado por estos temas ha ido a la zaga de la mayor atención prestada al ordenamiento jurídico andalusí, en el ámbito iushistórico apenas hay investigaciones destacables sobre este campo tan interesante, y no por falta de documentación que –aun no siendo tan abundante como se desearía– se ha visto en los últimos años incrementada gracias a la labor de los arabistas. En efecto, la paulatina edición de fuentes andalusíes no ha recibido la atención por parte de los estudiosos desde un punto de vista utilitarista, ni tampoco se ha dado, por el momento, justificación documental a determinados usos y prácticas aceptadas de común acuerdo y de fuerte raigambre consuetudinaria; ambas circunstancias no han impedido una explicación respecto a determinados comportamientos desde una óptica eminentemente cultural en sus más diversas manifestaciones<sup>2</sup>: etnográficas<sup>3</sup>, económicas<sup>4</sup>, sociales<sup>5</sup> y propiamente jurídicas<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> El interés de los especialistas en materia de aguas sobre su uso y distribución se ha centrado en aspectos concretos y bibliografía limitada a las fuentes conservadas y, en ocasiones, escasamente tratadas; no obstante ello el lector interesado por estas cuestiones podrá comprobar la situación en la que se encuentran estas investigaciones en trabajos de carácter bien divulgativo otrora científico; cítese la reciente publicación colectiva sobre agua y desarrollo en la Europa Moderna, destacando desde la introducción la importancia de los sistemas de regadío y drenaje de aguas desde los tiempos de los musulmanes en la Península; VV.AA., *Eau et Développement dans l'Europe Moderne*, dir. Salvatore Ciriaco, París, 2004. Conviene tener presente, por el reconocimiento de la deuda que se debe a los andalusíes en materia de aguas, la obra monográfica: *Al-Andalus el legado científico*, Granada, Sierra Nevada 95, Fundación El Legado Andalusí, 1995; *El legado científico andalusí*, Catálogo de la exposición, Madrid, Ministerio de Cultura, I.C.M.A., 1992.

<sup>3</sup> El artículo de Caro Baroja sobre mecanismos hidráulicos es de interés en esta materia, tanto por su implicaciones etnológicas como toponímicas; CARO BAROJA, J., «Norias azudadas, y azeñías», en *Revista Dialectología y Tradiciones Populares*, 10 (1954), pp. 29-160. VIDAL CASTRO, F., «El agua y los arabismos en español. Relación de los principales vocablos», en *Homenaje al prof. José María Forneas Besteiro*, Granada, Universidad, 1995, vol. I, pp. 529-545, y del mismo autor puede consultarse la versión ampliada del anterior en «Los arabismos del castellano y el agua. Aproximación a los principales vocablos», en *Revista de Derecho de Aguas*, Chile 9 (1998), pp. 263-273.

<sup>4</sup> Sobre la repercusión de las aportaciones islámicas a los regadíos en la Península BOLENS, L., *Agronomes andalous du Moyen-Âge*, Génève-Paris, 1980, pp. 144-182. Coetáneo y más centrado en la cuestión levantina está el trabajo de GLICK, T., *Regadío y sociedad en la Valencia medieval*, Valencia, 1988; y en cuanto a las infraestructuras en esta misma área TORRO, J., «Terrasses irrigades a les muntanyes valencianes. Les transformacions de la colonització cristiana», en *Afers. Fulls de recerca i pensament*, 51 (2005), pp. 301-356. El hecho de ser esta parcela una de las que más vestigios ha conservado de la huella árabe justifica un reciente trabajo de quien suscribe estas líneas MARTÍNEZ ALMIRA, M.<sup>a</sup> M., «Muz...ra'a, mu°...rasa y mus...q... Contratos de aparcería agrícola», en *Rudimentos legales*, Universidad de Jaén, Jaén, 2000, pp. 179-215. También QUESADA QUESADA, T. (ed.) *El agua en la agricultura de al-Andalus*. Granada, Fundación El Legado Andalusí, 1995; RODRÍGUEZ MOLINA, J., *El regadío medieval andaluz*, Jaén, Diputación, 1991, VIDAL CASTRO, F., «La musaqa: un contrato de riego en la agricultura del Magreb. Teoría y práctica jurídicas», en *Agricultura y regadío en al-Andalus. Síntesis y problemas. Actas II Coloquio de Historia y Medio Físico*. Almería 9 y 10 de junio de 1995, Almería, 1996, pp. 429-51; del mismo autor, «Paisajes del agua en al-Andalus», en *Paisaje y naturaleza en al-Andalus*, Granada, Fundación El Legado Andalusí, 2004, pp. 139-157 y «El agua en la civilización arabo-islámica»,

La referencia al agua en el mundo islámico obliga, al lector interesado por estas cuestiones, a remitirse, en primer lugar, a aquellos preceptos del Corán y de la Sunna que confieren al líquido elemento un valor fundamental para la consecución por el creyente musulmán de fines tanto espirituales como materiales.

En este sentido el agua es objeto de consideración en la *šari'a*, por cuanto genera una serie de obligaciones en el plano religioso, como es el caso de la *zakāt*, o en el plano civil, caso del '*ušr*'<sup>7</sup>, obligaciones con un componente pecuniario ineludible, salvo en situaciones extremas, y que están contemplados en los escasos preceptos de contenido jurídico del texto coránico, conformando, si se quiere, un sucinto *derecho de aguas*<sup>8</sup>. Asimismo, la *Sunna*, y conforme a la recopilación de tradiciones de al-Bulārī<sup>9</sup>, evidencia la importancia del agua para la realización de las abluciones en materia de reglas de culto o *ibadāt*<sup>10</sup>, en los que la intención del creyente en la realización de estos actos prima sobre cualquier otra circunstancia que suponga para él la impureza de su cuerpo y le impida obtener el beneficio espiritual deseado con la celebración de los mismos<sup>11</sup>.

Hay otras fuentes que, teniendo la consideración de raíces del Derecho, o bien ajenas a este carácter dentro de la jerarquía normativa, aportan datos sobre la importancia del agua, su uso y la conveniencia de un reparto justo y equitativo entre los miembros de la Comunidad islámica (*Umma*) y entre la población no

---

en *La deuda olvidada de Occidente. Aportaciones del Islam a la civilización occidental*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 2004. Y por último, cabe ser citado el trabajo polemista de RIBERA, J., «El sistema de riegos en la huerta valenciana no es obra de los árabes» en *Disertaciones y opúsculos*, Madrid, 1928, vol. II, pp. 309-313.

<sup>5</sup> Sobre materia propiamente de uso y distribución equitativa: BORRUL Y VILANOVA, F. J. *Tratado de la distribución de las Aguas del Río Turia y del Tribunal de los Acequeros de la Huerta de Valencia*, Imprenta de Benito Monfort, Valencia, 1831 y del mismo autor, el *Discurso sobre la distribución de las aguas del Turia y deber de conservarse el Tribunal de los Acequeros de Valencia que dijo D. Francisco Javier Borrul y Vilanova, Diputado por el Reino de Valencia en la sesión de 31 de julio de 1813 de las llamadas Cortes Generales y Extraordinarias*. Imprenta de Benito Monfort, Valencia, 1828; EPALZA, M. de (ed.), *Agua y poblamiento musulmán* (Simposium de Benissa, abril, 1987), Benissa, Ayuntamiento, 1988.

<sup>6</sup> Precisamente debo al catedrático de Derecho administrativo de esta Universidad, el profesor Juan José Díez, la sugerencia sobre abordar esta temática hace ya tres años; agradezco para agradecer su iniciativa.

<sup>7</sup> Se trata del pago de cánones o censos cuyo cumplimiento trasciende al plano también religioso, conforme a la explicación del término en CORRIENTE, *A dictionnary of Andalusí Arabic*, Brill, 1997, p. 354 y *The Encyclopaedia of Islam. New Edition*, (en adelante *EI2*), vol. V, Leiden, 1986, s.v. m...', pp. 859 y ss. MAÍLLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón, 2005, pp. 432-434.

<sup>8</sup> En este sentido véase *Corán*, 3, 9 (27) sobre las obligaciones en esta materia (*El Corán*, edición a cargo de Julio Cortés, Barcelona, 1986, en adelante *Cor.*); *Cor.* 13/ 22 (22), sobre la recomendación coránica del pago de la *zakāt*, y *Cor.* 4/46 (43) o 5, 9 (6) sobre la pureza y las abluciones para la realización de los distintos ritos.

<sup>9</sup> EL-BOKHARI, *Les traditions islamiques, op. cit.*, tít. IV; véanse los caps. I-IV, LIII y LXXV, entre otros.

<sup>10</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico, op. cit.*, p. 143.

<sup>11</sup> EL-BOKHARI, *Les traditions islamiques, op. cit.*, tít. IV, cap. LXXV [Du mérite qu'il y à passer la nuit après avoir fait ses ablutions], *op. cit.*, p. 97.

islámica –con la que compartían tierras y frutos obtenidos de las mismas–. En concreto son esas otras fuentes las que más datos proporcionan sobre la regulación de los aspectos concernientes a esta materia en el territorio andalusí. En primer lugar los tratados que contienen normas de comportamiento del musulmán en su esfera interna, es decir que atañen al ámbito de la espiritualidad del musulmán, actos *ibadāt*; entre ellas merecen especial atención la *Tafsira* o *El Sumario de la relación y ejercicio espiritual y el Breve compendio* del Mancebo de Arévalo<sup>12</sup> –correspondiente a la primera mitad del siglo XVI, en concreto hacia 1533 conforme sugiere M.<sup>a</sup> Teresa Narváez en su estudio crítico de la obra– y la *Suma de los principales mandamientos y devedamientos de la Ley y Çunna*<sup>13</sup>. Ambos textos corresponden a la etapa de decadencia del poder islámico en nuestro territorio, pero aun así las cosas la población de confesión musulmana seguía rigiéndose en muchas materias por su propio derecho, atento a la legislación coránica, a la tradición y a las obras doctrinales de predicamento<sup>14</sup>.

Uno y otro texto dan idea de la importancia que para el creyente musulmán tuvo, ya desde el siglo X, este tipo de tratados, *tafsiras* o comentarios (*‘adab*)<sup>15</sup>

<sup>12</sup> MANCEBO DE ARÉVALO, *Tratado (Tafsira)*, edic. M.<sup>a</sup> Teresa Narváez Córdoba. Edit. Trotta, Madrid, 2003.

<sup>13</sup> «Tratados de Legislación musulmana. Suma de los Principales mandamientos y devedamientos de la Ley y las Çunna por don Yçe de Gemir, alfaquí mayor y muftí de la aljama de Segovia, año de 1462», ed. de GAYANGOS, P., (ed.), en *Memorial Histórico Español*, V (1853), pp. 247-423; la citada obra fue instrumento de conocimiento de la legislación islámica para la población musulmana en aquel territorio y vehículo de conocimiento de sus obligaciones como fieles al Islam. La obra del Mancebo de Arévalo es el Tratado que de forma más profusa desarrolla los principios y reglas contenidos desde el siglo X en los textos andalusíes sobre ritual e instituciones del derecho. Muchas de las reglas planteadas en materia de uso de aguas con fines espirituales en este trabajo tienen su referente en la obra de *al-Qayrawānī* –autor magrebí de gran influencia en al-Andalus–, cuya cita es obligada en el aparato crítico de este trabajo, como observará el lector. Y del mismo modo, hay constancia de la misma preocupación por esta temática en la obra de Ibn al- Ğaball del siglo X, cuyas enseñanzas guardan analogía con idénticos preceptos de la *Suma de los principales mandamientos y devedamientos de la Ley y la Çunna*, que de nuevo son objeto de «recopilación» y adaptación a las nuevas exigencias temporales en el siglo XVI. Por ello se ha determinado referir al texto del Mancebo en virtud de su precisión expositiva y casuismo en primer lugar, y seguidamente aludir al resto de las fuentes citadas cuando los citados preceptos estén también contenidos en los mismos, siguiendo una jerarquía cronológica, como sugiere la editora del texto de la *Tafsira*; NARVÁEZ, *op. cit.*, p. 34.

<sup>14</sup> Los datos respecto a la autoría de la *Tafsira* y la personalidad del Mancebo son objeto, aun hoy en día, de revisión: en opinión de Narváez pudiera tratarse de Agustín Ribera «El Mozo», mientras que Gregorio Fonseca opina que podría tratarse de un morisco de Arévalo considerado «profeta» por alguno de sus correligionarios, viajero por gran parte de la geografía española que aprovechaba sus itinerarios para adoctrinarse y entrevistar a los sobrevivientes de la caída de Granada en 1492; en 1540 protagonizó una conspiración que se extendió entre Medina del Campo y Toledo y fue procesado ante el Tribunal de la Santa Inquisición, sin que se tengan datos fehacientes sobre el proceso y la sentencia en su caso (NARVÁEZ, *op. cit.*, p. 22). Véase CONTRERAS, J., «Los moriscos en las Inquisiciones de Valladolid y Logroño» en *Les morisques et leur temps*, Paris, 1983, pp. 475-492, o TAPIA SÁNCHEZ, S. de, *La comunidad morisca de Ávila*, Institución Gran Duque de Alba, Ávila, 1991, pp. 226-232.

<sup>15</sup> Término que en general significa «reglas de adecuada conducta», pero que en el ámbito de la jurisprudencia hace expresa mención a las reglas que observarán quienes apliquen justicia; MAÍLLO SALGADO, F., *Diccionario de derecho islámico*, *op. cit.*, pp. 22-23.

del texto coránico respecto a cuestiones generales sobre materias de índole religiosa, (*ibadāt*) o de índole civil (*mu'āmalāt*). Se trata de un género de comentarios que desempeña un papel próximo al de los *manuales*, conteniendo normas básicas de comportamiento para el buen creyente musulmán durante el último periodo de la presencia islámica en la Península.

Un segundo género lo constituyen los formularios notariales, *Kitāb al-waṭāiq wal-siġillāt*<sup>16</sup>, que desde el siglo x permiten guardar viva la esencia de más de seis siglos de Derecho andalusí. Los formularios notariales considerados para este trabajo toman como principal y más remota referencia la obra de Ibn al-Aṭṭār<sup>17</sup>, y como última la obra de al-Wanšarīsī, *al-Mi'yār al-Mugrib*, que supone la síntesis a partir de las obras de los autores anteriormente citados. Entre ambos textos conservados se suceden otras aportaciones de gran trascendencia jurisdiccional; siendo de obligada consulta los tratados y recopilaciones de *šurūṭ* de Ibn Muġīṭ al-Ṭūlayṭulī<sup>18</sup>, Muḥammad B. 'Iyād<sup>19</sup> y Al-Ġazīrī<sup>20</sup>. Formularios y tratados que, desde un

<sup>16</sup> Sobre este género de obras y la importancia de las *fatwās* para conocer la importancia de la aplicación de Derecho el derecho aplicado s.v. «al-Fatāwā al-'Alamġiriyya», Ansari, A.S.B., en *El2*, t. III, p. 837.

<sup>17</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial y judicial andalusí del alfaquí y notario cordobés m. 399/1009*. Introducción, estudio y traducción anotada: Pedro Chalmeta y Marina Marugán. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000. Y para el cotejo de terminología y estudio de la misma, respecto a los usos del agua y sus herramientas, resulta de gran utilidad la primera edición de CHALMETA, P. y CORRIENTE, F., *Formulario notarial Hispano-árabe, por el alfaquí y notario cordobés Ibn al-Aṭṭār*, Madrid, 1983.

<sup>18</sup> AḤMAD B. MUĠĪṬ AL-ṬŪLAYṬULĪ, *Al-Muqni' fi 'Ilm al-šurūṭ*, (en adelante *Al-Muqni'*), introd. y ed. crítica por F. J. Aguirre Sádaba, Madrid, 1994. Literatura jurídica especializada que proporciona valiosos datos sobre el derecho positivo, sistematizado en capítulos (*kitā* y *bāb*) en los llamados *adab al-qāḍī*, y cuyo papel e importancia han sido puestos de relieve por HALLAQ, W. B., «Model Shurūt works and the dialectic of doctrine and practice», en *Islamic Law and Society* 2,2 (1995), pp. 109-134.

<sup>19</sup> La obra de este importante autor ceutí, cuyo título significa «La doctrina de los jueces sobre los procesos judiciales» es, además, una recopilación de sus dictámenes jurídicos como muftí y juez de un amplio periodo de la historia andalusí, anterior incluso a su propia época (s. XII). La importancia desde el punto de vista jurídico obedece a que no sólo presenta los dictámenes y soluciones jurídicas a los distintos supuestos, sino que además justificaba desde el punto de vista teórico muchas de sus decisiones y matizaba el propio uso de fuentes de conocimiento del Derecho islámico, y en concreto malikí. No en vano, la obra se transmitió sin solución de continuidad entre los juristas andalusíes siendo Ibn Rušd y al-Wanšarīsī testimonio de este interés. Por otro lado son frecuentes las alusiones a opiniones de juristas de renombre y magisterio a ambos lados del Mediterráneo, y de modo especial a los andalusíes que le precedieron en estas funciones, circunstancia que la hace crediticia de mayor interés en el trabajo que nos ocupa MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām fi nawāzil al-aḥkam* (en adelante *Maḍāhib*), traducción y estudio por Delfina Serrano, Madrid, 1998.

<sup>20</sup> 'ALĪ B. YAḤYA AL-ĠAZĪRĪ (m. 585/1189), *Al-Maqṣad al-maḥmūd fi talḥiṣ al-'uqūd*, estudio y edición crítica Asunción Ferrerás, Madrid, 1998. Esta obra, importante también para el conocimiento del derecho de época almorávide, aborda la materia contractual que nos ocupa versa principalmente sobre los modelos de contratos de diversa índole siendo de considerable repercusión; el hecho de ser una obra con carácter instrumental justifica que las remisiones a la misma obedezcan al tipo o modelo de documento operativo en los negocios jurídicos que sobre el agua se estudian a continuación.

punto de vista iushistoriográfico, permiten hablar de una adaptación a las circunstancias sociopolíticas, y económicas, conforme se deduce de las *Leyes de moros*<sup>21</sup>, uno de los últimos referentes sobre el Derecho andalusí tras la Reconquista.

En todas estas obras la importancia concedida a las distintas modalidades contractuales y prácticas consuetudinarias respecto al uso del agua, tanto en el ámbito urbano como rural, se justifica por dos razones: la primera el hecho que el uso y destino del agua sea objeto de consideración en el mismo texto coránico, siendo la solidaridad y la equidad en su distribución los principios por los que deben guiarse sus gestores y, en definitiva, cualquier usuario; la segunda razón, es que los negocios jurídicos derivados del uso y distribución de las aguas entran en la esfera de los *furū al-fiqh*<sup>22</sup> o instituciones del Derecho propias de las *mu'āmalāt* –en este sentido, relaciones y afinidades entre cualquier individuo y sus semejantes–.

## II. EL AGUA EN SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES SEGÚN EL DERECHO ANDALUSÍ

El Derecho islámico, y el andalusí en particular, concede especial atención al uso y distribución de las aguas ya que por el hecho de ser materia regulada en el mismo texto coránico, el cumplimiento de estos preceptos trascienden la esfera civil de los derechos subjetivos, *wāğib* y obligan, en el plano jurídico-religioso –conforme a la quintuple distinción de los actos, *al-ahkām al-ḥamsa*<sup>23</sup>–, al creyente, *mukāllaf*. No en vano, la trasgresión de cualquier obligación del creyente, tanto de carácter individual como en su condición de miembro de la Comunidad, *Umma*, será objeto de sanción y aplicación de penas por el Derecho islámico; y del mismo modo cualquier uso prohibido de las aguas, en cuanto acto *ḥarām*, reportaba la imposición de penas reguladas por el mismo texto citado<sup>24</sup>.

La importancia concedida por el Islam al cumplimiento de determinados actos preceptivos en el plano espiritual, como pueda ser la oración o *ṣalāt*, queda así justificada en virtud de la importancia que la *ṣarī'a* concede a cada uno de aquellos realizados por el buen creyente. Así, por ejemplo, el rito de la oración se efectúa en unas condiciones determinadas de limpieza corporal y

<sup>21</sup> GAYANGOS, P. (ed.), «Tratados de Legislación musulmana. Leyes de moros del siglo XIV», *Memorial Histórico Español*, V (1853). Texto que ha sido objeto de revisión sobre su origen y evolución posterior a partir del Libro de al-Tafīr' por ABBUD-HAGGAR, S., «Las leyes de Moros son el Libro de al-Tafīr'», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 4, Madrid, 1997, pp. 163-202, así como en su obra de doctorado *El Tratado jurídico de al-Tafīr' de Ibn al-Ġillāb. manuscrito aljamiado de Almonacid de la Sierra (Zaragoza)*, 2 vols. Zaragoza, 1999.

<sup>22</sup> MAÍLLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*, op. cit., pp. 82-83.

<sup>23</sup> MAÍLLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*, op. cit., p. 26.

<sup>24</sup> Se trata de actos reprobables, indiferentes o meritorios; véase CASTRO, *Diritto musulman*, op. cit., p. 5.

pureza, conforme a las tradiciones atribuidas a Mahoma<sup>25</sup>, de manera que el agua es considerada elemento imprescindible, en principio, para la ablución previa; si bien el uso del líquido recurso para la consecución de la limpieza (*istinjā*) del cuerpo no es una obligación tradicional o de *institución divina*, pero sí elemento necesario para eliminar la suciedad del cuerpo. Tasinto es así que, al no ser elemento obligatorio, su carencia no provoca perjuicio alguno al creyente, siempre que pueda ser sustituido por otra sustancia válida conforme a la doctrina, y se celebre el ritual de la limpieza con recta intención<sup>26</sup>. Ello justifica que el agua sea objeto de atención en cuanto a la regulación de su uso, pues la utilización indebida de la misma condicionará la realización de las prácticas de culto, *ibadāt*, y los efectos derivados de las mismas.

Por otra parte, el Derecho islámico presta especial atención al valor y utilidad del agua en tanto que elemento de primera necesidad para el buen funcionamiento del organismo –y no sólo por la acción voluntaria de ingesta de este líquido–, y como recurso susceptible de aprovechamiento común (*mubāq*) en sus distintas manifestaciones; así, por ejemplo, como elemento imprescindible para el riego de plantas en todas sus variedades. De ahí que el Derecho regule no sólo el uso sino también la fuente u origen que lo proporciona: siendo indiferente si los propietarios son miembros de la Umma como sin pertenecen a otra confesión religiosa.

No en vano el Derecho islámico establece una clasificación apriorística de los terrenos de los que emana el líquido elemento, como *ḥarīm*; ello supone la delimitación de áreas que ven reducido el establecimiento de personas e industrias que amenacen el uso y aprovechamiento de esta fuente de riqueza. Por ello se acotan tres ámbitos sobre los que pueden constituirse servidumbres forzosas<sup>27</sup>: los ríos (*nahar ya'ra*<sup>28</sup>) y el agua que fluye por los mismos; los pozos

<sup>25</sup> EL-BOKHARI, *Les traditions islamiques, op. cit.*, tít. VIII, cap. LXXXIV [Du fait de former cerde et de s'asseoir dans la mosquée], *op. cit.*, p. 171. Ritos que no sólo se han de cumplimentar en la mezquita sino también en el ámbito doméstico ante la celebración de cualquier ritual: desde la oración diaria, hasta las oraciones que se realizan ante el óbito de un creyente (*Idem.*, *op. cit.*, tít. IV, cap. XIII [Des ablutions], p. 70; tít. VIII, [De la prière], p. 171; y el mismo tít. XXIII, cap. LVII [Des rites de la prière pour les funéraire], p. 476.

<sup>26</sup> AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla, op. cit.*, cap. IV [De l'ablution], p. 34.

<sup>27</sup> Ejemplo de estas servidumbres legales, según la doctrina malikí, son las que conminan al propietario de un pozo o de una fuente a conceder el uso del agua que exceda de sus necesidades; MĀLIK, *al-Muwatta. Imam Malik* (en adelante *Muwatta*), translators: 'Aisha 'Abderramam at-Trajumana and Ya'qub Jonson, edit. por Idris Meras, index Ahme Thompson (a partir de la edición the al-Azhar, approved edition on the text compiled by Yahya ibn Yahya al-Laythi, Diwan Press, 1982, 36 [Book of Judgments], apdos. 36.25 y 36.26.33, p. 346; <sup>3</sup>ALIL, *Muḥtaṣar, op. cit.*, XXXI, n. 7-8, e IBN 'AṢĪM, *Tuhfat, op. cit.*, v. 1247/8 y SANTILLANA, D., *Istituzioni di Diritto musulmano malikita, con riguardo anche al Sistema Sciafiita*, Roma, 1926-1943, 2 vols., vol. I, pp. 318-320 y 371-378.

<sup>28</sup> Al-Idrisi alude a los ríos con el término *nahar yara*, o curso de agua corriente, como denomina al río Wadi-Inasa que sale de Algeciras; AL-ĪDRISĪ, *Descripción de España de Xerif Aledris, conocido por el Nuviense, con traducción y notas de don Josef Antonio Conde*, Madrid, 1799, p. 34 y AL-ĪDRISĪ, Muḥammad b. Muḥammad al-Šarīf, *Kitab Nuzhat al-Mustaq fi ijtiraj al-afaq*, edit. Al-Alam al-kutub, 1989, 2 vols., II, p. 539.

(*bī'r/abār*<sup>29</sup>) y las fuentes (*sabīl/subul*<sup>30</sup>), que conforme al *qiyās*, son emanaciones de agua de forma permanente.

Esta clasificación no está exenta de la incorporación de otras fuentes susceptibles de tratamiento singular, como puedan ser los estanques, las balsas y los mecanismos hidráulicos u obras de ingeniería que por razón de utilidad y de dependencia exigen una profusa regulación, consolidándose de este modo el «derecho del agua» como una materia a la que los expertos en Derecho andalusí dedican capítulos de enorme interés.

Conviene pues proceder al análisis de los efectos jurídicos que se derivan del uso o mal uso de las aguas, conforme al Derecho andalusí, no sin antes destacar la repercusión que el agua tuvo en la organización socioeconómica del territorio hispano durante ese importante período. Pero para abordar el reparto uso y distribución de las aguas, así como los efectos sobre las mismas de la acción del hombre, es preciso describir el mapa hidrológico de la España musulmana, puesto que será su valor cuantitativo el que condicione el reparto equitativo e igualitario entre todos los hispanoárabes y la adopción de medidas legales que regulen y protejan los derechos de aquéllos. Unas medidas legales que, teniendo sus referentes en el texto coránico y en la Sunna, constituyen, desde los primeros momentos de la presencia islámica en el territorio peninsular, el marco legal que dará cobertura a las soluciones adoptadas por los juristas hispanos respecto a la administración y gestión de las aguas. Y a su vez, las fórmulas y respuestas legales emitidas por los especialistas en Derecho musulmán de aquellos primeros siglos constituirán un importante elenco normativo circunscrito a un vasto territorio bajo control político islámico y por tanto configurado a tenor del modelo de ciudad musulmana. En este sentido, la ciudad andalusí constituirá el polo de atracción de otras infraestructuras territoriales dependientes y subordinadas en función de la prestación de toda clase de servicios<sup>31</sup>.

Las *coras* delimitaban un primer espacio, vasto en extensión, que a su vez comprendía distintas esferas de actuación<sup>32</sup>: administrativa, que daba cobertura a los distritos o comarcas (*iqḷīm, aqālīm*); judicial, donde los partidos (*ḡuz, aḡzā'*) constituían el espacio sobre el que se proyectaban las normas legales

<sup>29</sup> CORRIENTE, F., *Diccionario árabe-español*, Madrid, 1977, pp. 29. Nótese que en muchos de los términos árabes se ha introducido, seguido de una barra, el mismo término en plural respetando la edición.

<sup>30</sup> CORRIENTE, F., *A dictionary of andalusí-arabic*, Brill, 1997, p. 243. El término hace alusión a una cantidad de agua, más bien reducida, que cae o discurre a modo de cascada. Otra denominación al uso es '*ayn ma*', cuyo significado literal es «ojo de agua», que si es corriente se califica con el adjetivo *ya'ri'a'*, AL-IDRISI, Descripción, *op. cit.*, 53; del mismo autor *Kitāb Nuzhat*, *op. cit.*, vol. 2, II, p. 559.

<sup>31</sup> Antecedentes históricos: VALLVÉ BERMEJO, J., *División territorial de la España musulmana*, Madrid, 1986. AL-IDRISI, *Kitāb Nuzhat al-Mustaq*, *op. cit.*, y la también citada edición de CONDE, J. A., *Descripción de España de Sheriff Aledrisi*, Madrid, 1989.

<sup>32</sup> Ya en el siglo XI Al-Andalus contaba con diez *coras* (*kūra*) principales y seis más que adquirieron tal condición por la importancia de su capital (*al-ḥādira*). Sobre estas cuestiones territoriales véase VALLVÉ BERMEJO, J., *División territorial de la España musulmana*, Madrid, 1986, pp. 228-229.

para el funcionamiento coordinado de las distintas instituciones; y la meramente territorial, de obligada referencia a los distritos con sus alquerías (*qrya, qura*), torres y castillos o aldeas cortijos, granjas, huertos, prados, dehesas o predios que configuran un denso panorama de ámbito rural sobre el que, igualmente, se arbitran soluciones a los problemas derivados de la gestión y administración de espacios<sup>33</sup>.

Además, las coras integraban sus correspondientes capitales, barrios (*rabaḍ*), barrios de gentes marginadas, y pagos rurales (*ḥāra*), alfoz (*ḥawz*) y que formaban los lugares de un territorio (*ḥawma*) en el que se distinguían también otras áreas más imprecisas, las llamadas *partes* (*ḡiḥa*) o zonas (*nāḥiya*) que en los arrabales de las principales ciudades gozaban de entidad propia y eran lugar de residencia de personas relevantes en el panorama sociopolítico.

Un aspecto significativo de los territorios hispanos andalusíes es la impronta que el curso de las aguas causó sobre el mapa geográfico; hasta el punto que muchos de los espacios administrativamente delimitados poseían topónimos relacionados con el paso de las aguas, el nacimiento o el fluir caprichoso de las mismas por ellos. Los geógrafos andalusíes plasmaron, a través de sus descripciones de la Península, la imagen de un territorio bien irrigado, sorteado y horadado por aguas de diversa naturaleza, origen y destino. No en vano, desde el siglo X, conforme a las fuentes conservadas, se establecen unas primeras pautas de comportamiento para los musulmanes respecto al buen uso, distribución y reparto equitativo de tan importante recurso natural<sup>34</sup>. Y ello porque la doctrina considera que el agua del cielo, de los pozos, el agua de las fuentes y el agua del mar son aguas puras y purificadoras, y principal recurso para efectuar los rituales previos a la celebración de la oración y cuantos actos comportaran beneficio para el creyente en el plano espiritual<sup>35</sup>. Pautas que se mantienen en el tiempo y se generalizan en territorio ya cristiano, al menos en el orden civil, como así aconteció en el reino de Valencia tras la entrada de Jaime I y la promulgación en 1238 de los *Furs de Valencia* concedidos a la ciudad: *quando alcuna cosa será entre alcuns comuna a partir: e la divisió e la partitito daquella nos pot fer profitosament: çoes sens dan de la cosa enaxi ço es forn, o bany, o pou, o vestidures feytes e enap o moli o arbre o pera o servitut de carrera*»<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Las alquerías caracterizaron buena parte del paisaje andalusí, en las vegas fértiles de los ríos. Entre los diversos estudios locales, y a título indicativo para otras áreas, véase LÓPEZ ELUM, P., *La alquería islámica en Valencia: estudio arqueológico de Bofilla. Siglos XI al XIV*, Valencia, 1994; y respecto al Valle de Albaida VENTURA CONCEJERO, A., «Alquerías medievales de la Vall d'Albaida», *Crónica de la XVII, Asamblea de cronistas del Reino de Valencia*, Valencia, 1990, pp. 251-278.

<sup>34</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial, op. cit.*, entre otros doc. 28, p. 190, y vers. arab. p. 83.

<sup>35</sup> AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla, op. cit.*, cap. III [De la pureté (t'ahara) del agua], *op. cit.*, p. 33.

<sup>36</sup> *Furs e Ordinacions fetes per los gloriosos reys de Arago als regnicols del regne de Valencia*, edic. facsímil, Universidad de Valencia, 1922, Lib. III, Rub. XVIII [De les coses comunes a partir], Fur II, p. 70.

Al-Andalus presenta, conforme a las declaraciones de los geógrafos de aquel tiempo, un paisaje de zonas de regadío<sup>37</sup>, conforme a la ocupación de espacios, un tanto arbitraria; los andalusíes se habían establecido en áreas cuyas características les hacía recordar los antiguos lugares donde floreció la civilización islámica. En estas tierras, por lo general no regadas de forma uniforme, construyeron, adaptaron y modificaron los recursos naturales en aras a un mejor aprovechamiento del valioso elemento hídrico. El levante peninsular, y las zonas más meridionales, fueron las zonas más pobladas y en las que se plasmaron muchas de las infraestructuras propias del antiguo Califato Omeya<sup>38</sup>. Así, por ejemplo, la *almunya* constituyó durante ese periodo un singular paisaje de huerta regado por norias (*al-nā'ūra*), por lo general dispuestas en las orillas de los ríos que atravesaban las distintas coras, por lo que respecta al área levantina en su vertiente interior<sup>39</sup>.

La importancia del agua es compartida con la tierra, puesto que conforme a la *Sunna*, ambos elementos aparecen en la naturaleza intrínsecamente dependientes uno de otro; agua y tierra son, según la *Sunna*, derecho común (*mubāq*) a todos los hombres, y objeto de apropiación por ocupación (*ihrāz*), como así sucede con el agua de lluvia. Las fuentes conservadas, tanto descriptivas como históricas y jurídicas destacan la importancia del agua: el curso de los ríos sirve de vía y paso hacia otros lugares<sup>40</sup>, marca fronteras entre espacios colindantes que participan de características análogas, y sirve como medio de defensa cuando de impedir el paso se trata, así por zonas con características propias naturales o artificiales, como es el caso de los fosos. Pero es en el plano jurídico donde mayormente se evidencia esa relación de subordinación, puesto que cualquier medida o solución jurídica dada a un conflicto en materia de aguas por el juez (*qāḍī*<sup>41</sup>), o un árbitro (*ḥakam*<sup>42</sup>), exige una precisa delimitación del lugar por el que discurre el líquido elemento objeto de controversia<sup>43</sup>. Así se explica que la sentencia (*ḥukm*<sup>44</sup>) o solución arbitral (*taḥkīm*) se emita para un determinado lugar de un barrio

<sup>37</sup> MANZANO MORENO, E., «El regadío en al-Andalus: problemas en torno a su estudio», en *En la España Medieval*, 8 (1986), Versión digital en Portal digital de Revistas de la Universidad Complutense <http://www.ucm.es/BUCM/revistasBUC>.

<sup>38</sup> TORRÓ, J., «Terrasses irrigades a les muntanyes valencianes. Les transformacions de la colonització cristiana» (en adelante «Terasses irrigades»), *op. cit.*, pp. 313 y ss.

<sup>39</sup> Sobre este término véase ALVAR, M., «El arabismo (*an-na'ūra*) y su difusión en la toponimia peninsular», en *Boletín de Filología*, 16 (1959), pp. 1-13; y CARO BAROJA, J., «Norias, azudas y azeñas», *op. cit.*, pp. 33-40.

<sup>40</sup> Entre las múltiples utilidades de los ríos destaca también la de vía de comunicación entre dos ciudades o lugares distantes, como es el caso del río entre Granada y la ciudad de Loja, cuya distancia por la corriente del río era de cuarenta y cinco millas; como igual sucede entre Ésbilia y Córdoba, subiendo por el río hasta Arha Alzerada; véase AL-ĪDRISĪ, *Descripción*, *op. cit.*, pp. 90/1 y 96/7 respectivamente).

<sup>41</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario Derecho islámico*, pp. 290-295.

<sup>42</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario Derecho islámico*, p. 112.

<sup>43</sup> Estos funcionarios dictaminan en los juicios conforme a la ley por delegación del *imām*, como así establece la doctrina. Sobre esta materia véase IBN 'AṢĪM, *Tuhfat*, *op. cit.*, cap. I, 14, p. 7.

<sup>44</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, *op. cit.*, pp. 137-138.

perteneciente a un distrito por el que las aguas fluyen de forma natural o artificial<sup>45</sup>.

También por extensión el agua de los ríos, de los canales o conducciones de agua (*qanāts*<sup>46</sup>), de los pozos (*abār*), y de los estanques (*bašims*<sup>47</sup>) eran considerados *mubāq*, derecho de Comunidad de Creyentes, *Umma*, y, por extensión, de todas aquellas personas que residieran en un lugar compartiendo un espacio y sus elementos. Ahora bien, el derecho al uso del este bien común no impedía que cualquier individuo ejerciera un derecho de propiedad sobre el agua, siempre y cuando con ello no impidiera el fluir del líquido elemento; y podía, además, ejercer el derecho de propiedad a título individual sobre el agua que el mismo hubiera acaparado en recipientes destinados al efecto, sin menoscabo de los intereses comunitarios.

En efecto, las aguas de al-Andalus sufrieron la modificación de su curso para la construcción de albercas y baños (*ḥammām*<sup>48</sup>), como fue el caso de Córdoba<sup>49</sup> permitiendo aprovechar las sobrantes para el riego de los llanos<sup>50</sup>. En el espacio urbano eran las mezquitas con sus baños y los lavaderos, espacios en los que el agua, su uso y aprovechamiento determinaban la adopción de medidas específicas en beneficio de la comunidad. Y es precisamente en razón de la utilidad del líquido elemento por lo que queda justificado un *derecho de aguas* propiamente andalusí. En cuanto al uso de las aguas con fines productivos, y concretamente en materia de riegos mediante aceñas<sup>51</sup> y paradores,

<sup>45</sup> Sin duda estas formalidades son resultado de las exigidas en cualquier instancia judicial, en la que además de las partes se requieren otras condiciones fundamentales, como que se formule con precisión y de manera formal, tanto a nivel conceptual como de contenido. IBN 'AŠIM, *Tuhfat*, cap. II, 23, p. 13.

<sup>46</sup> CORRIENTE, F., *A dictionary*, op. cit., p. 444, y del mismo autor, *Diccionario Árabe español*, op. cit., p. 645.

<sup>47</sup> CORRIENTE, *A dictionary*, op. cit., p. 54.

<sup>48</sup> CORRIENTE, *A dictionary*, op. cit., p. 140; y *ḥimām*: pozo repleto o acervo de agua de la raíz *ḥamm* conforme queda explicitado en CORRIENTE, F., *Diccionario árabe-español*, op. cit., p. 122. Conceptos que dan idea de la cantidad de agua precisa para satisfacer las necesidades elementales de la limpieza personal en las zonas tanto de aseo público como en el ámbito doméstico, justificando de este modo la prioridad en cuanto al abastecimiento para uso doméstico.

<sup>49</sup> Así queda recogido en la obra de VALLVÉ BERMEJO, *División territorial*, op. cit., p. 253.

<sup>50</sup> VALLVÉ BERMEJO, op. cit., p. 278. Por otra parte, la importancia del río estriba también para los musulmanes en la extensión que pueda beneficiarse de sus aguas mediante el riego; así, por ejemplo, el nahr Alabiad (río Blanco –cuyo nacimiento se encuentra en la Sierra del Segura como el río Alkivir o Nahr Alkivir, AL-IDRISI, *Descripción*, op. cit., pp. 76/7) que discurre por Murcia, capital de Tudmir, proporcionaba no sólo agua a la capital, sino también a los arrabales, circunstancia que es resaltada en la descripción de al-Andalus (AL-IDRISI, op. cit., pp. 74/5, *Kitāb Nuzhat*, op. cit., vol. 2, pp. 521 y 561). La importancia del agua es constatable en el levante peninsular desde la Edad Media, como así queda manifiesto en BAZZANA, A. y GUICHARD, P., «L'irrigation et société dans l'Espagne orientale au Moyen Age», en *L'Homme et l'Eau à la méditerranée et au Proche Orient*, Lyon, 1981, pp. 115-139. Y respecto a la Cora de Tudmir FRANCO SÁNCHEZ, F., «El espacio del agua en la ciudad de Orihuela en época islámica», en *Agua y poblamiento musulmán*, Benissa, 1988, pp. 33-53; GONZÁLEZ BALDOVI, «La influencia de l'agua en la formación de la Xàtiva musulmana», en *Agua y poblamiento musulmán*, op. cit., pp. 21-31.

<sup>51</sup> VALLVÉ BERMEJO, *División territorial*, op. cit., p. 290.

*manzil*<sup>52</sup>, se reglamenta otra parcela ineresante de actos, con el objeto de permitir la equitativa distribución de esta agua. Junto a estos servicios no se olvidó la regulación del consumo de agua en el ámbito doméstico, especialmente para beber (*šafa*<sup>53</sup>), reparando la doctrina en la existencia e importancia de los muchos pozos y manantiales<sup>54</sup>. Los pozos fueron objeto también de aprovechamiento, sobre todo aquellos que procuraban aporte hídrico a tierras de riego o a casas particulares, como sucedía en aquellos situados en los patios de las casas<sup>55</sup>.

Asimismo, las fuentes documentales se ocuparon de forma especial de las actuaciones de los andalusíes sobre el curso y nacimiento de los ríos. Destacan por su importancia las fuentes de la cora de Cabra<sup>56</sup>, ligadas al curso y nacimiento de ríos como el Fuska –o Marbella–, el Guadajoz, o el Genil o el mismo Cabra, el Río de Piedra; y análoga trascendencia conceden al curso de los denominados *ríos secos*, cuyas aguas fluían al albur de las condiciones climatológicas y cuya fuerza hidráulica era aprovechada para mover molinos harineros en los momentos de mayor volumen de agua. Por último los geógrafos señalaron la importancia de construir depósitos de agua en las riberas de los ríos, objeto de atención debido a los problemas derivados del proceso de calcificación de las mismas<sup>57</sup>.

Y junto a las aguas en movimiento las aguas estancadas, como el caso de las lagunas (*maḥallat*<sup>58</sup>), entre ellas las del Ruidera, antaño en la cora de Jaén. Aguas que servían a la población de los alrededores mediante la construcción de «piletas» o balsas, cuyo origen es objeto de múltiples interrogantes, al menos desde el punto de vista terminológico<sup>59</sup>.

En este elenco de recursos hídricos, destáquense también, por razón de su riqueza, las Coras de Tudmir y Valencia; donde los ríos, como sucede en el caso de Valencia, atravesaban ciudades y vegas, llegando a confluir con las aguas salinas del mar y la Albufera, y definiendo nuevos espacios y áreas que

<sup>52</sup> CORRIENTE, F., *A dictionary*, op. cit., p. 526.

<sup>53</sup> *Tašāffa/Ištāffa*, consumir o beber hasta saciar la necesidad; en forma X viene a significar conforme al uso en el texto de estos términos: calar y penetrar; véase CORRIENTE, F., *Diccionario árabe-español*, op. cit., p. 408.

<sup>54</sup> VALLVÉ BERMEJO, *División territorial*, op. cit., pp. 280-281. Es significativo que en la descripción de Jaén son continuas las alusiones a los *iqḥim* con sus «numerosos y nutridos pozos de los que las gentes se servían para beber», dando idea de la abundancia de agua en aquellas tierras.

<sup>55</sup> VALLVÉ BERMEJO, *División territorial*, op. cit., p. 266.

<sup>56</sup> Existía una principal en la parte alta de la ciudad, a la que alude VALLVÉ BERMEJO, *División territorial*, op. cit., p. 263

<sup>57</sup> VALLVÉ BERMEJO, *División territorial*, op. cit., p. 270.

<sup>58</sup> CORRIENTE, F., *Diccionario árabe-español*, Madrid, 1977, p. 709. Al-Idrisi utiliza el término *gañir* al referirse a la laguna situada en la sierra de Segura y de donde sale el río Alkibir camino de Córdoba (AL-IDRISI, *Descripción*, op. cit., pp. 76/7, y *Kitāb Nuzhat*, op. cit., vol. 2, p. 521). También en las anotaciones a la obra de al-Idrisi aparece el término *safiha* con el significado de «claridad de lago», «llanura» o «tabla de agua muy clara, sin espuma, légamo ni cieno» (AL-IDRISI, *Descripción*, op. cit., p. 140).

<sup>59</sup> VALLVÉ BERMEJO, *División territorial*, op. cit., p. 303.

precisaban una regulación jurídica específica, en virtud de las actividades desarrolladas en ellas<sup>60</sup>.

### III. REGULACIÓN DEL USO DE LAS AGUAS CONFORME A SU UTILIDAD EN EL DERECHO ANDALUSÍ

#### 3.1 El fin utilitarista del Derecho andalusí en materia de aguas

El Derecho islámico incide en materia de agua en su carácter utilitarista, y en este sentido destaca una doble utilidad: la primera meramente espiritual, y de ahí la necesidad del agua para la purificación del creyente antes de la realización de los actos de obligado cumplimiento con tal fin (*ibadāt*); y en segundo lugar, la utilidad del agua como elemento esencial para procurar el sustento biológico y nutricional en todas sus manifestaciones.

En el Islām todo los derechos se han de referir a Dios; desde el punto de vista objetivo, el Derecho *ḥaqq*<sup>61</sup> (*pl. ḥuqūq*), es objeto de una primera distinción entre el derecho de Dios o derecho cogente, que hace referencia a la utilidad pública (*maṣlahah al-‘āmmah*) y el derecho del hombre o derecho dispositivo, referido al interés privado (*ḥaqq al-ādami o al-‘ibād*). Una distinción, que por otro lado, presenta aspectos complejos puesto que en el Islām no existen normas jurídicas absolutamente privadas de interés público o privado. Y ello es así al considerar que el ejercicio del derecho subjetivo tiene límites objetivos, establecidos por Dios y contenidos en el texto coránico<sup>62</sup>, y subjetivos de naturaleza económica, ética, política y social. La doctrina jurídica en este punto se muestra plural, ya que si por una parte se aplica un fundamental principio ético religioso, por otra se sigue principios estrictamente jurídicos –que amenazan el espíritu del derecho islámico.

Estos planteamientos dogmáticos justifican el que en caso de conflicto entre intereses o utilidad pública e interés privado el principio general sea el de satisfacer la utilidad (*maṣlahah*)<sup>63</sup> de la sociedad, y especialmente la escuela malikí –y consecuentemente la escuela andalusí– en virtud del uso del criterio subsidiario en el razonamiento jurídico consistente en la búsqueda de aquello que se considera acorde con el beneficio del mayor número de individuos posible<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Sobre la importancia de los baños en esta área levantina desde la época de al-Idrisi remítase el lector a los estudios de EPALZA, M., *Baños árabes en el País valenciano*, Valencia, 1989; IVARS PÉREZ, J. y GISBERT SANTONJA, A., «Els banys árabes a la ciutat de Denia», en *Baños árabes en el país valenciano*, Valencia, 1989, pp. 97-106; IVARS PÉREZ, J., «Els banys árabes d’Alzira», en *baños árabes*, *op. cit.*, pp. 89-94.

<sup>61</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario Derecho islámico*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>62</sup> *Coran*, II, 229, 230.

<sup>63</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario Derecho islámico*, *op. cit.*, p. 223-4.

<sup>64</sup> D’EMILIA, A., *Scritti di Diritto islámico*, raccolti a cura di Francesco Castro, Roma, 1976; sobre conceptos generales del Derecho islámico: pp. 5-7.

### 3.1.1 *El agua, recurso de la naturaleza para la purificación del creyente*

Uno de los fines del Derecho en el Islām es asegurar la coexistencia social, mediante la satisfacción del derecho de uso (*maṣlaḥa*) de los bienes considerados de primera necesidad, como sucede en el caso del agua. La utilidad del líquido elemento tiene una doble aplicación, con carácter inseparable y complementario respecto a la doble faceta del musulmán: la pureza corporal –alimento del alma– y la ingesta –alimento del cuerpo–. Esta doble utilidad asegura al individuo la integración en el marco de la Comunidad a la que pertenece; un carácter complementario que justifica la importancia dada al agua en los textos andalusíes, sin que sea posible establecer matices respecto a la utilidad del agua con uno u otro fin. En efecto, puesto que el mal uso del derecho al agua por parte de un individuo –con carácter subjetivo, *ḥuqūq*– tiene límites (*ḥudūd*<sup>65</sup>) objetivos, dispuestos por Dios.

La importancia del agua para fines espirituales queda expresa en los textos andalusíes. Concretamente el Mancebo de Arévalo dedica una serie de capítulos de su obra para precisar en qué medida tiene necesidad el creyente del agua. El hídrico elemento se usa para la realización de los actos de la ablución ordinaria, *wuḍu'*<sup>66</sup> o *alwuḍḍu'*<sup>67</sup>, debiendo disponer de la misma tanto en los lugares donde se llevan a efecto este rito como en los recipientes y ornatos destinados al efecto. En este sentido, la oración, *alssala*, en tanto rito que marca la pauta temporal diaria en las actuaciones del musulmán, exige celebrarla en estado de limpieza corporal conforme a lo dispuesto por la doctrina de las distintas escuelas, y así también según el rito malikí andalusí. En este sentido, Mālik sostenía que la oración no podía celebrarse sin el lavado de todos los lados con bastante agua, limpia y no mezclada con elemento alguno que fuera causa de impureza<sup>68</sup>.

La purificación, *aayyammum*, se convierte de este modo en un acto obligatorio para el creyente. Su consecución exige el uso de agua, o en su defecto la sustitución de ésta por tierra limpia; y a falta de tierra se puede realizar incluso con piedras, ladrillos, barro, césped, adobe o madera, siguiendo este orden de preferencia<sup>69</sup>. El lavado, *altahhor*, con el que se llega al estado de pureza también está reglamentado en el Derecho musulmán, debiendo procederse, para su

<sup>65</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario Derecho islámico*, op. cit., p. 107.

<sup>66</sup> CORRIENTE, *A dictionary*, op. cit., p. 566.

<sup>67</sup> MANCEBO DE ARÉVALO, *Tratado*, op. cit., p. 116.

<sup>68</sup> MALIK, *Muwatta*, op. cit., cap. 2 [Book of Purity], p. 9 y ss. (véanse apartados 2.1 y 2.22.).

<sup>69</sup> La terminología referida en este suépígrafe se mantiene fiel a la transcripción de la terminología árabe por el Mancebo de Arévalo: el texto más moderno conservado sobre esta materia de aplicación entre los musulmanes que permanecían en territorio hispano antes de la expulsión. Conforme a estas normas el creyente deberá procurar el estado de limpieza corporal y espiritual contados los medios a su disposición; de manera que después de las defecaciones, tanto mayores como menores, limpiará las zonas de tránsito con agua abundante –y en su defecto con piedrecillas–, con la mano derecha ya que esta limpieza (*istinjā*) es considerada complemento obligatorio de la ablución, pero no de institución divina. Sobre esta cuestión AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, op. cit., cap. IV [Du nettoyage par l'eau], pp. 35/6; preceptos vigentes y de estricta observancia conforme queda explicitado en la obra del MANCEBO DE ARÉVALO, *Tratado*, op. cit., p. 118.

ejecución, primero por las partes que comprenden desde la cintura hasta abajo y después los pies<sup>70</sup>. La *ṭahāra* o *tahor*, en sentido figurado *innovación*, según la *Suma de los principales mandamientos*<sup>71</sup> se fundamentaba en el propósito o recta intención, *niyya* o *'ania*, y la limpieza de todas las partes del cuerpo, –cuerpo que es obra de Dios, servidumbre del alma y recipiente que la guarda– tanto por fuera como por dentro. El creyente, por tanto, deberá evitar todas aquellas situaciones que causen la pérdida de esta pureza, que la doctrina consideraba podía perderse de diversas maneras, lo que obligaba a efectuar la ablución. Así al-Qayrawānī enumera entre las posibles causas: la orina (*bawl*), las heces (*ḡā'it*), ventosidades (*rīh*), el esperma (*manī*), la emisión del líquido prostático (*madhy*), las sustancias vaginales (*h'ayd'a*), y las sustancias emitidas por razón de la menstruación o el postparto (*istih'ād'ā*), además de la obnubilación por motivo del sueño profundo, la embriaguez y los actos de demencia<sup>72</sup>. La *Suma*, de forma genérica, aborda la misma cuestión y enumera seis maneras: *que son estas: por la esperma que sale a un onbre con deseo de muger; o durmiendo, o espierto; la tercera por duda que tenga en ello; la quarta por incredulidad del infiel y por convertirse en la creencia; la quinta es la purgación de la mueger; la sexta por aber parido.*

Pero será durante las últimas etapas de la presencia islámica en al-Andalus cuando esta relación tasada se hace más exhaustiva comprendiendo, junto a las causas ya enumeradas, *tocar lo haram y por el dormis asegurado y por taras-kuwerdo y por tocar a la muger en sus carnes y ropas con delyte o ella al onbere y por tocar el infiel en sus carnes y por denostar al padre o a la madre y por ancorares y por la incredulidad del infiel y el que sendemoniya y pierde el sentido y el retener la orina con fuerza y el denter la bentodisidad, entre otras*<sup>73</sup>. Además todos estos actos comportan la prohibición para el creyente, tanto hombre como mujer<sup>74</sup>, de tocar el Corán, recitarlo, o hacer el giro ritual alrededor de la Ka'ba en la Meca, *ṭawāf*.

La *Sunna* y la doctrina regula las causas que, hasta un total de veinte, obligan al creyente a realizar las abluciones, *wuḍu'* o ablución ordinaria, así como la purificación por lavado, *ḡusl*<sup>75</sup>. Entre esas causas predominan los actos fisio-

<sup>70</sup> MANCEBO DE ARÉVALO, *Tratado*, op. cit., «Capítulo de las esselensiiyyas del tahor», p. 386.

<sup>71</sup> *Suma de los principales mandamientos y devedamientos de la ley y la Sunna*, capítulo IV «De cómo y quando se debe hazer el Tahor y su innovación», pp. 261-262

<sup>72</sup> Entiéndase en este caso transitoria, ya que de otra manera se trata de un enfermo con limitaciones en su capacidad de obrar; AL-QAYRAWĀNĪ., *Risāla*, op. cit., cap. II, p. 29.

<sup>73</sup> MANCEBO DE ARÉVALO, *Tratado*, op. cit., cap. I, [De los actos de alwaddu y los ornatos y lugares abastados komo para tal kaso se rrekiyyere], p. 117.

<sup>74</sup> En al-Andalus dispone la *Suma de los principales mandamientos y develamientos* en su cap. VIII: «*la mueger que estuviere parida o de su flor, y no abra hecho tahor, conbiene se guarde de siete cosas: de ayunar, de hacer açaña, de ajuntarse con baron, de tomar el alcoran en la mano o el libro de la çunna, de entrear en la alchama, de rodear la casa santa de maca*»; (*Suma*, op. cit., p. 268).

<sup>75</sup> AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, op. cit., cap. II [Des causes qui rendent obligatoires l'ablution (*wudū'*)], p. 29; y cap. V [Sur la purification par lavage (*ghusl*)], p. 43. En este segundo caso, las defecaciones mayores (*janāba*), la menstruación (*h'ayd'a*) y por las sustancias vaginales que fluyen durante el postparto (*nifās*).

lógicos, bien voluntarios o involuntarios propios del metabolismo, que suponen la secreción de diversas sustancias por los conductos destinados al efecto<sup>76</sup>. En todos los supuestos considerados el uso del agua es esencial para la consecución de la pureza, de ahí que sea preciso disponer de recursos suficientes para que el creyente realice los actos previos al ritual de la oración de forma válida y eficaz. Por otro lado, la ablución –consistente en lavarse tres veces las manos, la boca, la nariz, la cara con la palma de la mano, los antebrazos hasta el codo, la mano mojada sobre la cabeza, y el cuello, la barba, los oídos con el dedo, y finalmente los pies– se realizará preceptivamente para la consecución del estado de pureza, *tahor*<sup>77</sup>. Esta limpieza se realiza con agua limpia o agua de abluciones *waḍu 'u*, en la pila o lugar destinado al efecto, denominado *miḍa 'a*, también conocido como letrina o *mutawadda 'a*<sup>78</sup>.

En consecuencia, la primera condición para que el creyente esté en estado de pureza corporal es la recta intención, la segunda que el agua para tal ritual sea limpia y libere a su cuerpo de impurezas; todo ello se consigue en fases

<sup>76</sup> La doctrina sostiene que la pureza se pierde: «Por la orina, por la camara, por la ventosidad y por la excreción de las aguas delgadas sin voluntad, y por lo que [...] en el caño de la xuria (*puendum virile seu muliebre*) que debe orinar después de aquello, antes que haga alguaddo, siquiera sea muger, o [...] sea hombre y lo descolorado que salie a ella cuando se acaba de bañar por causa de flor o de aber parido, aunque sea de sangre o de amarillo o suciedad o de alguna [...] blanca y aunque sea sin sentido. Esto derrueca el alguaddo y no el tahor: el dormir, el que pierde el sentido, el tocar la natura a sabiendas sin rropa, y el besar a la muger en su boca o en sus carnes., o el tentar a la muger por baxo de la rropa o por ençima con deleite, o ella al onbre y el que se endemoniare que pierde el sentido de cualquiera manera, y el detener la orina con fuerça, y el que detiene la ventosidad y el que rugge el vientre y el tener duda en el alguaddo. El alicinche (*Excremento, urina seu vento pollutum corpus mundavit*) y es labar los dos aguxeros baxos, no es el alguaddo, mas es obligado el honbre o muger a tenerlos limpios aquellos lugares; de otra manera no pasa el alguaddo. El alicinche es cosa que quien lo haze y alimpia aquellos dos lugares, entre tanto que están limpios no le obliga a labarlos. Las cosas que no menguan el alguaddo son doze: el mirar, aunque se con deleitacion, ni el agua que no mengua la virtud del alguaddo, ni el vomitar, ni la tos, ni el beneno que corra del cuerpo, ni la sangre que corre del aguxero baxo. Ni la de los gusanos, ni la de los lonbrices mas sea todo labado; ni palpar los genitales, ni el momento de dormir, que no pierde todo su sentido; ni la sangria, ni las ventosas mas labar aquellos lugares, ni lo que gotea al paçiente, que no se detiene de qualquiere cossa, la rregla de hacer alguaddo es que se aparte a hacer alicinche y de poner la mano en el baxillo, y quando sus manos sean labadas, pongase de cara al alquibbla sentado, y enxage (*sic*) su boca y sacuda sus narices: en el qual tiempo debe decir y rrogar ad Allah por lo que se requiere a aquel lado. Esté su boca siempre testimoniando con la unidad, y sus narices que les de a oler y guelgan aquella bienabenturança de l'achanna, pues labando su cara ruega que la emblanquezca el dia del juicio y el braço drecho que le de su carta el dia del juicio en mano derecha, y el braço hizquierdo que no se la de en la mano izquierda, y el maçar de la cabeça que Allah le encubra con su piedad y le conserbe sus cinco sentidos y maçhando los oydos que le de Allah a oyr su divina palabra y pergeño de (*Bilel ben hamemah, luiberto y pregonero o almuedan del seudo profeta.*) Bilel hizo de Hamemet en el alchanna y el pie drecho que se le afirme en el puente de l'acirata, y el izquierdo que no se ponga en contrario [...] del qual alguaddo debe de rrogar al Allah el alto, que haga claredad en anima y guiamiento de sus peccados». *Summa, op. cit.*, p. 263.

<sup>77</sup> CORRIENTE, *A dictionary, op. cit.*, pp. 335-336.

<sup>78</sup> CORRIENTE, *Diccionario árabe-español, op. cit.*, p. 837; a diferencia de las letrinas destinadas para la conducción del agua procedente del lavado del cuerpo o aquellas que conducen los excrementos y desechos, *mirhād*.

sucesivas conforme el agua vaya pasando a través de las manos por los distintos miembros corporales, según dispone pormenorizadamente la doctrina en cuanto a este ritual<sup>79</sup>.

Pero no sólo por razón de la oración debe el musulmán permanecer limpio, sino que hay otra serie de ritos que conforme a la *Sunna* exigen al hombre la pureza integral; tales son: el ritual de las abluciones previas al *Ramadan*, la celebración de las fiestas coránicas, el arrepentimiento –situación que supone la toma de conciencia por el creyente de la realización de una mala acción que desea corregir o enmendar adoptando para ello una actitud de humildad que se manifiesta con la recta intención, *alnnia*, *niyya* durante tres días y permite, del mismo modo, la pureza tanto del cuerpo como del espíritu, *tahor*<sup>80</sup>–, y, por último, el ritual de entrada a la Meca.

La consecuencia derivada de estas exigencias, tanto en materia de pureza corporal como espiritual del creyente, para la realización de los distintos actos rituales, bien con carácter ordinario –como pueda ser la oración–, bien extraordinario, –como en el caso del *Ramadan* y las fiestas anuales–, es el compromiso que desde antiguo adquirieron los *qadīes* –y en el caso que nos ocupa los andalusíes– de reglamentar y penalizar todas aquellas acciones contrarias al derecho de los creyentes a disponer de aguas limpias y puras para la realización de los ritos islámicos preceptivos, conforme a lo dispuesto por la doctrina. Según al-Qayrawānī las aguas para la ablución y purificación del creyente serán puras y no mezcladas con impureza alguna (*najāsa*) de las legalmente consideradas<sup>81</sup>. En este sentido, la doctrina distingue entre aquellas sustancias que pueden

<sup>79</sup> Sobre el modo de proceder en las abluciones obligatorias, Al-Qayrawānī, pormenoriza cada una de las fases del *istinjā* ante diversas circunstancias (*op. cit.*, cap. IV [De l' Ablution], pp. 35-43). Este mismo ritual es relatado en la legislación andalusí, conforme al siguiente ritual: *Y es así como se a de hazer el tahor. A de ser en lugar limpio, tapado de sus berguenças y que comience y ponga en baxillo limpio el agua, y labe primero de la çinta abaxo, después tome alguaddo, desando los pies para lo postrero del tahor, y esto nombrando a su Criador, heche el agua sobre su cabeça y estregue sus cabellos con sus dedos, y lo mesmo la muger, aunque no ses-haga la trença de sus cabellos, pero esferuelos asta que llegue el cuero y después eche agua por ençima del honbro derecho y por el izquierdo, labando lado después lado, fregando todo su cuerpo hasta los dedos de los pīdes bien labados: dizese atahor y quye es cumplimiento de la Ley y Çunna, y alimpiamiento de sus peccados. Lo que cumpiere los deudos del alguaddo son quatro (cosas): la cara, las manos hasta los codos, maçar, la cabeza y labar los pies haasta los tobillos. Los que son açunnados son quatro: enxugar la boca, resonar las narices, y maçar los oydos dos estos quatro lados y los otros quatro adeudeçidos a deudo labarlos sendas beçes, y labarlos segunda bez es (...), y la terçera es virtud encomendada. Fue dicho que quando se olbidare alguno de labar alguno de los lados adeudeçidos y abra hecho açala, debe de volver a haçer alguaddo y el açala en la ora o después de la ora; y si olbidare algun lado de los açunnados y abra hecho açala, buelva a labar el lado que olbidó para lo venidero, y se forme el açala. SUMA, Capítulo V. «De cómo y por que se hace el alguaddo», pp. 262-263.*

<sup>80</sup> MANCEBO DE ARÉVALO, *Tratado*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>81</sup> AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, *op. cit.*, cap. III [Chapitre de la pureté (t'ahâra) de l'eau.], pp. 33-35. Y en este mismo sentido la Summa en su cap. VI [Del agua limpia y del maçar], reincide en esta cuestión: *que el agua para el alguaddo sea limpia y no (mez)clada con ninguna suciedad, ni demudada su color; sabor; ni olor; sino lo que permuta la plubia y su mesma co (...) tierra por donde el agua baya, o su mīmo cīeno. (Suma, op. cit., p. 265).*

hallarse en el agua de forma natural, sin que condicione su pureza; así por ejemplo, las sustancias salinas disueltas en el agua que la hacen cambiar de color pero no de estado en atención a sus cualidades para efectuar la *t'ahāra*.

Acorde con estos principios, Mulammad B. 'Iyād en sus *Maḍāhib al-Ḥukkām fī nawāzil al-aḥkām*<sup>82</sup>, a través de una respuesta sobre el daño que pudieran ocasionar ciertas construcciones o conducciones de agua por la que discurrieran aguas fecales, o impuras próxima a la mezquita<sup>83</sup> –con evidente perjuicio para las aguas que hasta allí llegasen para el lavado de los creyentes–, determinó que quien así actuara estaba obligado a corregir su pendiente y evitar el perjuicio tanto a la mezquita como a las vías públicas. Además conforme a la regla aplicada en tales supuestos si una construcción de este tipo producía un perjuicio debía *ser prohibida*, pudiendo incluso el *qāḍī* prohibir la utilización del canal y ordenar su demolición, corriendo el causante del daño con los gastos derivados de la cubrición, corte, cegado del canal<sup>84</sup>, y cuantas obras fueran precisas para evitar males mayores. Una responsabilidad que se exige en los distintos ordenamientos jurídicos de la época como queda constancia en las Costumbres de Barcelona, en las que se establece una limitación al de levantar y modificar libremente cualquier conducción o cañería sobre la que haya un derecho de uso previo, conforme al Privilegio de Pedro II dado en Barcelona a 11 de enero de 1284<sup>85</sup>.

Uno de los requisitos exigibles para que el *qāḍī* se pronunciara sobre el derecho demandado era que el derecho lesionado fuese evidente (*yanfiḍa'*), y en atención al supuesto anterior el perjuicio ocasionado así lo era; en caso contrario el juez podía optar por invitar a las partes a la conciliación, actuando en este caso como un árbitro, *ḥākam*, de manera que la conciliación no tenía –en estos supuestos– carácter preliminar respecto a las fases de la actuación judicial, sino que era una consecuencia de resultado lesivo del derecho cuestionado<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib*, *op. cit.*, pp. 228 y ss.

<sup>83</sup> En relación a este lugar sagrado destáquese que la comunidad o universidad se organizaba alrededor de la misma, desde el momento de su primera ubicación; constituida por una sala de oración, un patio abierto, una torre desde donde el almuç édanu llamaba a la oración y una fuente para que los musulmanes pudieran realizar las abluciones rituales en aras a la consecución de la pureza par realizar las oraciones preceptivas. La pureza se lograba también en el *hammām*, lugar donde se tomaban cotidianamente los baños preceptivos por la *Sunna* para la limpieza del cuerpo; esos dos espacios en los que el agua era fundamental, dan idea de la importancia que la higiene tenía en aras de la fe, quedando estrechamente unidos el valor ritual y simbólico que el agua tenía. No en vano el agua era considerada don divino (*baraka*) y bendición fecunda y purificadora, aunque también estaba presente en prácticas mágicas y encantamientos. La consideración histórica de las aguas estancadas era de abrigo de demonio y duendes, debiendo por tanto correr y fluir para evitar, con el movimiento, que afectara a lugares puros, y píos. MARTÍN MUÑOZ, G. et al., *El Islam y el mundo árabe*, Madrid, 1992, pp. 84-86.

<sup>84</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, p. 396, Acta de cierre de un canal y Acta de apertura de un canal, p. 397.

<sup>85</sup> *Constitucions y altres Drets, Pragmatiques, De consuetudes de Barcelona vulgarment ditas lo Recognoverunt proceres*, Lib. I, tít. XIII, cap. XLI [De socanyali super tenedone alterius], *op. cit.*, p. 45.

<sup>86</sup> IBN 'AṢĪM, *Tuhfat*, *op. cit.*, cap. IV, v. 37/8, p. 21.

En este caso, como en otros análogos en los que se plantean ante el juez los daños que se derivan de construcciones tan necesarias como las letrinas –por las que evacuar las inmundicias–, la doctrina adopta una postura firme, tendente a justificarse en la tradición, como así hace Muḥammad B, ‘Iy...d al aludir a un *ḥadīṭ* atribuido a Mahoma por el que maldijo a quien defecase en las aguadas y abrevaderos, y aun más si lo hiciese sobre aguas estancadas o escasas<sup>87</sup>.

La doctrina otorga a estas cuestiones especial atención, pronunciándose sobre supuestos distintos y casos que suponían un evidente perjuicio a los transeúntes y a la propia mezquita; perjuicio que, a tenor de las fuentes, debía quedar demostrado<sup>88</sup>. La urbanización de tierras y su parcelación iba acompañada de la realización de infraestructuras básicas como la de azarbes para desaguar; en la medida que estas canalizaciones amenazaran la salubridad pública había de procurar su enterramiento y debido encauzamiento. Ahora bien, estas canalizaciones no podían afectar el curso de aquellas otras que procurasen agua limpia a los pozos de la mezquita, ni, por supuesto, ensuciar las aguas pasando las citadas canalizaciones por el pozo del que se surtía la misma. En el caso de acontecer estos daños se estableció un orden de prioridades de los servicios que debían ser atendidos, determinando la doctrina que primaba el derecho de los creyentes que se dirigían al lugar sagrado a hacer sus abluciones y oración sobre el derecho del dueño de unas tierras que, con el mal uso de las infraestructuras, provocara algún perjuicio, debiendo ahondar el canal, y hacer las obras pertinentes para su desvío o subsanación de defectos. Así pues, la jurisprudencia primaba la necesidad de disponer de agua limpia y clara para los creyentes en el espacio sagrado de la mezquita, basando su postura en la máxima que cualquier construcción que provocase un perjuicio debía ser prohibida, máxime cuando ese perjuicio afectara o limitara la utilidad del líquido elemento en el plano espiritual<sup>89</sup>.

### 3.1.2 *Uso del agua para el sustento y buen funcionamiento del organismo*

La segunda utilidad que el agua posee en el Derecho islámico es para el sustento y alimento corporal en sus distintas modalidades, con el fin de procurar el buen funcionamiento del organismo; de ahí la regulación respecto al uso y aprovechamiento de la misma. En este sentido, los destinos del líquido elemento son en concreto dos, ambos tutelados por el Derecho: la ingesta del agua por el ser humano y la utilización de la misma para nutrir los organismos y vegetales que, a su vez, le servirán también de alimento.

<sup>87</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀḌ, *Maḍāhib al-Ḥukkām*, *op. cit.*, pp. 222/3.

<sup>88</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀḌ, *Maḍāhib al-Ḥukkām*, *op. cit.*, p. 228.

<sup>89</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀḌ, *Maḍāhib al-Ḥukkām*, *op. cit.*, p. 229; y en este sentido es la *Sunna* la fuente del Derecho que aborda estas cuestiones, determinando en primer lugar que en virtud del carácter comunitario que para todos tiene el agua, ésta no es susceptible de ser vendida del mismo modo. MĀLIK sostiene a través de otro *ḥadīṭ* que nadie en virtud de su derecho puede perjudicar a otro. MĀLIK, *Muwatta*, *op. cit.*, 36 [Book of Judgements], 36.25.30, p. 346. SANTILLANA, *Istituzioni del Diritto*, *op. cit.*, vol. I, pp. 372.

Y tanto es así que en la mayoría de los supuestos las opiniones de los juristas se refieren a ambas finalidades: al agua para beber y al agua para regar. En consecuencia el Derecho vela por los intereses de los usuarios y por el cumplimiento de las obligaciones de los dueños de tierras regadas por aguas que se destinasen a satisfacer –en última instancia– las necesidades personales, generalmente mediante artilugios tales como los molinos<sup>90</sup>. Precisamente en relación al consumo de agua para beber la doctrina señala que las aguas destinadas a tal fin recibirán una protección especial; y así, por ejemplo, el agua de la lluvia habrá de ser destinada para beber y nunca para lavar, ya que por este medio se ensucia y convierte en impura; y del mismo modo, el agua de los pozos y manantiales que se nutren del agua del cielo. En consecuencia, las aguas sucias pasarán bajo tierra, aunque afecten a la propiedad de alguna persona, y los canales de desagüe o letrinas, *mirhād*<sup>91</sup>, se enterrarán para que no discurren junto a las aguas puras<sup>92</sup>.

En cuanto a la regulación de las aguas para el riego de plantas y árboles frutales, de los que puedan servirse los miembros de la comunidad, se aprecia ya desde el siglo X un enorme interés por definir las pautas de comportamiento de todos los implicados en la tarea de facilitar el decurso de las aguas, para la consecución de objetivo proyectado: la obtención de frutos y alimentos variados. Ibn al-Aṭṭār aporta diversos modelos de escritura de riego con datos interesantes que permiten trazar las líneas maestras respecto al uso de las aguas con tal fin, y cuyas directrices son continuadas por Almad B. Muḡīṭ al Ṭūlayṭulī<sup>93</sup>; los contratos de riego, *musāqāt*, se realizan generalmente entre dos personas, a los que se les exigen una serie de requisitos respecto a su filiación, procedencia y origen, tanto de ellos como de sus propiedades. Al regante, *sāqā*<sup>94</sup> o *al-musāqi*, le son reconocidos una serie de derechos, entre ellos a usar la fracción de agua –que recibe la denominación de sorbo, *širb*–, de la fuente o manantial de la que provenga. También figura como requisito del contrato figura la expresa mención de la cuota (*nasīb*<sup>95</sup>) correspondiente para el riego, ya que ésta formaba parte del arrendamiento de la tierra e iba unida a ella, pues de otro modo suponía la nulidad del contrato, por cuanto el bracero se vería obligado a proveer de agua unas tierras que por ser de regadío llevan inherente la cuota de agua correspondiente a esta modalidad contractual. Un derecho a servirse del agua destinada al riego que no era susceptible de ser desvinculado de la tierra sobre la que recaía<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḡāhib al-ḡukām*, op. cit., p. 222.

<sup>91</sup> CORRIENTE, *A dictionary*, op. cit., p. 204; y del mismo autor *Diccionario árabe-español*, op. cit., p. 285.

<sup>92</sup> 'ALĪ B. YAḡYA AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-Maḡmūd*, p. 392.

<sup>93</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario notarial*, op. cit., pp. 190 y 195, vers. arab. pp. 83/5. En términos análogos, IBN MUḡĪṬ AL- ṬŪLAYṬULĪ, *Al-Muḡni'*, doc. 96, p. 276.

<sup>94</sup> En los formularios y tratados andalusíes vocaliza el término con ā en lugar de ī; véase MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, op. cit., pp. 257-258.

<sup>95</sup> Parte proporcional correspondiente en función de unos parámetros comúnmente aceptados; véase CORRIENTE, *A Dictionary*, op. cit., p. 527.

<sup>96</sup> AL- WANŠARĪSĪ, *al-Mi'yār al-Muḡrib*, vol. 8, pp. 380.

El derecho de riego implica, a su vez, una serie de obligaciones, que pueden ser clasificadas en principales y accesorias. A la primera clase corresponde citar todas aquellas que procuren el buen estado de las plantas y árboles objeto del riego, tales como cavar, podar, transplantar en la época que corresponda, e incluso sacar agua del pozo de la aceña con los medios a su alcance, tan sólo en la proporción que le correspondiera o sorbo (*širb*<sup>97</sup>) –que representaba la décima parte de su caudal o el cuarto, o cualquier otra cantidad determinada por el juez de aguas<sup>98</sup>–, y correr con todos los gastos; como obligaciones secundarias destáquese la vigilancia y supervisión del estado de las plantaciones, y habrá de cerrar este huerto con trabajos de poca entidad tales como tapar los boquetes de la cerca o similares, *mientras que el propietario del huerto se hará cargo de las obras de mayor envergadura*<sup>99</sup>. En cualquier caso, ambas partes asumen una serie de riesgos, *ḥaṭar*, que deben ser aceptados y explicitados en el contrato. Otros aspectos a regular son los plazos o tiempo en el que se prevé el uso del agua de forma lícita, siendo la norma general de cuatro años, contados a fecha cierta, bien a partir de un año o bien a partir de un mes<sup>100</sup>. Y es precisamente en este punto donde la doctrina confecciona un complejo esquema respecto a los plazos para el aprovechamiento de los recursos hídricos que, bajo el capítulo de servidumbres de paso de agua para el riego, permiten constatar la pervivencia de costumbres propias del ámbito andalusí con ciertas divergencias respecto a otros ordenamientos jurídicos tanto coetáneos como posteriores<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> Cantidad de agua suficiente para empapar un terreno; por extensión correspondería a la cuota de agua precisa para que los cultivos recibieran, por inundación y saturación del terreno, el agua precisa para su nutrición, circunstancia que además justifica el modo de riego en las zonas de regadío de las vegas andalusíes, tal y conforme se viene practicando desde hace siglos en épocas de riego. Véase CORRIENTE, *A dictionary*, *op. cit.*, p. 277, y del mismo autor, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 396.

<sup>98</sup> Véase AL-ĠAZĪRĪ, Acta contrato de riego (*širb*), *op. cit.*, p. 153, e IBN MUGĪT AL-TŪLAYTULĪ, *Al-Muqni'*, *op. cit.*, doc. 96, p. 276.

<sup>99</sup> En el contrato de riego al-Ġazīrī exige la limpieza y mantenimiento de la acequia en óptimas condiciones, junto con la obligada fertilización, cuidados en el crecimiento, cosecha y recolección (*op. cit.*, p. 258). Requisitos que son una constante a lo largo del tiempo tal y conforme se deduce de su vigencia en el texto de AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi'yār al-Mugrib*, vol. 8, p. 379.

<sup>100</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario notarial*, *op. cit.*, p. 195, y vers. arab. p. 87; consisten estas obligaciones en cavar, labrar, regar (*saqah*) y vigilar los huertos.

<sup>101</sup> En este sentido los Furs establecen: Y alcu vehi vian per X anys haura conseguida o guanyada alcuna servitut en les cases de son vehi axi como es servitut de stillicidi: çoes a saber que les aygues sues denoten e caien en les cases de son vehi: o servitut de metre cabirons o bigues en la paret de son vehi: o de rebre lus per les finestres que seran envers les cases de son vehi o daltra servitut: e puys de la casa daquell vehi sera gitat aquell stillicidi çoes que ahie mudat o girat en altre lloch lo decorriment o degotament daquelles aygues que caien en altre lloch [...]; Furs e Ordinacions, *op. cit.*, Lib. III. Rub. XVI [De servitut daygua e daltres coses], Fur X, p. 65. aun a pesar de su carácter territorial, merecen ser citadas las Costums de Tortosa sobre estas cuestiones, atendiendo a las semejanzas en sus preceptos respecto a la materia que nos ocupa, ya que reservaban el plazo corto de tres años para la adquisición de dominio sobre cosa mueble por usucapión, mediando justo título, posesión continuada y buena fe; Costums de Tortosa, Barcelona, 1996, edic. crítica. Jesús Massip Fonollosa; Lib. III. Rub. «Des servituts d'aygues, de parets e de altres coses». Este último precepto encuentra su análogo en el cap. 147

La legislación cristiana, para el ámbito del Reino de Valencia atiende a esta necesidad mediante el siguiente precepto de obligado cumplimiento: «*Si alcu per lo camp de son vehi haura pret: çoes servitut de menar aygua a regar lo seu camp perço deu hauer carrera al riu o ala cequia a scombrar o a refer: el senyor del camp deu a ell lexar spay de cascuan part del acequia esque pusque posar aquelles coses que seran ops a refer lo riu o la cequia: e en que pusque posar les scombradures e el terquim daquell riu o daquella cequia*»<sup>102</sup>. En el ámbito de otros territorios merece la pena detenerse en el derecho foral navarro, y en concreto en el *Fuero Reducido de Navarra*, ya que al igual que sucede en el Reino de Valencia respecto a la acequia de Puzol, se reserva para el concejo de Funes la posibilidad de abrir río y regar sus términos y heredades *sin colonia y sin enmienda de heredad* hasta el lugar en que el citado río se parte por brazos; y es a partir de aquí, aguas abajo, desde donde deben responder y asumir responsabilidad en la limpieza del río y sus brazos, los *vezinos fronteros*<sup>103</sup>.

En materia de uso y disfrute de derechos [...] <sup>104</sup>. Respecto a la materia que nos ocupa, la escuela malikí a través de Ḥalīl ibn Ishāq, introduce en su *Muḥtaṣar* un nuevo concepto cual es el «tiempo útil» para la realización de

---

«De praescriptinonem temporis» de Els Costums de Lleida, ed. J. Busqueta Riu y E. González, Lleida, 1997; y también en el cap. LXXII de Els Costums d'Orta, 1296, Horta de Sant Joan, 1996, edición a cargo de Joseph Serrano Durá, p. 96. En Aragón el plazo más corto reservado a esta modalidad de adquisición de derechos sobre servidumbres prediales era también de diez años, como así se recoge en los Fueros Observancias y Actos de Corte del reino de Aragón, Nueva y completísima edición..., por Pascual Savall y Dronda, y Santiago Penén y Debesa, Zaragoza, 1866, 2v., reed. Facs. 1991, 3 vol., en concreto Obs. II, p. 17. Sobre estas cuestiones en materia de prescripción es de obligada consulta el trabajo de JORDÁ FERNÁNDEZ, A., «Els t́erminis de la prescripci3 en el dret hist3ric catal3. An3lisi comparada amb altres r3gims jur3dics (Castell3, Val3ncia, Arag3)», en *Revista de Dret Hist3ric Catal3*, Barcelona, 2004, pp. 25-48. HINOJOSA MONTALVO, J., «La intervenci3 comunal entorno al agua: fuentes, pozos y abrevaderos en el reino de Valencia en la baja Edad media» en *La Espa3a medieval*, 23 (2000), versi3n digital en Portal de revistas digitalizadas de la Universidad Complutense de Madrid, <http://www.ucm.es/BUCM/revistasBUC/>. Tambi3n sobre el derecho valenciano FEBRER ROMAGUERA, M., «Las servidumbres prediales en el derecho foral valenciano medieval», en *Anuario de Estudios Medievales*, 25-1 (1995), pp. 67-80.

<sup>102</sup> *Furs e Ordinacions, op. cit.*, Lib. Iii, Rub. XVI [De servituts e daltres coses], Fur. XVII, p. 66.).

<sup>103</sup> S3NCHERZ BELLA et al., *El Fuero Reducido de Navarra. Edici3n cr3tica y estudios*, 2 vols., Pamplona, 1989, *op. cit.*, t3t. VII, cap. 8, p. 429; conviene en este punto precisar que la cuesti3n aqu3 abordada no recibe id3ntico tratamiento en la edici3n del Fuero General, y en concreto en el t3tulo V [De agoas], dedicado a estas cuestiones (*Fuero General de Navarra, Amejoramiento del rey don Phelipe, Amejoramiento de Carlos III*, edici3n realizada conforme a la obra de D. Pablo Ilarregui y D. Segundo Lapuerta. A3o 1869, edit. Biblioteca Foral de Navarra, Pamplona, 1964).

<sup>104</sup> En las fuentes consultadas es el t3rmino *yaz'ar* el que alude a esta modalidad, si bien Santillana la identifica con la expresi3n «suq<sup>TM</sup> bi mur<sup>TM</sup> az-zam...n» y alude a la consabida controversia entre los arabistas acerca de la permisividad o no de la extinci3n del derecho de un musulm3n por decurso del tiempo, circunstancia no permitida por la *Sunna* (SANTILLANA, *Istituzioni, op. cit.*, vol. II, p. 110).

determinados actos, cuya duración no está formalmente delimitada<sup>105</sup>. El concepto se concreta cuando se refiere al nacimiento de obligaciones y derechos en el marco contractual y adquiere una nueva connotación cual es la de «tiempo necesario» para cumplir la obligación adquirida. En este sentido cabe señalar que los contratos en materia de regadío se supeditan a una modalidad de concreción de tiempos un tanto imprecisa, sobre todo si tenemos en cuenta que los plazos se establecen en función de la maduración de los frutos, que es en realidad el objeto sobre el que recae el contrato en cuestión. Por ello no resulta extraño que, en cuanto al uso de agua para el aprovechamiento agrícola en sus diversas modalidades, los plazos establecidos oscilen entre los cuatro y diez años, como máximo, para el ejercicio del derecho por la parte deudora.

Estos contratos de riego exigen a su vez dos condiciones de validez, cuales son la buena fe y el máximo compromiso y lealtad, tanto en tanto en lo oculto como en lo público. Requisitos que validan, conforme a la costumbre, el justo título y la posesión de los huertos citados. Así las cosas, la introducción de cláusulas que vicien el contrato, tales como el incremento de prestaciones exigibles al margen de las inherentes al contrato y de imposible consecución, suponen la nulidad del mismo<sup>106</sup>.

También la doctrina deduce una serie de efectos jurídicos derivados del contrato, inherentes al mismo. Se refieren en primer lugar al reparto de beneficios conforme a lo comúnmente acordado, que pueden ser bien en especie, como es el caso de los frutos una vez estén maduros o hayan sido secados; o bien en dinero, conforme a la cuota acordada. Y en segundo lugar, a la obligación del pago del impuesto legal o *zakāt* conforme a lo preceptuado por la ley islámica, en cualquier supuesto, cuando el agua llega de forma natural a la tierra objeto de arrendamiento o incluso si no existe riego; aunque en el segundo supuesto la cantidad debida se reduce a la mitad por razón de los gastos derivados del empleo de medios artificiales.

Todos estos requisitos, exigibles desde tiempo inmemorial, adquirieron carta de naturaleza al ser formalmente confirmados y recogidos por los *qaḍīes* mediante fórmulas escritas, por duplicado y validadas en fecha y lugar<sup>107</sup>. Y es gracias al casuismo abordado en esta materia que se puede fijar un esquema comprensivo de la aplicación del principio fundamental de utilidad aplicado al agua, y de las consecuencias derivadas ante la trasgresión de este principio; bien por causas voluntarias o involuntarias.

<sup>105</sup> MARTÍNEZ ALMIRA, M.<sup>a</sup> M., *La dimensión jurídica del tiempo en el Muḥtaṣar de Ḥalīl*, Roma 1999, pp. 89 y 112-114.

<sup>106</sup> IBN AL-ʿAṬṬĀR, *Formulario notarial*, *op. cit.*, p. 196 y vers. arab. p. 88.

<sup>107</sup> *Ibidem*. Por otro lado, y conforme a la doctrina, las demandas sobre asuntos complicados o aquellas en las que lo demandado sea de una cuantía considerable, se efectuarán y consignarán por escrito; así las cosas, y a tenor de los supuestos planteados en este trabajo por razón de la trascendencia para el musulmán, queda justificado que la modalidad escrita sea la preceptiva; véase IBN ʿAṢĪM, *Tuhfat*, *op. cit.*, cap. V, v. 60, p. 29.

### 3.2 Objeto sobre el que recae el Derecho de aguas. Protección de los recursos naturales

En materia de protección de las aguas, el Derecho islámico destaca la importancia que tienen por este orden de prioridades el agua de lluvia, el agua de los ríos, los pozos y las fuentes o manantiales.

#### 3.2.1 *El agua de la lluvia*

El agua de lluvia es recibida por el creyente como un beneficio del cielo, y de ahí el especial cuidado y uso que ha de procurar sobre la misma; muchos son los esfuerzos realizados para ingeniar artilugios y mecanismos que le permitan rentabilizar al máximo este recurso natural. Pero, sin duda, la preocupación más apremiante será disponer por todos los medios que el agua llegue al mayor número posible de personas. Ahora bien, no sólo desde el punto de vista técnico se procura el buen uso de la misma, sino que tanto los jueces como la doctrina se preocuparán de atender y reglamentar, de forma pormenorizada, denuncias y cuestiones suscitadas en virtud de buen o mal uso de aquélla, o por los daños causados por aguas de lluvia ilegalmente vertidas en tierras ajenas a quienes inicialmente las reciben.

El agua del cielo es un bien susceptible de apropiación por parte de todos los miembros de la comunidad islámica, de manera que cualquier individuo puede hacer uso de ella conforme a las normas del Derecho. Atendiendo a esta máxima, de todos los musulmanes conocida, las infraestructuras por las que discurre el líquido elemento son consideradas también propiedad de la comunidad, y a ella compete su mantenimiento y cuidados<sup>108</sup>. El agua de lluvia es de la comunidad, y en la medida en que su cuidado es responsabilidad y competencia de todos, no puede ser perjudicada en modo alguno, puesto que un mal uso de la misma repercutirá negativamente sobre el colectivo, provocando daños no sólo en el plano material sino también en el espiritual. Desde el punto de vista material, los daños causados por quienes no procuran su mantenimiento correrán a cargo del infractor, y es él quien correrá con los costes de los daños ocasionados. Se trata de una obligación exigible también en otros ámbitos peninsulares, concretamente en los territorios cristianos, tal y conforme precisa la legislación castellana: «*Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo, son estas; el ayre, e las aguas de la lluvia, e el mar, e su ribera*»<sup>109</sup>; y en el marco de la Corona de Aragón, concretamente en Tortosa, las *Costums* establecen que: *las aguas del cielo que caen sobre las terrazas de los domicilios particulares –y que puedan llegar a las calles comunales–, deberán ser canalizadas por cuenta del propietario de la casa que las reciba*, y nunca por cuenta de terceros, y además procurará que estas obras no provoquen perjuicio alguno a otros vecinos ni a las vías de tránsito<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> AL-ĞAZIRI, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 396.

<sup>109</sup> *Partidas*, III.28.3, y conforme a lo dispuesto en el *Fuero Real*, II, 4.4 [Quales son las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas].

<sup>110</sup> *Costums de Tortosa*, op. cit., Rub. X [De clavegures e d'albeylons e d'estemeres e d'aygües de canals]. Unas ordenanzas relativas a las servidumbres urbanas y rústicas, de las que

La jurisprudencia enumera los malos usos que perjudican al agua en tanto que bien común: las acciones más perseguidas por la justicia son las de lavar y canalizar aguas fecales por los mismos espacios por los que discurren las aguas de lluvia canalizadas. Ello explica que en las inmediaciones de la mezquita no se permitan ni letrinas (*mirhād*), ni canales fijos para el desagüe (*qanāt*). En consecuencia, la construcción y desagüe de estas aguas por esos medios dan lugar a que el agua pura y limpia –destinada a las abluciones y lavado del creyente– se mezcle con sustancias que la convierten impura, y por tanto inservible –para el fin espiritual al que se destinan.

Los *qadīs* andalusíes se pronunciaron en diversas ocasiones sobre los derechos de las personas, *qawm*<sup>111</sup>, que se vieron perjudicadas por el agua de la lluvia, debiendo adoptar posiciones firmes frente quienes pretendían, aprovechando la concurrencia de siniestros provocados por *voluntad del cielo*, *amr al-samā*<sup>112</sup>, beneficiarse en detrimento de sus vecinos. En efecto, la doctrina sostuvo que en materia de siniestros, *ḡā'iha*, provocados por causa involuntaria al hombre, no cabía reclamación ni demanda (*da`wā*<sup>113</sup>) ante los daños ocasionados por la fuerza de la naturaleza, ya que se trataba de un derecho divino inapelable<sup>114</sup>.

En cualquier caso, las personas que originariamente se beneficiaban del don divino del agua debían procurar su canalización y destino, sin ocasionar perjuicio alguno, tanto cuando las obras fueran de nueva factura como cuando se tratase del acondicionamiento de otras preexistentes. De forma que, si el agua de lluvia resultaba excesiva para un individuo era a él a quien correspon-

---

se desconoce el texto originario, y que son objeto de estudio y edición crítica por Lalinde Abadía, s.v. *Ordenación de Santacília* en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XVIII, Barcelona, 1986, y LALINDE ABADÍA, «Ordinació d'en Sanctacília», en *Documents jurídics de la Història de Catalunya*, Barcelona, 1992, pp. 173-181. Las ordenaciones de Santacília fueron recopiladas en las *Constitucions i altres Drets de Catalunya*, comp. 1704, volumen segon *Pragmàtiques i altres Drets de Catalunya*, ed. facs. Barcelona, 1973, siendo su contenido reproducido íntegramente en la citada recopilación, conforme se advierte respecto a la *Ordinacions sobre servituts (Constitucions i altres Drets, Pragmàtiques*, vol. según, lib. IV, tít. II [De Servituts], p. 94). De la continuidad de estas prácticas y tradiciones queda constancia en las citadas *Constitucions i altres Drets*, Lib. IV, tít. IV [Asequias y Recs de ayguas] conforme a lo dispuesto por el rey Felipe en las Cortes de Monzón en el año 1585, cap. XXVIII, *op. cit.*, pp. 249-252.

<sup>111</sup> Este término alude a las gentes que conviven en un mismo entorno compartiendo los elementos propios de su cultura, o bien forman parte de un mismo núcleo sociopolítico, en el sentido de pueblo o nación; por lo que los derechos inherentes a las gentes de al-Andalus, en materia de aguas, eran reconocidos para todos aquellos convecinos que compartían un espacio común y los mismos recursos, más allá de la mera condición confesional de los mismos. A pesar de ello, y conforme a los casos estudiados, se establece una jerarquía o prioridad en el ejercicio del derecho al uso del agua en función de la necesidad que los musulmanes tenían de ella para el culto, sobre las utilidades ajenas a este carácter espiritual por miembros de otras confesiones. CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 648. El término es utilizado en este sentido de comunidad por MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḏāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII.7, pp. 246 y ss.

<sup>112</sup> Sobre este tema véase el comentario de CHALMETA Y MARUGÁN en IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario notarial*, cap. 22, p. 601.

<sup>113</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>114</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario notarial*, *op. cit.*, cap. 22, pp. 605 y ss. y pp. 379-404.

día el drenaje (*musriyya/musarraba*) de las mismas, con el fin de que el excedente pudiera servir a otros. Ahora bien, esa tarea suponía acometer obras e infraestructuras que en ocasiones provocaban daños a otros fondos, sucediéndose las reclamaciones al respecto para reglamentar sobre estos supuestos, la doctrina fijó unos requisitos mínimos para que el perjudicado por las obras nuevas pudiera interponer demanda, a saber:

- La constatación de obras realizadas que afectasen al curso de las aguas de lluvia.
- La falta de previsión por parte de quien recibía las aguas en primer término, respecto a las instalaciones de su hogar o molino; imprevisión que se refería a infraestructuras inadecuadas para hacer acopio del agua que hasta aquellos lugares llegara, y que fueran síntoma de dejadez o pasividad respecto a sus obligaciones.
- La prueba testimonial de personas a quienes, en calidad de testigos, reunieran las cualidades de idoneidad (*'adala*) y ser expertos sobre la materia en la que han de atestiguar (*ahl al-ma'rifa*)<sup>115</sup>.

Cumplidos estos requisitos el demandante podría formalizar su solicitud en virtud de distintas necesidades: la reparación del daño causado, la reconducción de las aguas al estado anterior, la prohibición para el causante del daño de disponer de las infraestructuras que hubieran ocasionado tal perjuicio, e incluso la obligación de enmendar la situación constatada mediante la construcción de fosas que recogieran el excedente. Estos derechos inherentes al demandante, lo eran en tanto en cuanto pudiera demostrar, mediando testimonio fidedigno de los testigos del caso, que el daño tenía su causa en las obras efectuadas por el demandado, e incluso, si hubiera lugar, que las obras efectuadas aguas arriba se hicieron sin autorización<sup>116</sup>.

El *qāḍī* podía resolver a favor del demandante tan sólo en estos supuestos. En caso contrario, el demandado –haciendo valer su derecho a servirse del agua de lluvia en la cantidad que le fuera necesaria, y a favorecer el uso y libre disposición en beneficio de otros posibles usuarios–, podía defender su derecho a la canalización del agua por la vía de desagüe común e incluso, solicitar el consentimiento de la otra parte para que –mediando las infraestructuras convenientes– desalojara el excedente por su propiedad, sin que ello ocasionarse daño alguno. Ante tales circunstancias era posible negociar el coste de las obras a realizar, puesto que si no mediaba autorización alguna el demandante corría con los costes<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀḌ, *Maḍāhib al-ḥukām*, cap. VI, Sobre la reprobación del perjuicio, *op. cit.*, p. 225.

<sup>116</sup> Esta forma de resolver las situaciones controvertidas es habitual en los textos consultados de los jurisperitos andalusíes. También Santillana alude a esa misma solución en casos análogos, conforme a la práctica de Córdoba argüida por Ibn Libābah; Cfr. Ibn Libābah *'Amaliyyāt*, SANTILLANA, vol. I, p. 337.

<sup>117</sup> Ésta es la opinión de Muḥammad b. al-Ḥāḡḡ, determinando que el demandado no tendrá, en este caso derecho a ninguna otra alegación (MUHAMMAD B. 'IYĀḌ, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, cap.VI, p. 226.

### 3.2.2 Los ríos (*wad*)

El agua de los ríos es también recurso hídrico objeto de protección por parte del Derecho andalusí. En este sentido los ríos son objeto de clasificación a tenor de una serie de parámetros en función de su extensión y caudal <sup>118</sup>.

Respecto a los ríos considerados grandes <sup>119</sup>, por razón de su afluencia y caudal hídrico, el uso no presenta tantas limitaciones como respecto a aquellos ríos en los que debido a su reducido caudal hay que racionalizar su uso para poder atender las necesidades del número de usuarios que de ellos se sirvan. En este caso la racionalización llevó consigo la aplicación de medidas tendentes a generalizar el uso del agua en beneficio del mayor número posible de habitantes de las coras. Dos fueron las medidas comunes a todo el territorio andalusí. La primera consistió en el desarrollo de infraestructuras –generalmente mecanismos y artilugios de ingeniería de complejidad diversa–. La segunda fue la delimitación del derecho de uso de agua en relación con la superficie a abastecer y el caudal de aquélla, regulándose el tiempo de uso, mediante la fijación de turnos y plazos a favor de los consumidores. Respecto a la segunda medida la legislación de los reinos cristianos en época coetánea establece que el agua de ríos no caudalosos no podía quitarse ni darse sin que mediara acuerdo de los usuarios y reparto equitativo del terreno por el que discurrieran antaño, ateniéndose a los mojonos, si los hubiera <sup>120</sup>.

Es precisamente en atención a esta última medida donde la jurisprudencia ha suministrado más datos acerca del comportamiento de los andalusíes; porque en efecto, el uso del agua en el medio agrícola exige un control exhaustivo

<sup>118</sup> Las denominaciones son diversas: *wad* o *nahar*; *wad* proviene de esa misma voz que significa valle, profundidad por donde corren aguas, hondonada húmeda. Los andalusíes aplicaron profusamente este nombre a diversos ríos, que aun hoy conservan toponímicamente la misma fonética. Otro término es *saá*, que significa limpio, puro; y de ahí *maša*, sitio puro, limpio y raso. AL-IDRISI, *Descripción*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>119</sup> Entre los ríos calificados como grandes cita al-Idrisi al Ebro, destacando además su ribera, en él convergen a su vez varios ríos de los montes circundantes llegando hasta la ciudad de Tutila, y de ahí a Zaragoza hasta el Hisn-Chaira y el sitio de Nahr-Azeitum (o río Aceituna –dice el texto: *hwa hanar yāī*, AL-IDRISI, *Kitāb Nuzhat*, *op. cit.*, II, p. 733); y luego a Tortosa, y corta por el occidente de ella al mar (AL-IDRISI, *Descripción*, *op. cit.*, p. 62, AL-IDRISI, *Kitāb Nuzhat*, *op. cit.*, II, p. 733). Menciona también un río en la ciudad de Tarragona destacable por su gran extensión (AL-IDRISI, *Descripción*, *op. cit.*, p. 65, *Kitāb Nuzhat*, *op. cit.*, II, p. 734). Según el mismo autor, ríos grandes (*kabirun*, en contraposición a los ríos pequeños o *sagirun*, como el río Aladra en el mismo clima, *op. cit.*, pp. 108/9), serían aquellos que tienen mucha avenida, gran caudal (*‘atim*), son anchos y profundos –y en su proximidad al mar se caracterizan por tener gran flujo y reflujos–; éste es el caso de los ríos Budhu, Nahr Daira y el nahr Mino, en el quinto clima (AL-IDRISI, *Descripción*, *op. cit.*, pp. 106/7 y *Kitāb Nuzhat*, *op. cit.*, II, p. 731.). Otra descripción al uso por al-Idrisi es «río de grande confluente *Inahr kabir almusab* (AL-IDRISI, *Kitāb al-Nuzhat*, *op. cit.*, II, p. 726). En la legislación cristiana de la época se alude al término *Río mayor* (Agoa caudal) para referirse a estos ríos grandes en el ámbito peninsular (*Fuero General de Navarra*, *op. cit.*, tít. IV, cap. II, [Quando dá o tueytle de la heredat á ombre agoa caudal], p. 245).

<sup>120</sup> *Partidas*, III, 31.15 y este mismo supuesto en el *Fuero reducido de Navarra*, *op. cit.*, tít. VII, cap. 6 [Como agua que no es cauda, no puede dar ni quitar], p. 429 y en idénticos términos *Fuero General de Navarra*, tít. V, cap. III [Por toyller ago que no es caudal non debe ninguno perder de su heredat si moiones ay], p. 245.

por los usuarios del agua respecto a un bien que en muchos momentos resultó ser escaso, a tenor de las fuentes consultadas<sup>121</sup>. Las autoridades competentes sobre esta materia dirimían cuantas demandas se presentasen ante ellos, atendiendo a su condición de expertos en tema de aguas, con la finalidad de confirmar un derecho menoscabado o violentado, como era el caso del derecho de aguas para el riego. Ya en el siglo x, conforme a los formularios de Ibn al-‘Aṭṭār, se consideraban jueces competentes a los «jueces de las acequias» o «jueces de aguas».

A estos jueces correspondía el conocimiento de un amplio elenco de problemas. Ante todo la defensa del derecho contenido en los contratos de riego o *musāqāt*, así como el conocimiento de las reclamaciones y demandas por motivo de siniestro debido a inundaciones o mengua de la cuota de agua (*širb* o *maq-zam*) correspondiente por turno a los regantes<sup>122</sup>. También les pertenecía el conocimiento testimonial y valoración de los informes respecto al uso del agua en zonas de regadío<sup>123</sup>, porque en efecto era preceptiva –a tenor de documentos incluso de épocas posteriores<sup>124</sup>–, la presencia de testigos que presentaban todas las pruebas sobre el reparto de las aguas de los ríos, desde tiempo inmemorial, conforme a *las costumbres y usos de aquella corriente fluvial y el modo de aprovecharla*. Asimismo, conocían las demandas por perjuicios causados ante la construcción de letrinas en las orillas de las corrientes de agua para el riego o cuyo desagüe desembocaba en azarbes (*sarb*), aquellas otras relativas a la construcción de molinos en los cauces de los ríos destinados al riego de huertos, las demandas por el traslado indebido de las acequias o su modificación y su desvío sin la previa autorización del resto de regantes de las tierras adyacentes,

<sup>121</sup> IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, mod. 30, p. 196, mod. 151, p. 605, mod. 152, p. 606, mod. 154, pp. 611 y 156, p. 613; en concreto en este último modelo llama la atención la previsión que la jurisprudencia realiza en cuanto a los efectos de lo que en otras fórmulas se denomina sequía continua, y que en este supuesto citado se concreta incluso en la estación veraniega, durante los meses de julio y agosto; no obstante tal sequía (*al-qahaṭ*) en éste texto no recibe el calificativo de *continua* pero que puede ser considerada temporal o momentánea (*op. cit.*, vers. arab. p. 391). Ese periodo coincide con la época de aminoración de las lluvias, periodo que a su vez es tomado en consideración en la documentación relativa al reparto de aguas en el curso del río Alhama (ESPINAR MORENO, M., «El reparto de las aguas del río Alhama en el siglo XII (año 1139). En *Estudios sobre Málaga y el Reino de Granada en el V Centenario*, Málaga, 1987, pp. 235-255, en relación con lo tratado p. 249). También sobre los efectos de la sequía IBN MUGĪT AL-ṬĪLAYṬULĪ, *Al-Muqni*, *op. cit.*, doc. 101, p. 284.

<sup>122</sup> IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario notarial Hispano-árabe*, *op. cit.*, docs. 28-30; docs. 152, 156, 160 y 161. Postura que es también defendida por MANCEBO DE ARÉVALO: «*El alquiler de los simenteros, si uno alquila siyertas yiyerras para senbarar en monte i por la seca de agua no saca la costa no pasa patgar el alquiler o renta y si arriendo en regadío y lo llevo fortuna de beyentos o yelos o langusaño o avenida de río y no saco mas la costa, no pasa paga su debido y sera obligado el señor de la yiyerra a le favorecer tanto por tanto par lo venidero o para su menester si querra fielmente*» (*op. cit.* [Capítulo que trata del alquiler de las casas, huertas y otras cosas], p. 224).

<sup>123</sup> IBN MUGĪT AL-ṬĪLAYṬULĪ, *Al-Muqni*, *op. cit.*, pp. 272-282.

<sup>124</sup> ESPINAR MORENO, «El reparto de las aguas del río Alhama en el siglo XII (año 1139)», *op. cit.*; opinión conforme a la doctrina malikí tal y como expone SANTILLANA, *Istituzioni*, *op. cit.*, pp. 373/4.

que obligaba al juez al levantamiento de actas en las que quede constancia de la modificación o desvío (*tanqīl*) del curso de las aguas. Igualmente juzgaban sobre el corte indebido del paso del agua a los huertos cuando necesitaban ser regados o les correspondía el agua por turno y vez (*mudda/dawla*<sup>125</sup>); para ello se utilizó un ingenio consistente en un caldero de fondo perforado, *qild*, que servía para medir las cuotas de riego<sup>126</sup>; las demandas por uso del derecho de riego en tiempo no debido y las reclamaciones por asignación de los turnos de agua entre varios regantes y aquellas otras por motivo de la retención de las aguas (*turtafà al uqla*); las demandas reclamando el derecho del agua sobrante o las que reivindicaban el agua para los regantes de predios situados *aguas abajo* respecto a los regantes de *aguas arriba*<sup>127</sup>; todas aquellas cuestiones relativas a los contratos de compra de agua y del derecho de riego (*širb*), y cierre de canales de conducción de agua (*sāqia*) que por sus impurezas perjudicasen las aguas de riego. No habría que olvidar el importante papel desempeñado por estos jueces en materia registral, siendo fundamental para posibles acciones procesales la inscripción de cuantas resoluciones afectasen al derecho de propiedad sobre terrenos colindantes a un río, que por razones voluntarias o involuntarias cambiara su curso<sup>128</sup>.

La preocupación de los andalusíes sobre sus derechos en materia de aguas se justificaba en virtud del principio de utilidad pública que connota a toda esta materia. Ciertamente el agua de los ríos, de uso común, impedía el *apoderamiento* tanto de su caudal como del lecho por el que discurrían las aguas, circunstancia que podía ocasionar graves perjuicios: tanto a las personas que se sirvieran del agua del río en todo su recorrido, como a otros posibles usuarios que, por razón de proximidad, pretendieran utilizar el agua disponible a través de distintas infraestructuras o mecanismos destinados al efecto, y que se encontrasen en el mismo curso<sup>129</sup>. Ante estos supuestos, la jurisprudencia primó el bien común, siendo partidaria de que cualquier obra o infraestructura que pudiera menoscabar el uso del agua o la cuota a la que tuvieran derecho los regantes debía ser demolida. Si bien ante estos casos se requería testimonio a

<sup>125</sup> La terminología empleada distingue entre dos conceptos. El primero hace referencia al turno que se fija conforme al uso de una cantidad de agua limitada, *mudd*, conforme a la *Sumna*, era la cantidad utilizada por el Profeta para hacer sus abluciones, equivalente al peso de un *ritl* y con un tercio de ese mismo *ritl*; mientras que para la purificación por lavado utilizaba un *qā* (AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, *op. cit.*, cap. III [De la pureté (t'ahara) de l'eau], p. 33; CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 712). El segundo término es alude al turno (*dawla*) –nótese que en las comarcas de la Vega del Segura el término al uso es «tanda» correspondiente a cada uno de los regantes o *musāqā*, término o plazo en el que se asigna una parte del caudal que constituye un hilo –como en el caso anterior los regantes del río Segura se refieren a la hila– o *hayt* (IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario notarial*, *op. cit.*, doc. 28, y vers. arab. p. 83. IBN MUGĪṬ AL-ṬŪLAYṬULĪ, *Al-Muqni*, doc. 96 y AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad*, *op. cit.*, p. 260); y sobre este segundo concepto CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>126</sup> Así se constata en el contrato de compra del derecho de agua para el riego, *šurb* (AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad*, *op. cit.*, pp. 153-154).

<sup>127</sup> IBN 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, pp. 222-262.

<sup>128</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad*, *op. cit.*, pp. 153-154, 228, 235 y 392.

<sup>129</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, pp. 323/324.

favor de quien interponía la demanda, siendo admitidas incluso las *pruebas testimoniales contradictorias*, prevaleciendo siempre *la más justa*<sup>130</sup>. Una postura que se defiende también en la legislación cristiana, conforme pone de manifiesto la legislación de las *Partidas*<sup>131</sup>.

Por otra parte, el control sobre los ríos pretendía evitar cualquier construcción sin la consabida autorización y licencia, de manera que las obras efectuadas sin estos requisitos eran objeto de una orden de demolición por la autoridad competente. Las licencias se atenían a un modelo o formulario en el que se especificaban una serie de requisitos considerados esenciales por razón del objeto sobre el que recaían. Así, por ejemplo, la construcción de molinos –*bayt mansab*<sup>132</sup>– sobre un río obligaba al solicitante de aquélla a concretar el lugar exacto dónde tendría lugar la obra<sup>133</sup>, el emplazamiento de las muelas del azud y la delimitación exacta del espacio circundante en el que no cabía construcción alguna, *ḥarām*; además de todo ello, se solían incluir una serie de pormenores inherentes a la explotación del molino y a su dotación, que competían al concesionario. Un aspecto destacable en este tipo de concesiones es que se efectuaban sin condición alguna –conforme a las exigencias propias del derecho contractual islámico– y con carácter definitivo.

### 3.2.3 Los pozos (*ba'ir labār*<sup>134</sup>)

Los pozos tenían la consideración de bienes de utilidad pública y, no en vano, los usuarios de los mismos estaban obligados a respetar una serie de derechos referentes a su cuidado y mantenimiento en óptimas condiciones. En la medida en que el agua de los pozos proveía a los creyentes del elemento necesario para efectuar las abluciones se debía prestar especial cuidado a su mantenimiento. Por otro lado, los pozos eran manantial para satisfacer la sed de sus usuarios, bien de forma inmediata sin necesidad de acudir a artificio alguno para su obtención, o mediando otra serie de infraestructuras que permitieran su extracción; por ello cualquier malversación de este recurso era objeto de denuncia por quienes veían lesionado su derecho a utilizar el agua. En última instancia, no debe olvidarse que todos los creyentes tenían, en principio,

<sup>130</sup> Así, por ejemplo, en el caso de la vega del río Alhama los beneficiarios de las distintas alquerías repartían y distribuían equitativamente, a comienzos de la primavera, el uso del agua, cantidad y tiempo que les correspondían las tandas, a comienzos de la primavera. Agua que en su totalidad se repartía conforme a la siguiente fórmula «alçan en la parte de suso deslindada en dos acequias, partidas por medio» (ESPINAR, «El reparto de las aguas del río Alhama», *op. cit.*, p. 242).

<sup>131</sup> *Partidas*, III, 32.3.

<sup>132</sup> Véase IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario notarial*, *op. cit.*, doc. 69, p. 355; en la versión árabe el término *bayt*, en el sentido de lugar o emplazamiento se da por sobreentendido (*op. cit.*, 201/2).

<sup>133</sup> Nótese que en muchas ocasiones estos datos identificarían incluso los lugares por razón de la explotación que allí hubiera; es el caso del topónimo *façalares* que significa «cerca de la orilla del río»; y es que, en efecto, muchas de estas construcciones o alquerías se ubicaban próximas a los cursos permanentes de agua. ESPINAR MORENO, M., «El reparto de las aguas del río Alhama en el siglo XII (año 1139)», en *Estudios sobre Málaga y el Reino de Granada en el V Centenario*, Málaga, 1987, pp. 238.

<sup>134</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, p. ej., p. 613 y vers. arab. p. 391 entre otros.

reconocido el derecho a explotar y extraer del subsuelo el codiciado recurso, conforme a las necesidades de los usuarios.

El interés de la doctrina andalusí por reglamentar el agua de los pozos, se justifica tanto por razones de higiene corporal, con vistas a la celebración de los ritos coránicos, como por razones estrictamente materiales. La ubicación de los pozos y la conveniencia de construcción de otros con carácter artificial en los lugares de culto al público serán, sin duda, aspectos de trascendental importancia. En efecto, tal y conforme reflejan las fuentes, la mezquita era lugar en el que la presencia de manantiales de agua, en este caso pozos, se consideraba imprescindible; de manera que esta suerte de infraestructuras eran garantía de la presencia del líquido elemento bajo condiciones determinadas para los que allí se congregaban. Por tal motivo, la protección jurídica hacia este tipo de construcciones no se dejó al albur de las circunstancias: el pozo de la mezquita no podía, en modo alguno, verse amenazado por inmundicias ni sustancias que tornaran el agua inaprovechable; para ello, se evitarían las construcciones y canalizaciones que pusieran en peligro la pureza del agua. En este mismo sentido, cualquier construcción que menoscabara esta pureza sería prohibida y demolida, sin excepción alguna, ya que según la *šari'a* todos los usuarios –creyentes– eran considerados iguales tanto en lo beneficioso como en lo perjudicial<sup>135</sup>. La persecución por la justicia de quienes trasgredían estas normas supuso la aplicación de penas de carácter discrecional, tal y conforme queda plasmado en distintos textos de la época<sup>136</sup>.

Igual importancia merecía el uso del agua de los pozos con fines agrícolas; evidentemente el riego de las plantas, para destino alimentario, era un derecho inherente a los fundos y por ende reflejado en los contratos sobre el trabajo de las mismas. Desde el siglo X se constata una preocupación constante que se resume en tres ámbitos sobre los que actúa el Derecho.

En primer lugar, la merma de la cuota de riego *naṣīb saqī*<sup>137</sup> para árboles de huerto o frutales: era una situación que ponía en peligro el rendimiento de los mismos y en consecuencia los beneficios para quienes trabajaban y vivían de esa producción; de manera que la mengua del agua, *nuqṣān al mā*, no era sino la causa de la variación respecto a las condiciones de producción del contrato.

<sup>135</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, p. 229.

<sup>136</sup> Es este el caso del Tratado de Ibn Abdūn respecto al acto discrecional del juez sobre la comisión de delitos por perceptores y portadores de agua, de la que son meramente poseedores pero no propietarios en última instancia; aquí y respecto al agua en su calidad de bien de utilidad pública nadie puede erigirse en propietario absoluto si con ello limita el derecho de uso común a todos los creyentes. Sobre las crónicas andalusíes véase IBN ABDUN, *Sevilla a comienzos*, *op. cit.*, pp. 47, 108 y 174.

<sup>137</sup> *Zaque* es el término para referirse al odre o cuero para agua, vino, aceite o miel, y que se conserva entre los pastores españoles del siglo XVIII conforme da noticia Josef Antonio Conde en sus anotaciones a la obra de al-Idrisi. El citado autor analiza el término a partir de otros como Alzakak o Estrecho, del término *zaqāq* que significa angosturas, estrechuras, del verbo hebreo que a su vez significa comprimir, estrechar, poner en estrecho. Sobre la importancia de medir la cuota de agua para el riego véase IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 161 [Escritura de siniestro ocurrido en la cuota de riego], p. 620 y vers. arab. 401.

Se trata de un aspecto esencial si se considera que en función de esa producción se determinaban las cuotas o partes a las que tenían derecho el arrendador y el arrendatario. Además, la alteración en esos porcentajes incidía en las cantidades debidas en concepto de *zakt* o limosna obligatoria.

En segundo lugar la jurisprudencia precisó pormenorizadamente las obligaciones que los regantes debían observar respecto al uso de agua en tierras cultivadas, donde el agua era imprescindible. En este sentido, el agua se obtendrá de los pozos situados en los huertos mediante tracción animal, conforme a lo establecido en los contratos al uso –generalmente contratos de *musāqāt*–. El aprovechamiento de esa agua obligaba también a vigilar los lugares por la que discurría, evitando pérdidas innecesarias por boquetes. De ahí que se delimiten tanto las obligaciones del regante bracero –a quien corresponden los trabajos de poca importancia–, como del propietario del huerto –a quien corresponden las *obras de mayor envergadura*<sup>138</sup>.

Y en tercer lugar, la jurisprudencia veló por los derechos del concesionario que por razones ajenas a su voluntad viese menguada la cantidad de agua de un pozo, debido a pérdida por filtraciones, *naḍaba al-mā' yandub* o bien cuando descendiera, *ḡāra, yaḡūr*; esa cantidad. Su protección estaba condicionada a la prueba testimonial sobre la involuntariedad del concesionario y la intervención de fuerza mayor en la mengua del agua del pozo<sup>139</sup>.

Con el paso del tiempo la doctrina concretó una serie de aspectos o requisitos complementarios para garantizar el buen uso y el mayor beneficio de este tipo de recursos naturales, consistentes en:

1. Fijar distancias máximas y mínimas respecto a las parcelas o terrenos que se pueden beneficiar del agua de un pozo en campo abierto<sup>140</sup>. Un requisito que también es objeto de regulación en la legislación posterior valenciana por el rey Jaime I, quien determina que: «*Si alcun per lo camp de son vejhi haura pret: çoes servitut de menar aygua a regar lo seu camp perço deu haver carrera al riu o a la cequia a scombrar o a refer: el senyor del camp deu a ell lexar spay de cascuna part dela cequia que seran ops a refer lo riu o la cequia: e en que pusque posar les scombradures e el terquim daquell riu o daquella cequia*»<sup>141</sup>. En territorio catalán las distancias mínima se miden en palmos, aunque se reduce a dos palmos de destre, equivalente a 0,466 metros para evita cualquier daño por la construcción de pozos en predios vecinos<sup>142</sup>.

<sup>138</sup> En el contrato de riego al-Ġazīri exige la limpieza y mantenimiento de la acequia en óptimas condiciones, así como la fertilización, cuidados en el crecimiento, cosecha y recolección. (AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 258). De igual modo se pronuncia AL-WANŠARISĪ, *al-Mi'yār al-Muḡrib*, vol.8, pp. 379

<sup>139</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 156, p. 613 y vers. arab. 391.

<sup>140</sup> Íbidem, op. cit., doc. 156.

<sup>141</sup> *Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. III, Rub. XVI [De la servitut daygua e daltres coses], Fur. XVII, p. 66.

<sup>142</sup> Ordenanza local de Santacilia recopilada fielmente en *Constitucions i altres Drets de Catalunya*, *Pragmàtiques*, op. cit., Lib. IV, tít. II, Ord. 54 [Pous], p. 97

2. Concretar en qué consisten los posibles perjuicios por los que se pueda ver afectada el agua de un pozo: a) la contaminación de un pozo –por extensión aplicable también a una fuente– destinado al consumo humano o de animales necesarios para labrar y trabajar los campos, b) disminuir su caudal, c) inundarlo con aguas fecales o con aguas limpias, d) hacer inservible los mecanismos que permita la extracción del agua.

3. Establecer los tiempos o plazos para iniciar las acciones pertinentes para reclamar derechos sobre el uso del agua de los pozos. Esto podía ser durante la vida de los implicados, o a la muerte de alguno de ellos, mediando intervención de sus herederos.

4. Consideración de plazos más o menos amplios para ejercer tales acciones, lo que permitió cuestionar la prescripción del derecho a reclamar, cuando no había ya memoria de los daños causados<sup>143</sup>.

5. La adopción de medidas cautelares tendentes a paralizar el uso y el derecho de uso (*manfa'a*) y a la determinación del momento en el que se han de adoptar las citadas medidas. Medidas que posteriormente se plasman en la legislación foral valenciana explicitando la tramitación de estas acción en dos fases: en la primera el demandante se opone a la obra que realiza un tercero mediante juramento sobre el derecho que le acoge para así hacerlo, circunstancia que surte el efecto inmediato de paralización de la obra hasta que se declare el juez sobre su derecho; en una segunda fase, se establece un plazo de diez días para que quien quiere impedir la obra pruebe que tiene derecho a ello<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> La institución de la prescripción merece ser estudiada desde la óptica del Derecho andalusí, en virtud de ciertos elementos que la singularizan; en este sentido, y sin obviar el estudio de Santillana, debe remitirse el lector a la doctrina malikí, que fue aplicada en al-Andalus. Véase HALİL, XXXV, n. 195, e IBN 'AŞİM, *Tuhfat, op. cit.*, v. 1235 y SANTILLANA, *Istituzioni, op. cit.*, vol. I, p. 349.

<sup>144</sup> *Furs e Ordinacions, op. cit.*, Lib. IX, Rub. XI [De denunciatio de novella obra], pp. 169-170. Nótese que la legislación de territorio cristiano, a partir del siglo XIV y con motivo de la irrupción del Derecho Común en el marco normativo hispano, siguiendo la compilación justiniana se acoge al *Juicio de Nunciación de obra nueva* o *Nuntiatio operis novi* del Derecho romano; en este supuesto, se inicia un procedimiento extrajudicial, realizado al margen de los trámites de la vía judicial ordinaria, y tiene lugar a instancia del propietario del bien inmueble o del titular del derecho real restringido –como es escaso de la servidumbre predial rústica–. La denuncia comporta la petición al destinatario de abstenerse de proseguir la obra comenzada, aunque pueda demostrar su propiedad, ya que causa perjuicio injustificado al denunciante; con ello se persigue la suspensión de la obra en curso de realización, no de forma plena y definitiva, sino tan sólo temporal y *ad cautelam*. La *operis novi nuntiatio* fue recibida en el ordenamiento jurídico castellano y del reino de Valencia. Y por lo que respecta a la legislación castellana se regula mediante el *pleyto de vedamiento de labor nueva* similar situación, previendo también que el juez tome juramento al demandante, pero en este caso acreditando su buena fe, y surtiendo como efecto la suspensión de los trabajos durante tres meses (*Partidas*, III, 32.9). Agradezco al profesor Victoriano Sáez los datos y bibliografía facilitados sobre esta cuestión en el ámbito romanístico; véase BRANCA, V., «La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forma di autotutela cautelare», en *S.D.H.I.* 7 (1941), pp. 313 y ss.; ARIAS BONET, J., «Sobre la denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico» en *A.H.D.E.*, 42 (1972), pp. 291 y ss.; y PARICIO, J., *La denuncia de obra nueva en el Derecho romano clásico*, 1982, y del mismo autor, «La denuncia de obra nueva en el Derecho justiniano», en *Estudios en honor de Guarino*, 1984, pp. 2087 y ss.; MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico, op. cit.*, pp. 220-221.

Toda esta suerte de aspectos fueron objeto de tratamiento continuado por Muḥammad b. ‘Iyāḍ, respecto al uso de agua para consumo propio en propiedades comunales, que limitaban el ejercicio de determinados derechos por parte del dueño de las mismas <sup>145</sup>.

Esa misma preocupación será una constante a lo largo del período andalusí <sup>146</sup>, incluso en territorio de dominación cristiana, tal y conforme queda constancia en el Derecho histórico <sup>147</sup>. De manera que quedaba terminantemente prohibido tomar agua de un pozo en el campo si con ello se perjudicaba a otros usuarios. La manera de impedir este tipo de daños no era otra que la de consensuar el orden de prelación en el uso del líquido elemento, siempre en atención a las necesidades y a la antigüedad de las plantaciones que de él se sirvieran. Esta manera de proceder se aplicaba por analogía otro tipo de productos considerados de primera necesidad como la paja, la leña, y todas las cosas del campo.

### 3.2.4 Las fuentes (‘ayn, pl. ‘uyūn/maḥall/‘unsur)

Conforme a la *Šarī’a* el agua de las fuentes es recurso susceptible de uso y de apropiación. Como en casos ya citados, el uso del agua de las fuentes se rige por el principio de utilidad: utilidad con fines espirituales o con fines biológicos. Respecto a la primera de las utilidades, se reglamenta tanto el agua proveniente de fuentes naturales o manantiales –resultado de excavaciones y extracción posterior–, como el agua de fuentes abiertas en propiedades privadas. Entre estos fines, establece la *Sunna* que el agua de las fuentes, a falta de aguas limpias y caudalosas, será recurso para la realización del *al-wadu* por razón de ser agua limpia y no estar mezclada con suciedad alguna <sup>148</sup>. Al igual que otros recursos de análoga naturaleza, el hecho de que fuera tocada por infiel, o por animales impuros, o que en ella se hayan depositado otras impurezas la tornan inservible para fines religiosos, y especialmente para la consecución de la pureza previa a los ritos.

Del mismo modo, a falta de agua de fuentes será la de los aljibes o estanques la que deberá usarse, siempre y cuando reúna los requisitos anteriormente señalados. Aguas que son definidas en la *Suma de los mandamientos y devedamientos* aptas para el *tahor* y el *alguaddo*, siempre y cuando estén exentas de

<sup>145</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀḌ, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., pp. 236 y ss.

<sup>146</sup> Se trata de un derecho desde antaño reconocido a todos aquellos que habitaban un lugar y formaban parte del pueblo, en consecuencia de la comunidad de musulmanes; esta potestad tenía su justificación en el hecho de que el agua era, y es, bien de uso comunal a favor de todos aquellos que quieran servirse de ella de forma lícita. Sobre esta cuestión véase AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maḡṣad al-maḥmūdi*, op. cit., p. 154. GAYANGOS, P. de, *Memorial Histórico Español*, V (1853), *Tratados de Legislación musulmana*. Leyes de moros del siglo XIV, tít. CCXXX [De los que toman pozo en campo], pp. 187/188.

<sup>147</sup> *Partidas*, III, 32.19 [Puede sacar uno en su heredad, haciendo pozo, o fuente, cada y quando que quisiere, e quando no].

<sup>148</sup> MANCEBO DE ARÉVALO, *Tratado*, op. cit., p. 117.

cosa muerta, sea cual fuera su tamaño, ya que la convertirían en agua no apta para la purificación legal<sup>149</sup>.

La jurisprudencia, y concretamente el formulario de Ibn al-‘Aṭṭār en uno de sus modelos contractuales, estableció que la importancia que el agua de las fuentes tenía, junto con el agua de lluvia y de los ríos, se debía a ser un recurso natural de primer orden; agua que, en el ámbito agrícola, obligaba a quien usara de este recurso al pago del diezmo, en concepto de *azaque* o impuesto religioso. Por el contrario, si el agua utilizada provenía de artificios humanos, este impuesto se debía reducir a la mitad, considerando de este modo los costes que al regante ocasionaban la extracción y obtención del agua; una vez más, las obligaciones impositivas se establecían de forma proporcional al esfuerzo y al beneficio obtenido en la explotación y aplicación de los recursos<sup>150</sup>. El uso del agua debía ser especificado en el contrato como una de las cláusulas principales que, como tal, iba implícita a la misma condición de riego de las tierras, y por tanto al arrendamiento de aquéllas; de forma que, no podía estipularse la cuota de riego en cláusula separada del contrato<sup>151</sup>, al menos respecto a los contratos de *musāqāt* en los que además debía especificarse la cuota de riego, *širb*, correspondiente<sup>152</sup>.

El agua de las fuentes estaba destinada al uso común y público, siendo numerosos los contratos de riego en los que el agua obtenida de estos manantiales fue objeto de regulación en función del beneficio que su consumo pudiera reportar a un colectivo, o en atención a la comunidad que viera menoscabado el beneficio de explotación del agua por razón de un mal uso de la misma. Muḥammad b. ‘Iyāḍ discrepa sobre los inconvenientes que, en determinados casos, pudiera suponer la extracción artificial de agua, de fuentes o pozos naturales, ya que esta práctica propiciaba el establecimiento de nuevos braceros y contratos de arrendamiento de tierras, aunque por uso desmesurado de aquéllas se reduciría el nivel de las mismas para otros destinos considerados prioritarios. Una práctica que, aun siendo arriesgada, no podía impedirse ya que la

<sup>149</sup> *Suma de los principales mandamientos y develamientos*, Capítulo VI, [Del agua limpia y del maḥḥar], *op. cit.*, p. 265.

<sup>150</sup> IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 30, p. 195 y AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, Acta de contrato de riego (*širb*), *op. cit.*, p. 153.

<sup>151</sup> Una práctica que se mantendrá a lo largo del tiempo y que conforme a lo establecido en la legislación castellana suponía que el propietario de la tierra en la que se encontrara la fuente o el manantial transmitía su derecho con la propiedad inmobiliaria; *Partidas*, V, 5.28, y debía procurar cuantos medios a su alcance estuvieran para *guardar, e mantener el cauze, o la acequia, o la cal, o el caño, o el lugar por do corriere el agua, de manera que non se pueda ensanchar, nin alçar, nin abaxar, nin fazer daño a aquel, por cuya heredad passare*. *Partidas*, III, 31, 4.

<sup>152</sup> Postura que se mantuvo a lo largo de los siglos conforme queda demostrado en el reparto de las aguas del río Alhama, que conforme a varios testigos el campo se beneficiaba del agua de la acequia de Bizar y de Graena el sábado de cada semana desde la salida del sol hasta su puesta, durante todo el día y noche, es decir, *24 horas completas que servían para regar dicho campo*; cfr. ESPINAR MORENO, M., «El reparto de las aguas del río Alhama en el siglo XII (año 1139)». En *Estudios sobre Málaga y el Reino de Granada en el V Centenario*, Málaga, 1987, pp. 246. GONZÁLEZ PALENCIA, A., «Documentos árabes del Cenete (siglos XII-XV) en *al-Andalus*, V (1940), pp. 301-382.

utilidad que reportaba a la comunidad primaba sobre cualquier otro criterio, conforme a la opinión de Muḥammad B. al-Ḥāḡḡ<sup>153</sup>.

El agua que de forma natural fluía de un manantial tenía tratamiento análogo al de los ríos: cualquier corte en el suministro perjudicaría a los usuarios secundarios pero nunca al propietario de la fuente o al primero que se sirviera de esta agua para riego. Del mismo modo, quien hubiera efectuado los trabajos necesarios para la obtención del agua en este tipo de manantiales se beneficiaría de su uso, si bien éste sería compartido con los usuarios del espacio delimitado con el término ya citado *ḥarām*. Asimismo, quien en su terreno abriera un manantial o fuente sería considerado su propietario, pero estaría obligado a surtir del hídrico elemento a quienes por razones fisiológicas lo precisaran, incluso de forma gratuita, no así para cualquier otro servicio o para el riego de los campos, siendo lícito el cobro de una cantidad por el uso de la misma. Y de este modo sostiene ‘Alī Yaḥya al-Ġazīrī que la celebración de contratos de riego<sup>154</sup> obligaban a concretar en qué consistía la compra del derecho de agua, generalmente un día a la semana y por unas horas determinadas del agua que fluía de un manantial o fuente cuya propiedad pertenecía al dueño de las tierras; un contrato de uso que imponía la fijación de turnos en la venta del agua de la fuente, cuando esta debía servir a distintos regantes de forma sucesiva o alternante, usando de la misma, de forma notoria y pública, en la vez o turno (*nauba*<sup>155</sup>) correspondiente.

### 3.2.5 Otros recursos hídricos

Estanques y embalses fueron también objeto de consideración para la obtención de aguas con distintos fines. La doctrina malikí abordó, de forma puntual, el uso de estos recursos hídricos, si bien por razón de sus características –el hecho de ser aguas estancadas que no corrían ni se renovaban y por tanto susceptibles de acumular y retener impurezas–, no reportaban idéntica utilidad a los miembros de la comunidad islámica. Tan sólo en el caso de que estas aguas se vieran beneficiadas por el paso de una corriente o avenida de agua de río serían aptas para fines tales como la purificación legal<sup>156</sup>. Igual consideración merecería el agua depositada en los aljibes, y aun en este caso siempre se prefería el agua de fuentes. Estas aguas estancadas veían alteradas sus cualidades ya no sólo por el hecho de que no eran renovadas sino también por las impurezas que pudieran contener los recipientes que las contuvieran e

<sup>153</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀD, *Maḏāhib al-ḥukām*, *op. cit.*. Capítulo sobre la reprobación del perjuicio, VI, p. 222.

<sup>154</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, pp. 153/4.

<sup>155</sup> Nótese que ahora el término no es *mudda*, alusivo a la cantidad utilizada por el Profeta para hacer sus abluciones, según describe AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, *op. cit.*, cap. III [De la pureté (t’ahara) de l’eau], p. 33. Por el contrario, el término *nauba* hace referencia al tiempo asignado para el aprovechamiento del caudal de agua conforme a una programación previa, siendo pues turno o vez en la que utilizar ese recurso; véase CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 789.

<sup>156</sup> MANCEBO DE ARÉVALO, *op. cit.*, p. 117

incluso por la acción evaporadora del sol sobre la mano del hombre que la albergara, y que en virtud de estas acciones dificultaban que la gente pudiera beberlas, bien por disminución del espacio natural que les correspondía o por cualquier otro perjuicio, que hubiera incidido sobre ella<sup>157</sup>. Todos estos supuestos condicionaban, a su vez, la libre disposición y construcción de artilugios y mecanismos que comportasen la alteración del curso de las aguas<sup>158</sup>. Prácticas y costumbres que se mantuvieron en el tiempo en territorio cristiano, aun a pesar de ciertas prerrogativas reales: «*que puscats daquelles (acequias del reino de Valencia) regare e pendre aygues sens alcuna servitut e servici e tribut: e que prenants aquelles aygues segons que antihgament es e fo stablet e costumats en temps de sarrahins*»<sup>159</sup>.

En este mismo sentido, era factible el uso de agua acumulada en cisternas siempre y cuando ésta fuera útil a la comunidad; este tipo de depósitos permitían distribuir el agua y repartirla en atención a las necesidades de los habitantes de las casas y siempre y cuando cumplieren una serie de requisitos respecto al modo de acaparamiento y mantenimiento de las mismas<sup>160</sup>. Las aguas estancadas o embalsadas que no recibían la consideración de agua potable (*mā' al-sarb*), y que por derecho correspondía a la comunidad musulmana<sup>161</sup>, podían ser destinadas a la limpieza de las letrinas que se construían en las casas, con lo que se evitaba que las inmundicias pudieran perjudicar a las aguas limpias que llegaban hasta la mezquita<sup>162</sup>. De igual modo, estas aguas podían ser utilizadas para

<sup>157</sup> En este mismo sentido pero respecto al aprovechamiento para el riego del común AL-ĞAZĪRĪ, *op. cit.*, p. 153. Y en términos análogos AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi'yār al-Mugrib*, vol.8, pp. 379.

<sup>158</sup> El dueño de la tierra no tiene derecho a trasladar la acequia construida en su tierra de un lugar a otro de ésta, aunque por su antigüedad no se sepa quién la construyó —a no ser que se lo autoricen aquellos por cuyas tierras pasa la acequia para que rieguen y para que los molinos funciones, aunque ello no les acarree ningún daño; MUĤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, cap. VII, 3.

<sup>159</sup> Así se deduce por análoga disposición contenida en los *Furs* de Valencia: *per nos e per los postres donam e aotrgam per totstemp a vos ensemps e sengulis habitants e pobladors de la ciutat e del regne de valentia e de tot lo terme daquell regne totes e cascunes cequies franques e liures maiors e milanes e menors ab aygues e ab menaments e ab duhimbens daygues: e encara aygues de fonts: exceptada la cequia real qui va a Pujol: deles quals cequies o fonts bayate aygua e en duhiments e menaments daygues tostemos continuament de dia de de nuyt. Enaxi que puscats daquelles regare e pendre aygues sens alcuna servitut e servici e tribut: e que prenants aquelles aygues segons que antihgament es e fo stablet e costumats en temps de sarrahins». *Furs e Ordinacions*, *op. cit.*, Lib. III, Rub. XVI [De servitut daygua e daltres coses], Fur. XVI, pp. 65-66.*

<sup>160</sup> ESPINAR MORENO, M., «El reparto de las aguas del río Alhama en el siglo XII (año 1139), en *Estudios sobre Málaga y el Reino de Granada en el V Centenario*, Málaga, 1987. Documento redactado en la luna de Ramadán de 533 (A.D. 1139) y ratificado por el cadí de Guadix en 535 (A.D.1141), coincidiendo con la salida de la población mozárabe en 1125-1126 hacia tierras aragonesas, p. 249. Y que en materia agrícola gozó de igual aprecio que las fuentes y los pozos, a tenor de las fuentes del Derecho castellano; *Partidas*, III, 31,6. [Como deue omer usar de la seruidumbre que ha en pozo, o en fuente, o en estanque, para beuer y sus ganados. Fuente o pozo, seyendo en heredamiento de alguno, o estanque de agua, que stouiesse cerca de heredad de otros].

<sup>161</sup> MUĤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, cap. VII, 2, p. 238.

<sup>162</sup> MUĤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, cap. VI.8, p. 228.

riegos y abrevadero de animales esgrimiendo el mismo principio de utilidad pública, tal y conforme queda establecido por la doctrina. Especial consideración merece también el agua de las salinas, cuyo uso y destino fue objeto de modalidad contractual específica mediante contratos de concesión de salina para su explotación o contratos en aparcería<sup>163</sup>. En estos casos el concesionario entregaba el bien objeto de arrendamiento para que el beneficiario pudiera llenar de agua las piletas y aprovechar el caudal del pozo de dicha salina, conduciéndola –en función de sus necesidades y del mayor rendimiento–, pero dejando a la libre disposición del explotador las condiciones de acumulación del agua y la determinación de los medios para la extracción de la sal.

### 3.3 Circunstancias que limitan e impiden el derecho de uso de agua y consecuencias

#### 3.3.1 Circunstancias limitativas o impeditivas

El uso del agua por parte de los andalusíes se supeditó a una serie de factores, en ocasiones previsibles y otras en modo alguno; es éste el caso de las condiciones meteorológicas, debidas a «voluntad del cielo» o fuerza mayor, que muchas veces condicionaban la disponibilidad del líquido elemento. Frente a estos avatares de la naturaleza hubo otros factores en los que la mediación humana, tanto por acción como por omisión, impidió un uso equitativo por parte de los habitantes de los distintos territorios peninsulares. Según la doctrina malikí la diversidad de circunstancias que se daban sobre el territorio peninsular era causa que limitaba el uso y disfrute del agua conforme a la finalidad de la misma; y en función de ella, distingue la doctrina entre acciones involuntarias o de índole natural –tales como las inundaciones, lluvias torrenciales, frío intenso, heladas– y acciones voluntarias, en las que media la acción del hombre –caso del desvío del curso de las aguas, inundaciones provocadas, merma de la cuota correspondiente a uno o varios usuarios y arrojamiento de inmundicias o impurezas que la contaminaban y convertían en impura para los fines religiosos.

Siendo la pureza del agua requisito indispensable para que el creyente pudiera realizar las abluciones previas a los ritos coránicos, los juristas andalusíes e intérpretes del Derecho mostraron interés –desde tiempo inmemorial– por enumerar las causas y circunstancias que la hacían perder su condición. Si en los momentos iniciales del Isl...m, esos motivos eran más genéricos, en al-Andalus se advierte como con el paso del tiempo los expertos y seguidores de la escuela malikí, trazaron un completo esquema al respecto, con el que se pretendía evitar situaciones de dudosa legalidad<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> IBN AL-'ATTĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 67 y 68 y vers. arab. pp. 200/202.

<sup>164</sup> En el siglo XVI el Mancebo de Arévalo deja constancia del seguimiento de estos preceptos conforme a lo dispuesto por la escuela malikí durante siglos en el ámbito peninsular. Respecto a la impureza de las aguas y las causas por las que se llega a este estado ambos temas son abordados en AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, *op. cit.*, cap. III [De la pureté (t'ahara) de l'eau], p. 33; y en términos análogos en el capítulo primero de su obra (MANCEBO DE ARÉVALO, *Tratado*, *op. cit.*, pp. 116-117.

Hizo la doctrina una clara distinción entre los siniestros debidos a fuerza mayor –como la sequía (*qahṭ*) que echaba a perder la siembra o la hacía inviable por secarla y agostarla, o la inundación en época de cultivo que impedía realizar las labores agrícolas<sup>165</sup>–, y otra suerte de siniestros que, aun afectando a los bienes de la comunidad o aquellos dispuestos a su servicio –caso de las cosechas–, sufriera el propietario de las mismas, aun no siendo imputables a la tierra: era el caso de las plagas de langostas, de pájaros, el incendio y el frío, que en la medida que afectaban a la cosecha adquirieron la consideración de siniestro (*muṣība*).

En cualquier caso, la doctrina adoptó, casi de forma unánime, el criterio de someter a los peritos la valoración de lo perdido por este tipo de fenómenos meteorológicos naturales, estableciendo que fueran considerados de fuerza mayor aquellos que supusieran la pérdida de un tercio del valor de la cosecha. De este modo tanto las lluvias ininterrumpidas, los aguaceros o precipitaciones acaecidas en cortos espacios de tiempo, e incluso el frío o la acción devastadora de los pájaros, sobre un terreno cultivado podían ser objeto de declaración de terreno siniestrado, y de solicitud de la reducción de la cuota impositiva a ella correspondiente<sup>166</sup>. Una consideración incluso extensiva, por analogía, a la provocada por el paso de las tropas y ladrones<sup>167</sup>.

## LLUVIAS TORRENCIALES

Las inundaciones provocadas por lluvia continuada (*tawālī al-amṭār; al-ḡuyūt*) en materia de regadío, según Ibn al-‘Aṭṭār, no tenían la consideración de siniestro ya que siendo conocida por el hombre esa característica debía procu-

<sup>165</sup> En este sentido el factor tiempo es fundamental en la celebración del contrato de arrendamiento agrícola, ya que el computo natural del tiempo supone que los contratos alberguen el concepto amplio de «cierta época», lo que permita efectuar un cómputo de la duración del contrato en función del objeto sobre el que recaiga el mismo, y que a su vez se condiciona a la maduración de los frutos; por ello cualquier causa de siniestralidad alterará ese parámetro contractual y obligará a replantear muchos de sus términos al objeto de no gravar aun más la situación tanto del arrendatario en cuanto a las obligaciones hacia el arrendador, como a este último, que verá reducidas sus ganancias. Sobre esta cuestión ḤALĪL IBN IṢḤĀQ, *Il Muḥtaṣar*, *op. cit.*, vol. II, p. 529.

<sup>166</sup> Así se deduce de las acciones previas que deben realizar tanto el afectado como los testigos que presenten ante el juez para constatar la situación en la que han quedado sus huertos; el testimonio prestado hace fe y comporta la exención del pago de las cuotas correspondientes, tal y conforme explícita el *fiqh*; IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 153, pp. 609/10 y vers. arab. p. 385.

<sup>167</sup> Para Aṣḥab se había de considerar el valor de las partidas; por lo que si el valor de la partida afectada por la fuerza mayor representaba un tercio del valor de la totalidad de aquéllas, había que deducir otro tanto al concesionario, aunque dicha partida sólo represente la décima parte de los frutos. Pero si el valor de la partida era de un treintavo, aunque equivaliera al tercio o a la mitad de los frutos, no se le descontaba nada al concesionario. Entre la abundante legislación cristiana de la época merece la pena destacar una disposición foral navarra en la que se determina: «vayan dos hombres buenos de aquel lugar o de otro lugar que sea comarcano, y vean por donde y de que manera hace daño el diluvio y denle lugar y carrera al agua o al diluvio, por donde menos daño haga»; véase *Fuero Reducido de Navarra*, *op. cit.*, tít. VII, cap. 7, p. 429.

rar mecanismos para evitar los daños que un exceso de agua ocasionaran, de manera previsible<sup>168</sup>; si bien Ibn Muġīt<sup>169</sup> opinaba que este tipo de inundaciones eran a su vez causa de avenidas y daños colaterales que podían alcanzar el carácter de siniestro. Los efectos de estas calamidades, desde el punto de vista jurídico, eran también aplicables por analogía (*qiyās*) a otros supuestos, como la mengua del agua de riego, la sequía (*qaht*170), orugas, la acción de la langosta o de los pájaros, la helada (*bard*), el frío intenso (*sirr*), la canícula o el viento abrasador, e incluso los daños causados por las tropas y ladrones o incendio<sup>171</sup>; opinión que en siglos posteriores se generalizó en autores como autores como Ibn Muġīt<sup>172</sup> y Al- Ġazīrī<sup>173</sup>.

Nótese que la inundación de los terrenos suponía, al menos durante un cierto tiempo, la inaccesibilidad del terreno hasta su completo secado, y que como efecto secundario se producía el apelmazamiento de la tierra y con ello la imposibilidad de ser trabajada y cultivada. Los daños inherentes a este proceso, junto con el estancamiento de las aguas y la constatación de su inaccesibilidad para el arado, debían ser comprobados *in situ* por expertos peritos en la materia; a éstos correspondía también calibrar la posibilidad de secar las tierras y realizar los trabajos pertinentes para disponerla con la mayor celeridad a sus fines iniciales, siempre y cuando las condiciones fueran propicias al efecto. Y todo ello con la pretensión de no cargar al trabajador de las tierras con obligaciones que excedieran sus posibilidades por razón del siniestro debido a fuerza mayor o voluntad divina<sup>174</sup>. Esa misma consideración tienen las inundaciones que se verifican en los territorios cristianos de Barcelona y el Principado, puesto que: «ayguas de Rieras, ne de Torrent qui sclatan de la una honor en altra, que si dany lin esdeve, no li es tengut de esmena de aquell dany quen haura sostengut, perço com es cas de accident, que Deu dona» según la Ordenación de Santacilia<sup>175</sup>.

<sup>168</sup> Y del mismo modo la sequía en terrenos de irregular hidrografía. IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 153, p. 609 y vers. arab. p. 385.

<sup>169</sup> IBN MUĠĪT AL- TŪLAYṬULĪ, *Al-Muqni'*, op. cit., p. 284.

<sup>170</sup> La doctrina prevé incluso en estos casos las rogatorias que han de seguirse el viernes, día de máxima afluencia en la mezquita, al objeto de favorecer la misericordia divina. Así, por ejemplo, una tradición atribuida a Mālik señala como Mahoma en el curso de la oración, y conforme pronunciaba la homilía, fue interpelado por un fiel rogándole intercediera en la petición de agua para las tierras, que en estado de sequía, provocaban el hambre de su familia; y como seguidamente el agua –aun a pesar de no verse nube sobre el horizonte– irrumpió felizmente. (AL-BUḤĀRĪ, *Les traditions*, op. cit., tít. XI, Cap. XXXV [De la rogation pour la pluie pendant le prône le jour du vendredi], p. 304.

<sup>171</sup> Si bien estos dos últimos supuestos son de dudosa admisibilidad como naturales, puesto que en ellos interviene la acción del hombre. IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., remítase el lector not. 144.

<sup>172</sup> IBN MUĠĪT AL- TŪLAYṬULĪ, *Al-Muqni'*, op. cit., p. 222.

<sup>173</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., pp. 221 y 334.

<sup>174</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 152, p. 606 y vers. arab. 381.

<sup>175</sup> LALINDE ABADÍA, «Ordinacion d'en Santacilia», op. cit., p. 180 y *Constitucions y altres Drets de Catalunya, Pragmàtiques*, op. cit., vol. segon, Lib. IV, tít. ij. 48 [*Inundations*], p. 96.

Entre las causas involuntarias en las que no intervenía el factor humano destacan las inundaciones que provocan el anegado (*istiġdār*), y fueron consideradas por la doctrina causa de siniestro (*ġā'īha*) debido a las consecuencias que se derivaban de este fenómeno meteorológico; en su condición de siniestro por fuerza mayor fue considerada *istir'ā* ya que las pérdidas y menoscabos se debían a la «voluntad del cielo». No obstante la doctrina se cuestionó hasta qué punto el hombre podía evitar y procurar los medios a su alcance para corregir este tipo de anomalías, en ocasiones imprevisibles, razón por las que reciben esta denominación<sup>176</sup>. En cualquier caso, los daños provocados en una inundación debían ser probados para obtener los beneficios inherentes a este tipo de siniestros, que consistían, por lo general, en la exención tributaria o reducción de las cuotas proporcionales correspondientes por trabajos o servicios que fueran de obligado cumplimiento<sup>177</sup>.

Tal situación de siniestralidad para poder ser demandada precisaba ser demostrada mediante prueba testimonial, conforme a un pormenorizado formulario en el que constasen, distancias máximas y mínimas por las que podía discurrir el agua, contenido del perjuicio –determinando si la inundación había supuesto contaminación de un pozo o fuente de agua para consumo humano–; si se había provocado la disminución del caudal, o una inundación bien con aguas fecales bien con aguas limpias, o si había quedado inservible un mecanismo destinado a la extracción del agua. También había que especificar los plazos viables para formular la denuncia –pudiendo acaecer tanto en vida de los implicados, como a la muerte de alguno de ellos, situación que originaba cierta controversia respecto a la posición de los herederos–; los plazos de prescripción, si hubiera lugar, y las medidas cautelares a adoptar –en este sentido, la paralización en el uso y derecho de uso, *manfa'a*<sup>178</sup>–; así como el momento en que debían iniciarse las pesquisas e indagaciones, que en muchos de los requisitos y elementos muestra concomitancias con presupuestos análogos de la legislación foral de los reinos cristianos, especialmente de Valencia y Navarra<sup>179</sup>.

<sup>176</sup> Nótese que la doctrina hace una distinción entre causas que obedecen a la conducta humana y aquellas otras que son consideradas naturales. IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 153, p. 609; y vers. arab. 385; en este mismo sentido AL- WANŠARISĪ, *al-Mi'yār al-Mugrib*, VII, pp. 446-51.

<sup>177</sup> IBN MUGĪT AL- ṬĪLAYTULĪ, *Al-Muqni*, op. cit., doc. 101, pp. 282/3.

<sup>178</sup> Ya se explicó anteriormente como en territorio cristiano y con motivo de la recepción del Derecho Común, se acoge esta modalidad al Juicio de Nunciación de obra nueva o *Nuntiatio operis novi*. Para el derecho castellano *Partidas*, III, 32.9, y en el derecho foral valenciano *Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. IX, Rub. XI [De denunciatio de novella obra], pp. 69-70.

<sup>179</sup> En la legislación foral valenciana del rey Jaime I varios son los *Furs* que aluden a estas mismas cuestiones en idénticos términos; así, por ejemplo, en el Lib. III, Rub. XVI, fur. XXXII se establece que: «*El camp dalcun vehí naxie font de la qual font un altre son vehí prenne aygua a regar e devenche se axi que aquella font sexeca e stech execa per X anys e mes: e axi aquell vehí entre aquell temps no poch pendre aygua a regar e axi ere semblant que hagues perdut lo pret que hauie de pendre aquella aygua a regar puix a enant de temps laygua comenta a exir daquella font e la dita font torna en lestat en que solie esser de primer. En aquells cas aquell vehí no pert lo pret que hauie de menar laygua al seu amp a regar ni pert la servitut que aquí hauie: car no usa per aquell temps damuntodit çoes per x anys: car si volgues pendre aquella aygua a regar lo seu camp*»

Los juristas andalusíes desde el siglo x mostraron especial interés por la consideración de los efectos derivados de inundaciones debidas a causas naturales. Ibn al-'Attār es el autor que más datos aporta al respecto, en su mayoría en relación a los daños ocasionados en el campo por este tipo de siniestros, a los que denomina *ḡā'ihā*<sup>180</sup>. En este sentido, se consideran los efectos lesivos del siniestro atendiendo a su gravedad y en relación a dos momentos: daños ocasionados en el periodo previo a las labores propias de acondicionamiento de la tierra –siendo este el caso de la labranza de las mismas–, y el segundo a posteriori, es decir, una vez efectuada la siembra, cuando por cambios metereológicos imprevistos se produzca la pérdida de las futuras cosechas<sup>181</sup>.

La inundación de terrenos por motivo de la lluvia, una vez formalizado el contrato, suponía la reconsideración de los términos del mismo, y ello en virtud de otros procesos que de forma natural se desencadenaban, como se vio anteriormente, y que en la mayoría de los casos no se contemplaban entre las cláusulas de los contratos. Por ello los peritos encargados de valorar los daños causados por el siniestro prestaban especial atención a la medida o estimación de la cantidad de agua estancada, puesto que la falta de drenaje podía ser la causa principal de la inviabilidad del cultivo. La falta de drenaje podía, a su vez, deberse a una

---

*no poguere perço car no hiere. Aquella matesa cosa es en tota alytra servitut que axi sie perduda e puyt sia restaurada» (Furs e Ordinacions, op. cit., Lib. III, Rub. XVI [De servituts dayguas], Fur. XXXII, p. 67); y en el Fur XXXVII: Aygua del flum public deu esser partida segons la manera e la granea de les possessions a regar los camps: Si donchs alcu no mostrave que mes lin fos donada que no linn pertanya per la part des seus camps a regar. Empero laygua aquella sie menada a regar a aquells camps enaxsi que sie feyt sens injuria daltre. (Furs e Ordinacions, op. cit., Lib. III, Rub. XVI [De la servitut daygua], p. 68). De forma análoga se pronuncia el *Fuero Reducido de Navarra* en su capítulo 5 sobre «Quando el agua da y quita tierra o heredad, como aquel a quien se quita, puede tornar el agua a la madre porque pierda su heredad», según reza «*Toda vez es fuero que el señor del dicho campo o heredad, bien puede arredrar y tornar el agua y braço que se acuesta y junta con su heredad o campo o con su villa, para que se vuelva la dicha agua al albeo primero, porque no pierda su heredad*», postura que se justifica partiendo del hecho de que en modo alguno el bien causado al segundo fundo pueda ir en perjuicio del primero. SÁNCHEZ BELLA et al., *El Fuero Reducido de Navarra, op. cit.*, tít. VII, cap. 5, p. 428. Este precepto en el *Fuero General de Navarra* es encabezado de la siguiente manera: «*De agoa caudal qui dá el tuesday, que es segunt Rey agoa caudal que es redrada de la villa et del término*» para proseguir en idénticos términos que el anterior al determinar que «*non debe peder su hereditat nin su villa aqueill de quien es la hereditat, ata que no aya nada del agoa en el brazo por ont solia primero yr*», siendo destacable la calificación de esta agua como «*agoa caudal*» por parte del Rey, circunstancia que justificaría el carácter de aguas comunales y la sujeción a la jurisdicción real de todos aquellos delitos cometidos por los usuarios en este ámbito (*Fuero General de Navarra, op. cit.*, tít. V, cap. II [Quando dá o tue lle de la hereditat á ombre agoa caudal]), p. 245.*

<sup>180</sup> IBN AL-'ATTĀR, *Formulario Notarial, op. cit.*, doc. 151, p. 605 y vers. arab. 379. Término que entre sus distintas acepciones significa desgracia, calamidad, devastación (CORRIENTE, *Diccionario, op. cit.*, p. 132.)

<sup>181</sup> Según Chalmeta-Marugán son clasificados como «calamidad previa» y calamidad «externa»; criterio que resulta un tanto paradójico, ya que tanto en uno como en otro caso la siniestralidad se debe a hechos o fenómenos ajenos al propio cultivo, al contrato y a la tierra, ya que la sequía e inundación obedece a lluvias torrenciales o a la carencia máxima de las mismas, y la pérdida de cosechas por lluvias sobrevenidas, plagas o el paso de tropas son también circunstancias ajenas a los propios cultivos.

falta de acondicionamiento por parte de quien estaba a cargo del terreno, en cuyo caso debía determinarse el grado de responsabilidad sobre este hecho. Pero pudiera darse el caso que el estancamiento obedeciera a causas de difícil o imposible previsión, por lo que la exigencia de responsabilidades era menor<sup>182</sup>. En el primero de los casos, correspondía al bracero o arrendador la labor de secado y drenaje (*masrif*) del terreno, si bien esas tareas no dependían exclusivamente de su voluntad, puesto que se supeditaban a otra serie de circunstancias meteorológicas, tales como el cese de las lluvias y la mejora del tiempo. Y es por ello que la inundación por causa de lluvias tanto ininterrumpidas, como de intensidad horaria o aguaceros, junto con la sequía, *qaḥṭ*, tuvieran la consideración de fuerza mayor, pudiendo reclamar el afectado por los daños sufridos<sup>183</sup>. Esta suerte de calamidades, desgracias e infortunios accidentales eran conocidos con el término *istiḡdār*; mientras que el resto de los infortunios –plagas de langostas, de pájaros, incendio y frío– recibían la denominación genérica de *muṣība*<sup>184</sup>.

La jurisprudencia no manifestó opinión unánime respecto al derecho del concesionario a reclamar por los daños sufridos en su cosecha por causa de fuerza mayor. En principio puede establecerse, a partir de una de las fórmulas notariales sobre el siniestro acaecido en verduras ya compradas<sup>185</sup>, que cualquier modalidad de siniestro producida por falta de agua o por exceso de la misma permitiría la deducción sobre el precio que el comprador debería abonar, ya se tratara de daños considerables o de menor importancia. Pero la doctrina, a través de las opiniones de los discípulos de Mālik, ‘Alī b. Ziyāb, Ibn Ašras e Ibn Waḍḍāḥ consideraba que sólo era factible la deducción al tanto si el daño afectaba a un tercio del cultivo, criterio que fue el imperante a tenor de las formulas consultadas. Por ello, no era sólo importante la constatación de los daños causados por fuerza mayor y la clase de siniestro acaecido, sino también la estimación del alcance de ese daño sobre la cosecha futura, lo que obligaba a la intervención de personas expertas *ahl al-ma’rifa*<sup>186</sup>.

## INUNDACIONES PROVOCADAS

Otra causa de siniestralidad eran las inundaciones provocadas por las actuaciones inapropiadas o inconvenientes del hombre, como es el supuesto de

<sup>182</sup> IBN AL-’AṬṬĀR, *Formulario Notarial, op. cit.*, doc. 152, p. 606 y vers. arb. 381-383: «Escritura de siniestro por inundación/*istiḡdār* de terreno».

<sup>183</sup> Estas circunstancias son también objeto de regulación en la obra del mismo autor (IBN AL-’AṬṬĀR, *Formulario notarial, op. cit.*, doc. 153, p. 609, ya citado.)

<sup>184</sup> De manera que la doctrina establece diferentes efectos legales en virtud del daño sufrido por una u otra causa; sobre la precisión conceptual, en virtud de la imputabilidad de las causas a la tierra véase nota anterior.

<sup>185</sup> Se trataría de una compra de frutos realizada cuando éstos se encuentran en el árbol y se compran a precio alzado sobre la estimación de la cosecha efectuada por los *ojeadores*. IBN AL-’AṬṬĀR, *Formulario Notarial, op. cit.*, doc. 155, p. 612 y vers. arab. 389; y de forma más genérica en cuanto a los supuestos planteados IBN MUGĪT AL-ṬĪLAYṬULĪ, Al-Muqni, doc. 102, pp. 284/5.

<sup>186</sup> MUḤAMMAD B. ’IYĀD, *Madāhib al-ḥukām, op. cit.*, p. 225.

la inundación causada por el desbordamiento de un río que bajara crecido, y que veía acentuado su efecto dañino por obras indebidamente realizadas en su curso, como podían ser muros de separación o paredes que impedían el natural fluído de las aguas<sup>187</sup>. Ante estos hechos se exigía de forma inmediata que el causante de estas obras facilitara de nuevo el curso natural de las aguas, siendo por su cuenta los gastos de reparación o derribo pertinentes<sup>188</sup>. Este tipo de siniestros fue merecedor de la atención de los juristas, mediante una específica reglamentación, por cuanto los daños causados a cualquier miembro de la Comunidad podían afectar no sólo a sus propiedades sino a los bienes de primera necesidad; es éste el caso de aquellas conducciones de agua de lluvia que, vertidas en caminos, provocaban inundaciones en propiedades ajenas dentro del ámbito urbano, y que con tal de evitar daños sobre los productos almacenados en silos para el uso doméstico provocaban otros daños sobre casas o fundos vecinos, dando lugar incluso a casos de contaminación<sup>189</sup>.

Las inundaciones causadas *a priori* de forma involuntaria bien por acción u omisión del hombre –como era el caso de determinadas construcciones sin prever el drenaje en caso de agua de lluvias o de avenidas imprevisibles–, fueron motivo de interpretación por Ibn al-Qāsim, seguidor de Mālik. En su opinión justificaban la acción del afectado, mediante denuncia y petición de la reparación de los daños por cualquier inundación de terreno, y consecuente desbordamiento que supusiera vertido de aguas y esparcimiento de las mismas en propiedad ajena, máxime cuando esas actuaciones no consentidas supusieran daños irreparables, como en el caso de los cereales acumulados en un silo, o la contaminación de aguas de pozos privados o aljibes para el consumo doméstico<sup>190</sup>.

## INMUNDICIAS E IMPUREZAS

Al-Qayrawānī es uno de los juristas malikíes que incide de manera especial en la necesidad de que el musulmán disponga de aguas limpias y puras para sus distintas abluciones<sup>191</sup>. Por razón de su influencia, la legislación andalusí más tardía, al aconsejar el uso de agua limpia para el *tahor* y el *wuḍu'*, hace una aclaración respecto a la consideración de las aguas del cielo, los pozos y fuentes, y el agua del mar como aguas limpias y apropiadas, salvo cuando en

<sup>187</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, p. 226 y ss. De este tipo de construcciones han quedado muchos vestigios dispersos por la geografía levantina, y en concreto de las montañas valencianas; nótese que estos muros o taludes en ocasiones servían para el sostenimiento de terrazas en la que se desarrollaban los cultivos, y que no se construyen de forma aislada sino como parte de un conjunto arquitectónico de mayor entidad. Este tema es tratado pormenorizadamente por TORRÓ, «Terrasses irrigades», *op. cit.*, pp. 315-319.

<sup>188</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, p. 154 y ss. Sobre este tipo de daños a los miembros de la Comunidad, *Umma*, véase SANTILLANA, *Istituzioni*, *op. cit.*, vol. I, pp. 380/2.

<sup>189</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>190</sup> *Ibidem*, not. 163.

<sup>191</sup> AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, *op. cit.*, cap. II, p. 29.

ellas cayese algún animal muerto, sea cual fuere su tamaño. De igual modo, si en esas aguas se vertiera sangre, o la hubiera tocado un infiel o una persona consumidora de vino, o hubieran recibido las defecaciones o aguas menores de perro o gato, éstas tenían la consideración de aguas impuras. Tampoco podían hacerse las mencionadas abluciones cuando el agua estuviera mezclada con agua de miel, o con el agua que otra persona ya hubiera utilizado para realizar sus abluciones, circunstancia que obligaba a que éstas se llevaran a cabo siempre en lugares donde el agua discurriera con fluidez. Y, en definitiva, no podían hacerse las abluciones con aguas en las que se sospechara la existencia de alguna sustancia que, aun sin estar tasada por la doctrina, pudiera inducir a sospecha e incertidumbre por parte del creyente<sup>192</sup>.

El Mancebo de Arévalo deja constancia en su *Tratado* de que eran las ya citadas circunstancias las observadas por los seguidores de la escuela malikí en el solar peninsular; si bien en algunos casos efectúa matizaciones o precisiones. Es el caso del agua que toca el infiel, que por analogía equipara al agua que ha tocado el creyente musulmán que deshonró a sus padres; y también en cuanto al agua que hubieran tocado perro o gato, determina que la convierte en impura si de ave carnífera se tratase o de animales carroñeros, concretamente lobos o zorras. Pero no sólo convierten en impura las sustancias de animales que caen incidentalmente en el agua, sino que también ciertas acciones voluntarias del creyente pueden hacerla inútil para tan loable fin: el agua no se puede hervir, ni calentarla al sol (de ahí la importancia de los *qanāts*, y del mantenimiento de los mismos en condiciones óptimas conforme a la ley), o depositarla en cualquier recipiente que no esté limpio<sup>193</sup>.

La profusión de noticias en este período tardío andalusí es evidente, considerado el interés que el tema suscita entre los jurisperitos; el propio Mancebo de Arévalo dedica un capítulo que bajo el título *de las fábricas de casas*, aborda de nuevo la cuestión. En modo alguno el agua corriente –agua de lluvia o de manantiales debidamente canalizada y protegida– podrá verse afectada por la construcción de casas, cementerios, hornos, molinos o carnicerías; de manera que si el creyente, por desconocimiento adquiriese propiedad en estas circunstancias deberá enmendar su negligencia a los ojos de Dios mediante la celebración y realización de una serie de ritos, limosnas y advocaciones que le hagan merecedor de la benignidad divina, e incluso le hagan merecedor de mejor fortuna para poder adquirir las propiedades más convenientes<sup>194</sup>.

No sucede lo mismo respecto a aquellos animales que se crían en el agua y que la misma es medio natural en el que se desarrollan, o incluso si estas aguas son utilizadas como medio de paso por otras especies animales, sea cual fueren sus características.

La detección de inmundicias en el agua de uso comunitario era objeto de denuncia ante el juez, propiciando la redacción de un acta relativa a los ele-

<sup>192</sup> *Suma*, Cap. VI [Del agua limpia y del maçchar], *op. cit.*, pp. 265/6.

<sup>193</sup> MANCEBO DE ARÉVALO, *Tratado*, *op. cit.*, cap. I, p. 117.

<sup>194</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 157.

mentos que hubieran favorecido la contaminación de aquellas aguas<sup>195</sup> que circulasen por una ciudad (*ḥāḍira*) y barrio (*ḥawma*) determinados. En consecuencia, la modificación de las condiciones del agua de lluvia que discurriese por cualquier *qanat*, y por tanto propiedad de la comunidad, debía ser corregida y enmendada por quien hubiera causado el daño, un caso que, en relación con las aguas fecales que se vertían de las letrinas, provocaba actuaciones inmediatas y supervisadas por los jurisperitos. Tal actuación era perseguible y objeto además de sanción por los daños producidos tanto en los ámbitos de ocupación islámica como cristiana. Los *Fueros de Aragón*, en fuero atribuido al reinado de Jaime I dado en Huesca en el año 1247, regulan el derecho que todos los habitantes de un lugar tenían a dar curso libre a las aguas de lluvia fuera de sus casas, evitando causar perjuicio alguno tanto a ellos como a sus convecinos; un derecho que les conminaba a conducir a sus expensas por cursos subterráneos o cualquier modalidad análoga hasta el curso subterráneo que pasando por bajo de la vía pública recogía todas las aguas del lugar; correspondía también a ellos limpiar el curso de las aguas para facilitar su tránsito. Obligación de mantener en buenas condiciones las acequias y brazales, y al pago de la alfordá exigida a los Clérigos en los territorios aragoneses Pedro II conforme al fuero dado Zaragoza en 1348 estableciendo que los alfardeiros pudieran constreñir a los clérigos como si fueran laicos, y sin objeción ninguna, preñarles y vender lo preñado según se acostumbra a hacer contra los laicos, al objeto de evitar que las acequias estuvieran llenas de suciedad e inmundicias; restos de distinta procedencia que obstruían el curso de las aguas, e impedían que las heredades pudieran ser regadas debidamente<sup>196</sup>.

La importancia de estos casos en el derecho andalusí era tal que fueron muchas las denuncias expuestas a los expertos en las inmediaciones de la mezquita o en la explanada de la misma, *maydān*<sup>197</sup>, en busca de soluciones que, además de beneficiar a quien la solicitaba, pudiera ser conocida por todos aquellos que sufrieran la misma problemática. A modo de síntesis puede concluirse en materia de contaminación de aguas y vertidos:

1. Que la salubridad del agua y el mantenimiento de la misma, era competencia de las instancias públicas y competía a la comunidad en su totalidad, lo que obligaba a una pormenorizada reglamentación respecto a la construcción de letrinas y la canalización de las inmundicias generadas.

2. Que el agua de la lluvia tuvo como finalidad principal cubrir las necesidades fisiológicas del hombre, y que por ello su destino principal debía ser el consumo humano, es decir para beber; en modo alguno podía destinarse para lavar, ya que así se ensuciaba y se convertía en impura.

<sup>195</sup> Así se deduce del «Acta por la contrucción de un canal de desagüe», AL-ĞAZİRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op.cit., p. 396.

<sup>196</sup> *Fueros, Observancias y Actas de Corte del Reino de Aragón*, edic. facs. Zaragoza, 1991. F. 105b. y 227a.

<sup>197</sup> Desde un punto de vista generalista se ofrece una imagen bastante completa de la ciudad islámica medieval en *El Islam y el mundo árabe. Guía didáctica para profesores y formadores*, VV.AA., Madrid, pp. 81-87.

3. Las aguas sucias pasarán por bajo tierra, aunque afectase su curso a la propiedad de alguna persona, y los canales de desagüe o letrinas se enterrarán para que no discurrieran junto a las aguas puras<sup>198</sup>. A este efectos se construirán desagües subterráneos y canales que converjan con otras malas aguas subterráneas. Una medida que en territorio bajo dominio cristiano tiene su equivalente, si bien mediante la construcción de un *alambor* de piedra y argamasa de palmo y medio de grueso –aproximadamente 0,291 metros–, y cuya altura debía estipularse en función de la altitud a la que pudieran llegar los excrementos<sup>199</sup>.

4. Que en la conducción de estas aguas sucias e impuras (*šāb*<sup>200</sup>) se atendería a la dirección natural de las mismas, sin que cupiera alteración de ésta o de su curso.

5. Que toda agua que discurriera por un desagüe viejo podía ver alteradas sus propiedades, y por tanto contaminarse, convirtiéndose en inservible a los fines y usos propios de los miembros de la *Umma*.

6. Que en caso de desagües antiguos contaminados convendría derivar las aguas para que no ensucien, y arreglar los desperfectos (empresa que compete a la persona por cuya tierra pasan las citadas aguas). Procurar no desviar su curso y favorecer el que éste sea recto o derecho.

En cualquiera de los supuestos citados era preceptivo comprobar y probar que a quien efectuara las obras correspondía el derecho a desalojar el agua de lluvia por cualquier vía y dirección ajena a su curso originario, sin que para ello tuviera que hacer nuevas obras o fosas para la extracción<sup>201</sup>. Asimismo, los daños provocados a las aguas, antes puras y limpias, mediante obra nueva sin la pertinente autorización obligaban a corregir aquéllos, y a hacer cuantas enmiendas fueran pertinentes para volver a la situación anterior, siempre por cuenta del causante a quien competían todos los costes<sup>202</sup>.

<sup>198</sup> AL-ĞAZIRĪ, *Al-Maqṣad al-mahmūd fī Tallīs al-'uqūd* (*Proyecto plausible de Compendio de Fórmulas notariales*), Estudio y edición crítica por Asunción Ferreras, Madrid, 1998.

<sup>199</sup> *Constitucions y altres Drets de Catalunya, Pragmàtiques*, op. cit., vol. segon, Lib. IV, tít. II, [Ord. 7 Letrina], p. 94, respecto a la posible destrucción de estos canales cuando provocasen perjuicios a servidumbres, casas y otras instalaciones públicas. En cuanto a las medidas a adoptar en tales casos la legislación castellana, a través de las *Partidas* propone: [Como se pueden derribar loas canales que los omez fazen nueuamente en sus casas para entrar las aguas, quando reciben daño dellas sus vecinos], (*Partidas* III, 32,3). Sobre el término de origen árabe «alambor» –término que hace referencia a la construcción de una vía en pendiente para evacuar aguas y otras sustancias líquidas– véase CORRIENTE, *Nuevo diccionario Español-Árabe*, Madrid, 1988, p. 60, y del mismo autor, *Diccionario árabe-español*, op. cit., pp. 215 y 147.

<sup>200</sup> CORRIENTE, *A dictionary*, op. cit., p. 295.

<sup>201</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., pp. 223/4. Nótese que en territorio cristiano de años inmediatamente posteriores a la normativa islámica citada, se recogen preceptos análogos como así se constata en el ámbito de la ciudad de Barcelona, cuyas ordenanzas locales –conocidas con el nombre de Santacilia–, sobre esta materia se plasman de manera expresa en *Constitucions y altres Drets de Catalunya, Pragmàtiques*, volumen segon, Lib. IV, tít. II, Ord. 4 [De aygua pluvial], p. 94.

<sup>202</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 227. También la legislación valenciana se ocupa de casos análogos al determinar que «*El vehi que reebra los degotaments de son vehi en la paret mijana pus que remouer e departir los degotaments deles aygues deles pluies*

De igual modo si el agua desviada recogía las residuales (*al-riḥād wa -l-atfāl*) y afectaba tal modificación a la instalación originaria y función primigenia, se cuestionaba el derecho a desplazar y sustituir un artilugio por otro y el derecho a modificar el curso de unas aguas sin permiso y consentimiento de quien pudiera verse perjudicado por tal hecho<sup>203</sup>. Esta postura es contraria a la defendida en los Fueros de Aragón, respecto al dueño de la heredad o de la villa, próxima a un río que desea modificar el curso del río para que no pase por su heredad; conforme a la citada documentación tiene plena potestad a realizar estas obras. Por el contrario, las ordenanzas locales de Santacilia, más tarde recopiladas en las *Constitucions i altres Drets de Catalunya*, señalan la conveniencia de que este tipo de modificaciones del curso del agua –haciéndola pasar por caños, canales de tejas o canales de ollas en pared medianera–, precisan el ineludible consentimiento del vecino medianero<sup>204</sup>.

#### MERMA DE LA CUOTA DE AGUA

La disminución del caudal de agua para uso humano, y también para fines agrícolas, mereció algunas consideraciones respecto a la previsión y reparación de los daños que pudieran causarse por esa circunstancia. También aquí conviene distinguir entre la merma de la cuota por causas ajenas a la voluntad del hombre –tales como la sequía continuada por razones meteorológicas–, y aquellas otras causas en las que la falta de previsión o la acción devastadora del hombre comprometía las expectativas iniciales.

Así pues, y en atención a los efectos causados, la sequía sufrida en los campos andalusíes adquirió el rango de siniestro por fuerza mayor<sup>205</sup>, siempre y cuando la merma de agua se debiera a causas naturales y sobre todo cuando esta sequía se prolongaba en el tiempo, tal circunstancia obligaba al levantamiento de acta, respecto a la situación en la que se encontraran los campos objetos de contrato de arrendamiento en esta escritura, a fin de poder beneficiarse de cualquier acción jurídica al respecto.

---

*de la partet mijana en la casa o el loch seu can volra adobar o reparar la paret: o fer alcun edifici e sobre aquella paret edificar e leuar aytant quant volra solament quel vehi qui obrara ab les sues despeses face laygua daquell degotament correr i caer en la carrera: si aquella aygua pora exir ni caer en la carrera. E si no pora exir do loch a laygua per lo qual pusque exir i decorrer sens dan del vehi qui sera senyor del decorrimet de layghua dela pluiia». Furs e Ordinacions, op. cit., Lib. III, Rub. XVI [De la servitut dayga e altres coses], Fur. XXVIII, pp. 66-67.*

<sup>203</sup> S.v. *t fl*, (impureza) CORRIENTE, F., *op. cit.*, p. 79; s.v. *rhd*: excremento, *idem, op. cit.*, p. 204; *rihad wa-l-afal*: aguas residuales, azarbe, contaminadas por... Sobre estas cuestiones véase el «Acta de pago por la apertura de una cloaca» en AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad*, *op. cit.*, p. 398.

<sup>204</sup> *Fueros, Observancias y Actas de Corte*, 105b; Fuero de Jaime I, en Huesca, 1247. Y *Constitucions y altres Drets de Catalunya, Pragmàtiques y altres Drets de Catalunya*, volumen segon, *op. cit.*, Lib. IV, tít. II, p. 94; y LALINDE ABADÍA, «Ordinacion d'en Santacilia», [De las servidumbres], *op. cit.*, tít. II, p. 176. Y en cuanto a la construcción de canales sobre terreno de otro *Constitucions y altres Drets, Pragmàtiques, De consuetudes de Barcelona vulgarment ditas lo Recognoverunt proceres*, Lib. I, tít. XIII, cap. XLI, [De socanyali super tenedone alterius], *op. cit.*, p. 45.

<sup>205</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial, op. cit.*, doc., *op. cit.*, mod., 154, p. 611.

A diferencia de otros supuestos en materia de merma del caudal de agua, la doctrina hubo de ocuparse de forma pormenorizada y específica de una serie de situaciones. Ello se deduce de la pluralidad de casos y situaciones que al respecto se evidencian en los formularios de los siglos XII y XIII; no obstante, Ibn al-‘Attār en el capítulo sobre siniestros (*ḡā’iha*) ya asigna categoría distinta a los siniestros en los que interviene negativamente la mano del hombre, de aquellos otros que provienen de «voluntad del cielo» *amr al-samā*,’ y que adquieren rango de fuerza mayor. La merma de agua en un cultivo por causa humana suponía, a su vez, un menor crecimiento del producto, tanto si se trataba de frutos naturales como industriales, desencadenando un efecto negativo sobre las ventas de esos productos. Si se trataba de cereales, el efecto se apreciaba incluso en el destino final de esos frutos: hornos y alhóndigas; en ocasiones los trabajadores del campo presentaron en no pocas ocasiones planteamientos análogos ante la doctrina, con el fin de legitimar la introducción de cláusulas relativas a la exención de obligaciones por este tipo de siniestros, y que contemplaran la posibilidad de demandar descuentos proporcionales a las pérdidas<sup>206</sup>. Era ésta una posibilidad a todas luces ilegal, ya que suponía la introducción en los contratos de cláusulas aleatorias, no admitidas en modo alguno por la doctrina malekí<sup>207</sup>. Tal supuesto no era viable por deberse a malas actuaciones humanas y no a razones celestes<sup>208</sup>.

Ya desde el siglo XI la merma del caudal de regadío, *nuṣṣān al-mā*,’ adquirió rango de siniestro asimilado a fuerza mayor, por lo que seguía las mismas reglas en cuanto a demanda de daños causados por el trabajador de la tierra en los casos de sequía. De hecho, el crecimiento y aumento del caudal hídrico *ziyāda*<sup>209</sup>, al igual que la disminución del mismo, fue regulado por Ibn Mugīt<sup>210</sup> y al-Ġazīrī<sup>211</sup>, bajo supuestos análogos desde el punto de vista jurídico, algo negado, como ya se ha visto, por Ibn al-‘Attār.

La disminución de agua motivada por la explotación de una fuente, *istarāḡa*, respecto a un fundo vecino sobre el que existiera un derecho previo de uso y disfrute de esa misma agua, era considerada en relación a una serie de elementos, tales como la distancia mínima entre ambos manantiales, que debía ser superior a 50 codos<sup>212</sup>. Tal circunstancia podía ser denunciada y reclama-

<sup>206</sup> IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 154, p. 611, vers. arab. 387/8. IBN MUGĪT AL-TŪLAYṬULĪ, *Al-Muqni*, op. cit., doc. 101, pp. 282/3.

<sup>207</sup> SANTILLANA, *Istituzioni*, op. cit., II, p. 293; ḤALĪL IBN IṢḤĀQ, *Il Muḥtaṣar*, op. cit., II, p. 529 y 546. La consulta de estas cuestiones puede efectuarse a través de la traducción del libro sobre los contratos de compraventa de la *Muwatta*: MĀLIK B. ANAS, *Le livre des ventes du Mouwata*, trad. F. Peltier, Alger, 1911, pp. 23 y ss. CANO ÁVILA, P., «Contratos de compraventa en el reino nazarí de Granada según el tratado notarial de Ibn Salmun», en *al-Qantara*, vol. IX, 1988, pp. 323-351.

<sup>208</sup> IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 157 y 158, pp. 615-618 y vers. arab. 393-398.

<sup>209</sup> Corriente, *Diccionario*, op. cit., p. 339.

<sup>210</sup> IBN MUGĪT AL-TŪLAYṬULĪ, *Al-Muqni*, op. cit., doc. 101, pp. 282/3.

<sup>211</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., pp. 220-223 y 343-345.

<sup>212</sup> El codo, junto con el dedo, la milla, la parasanga, la merhala o jornada y la carrera o curso, son medidas de longitud entre los árabes y los persas; por lo que se refiere al codo, éste

dos los daños por esta circunstancia siempre y cuando no hubiera constatación de la renuncia a ejercer este derecho, para lo cual siempre podía esgrimirse que la inacción por parte del perjudicado estaba supeditada a que el causante de la merma esperaba a que éste ejecutara su derecho cuando quisiera, sin necesidad de emprender acción legal<sup>213</sup>, si bien otros autores opinaban que la causa de la merma debía ser corregida de inmediato, a cargo del causante, y en cualquier momento. En la legislación de los reinos cristianos sobre esta materia también hay normativa expresa: concretamente la Ordenación de Santacilia establece un espacio a distancia espacio o senda entre dos predios por los que circule agua será el equivalente a «dos pams e mig de destre», equivalentes a 0,583 metros<sup>214</sup>.

Esta situación de merma de aguas podía deberse a modificaciones o desviaciones de su curso inicial, y aun en los casos en que se debiera a fines agrícolas o con motivo del traspaso del derecho de uso (*manāfi*<sup>215</sup>), debía considerarse por personas expertas el origen y las circunstancias en las que se hubiera dado esta desviación al objeto de corregir y enmendar los daños causados. Y todo porque esta agua era considerada por la doctrina también de propiedad comunal, lo que a su vez suponía una limitación del derecho de propiedad del dueño de la tierra sobre el hídrico elemento<sup>216</sup>. De este modo adquiriría fuerza la opinión de que en caso de fuente pública, *li-ammāt al muslimun*, no se permitía construcción alguna que provocase la merma de la cantidad de agua.

La cantidad de agua correspondiente a un fundo o a la comunidad, en cuanto derecho irrenunciable común a todos, *mubāq*, no se perdía por el paso del tiempo; de manera que, cualquier alteración o modificación de ese derecho era denunciabile, aunque no se tuviera constancia (por razón del transcurso del tiempo y pérdida de la memoria) del destinatario primigenio de aquel derecho. Tampoco se perdía el derecho al uso del agua, por mucho tiempo que transcurriera, cuando tal ejercicio suponía el uso de infraestructuras susceptibles de ser modificadas o adaptadas a las nuevas necesidades y que con ello ocasiona-

---

puede ser mayor o menor, debiéndose su diferencia al uso por los árabes más antiguos o los más modernos. Los primeros hacen equivalen el codo mayor a treinta y dos dedos – cada dedo son seis granos de cebada iguales, unidos entre si por los costados–; los segundos, los modernos, asimilan el codo menor a veinticuatro dedos; MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, doc. 76, pp. 234-237, en concreto véase la opinión ajustada en derecho (*fiqh*) p. 236.

<sup>213</sup> AL-ĠAZIRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

<sup>214</sup> LALINDE ABADÍA, «Ordenación d'en Santacilia», *op. cit.*, p. 176 y *Constitucions y altres Drets de Catalunya, Pragmàtiques*, vol. II, Lib. IV, tít. II, Rúbrica [*De recs de ayguas*], p. 94. Esa misma distancia es la que se respetará cuando algún vecino conduzca agua de un abrevadero ubicado junto a la pared medianera de su vecino, conminándole a construir una «filada» de piedra y mortero equivalente a esa misma cantidad expresada en metros (*Idem, op. cit.*, Lib. IV, tít. II, Ord.8, p. 94).

<sup>215</sup> AL-ĠAZIRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, p. 153. El término utilizado es el plural de *manfa'a* (MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, *op. cit.*, pp. 220-221).

<sup>216</sup> Sobre la regulación de este supuesto en la legislación foral valenciana, véase lo explicado en nota 153. De forma análoga se pronuncia el *Fuero Reducido de Navarra* en tít. VII, capítulo 5, sobre «Quando el agua da y quita tierra o heredad, como aquel a quien se quita, puede tornar el agua a la madre porque pierda su heredad», ya citado anteriormente.

ran algún daño<sup>217</sup>. Esta opinión era aceptada por la mayoría de los jurisperitos, ya que se trataba de supuestos en los que se discutía sobre el derecho a reclamar una cantidad de agua que de suyo era considerada propiedad comunal, *al-muġtama*. Por el contrario, cuando para ejercer el derecho de uso hubiera que realizar modificaciones en el curso de las aguas por parte del dueño del terreno –debido a la inoperatividad de los artilugios o conducciones– la doctrina se manifestaba de forma contradictoria; para unos autores, si esa modificación o traslado no perjudicaba a otros usuarios no era susceptible de denuncia, mientras que para otros autores, Muṭārrif y Aṣḅag, siempre se podía denunciar esta merma del caudal por parte de los propietarios de fundos colindantes, conforme a lo cual la doctrina determina lo estipulado o *manṣūsa*<sup>218</sup>.

La merma del caudal en algunos casos obligó a la doctrina a pronunciarse sobre el legítimo derecho que tenían los usuarios al agua; en efecto, siempre cabía la posibilidad de desviar el curso del agua para uso legítimo y a favor de la comunidad, imponiendo condiciones respecto a los destinatarios<sup>219</sup>. El hecho de que las aguas corriesen por sus tierras o brotase en las mismas generaba una serie de derechos de uso, tanto doméstico como industrial, que podía verse alterado por la acción de los dueños del fundo originario en el que hubiese sido descubierta o explotada; así pues, el desvío de la misma, *sarrafu*, impedía el derecho de uso por los poseedores primitivos pero generaba nuevos derechos de posesión respecto a los beneficiarios de la misma por razón de la modificación realizada en el curso de las aguas. Los beneficiados por esta segunda actuación eran considerados poseedores, *huzna*, del agua, si bien desde el punto de vista temporal, en un momento posterior, permitía a la doctrina tomar posiciones respecto a la declaración de mejor derecho en virtud del tiempo en el que este se ejerció. En consecuencia, la merma del agua provocada por la acción del hombre no podía ser denunciada en el caso en que no se tuviera derecho a la misma, primando en este caso el derecho del dueño del fundo y de la fuente al de los usuarios<sup>220</sup>; en caso contrario, si los regantes de un fundo veían incrementado el caudal de riego, y con ello se dificultaba el buen drenaje de las tierras, podían demandar la actuación efectuada sobre el curso del mismo, por cuanto sus tierras podían convertirse en incultivables por inundación no debida a fuerza mayor<sup>221</sup>.

<sup>217</sup> Véase *Furs e Ordinacions*, *op. cit.*, Lib. III, Rub. XVI [De la servitut daygua e altres coses], Fur, XVI, pp. 65-66.

<sup>218</sup> Corriente, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 763; término cuyo significado es: determinado, estipulado, indicado.

<sup>219</sup> Posibilidad que supone la inclusión de cláusulas lícitas y consensuadas en los contratos de uso de aguas; y que ya en el Tratado de convecinos de Al-Tafri es objeto de regulación al establecer que en caso de provocar daño sobre caño de agua será el causante quien correrá con los gastos de su reparación (Al-TAFRI, *op. cit.*, p. 329). Se pronuncia en el mismo sentido AL-ĠAZIRI, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, pp. 153 y 396.

<sup>220</sup> La misma opinión es sostenida por AL-ĠAZIRI, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, pp. 153/4.

<sup>221</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII, 5.c, p. 244.

La multitud de casos planteados ante los jurisperitos dio lugar a otras tantas respuestas, en la mayoría de las ocasiones supeditadas a los testimonios contradictorios que se exponían ante los *qaḍīes*, y que otorgaron al juez la posibilidad de aplicar el criterio que considerara más conveniente<sup>222</sup>. Las soluciones jurídicas en materia agrícola siempre debían contar con la opinión de quienes se servían del agua para sus cultivos o molinos, y en la mayoría de los casos tenían en cuenta el tiempo en que se hubiera ejercido el derecho de uso sobre la misma<sup>223</sup>.

### 3.3.2 Consecuencias derivadas de la privación del derecho de uso de aguas

Siguiendo un criterio utilitarista Ibn al-‘Attār adoptó una postura preventiva respecto a las consecuencias que se derivaban, tanto por un uso desmesurado como escaso de las aguas, en bienes o propiedades que precisaran del líquido elemento. En lo tocante a este apartado se centró en el daño real causado, en la pérdida de beneficios, y por tanto, en el lucro cesante respecto a las previsions efectuadas en el momento de la celebración de cualquier contrato de tipo agrícola<sup>224</sup>. Y tomaba también en consideración el deterioro que sufriera el terreno, que en la mayoría de las ocasiones quedaba inservible para efectuar las labores propias de esos cultivos, o lo dejaba inviable para ser trabajado en sus condiciones originarias a corto plazo, siendo imposible recuperar siquiera parte de lo plantado<sup>225</sup>.

Otra de las consecuencias objeto de atención por la doctrina, junto con los daños y pérdidas ante este tipo de fenómenos –bien naturales bien provocados por acción u omisión del hombre–, fue la derivación de otros daños colaterales

<sup>222</sup> Una respuesta que pone en tela de juicio la intervención del juez o *qaḍī* a tenor de las fuentes consultadas, y que en relación a los reinos cristianos es factible tomando en consideración lo dispuesto en el *Fuero Reducido de Navarra*, «Si alguno hiziere molino o ruedas de nuevo, y este tal molino o rueda de nuevo hecha llegare a tal estado que ahyá dado la muela alderredor tres vueltas o veces que es dicho corriente y molinete, alguno tiene quexa contra aquel que el molino o rueda a hecho y fraguado, el que a hecho el tal molino o ruedas, debe dar fiança de derecho al querellante segunt que el alcalde mandare, y mediante la dicha fiaduria deben pleitera las partes siendo el dicho molino o rueda corriente y moliente». En este supuesto se adopta como medida cautelar la fijación de la fianza con la que, en su caso, poder afrontar los gastos derivados del pleito y la acción judicial (*Fuero Reducido de Navarra*, *op. cit.*, tít. VIII, cap. 4, p. 431). En idénticos términos, aunque con una aclaración respecto al tiempo en el que puede ser esgrimido el derecho al agua por el antiguo propietario sobre el molino viejo – especificando en este caso que aun a pesar del transcurso de invierno y verano por muchos años sólo cuando haya transcurrido tanto tiempo que no haya recuerdo podrá ser estimado decaído su derecho–, véase *Fuero General de Navarra*, *op. cit.*, tít. VI, cap. III [Qué fuero ha en la agoa el molino ques faz de nuevo, et cómo la presa nueva non debe embargar á la vieylla, et ata qué tiempo debe aver sus drechos la reuda aqueneu iaga], p. 247.

<sup>223</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII.7, p. 246 y ss. En Aragón la legislación foral precisaba que en el supuesto de dos molinos quien construyera más arriba del molino originario evitará por todos los medios que sus aguas inunden al molino situado por debajo de él y viceversa; para ello procurarán desescombrar y mantener la acequia en buen estado, y procurando ambos un azud así como señal en el agua en la boca del cárcavo de fuera. *Fueros y Observancias*, 106a (dado por Jaime I en 1247).

<sup>224</sup> IBN AL-‘ATTĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 153, p. 609, vers. arab. 385.

<sup>225</sup> IBN AL-‘ATTĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 154, p. 611, vers. arab. 387.

de forma más o menos prolongada en el tiempo, que obligan a tomar posiciones respecto a la declaración de siniestro por tales causas. La siniestralidad estuvo generalmente referida a un tipo de cultivo determinado o bien inmueble singularmente tratado; y ello es así teniendo en consideración que la inviabilidad de los terrenos a largo plazo condicionaba ya no sólo el *modus vivendi* del arrendador y del arrendatario, sino que también afectaba al equilibrio del mercado y a la disponibilidad de bienes de consumo para los miembros de la comunidad<sup>226</sup>. En efecto, el pudrimiento de los frutos, y la consiguiente aparición de plagas de insectos, no sólo era pérdida lamentable sino también riesgo para la salubridad de las gentes y motivo suficiente para adoptar medidas contundentes e inmediatas que paliaran estos daños.

En esta misma línea Muḥammad b. ‘Iyād en el capítulo dedicado a las aguas<sup>227</sup> se haría eco de las consecuencias inmediatas ocasionada por la merma del caudal de agua que, como daños colaterales, ocasionase el debilitamiento o reducción del agua que accionaba las aspas de los molinos construidos en los cauces de estos manantiales, provocando la paralización de los mismos, su deterioro y avería. Tales situaciones conforme denuncian los andalusíes, se debieron, en la mayoría de las ocasiones, a la falta de sensibilidad de las gentes respecto a la conservación de este bien común y al valor que como recurso de utilidad pública la naturaleza les había concedido<sup>228</sup>. Gentes que eran consideradas corruptas y viles, por el hecho de querer aprovecharse del agua en beneficio propio provocando la detracción de la cantidad correspondiente al resto de los conciudadanos.

Ante estos supuestos se hará valer, conforme al criterio ya expuesto en la Mudawwana, la irrenunciabilidad del derecho adquirido por el musulmán, conforme a la doctrina islámica, siempre y cuando no hubiera renuncia expresa por quien detentaba este derecho. De igual modo, en materia de arrendamiento de tierras de regadío mientras no hubiera renuncia expresa a las acciones reivindicatorias por parte del litigante, no cabía la posibilidad de reconocer la posesión por prescripción adquisitiva<sup>229</sup>. Una situación que, además, comportaba una serie de actuaciones reglamentadas en el orden procesal y que comenzaban con la prestación de juramento ante el tribunal, *maqṭa’ al-ḥaqq*<sup>230</sup>.

<sup>226</sup> Son muchas las fórmulas en las que al determinar la siniestralidad se tiene especial cuidado en destacar el lugar en el que se ubica el huerto afectado por aquélla: la capital del lugar, la ciudad a la que pertenece, o el arrabal o barrio en el que se encuentra, conforme enumera IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 157, p. 615, vers. arab. 393/4.

<sup>227</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., pp. 236 y ss.

<sup>228</sup> Así es expresamente transmitido por la doctrina; MUḤAMMAD B. ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., cap. VI «Sobre la reprobación del perjuicio», p. 222.

<sup>229</sup> Sobre estas cuestiones de forma general véase SANTILLANA, *Istituzioni*, op. cit., vol. II, pp. 341 y 433; para el caso de al-Andalus sientan doctrina las opiniones de AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, op. cit., p. 273 e IBN ‘AṢĪM, *Tuhfat*, op. cit., pp. 665 y 793.

<sup>230</sup> El juramento tendrá lugar una vez iniciado el procedimiento, que comporta una descripción del contenido y forma del mismo, siempre bajo la invocación de Allāh, y de obligado cumplimiento para quienes así lo determine la ley o quienes ante testimonios adversos se mantienen en sus legítimas peticiones. Desde el punto de vista formal se desarrollan aspectos tales como la declaración de

Así pues, la necesidad del hídrico elemento fue objeto de preocupación e interés en cuanto a las consecuencias negativas que su carencia o merma pudiera ocasionar, así como por lo daños que inundaciones o retenciones en zonas bien de tránsito bien despobladas pudieran ocasionar. Las razones, como ha quedado expuesto, eran diversas: el asfixiado de pozos, la falta de limpieza y cuidado en las canalizaciones y acequias (dando lugar a humedades y podredumbre en zonas comunes), y la modificación del curso de aguas de utilidad pública. De ahí que las aguas comunales (*al-muğtama*) merecieran fueran objeto de reglamentación de los jurisperitos, quienes, a través de sus opiniones, determinaron la importancia que ciertos daños y necesidades básicas no satisfechas de los andalusíes, pudieran causar a la comunidad, más allá del interés o beneficio que este uso reportase a quien, de forma ilegítima, pretendiera usurpar el derecho de otros<sup>231</sup>.

### 3.3.3 *Consecuencias derivadas de la contaminación de las aguas según el Derecho andalusí*

La contaminación del agua fue, tal y conforme se deduce del análisis de las fórmulas notariales cotejadas, la mayor preocupación y causa de denuncia ante los *qadīs* andalusíes; adquiriendo este tema mayor notoriedad –aun desde el punto de vista numérico– que los daños ocasionados por la acción u omisión del deber de cuidado de los bienes de naturaleza comunal.

En época andalusí, por ser de uso comunal, los espacios al aire libre eran objeto de protección especial, debiendo permanecer indemnes a cualquier elemento que pudiera alterar sus características. La contaminación de áreas públicas era una de las consecuencias derivadas de los malos usos y vertidos sobre las aguas, siendo perseguibles todas aquellas acciones que pusieran en peligro las zonas de mayor tránsito, como la mezquita y la calle mayor de acceso a la misma<sup>232</sup>. La consecuencia inmediata de estas acciones no ajustadas a derecho

---

las partes, los instrumentos de prueba al uso, la forma de presentación de pruebas y sus plazos, la autenticación de los documentos presentados por expertos en la materia, y los requerimientos para la presentación de los testigos. Igualmente, cabe en esta fase central el juramento, atendiendo a su justificación, contenido y finalidad del mismo, y la confesión como práctica excepcional. El Derecho procesal musulmán prevé la adopción de medidas de garantía exponiendo las causas y motivos de adopción de las mismas. Es objeto de consideración en la obra de MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 194 y AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad*, op. cit., p. 466.

<sup>231</sup> Obligaciones a las que se refiere Mālik en respecto a quienes trabajan tierras irrigadas por cursos de agua naturales (MĀLIK, *Muwatta*, cap.36 [Book of Judgements], 36.25.29, p. 346). Propuestas seguidas por la escuela andalusí a tenor del testimonio de MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 228 y ss. Esas mismas obligaciones se exigen en territorio cristiano, a tenor de lo dispuesto en la legislación foral valenciana desde los tiempos de Jaime I para quien los «cequiers una vegada en lany de sol a sol e de fons a fons scombren les cequies: e oltra aquell scombrament porguen e escombren aquelles de herbes una vegada cascun any: e no tornen laygua en les cequies entro que sia vistit sufficientment seran scombrades segons la manera sobre dita». (*Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. IX, Rub. XXXI [De cequiers], Fur. III, p. 189, y la misma rúbrica sobre la obligación de desescombrar los *braçals*, Fur. III, p. 189).

<sup>232</sup> La vida de la comunidad islámica giraba al espacio circundante a la mezquita: lugar de reunión y oración. Con sus diversos espacios para la cumplimentación de ritos de obligado cum-

era, en primer lugar la agresión y perjuicio ocasionado a los transeúntes; y en segundo lugar, el daño ocasionado al centro de culto, la mezquita. En consideración a las medidas paliativas primaba la supresión y reparación de los daños en la mezquita y sus inmediaciones; en segundo lugar la reparación de los daños ocasionados en las vías públicas, y en tercer lugar la misma exigencia respecto a quienes transitaban por ellas. De este modo, se priorizó el servicio y la utilidad pública de la Comunidad al uso individualidad. Y en este supuesto, como en otros muchos, mediante la deducción analógica (*qiyās*) se adoptaron soluciones tendentes a la protección de los intereses de la *Umma*, determinando que cualquier construcción que perjudicara a sus miembros debía ser prohibida por los jueces de inmediato, fuera cual fuese la intención de su edificación<sup>233</sup>.

Otro tanto sucedió respecto al vertido de aguas fecales y de desperdicios en canales comunales, considerando que ello comportaba la insalubridad del agua destinada al uso doméstico o al uso ritual del musulmán, por lo que debían adoptarse medidas de control y supervisión de estricto cumplimiento<sup>234</sup>. La protección de estas construcciones destinadas a canalizar desechos, si bien tenía un fin utilitarista cual era procurar el hídrico elemento a quienes de él pudieran beneficiarse, llegó a ser considerado un derecho comunal reconocido a lo largo del tiempo, de hecho, los distintos ordenamientos jurídicos se hacen eco de la utilidad que las aguas reportan a la comunidad de individuos; así, por ejemplo, cualquier nueva construcción de caños para las aguas sucias o limpias precisan el consentimiento de los vecinos, tal y conforme recogen las *Constitutions de Cathalunya*<sup>235</sup>. Las mismas conducciones podían poner en peligro la salubridad de los lugares por los que atravesaran, sobre todo si llegaban a mezclarse o perjudicar los pozos de los que se nutrieran las tierras de cultivo. En consecuencia, se proveyeron esos males y adoptaron soluciones con fines tanto preventivos como paliativos respecto a los daños causados; así, por ejemplo, la elevación de aguas que discurrieran por niveles freáticos que pusieran en peligro el curso de aguas puras, o la retirada de las mismas con medios y artilugios destinados al efecto, e incluso el drenado de las tierras que se hubieran visto regadas por estas aguas insalubres, correspondiendo siempre la responsabilidad al causante del daño denunciado<sup>236</sup>.

---

plimiento, la sala de oración era sin duda el lugar más íntimo, así como la fuente de las abluciones de la antesala. Esta limpieza ritual con fines espirituales se completaba en el *hammām*, lugar donde se tomaban los baños, en función de la comisión de determinados actos fisiológicos considerados por la Sunna impuros. El agua era –y es– un don divino (*baraka*) y bendición fecunda y purificadora, al margen de otras connotaciones derivadas de actos de dudosa legitimidad; MARTÍN MUÑOZ, G. *et. al.*, *El Islam y el mundo árabe*, Madrid, 1992, pp. 84-86. MUHAMMAD B. ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, p. 228.

<sup>233</sup> MUHAMMAD B. ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, p. 229.

<sup>234</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, p. 396. Años más tarde a la aparición de la obra de este autor andalusí, la legislación valenciana del rey Jaime I, confirmada a través de los Furs del año 1238, se pronuncia en idénticos términos al respecto (*Furs e Ordinacions*, *op. cit.*, Lib. III, Rub. XV [De clavegueres e de stremeres e dalbellons], p. 64.

<sup>235</sup> *Constitutions y altres Drets de Cathalunya*, Pragmáticas, Lib. IV, tít. II, 7, *op. cit.*, p. 176.

<sup>236</sup> Daños que son objeto de atención tanto por el *taqlid*, como por el *fiqh*. AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, p. 396.

### 3.4 Efectos jurídicos por mal uso y contaminación del agua

Puede resultar un tópico afirmar, a la luz de los datos conservados y tomando en consideración el tiempo transcurrido, que la acción de la justicia en materia de aguas se evidenció en la mayoría de las ocasiones como consecuencia de la irregularidad de algunos fenómenos meteorológicos, que afectaban a los cursos hídricos en el territorio andalusí. Aunque no es posible extrapolar determinadas experiencias y situaciones, conviene tener presente que la necesidad de agua corriente para la realización de sus abluciones rituales y para la satisfacción de las necesidades diarias domésticas –uso humano, animales y tierras de labor–, propició la codicia del líquido elemento en épocas de escasez dando lugar a acciones contrarias al derecho y lesivas para los conciudadanos<sup>237</sup>.

#### 3.4.1 *La acción de la justicia a través de distintos modelos documentales: de denuncia, de alegaciones, probatorios, dispositivos y peticionarios*

En el estudio de los documentos generados en materia de aguas no existe una justificación previa por parte de los juristas andalusíes en el uso de una u otra tipología<sup>238</sup>; no obstante ello, se advierte cierta uniformidad en cuanto a la referencia a tipos documentales que casi de manera unánime aparecen en los diversos formularios y tratados y que se circunscriben en el ámbito procedimental a escrituras, actas y concesiones; por el contrario no queda prueba escrita sobre los dictámenes<sup>239</sup>, las órdenes<sup>240</sup> y la concesión de permisos<sup>241</sup>.

Nótese que en el curso de la tramitación de los pleitos aparecen una serie de documentos que tendrán la consideración de judiciales, o propios de la función del *qadiazgo*; los formularios son compendios de una tipología concreta, y por razón de su utilidad no comprenden otras modalidades ajenas al ámbito judicial. Ahora bien, en el marco de las relaciones establecidas entre los litigantes y el *qāḍī*, todos los documentos son motivo de «asentamiento» en el «sumario» con valor probatorio y de ahí, por tanto, el valor notarial y la expresa alusión al conocimiento de estos asientos por parte de los interesados en el proceso; no en vano este tipo de documentación era registrada *siġill* quedando

<sup>237</sup> ESPINAR MORENO, M., «El reparto de las aguas del río Alhama en el siglo XII (1139)», en *Estudios sobre Málaga y el reino de Granada en el V Centenario*, Málaga, 1987, pp. 235-255.

<sup>238</sup> Por el momento la historiografía ha dejado pocos datos al respecto, al menos en lo concerniente a al-Andalus; véase LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932, pp. 82-89.

<sup>239</sup> Así en una respuesta dada por Muhammad b. Ruṣd sobre la obligación de dictaminar la supresión de un perjuicio sobre un huerto por construcción de letrinas en la corriente de las aguas; MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 222.

<sup>240</sup> Órdenes a las que se alude mediante el término *ḥukm* (pl. *aḥkām*) en lugar de 'amr (pl. *amrun*) que es el término al uso para significar una medida imperativa dictada con carácter cautelar y previo por el juez mientras recababa toda la información necesaria para emitir su veredicto; veredicto, sentencia o juicio, atributo de sus funciones, y cuyo concepto propiamente es *ḥukm*. Véase MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., pp. 231 y 232 y p. de VII-7j, p. 252; AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad*, op. cit., pp. 396 y 397, respecto al acta de cierre de una canal y apertura de otro respectivamente. Sobre el término 'amr, CORRIENTE, *A dictionary*, op. cit., p. 26.

<sup>241</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., 231.

pues constancia en el *diwān*<sup>242</sup>. Y así es que, tomando en consideración alguno de los documentos consultados, Ibn Iy...d en la declaración del derecho correspondiente a los usuarios de una fuente, adoptó una serie de medidas tales como la inhabilitación del causante del daño, y la condena a impedir la situación dañosa respecto al curso de las aguas; todas estas medidas debieron ser escritas en el registro (*sijillāt, maḥāḍir*<sup>243</sup>), con el compromiso por parte del demandado de que enmendaría y corregiría mediante la construcción de un canal subterráneo, la situación lesiva<sup>244</sup>.

En otro documento del citado autor, la inscripción registral adquiere verdadera fuerza legal como documento probatorio, y así quedó establecido que la sentencia de un juez dictaminando el corte del paso del agua que discurriese por vía pública –aun siendo agua destinada a riego de huertos– y que ocasionara perjuicio a los transeúntes, adquiriría fuerza legal en el tiempo en virtud del testimonio inscrito en el registro; porque en base a éste había el juez motivado su sentencia. De forma que aun en caso de alegaciones, y fuera cual fuera el tiempo transcurrido –incluso más de cuarenta años<sup>245</sup>–, el testimonio recogido en el registro no podía ser cuestionado, y por ende la sentencia no podía ser revocada<sup>246</sup>. En este mismo sentido Al-Ġazīrī aludió también a la necesidad del registro como medio para acreditar la propiedad de la tierra que lindase con un curso de agua permanente, y que por causas ajenas al propietario pudiera verse privado del recurso hídrico; en este caso era preceptiva la exhibición del documento conforme a la jurisprudencia<sup>247</sup>.

En función de su valor probatorio sólo eran registrados aquellos documentos que sirvieran para aquel fin: documentos que emanaban de la autoridad judicial y que tenían bien carácter dispositivo bien informativo de los negocios celebrados o de las actuaciones realizadas en el ámbito procesal. Asimismo, tenían valor probatorio las declaraciones testimoniales o derivadas de la confesión prestada en el curso del procedimiento, tanto si provenían de los testigos como de los litigantes. Todos estos documentos poseen características propias que conviene tomar en consideración. Desde el punto de vista conceptual tam-

<sup>242</sup> El *diwān* era el lugar destinado a guardar todos aquellos documentos probatorios y actas validas en juicio, instrumentos al servicio del *qāḍī* (AL-HUŠĀNĪ, *Ta'rij*, *op. cit.*, p. 200); sobre el mismo tema véase ARCAS CAMPOY, «La correspondencia», *op. cit.*, p. 48.

<sup>243</sup> Según Hallaq, en el primero recogería aquellos documentos emanados del *qāḍī* comprendiendo tanto la relación de hechos como la sentencia; mientras que en el registro *maḥāḍir* se asentaría aquellos documentos que bien constituyen el fundamento sobre el que el juez basa su decisión, a partir de un negocio; o bien la relación de las actuaciones y quejas efectuadas ante el juez por las partes implicadas; HALLAQ, «Model Shurūt Works», *op. cit.*, p. 121, not. 54. Nótese que en este caso el término alusivo a este lugar aparece con distinta grafía respecto a la letra «ġā».

<sup>244</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀḌ, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, 247 y ss.

<sup>245</sup> Un tiempo considerado por la doctrina de prescripción larga; MARTÍNEZ ALMIRA, *La dimensión jurídica del tiempo*, *op. cit.*, p. 78 y ss.

<sup>246</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀḌ, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII.7-o, p. 255.

<sup>247</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, pp. 382/383; y sobre este tema se pronuncia la jurisprudencia, *op. cit.*, p. 228.

bién son distintos los términos que definen uno u otro tipo de documento derivado de los asuntos y procesos sobre uso y distribución equitativa de las aguas<sup>248</sup>.

En un primer momento la doctrina andalusí se mostró unánime sobre el tipo de documentos intervinientes en materia procesal sobre derecho de aguas; en este sentido, el término *escritura* (*watīqa* pl. *watā'iq*<sup>249</sup>) es el más usual en el *Formulario* de Ibn al-'Aṭṭār, de manera que aquellos contratos en los que se plasma una concesión, *qabāla*, responden a esta denominación<sup>250</sup>. Pocas son las ocasiones que se utiliza el término *taqrīr* (pl. *taqārīr*) para significar el acta levantada por el *qāḍī* en el curso de las pruebas testimoniales; términos que son sustituidos por los autores andalusíes por otros vocablos como *iṭbāt*<sup>251</sup> (pl. *ṭabāt*) y *tāqyīd*<sup>252</sup>, que conforme a sus distintas acepciones coinciden en el carácter fidedigno y cierto respecto a la solución aceptada por la doctrina respecto a una cuestión concreta.

Ibn al-'Aṭṭār en sus *escrituras* sobre materia de aguas, y concretamente de riego<sup>253</sup>, reúne bajo ese término una serie de documentos en los que se distingue un primer encabezamiento en el que se hace alusión a la modalidad del citado documento, para a continuación identificar a los sujetos intervinientes en el contrato, y su filiación; seguidamente se hace mención al objeto del contrato: en el caso que nos ocupa el riego de unas tierras, huertos e incluso la declaración de daños por siniestros debidos a las avenidas de agua en épocas imprevistas. Prosigue la ubicación o señalamiento del lugar en el que acaece el hecho que se quiere corregir o del que se desea dejar constancia, y a continuación –teniendo en cuenta que este tipo de documentos venía a regular una situación de derecho respecto a quienes acuden ante el juez a denunciar daños o males sufridos– la declaración de obligaciones: por un lado de quienes se comprometerán en virtud

<sup>248</sup> Esta pluralidad queda acentuada ante la profusión de términos utilizados en las distintas versiones y ediciones de los formularios consultados; términos como *iṭbāt*, *tasḡīl*, *watīqa*, entre otros, se refieren a documentos singulares y específicos que intervienen en las distintas fases del proceso y que obedecen a necesidades y finalidades precisas. En este sentido resulta, a la luz de los documentos consultados, dificultoso –precisamente por la parquedad a nivel conceptual y también de contenido– realizar una clasificación exhaustiva de la documentación judicial; en cualquier caso sí cabe esbozar –aun a grandes rasgos– una pequeña tipología con características propias.

<sup>249</sup> Documento que certifica la comisión de una promesa o acto legal, o la cita de una persona con carácter oficial; sobre estos significados s.v., «*watīqa*» en *EI2*, vol. XI, p. 178.

<sup>250</sup> Es el caso de las concesiones de lotes de tierras en aparcería para la explotación salinera. IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 67 y 68, pp. 352-354, respectivamente y vers. arab. 199-200.

<sup>251</sup> Término que significa literalmente afirmación, aseveración, confirmación, prueba y documento, y en sentido figurado inscripción, anotación e incluso registro; véase CORRIENTE, *Diccionario Árabe*, op. cit., p. 86. Al margen del significado que adquiere el citado término en los contratos consultados significa, desde un punto de vista técnico jurídico, «garantía», y se aplica de forma singular en materia fiscal, tal y conforme justifica MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, op. cit., p. 288.

<sup>252</sup> Entre sus posibles significados, afirmación, confirmación, seguridad, corroboración, seguridad, certeza y certidumbre; véase CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, op. cit., p. 16.

<sup>253</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc., 28 p. 190 y vers. arab.p. 76 arb.; doc. 30, p. 195 y ss., vers. arab. 83 arab. AL-ĠĀZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 259.

del documento, y a continuación los derechos correspondientes por esa actuación. Como corolario de esos derechos se alude a la asunción de responsabilidades por ambas partes, lo que permite asumir los posibles riesgos sobrevenidos, *ḥaṭar*. Por lo general estos contratos comportaban dos tipos de obligaciones: las principales y secundarias que debían especificarse aludiendo al tiempo o duración en el cual ese contrato, con sus derechos y obligaciones correspondientes, estaría en vigor para las partes contrayentes. Unas exigencias que además debían cumplirse de buena fe, tal y como precisan la mayor parte de estas escrituras. En otro orden de cosas, pero ateniéndose a esta jerarquía expositiva, se redactaban los requisitos para la toma de posesión del bien en cuestión y los efectos derivados de esta última: una declaración de derechos sobre los productos y beneficios obtenidos, que se estipulaban de forma proporcional a la inversión realizada por ambas partes. Y finalmente se daba testimonio de todo ello por parte de los testigos fidedignos presentes en el acto a petición del otorgante de la citada escritura<sup>254</sup>.

De igual modo los documentos relativos a siniestros también son enunciados por Ibn al-‘Aṭṭār con el término citado *escritura*, si bien en ellos se hace referencia al testimonio de los implicados en el daño causado de forma natural: anegación del terreno (*istiğdār*) lluvias continuas (*awālī al-amṭār, al-ğuyūt*) y avenidas (*sayl*) entre otras. Para estos casos la forma guardaba estrecha relación con lo ya descrito, si bien ahora figuraba en el encabezamiento la mención de los testigos, que certificaban el daño sufrido por el beneficiario de las disposición judicial y perjudicado por el siniestro –ya que las citadas escrituras tenían por finalidad eximir a los perjudicados de ciertas cargas tributarias u obligaciones pecuniarias por razón de la pérdida total, o en la proporción establecida, de la cosecha–. En segundo lugar, era preceptivo aludir al momento o fecha en el que se había producido el siniestro y consecuentemente el percance sobre el terreno, también identificado en este mismo punto. A continuación quedaba explícitamente descrito el daño sufrido por las cosechas y evaluado el alcance de aquél. La valoración que se efectuaba de forma personal se consensuaba y plasmaba por escrito en el *testimonio*, que conocía el juez en concepto de prueba. Finalizaba con la consignación de los participantes en esta actuación y la fecha y lugar de la expedición del documento<sup>255</sup>.

Atendiendo a las distintas fases del proceso, los documentos consultados en materia de aguas aluden a otras series, en este caso expedidos por los litigantes. Entre ellos cabe destacar las quejas<sup>256</sup> que solían concluir en una quere-

<sup>254</sup> Sobre este tema IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario Notarial, op. cit.*, doc. 29, p. 192 y vers. arab. p. 90; y AL-ĞAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd, op. cit.*, p. 258.

<sup>255</sup> IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario Notarial, op. cit.*, doc. 30, p. 195 y vers. arab. 87; doc. 151, p. 605 y pp. 379/0; doc. 152, p. 606 y ver. arab. 381 y ss., doc. 153, p. 609, y vers. arab. 384/6 y doc. 155, p. 612 y vers. arab. 389/0; también merece ser estudiado el documento 161, p. 620, vers. arab. 401/2, por siniestro ocurrido en la cuota de riego *Inaṣīb saqy*255 de árboles a causa de la mengua del agua que es objeto de atención en idénticos términos por los ya citados documentos de IBN MUGĪT AL-ṬĪLAYṬULĪ, *Al-Muqni’, op. cit.*, doc. 101 y 102, pp. 283-284.

<sup>256</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀD, *Madāhib al-ḥukām, op. cit.*, p. 236.

lla formal respecto al daño sufrido y que requería juramento ante el tribunal sobre la razón que justificaba el tiempo que hubiera mantenido silencio respecto a la situación lesiva que había soportado, sin actuar ante los tribunales. Y ello debido a que el transcurso voluntario del tiempo podía entenderse como una dejación voluntaria de su derecho y admisión de la situación de hecho—, querellas<sup>257</sup>, y demandas<sup>258</sup>—, reclamaciones<sup>259</sup> e incluso reivindicaciones<sup>260</sup>, con valor de denuncia, pero de los que no hay referencia escrita a lo largo de los formularios respecto a la materia que nos ocupa. Del mismo modo se aludirá a otros documentos con carácter peticionario y alegatorio, tales como los recursos, y las protestas o las alegaciones<sup>261</sup>. Las dos primeras modalidades, querellas y demandas, eran susceptibles de ser comprendidas en el desarrollo del procedimiento, junto con los requerimientos —que aun sabiendo se realizaban de forma escrita<sup>262</sup>—, y respecto a las alegaciones, tal y como queda expuesto en la obra de Muḥammad b. ‘Iyāḍ, era un derecho cuestionable cuando mediante las mismas se intentaba rebatir el testimonio que había quedado probado, propiciando la sentencia judicial; en definitiva, documentos que no son objeto de descripción en el capítulo sobre aguas.

Numerosas son las ocasiones en las que el acta es documento principal en el decurso del proceso. El levantamiento de actas tuvo por finalidad dejar constancia del estado de la cuestión en litigio, como pudiera ser la construcción de molinos en huertos perjudicando con ello el uso y servicio de las aguas en un terreno<sup>263</sup>. Entre las diversas modalidades de este tipo de documentos conviene hacer una distinción entre las actas como documentos de certificación procesal, expedidos por el *qāḍī* y que además tenían carácter probatorio sobre una información recibida o emitida en sede del citado juez y aquellos otros documentos expedidos por razón de las declaraciones de los

<sup>257</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀḌ, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., pp. 228, 237, 241, 247(VII-6b), y VII-7 q, p. 255. De manera similar determinan las *Partidas* que la querella sea admitida por el juez cuando se constate el daño causado por un canal por el que discurren aguas que entran indebidamente en casas particulares; y que los querellantes no carguen obligación alguna, no correspondiéndoles a ellos *endereçar o emendar de guisa*. Sobre este mismo tema *Partidas*, III. 32,13.

<sup>258</sup> Respecto al ejercicio de la demanda cuando en tierras de labor se hace obra nueva que produce merma o pérdida de agua a los agricultores huertos más antiguos, de forma mancomunada o solidaria; *Partidas*, III.32,17. Y en idénticos términos la legislación tortosina: «*Com alcun a servitut de menar ayga per camp o honor d'altre a rregar lo seu camp o sa honor, deu aver carrera proa de la riba d'aquel aygaduit tro aquel loc d'on aquel ayga ix*». *Costums de Tortosa*, Rub. II. 3.11.14.

<sup>259</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀḌ, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 237 y VII-7-q.

<sup>260</sup> AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mi ‘yār al-Mugrib*, op. cit., vol. VIII, p. 382.

<sup>261</sup> Alegaciones que se manifiestan a tenor de los argumentos expuestos por los litigantes para hacer valer su derecho, considerado por la doctrina inalienable; en este sentido MUḤAMMAD B. ‘IYĀḌ, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., pp. 223 y 225.

<sup>262</sup> AL-HUŠĀNĪ, *Ta ‘rij*, op. cit., p. 59. IBN ‘ĀŠIM, *Tuhfat*, op. cit., vers. 32, p. 17; ḤALĪL IBN IŠḤĀQ, *Muḥtaṣar*, op. cit., p. 219, vers. Guidi-Santillana, II, p. 604, y LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, op. cit., p. 83.

<sup>263</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀḌ, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., cap. Sobre la reprobación del perjuicio, p. 222.

litigantes incursos en el proceso, y que teniendo igual valor probatorio daban fe de un testimonio o de una confesión, medios probatorios esenciales en el proceso andalusí. Conforme a estos supuestos los jueces competentes en materia de aguas podían redactar actas de oficio sobre el estado de un canal o cualquier otra conducción de aguas que pusiera en peligro la salubridad pública<sup>264</sup>, o bien para dar fe sobre la marcha de las medidas dictadas en sentencia previa<sup>265</sup>. En cualquier caso, estas actuaciones eran la consecuencia de la detección de inmundicias en el agua de uso comunitario siendo objeto de denuncia ante el juez y propiciando la redacción de un acta relativa a los elementos que hubieran favorecido la contaminación (*lawat*<sup>266</sup>) de aquellas aguas que circularan por una ciudad (*hādīra*) y barrio (*hawma*) determinados<sup>267</sup>. Según la jurisprudencia se obligaba al juez, *hākīm*, a vigilar estas situaciones, en la medida de sus competencias (*bi-hi-al-amr*), a nombrar testigos instrumentales (*al 'udūl*) y a acometer las medidas precisas para la de los intereses comunitarios<sup>268</sup>.

Es también en relación a la construcción de baños en domicilios particulares cuando se precisa prueba testifical, bien de quienes se sienten perjudicados por esta nueva obra bien por quienes contribuyeron a su construcción, levantando el juez un acta (*iṭbāt/ ṭabāt*) que se inserta entre la documentación generada en el procedimiento judicial para reclamar un derecho menoscabado o sustraído y cuyo punto de partida es la instancia o *faḍā'*.

En este punto corresponde también mencionar aquellos otros documentos que contribuían a certificar negocios o actuaciones generadoras de efectos jurídicos como es el caso de las actas de venta que describe Al-Ġazīrī en su obra.

### 3.4.2 Las fases del proceso

Si alguna característica pudiera ser desatacada en materia procesal respecto al derecho sobre la aguas ésta sería la brevedad del proceso, una característica puesta de manifiesto a lo largo de la Historia, tanto en la documentación notarial conservada como en la literatura y de la que se hacen eco los iushisto-

<sup>264</sup> Sobre la construcción de letrinas a orillas de las corrientes de agua véase MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 222 y «Acta desagüe de un canal» en AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 397.

<sup>265</sup> Los juristas andalusíes justificaban el derecho a presentar denuncias y exigir reclamaciones por el vertido de aguas insalubres a aquellas aguas que fluían por espacios comunes; véase lo establecido en este caso por Al-Ġazīrī conforme a lo estipulado por MUARRAF, IBN MAĠSUN y al 'ALUN (op. cit., p. 154). Y respecto a la construcción de letrinas y conducción de aguas residuales (AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 396). Esta clase de documentos recibe indistintamente la denominación de acta o decreto, aunque desde el punto de vista formal quepan algunos reparos en cuanto a la analogía terminológica.

<sup>266</sup> Con el significado de «ser ensuciado o estropeado con inmundicias» (CORRIENTE, *A dictionary*, op. cit., p. 487).

<sup>267</sup> Así se comprende en el «Acta por la construcción de un canal de desagüe», AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 396.

<sup>268</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., pp. 223-4.

riadores cuando de marcar diferencias se trata<sup>269</sup>. En materia de aguas, malos usos y abuso de las mismas, el proceso se desarrolla ante el juez conforme a los principios del Derecho islámico en esta materia<sup>270</sup>. Considerando las noticias de Al-Huṣāni respecto a las fases procesales en al-Andalus, después de la presentación de demanda se inician cuatro fases sin solución de continuidad: en una primera fase de examen de las circunstancias y hechos denunciados y constatados en la querrela; una segunda fase inquisitorial en la que se formulan preguntas sobre los hechos acaecidos a las partes implicadas directa o indirectamente, seguida a su vez de el interrogatorio a los testigos<sup>271</sup>; y finalmente el pronunciamiento de la sentencia, de la que tomaba nota el secretario e incluso se expedía certificación oficial ante dos notarios<sup>272</sup>.

En materia de aguas los andalusíes no siempre manifestaron su beligerancia desde el momento en que se constataba una irregularidad respecto al derecho sobre la misma; los casos en los que se opta por dejar pasar un tiempo prudencial desde que se constata un cambio hasta que éste se convierte en perjuicio insoportable son, a menudo, frecuentes. En el ámbito agrícola la tendencia de los hortelanos era a elevar una queja (*ṣakwā*<sup>273</sup>) a los causantes del daño o merma de agua, como en el caso de quienes construían molinos sobre fuentes ('*ayn mā*' /pl. '*uyūn mā*') de nueva explotación a distancias cortas, debilitando con ello el fluir del líquido elemento<sup>274</sup>. Estas quejas no suponían entrar en

<sup>269</sup> Es el caso del profesor Santos M. Coronas, quien en su reciente estudio sobre *El buen gobierno de Sancho* destaca esta circunstancia de la narración cervantina señalando los beneficios inherentes a esta brevedad en materia procesal (CORONAS GONZÁLEZ, S. M., *El buen gobierno de Sancho. Las Constituciones de la insula Barataria*, Facultad de Derecho, Universidad de Oviedo, 2005, *op. cit.*, pp. 39 y 40).

<sup>270</sup> TYAN, *Histoire de l'Organisation*, *op. cit.*, pp. 106 y 212.

<sup>271</sup> AL-HUṢĀNI, *Ta'rij*, *op. cit.*, pp. 57, 83.

<sup>272</sup> LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, *op. cit.*, pp. 83-87. De manera muy concisa relata estas fases conforme a las prácticas andalusíes de época de al-Qayraw...n† y autores contemporáneos. Sobre esta misma cuestión véase MARTÍNEZ ALMIRA, *Derecho procesal hispano-árabe*, en curso de publicación, con la colaboración del Instituto Per l'Oriente, por la Facultad de Ciencias Políticas para Altos Estudios del Mediterráneo «Jean Monet» y la Universidad de Alicante.

<sup>273</sup> Es importante destacar en este punto, conforme a la redacción del texto, que el actor se quejó pero no inició litigio alguno; en este sentido, nótese que desde el punto de vista jurídico la queja comporta una manifestación de disconformidad respecto a una situación padecida. Desde un punto de vista meramente conceptual la acción de quejarse, *taṣakka* de la raíz ṣ-k-w, y la acción de denunciar, *idda'ā*, aun en referencia al *iter* procesal, son acciones que poseen elementos propios y singulares. Por otra parte, y siempre atendiendo al significado de los términos utilizados, en ocasiones interviene también el término *ṣakwa* (queja) pero que en los textos hace referencia a los conceptos de *denuncia* y *reclamación*; aunque cada una de estas acciones posee singularidad propia, conforme se verá más adelante. CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 413. Y en el Diccionario de términos andalusíes, utiliza el término en relación con las quejas formuladas ante el juez (*li qāḍī waṣka naṣku*); CORRIENTE, *A dictionary*, *op. cit.*, p. 288.

<sup>274</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, cap. VII.1 p. 236 y ss. Materia que para territorio cristiano ya fue explícitamente abordado en capítulo anterior (LALINDE ABADÍA, «Ordinacion de Santacilia», *op. cit.*, p. 179, recogida en *Constitucions i altres Drets de Catalunya. Pragmàtiques*, *op. cit.*, volumen segon, Lib. IV, tít. II, 9, *op. cit.*, p. 94).

litigio, una actitud que implícitamente comportaba que se mantuviera la situación de hecho en el tiempo, salvo exigencia en contrario<sup>275</sup>.

Frente a esta relativa pasividad procesal –en la que era determinante la no presentación de denuncia formal ante el órgano competente–, destaca otra postura reivindicativa y de denuncia que se evidenciaba por diversos medios y recursos documentales. Esta doble posibilidad de comportamientos fue objeto de controversia en más de una ocasión, ya que la inactividad procesal o pasividad –evidenciada mediante el silencio– no era corolario de dejación de derechos, máxime cuando la usucapión no era modo habitual de adquisición de un predio y de los derechos inherentes al mismo, de manera que son muchos los casos en los que se exige al juez ratifique los derechos de los propietarios originarios frente a quien los pretende por inactividad procesal.

Los tratados de jurisprudencia y fórmulas notariales abordan, a través *aḥkām*<sup>276</sup>, *fatwā* (pl. *fatāwā*<sup>277</sup>), *nawāzil*<sup>278</sup>, cada una de las fases en las que se desenvuelve el procedimiento; un procedimiento que se inicia desde el momento en que se formula documentalmente una petición ante el juez. El tipo de documento será el que active el proceso en una determinada línea, así como los sucesivos momentos en los que han de intervenir las partes implicadas y el juez.

La legitimidad activa era reconocida tanto a los afectados directamente por el abuso o mal uso del derecho sobre las aguas como a cualquier otra persona que sufra de forma colateral ese mismo perjuicio<sup>279</sup>. Las partes implicadas en los distintos supuestos cotejados exponían sus testimonios y acataban, desde el inicio del proceso, cuantas medidas pertinentes se dictasen u ordenasen por la autoridad competente, el *qāḍī*, a fin de evitar daños mayores; y precisamente esas medidas se plasmaban bien en un dictamen, *nawāzil*, u orden judicial (*ḥukm*), exigiendo la supresión de forma inminente del perjuicio causado.

Pero sin duda era la denuncia (*balāg*, *tašhīr*), presentada formalmente a través de una querrela (*ḥiṣām*) por parte del actor, la que iniciaba el mecanismo judicial; ello no era inconveniente para que el mismo juez actuase por iniciativa propia, circunstancia que se daba en los casos en que se producía un uso ilícito o abuso del derecho sobre las aguas correspondientes a la comunidad, o que reportan utilidad específica a la misma. En este segundo caso, cuando la actuación era de oficio, el juez podía enviar testigos instrumentales (*al-ʿudūl*) al lugar en el que se detectaba alguna actuación contraria al derecho. Tanto en un

<sup>275</sup> De manera que mientras la denuncia supone una acción por parte de quien la formula ante los órganos de la administración competente, la queja puede formularse bien a título privativo, sin trascendencia jurisdiccional alguna, o bien ante el mismo órgano judicial que por razón de competencia pueda adoptar soluciones legales. Sobre las posibilidades de reclamación (*qayām*) véase IBN AL-ʿAṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 160, p. 619, y vers. arab. p. 400.

<sup>276</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, op. cit., p. 26.

<sup>277</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, op. cit., pp. 79-80.

<sup>278</sup> Aunque de forma genérica se aluda a esta terminología, nótese que poseen un significado específico, relativo a las distintas actuaciones del *qāḍī*. MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, op. cit., p. 277.

<sup>279</sup> MUḤAMMAD B. ʿIYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VI.4, pp. 223/4.

caso como en otro el juez sólo se inhibía de actuar cuando el supuesto ilícito no era de su competencia.

Las fórmulas notariales, y los casos planteados (*nawāzil*) en al-Andalus aluden habitualmente a la pretensión sobre un derecho por medio de la demanda (*da'wā pl. da'awā*<sup>280</sup>) o querrela, siendo éstos los desencadenantes del pleito, iniciándose con ellos la primera de las fases del proceso. Por medio de la demanda se denunciaban ante el juez, durante el periodo califal cordobés y en épocas posteriores, situaciones lesivas en cuanto al uso de las aguas, o el daño provocado por las mismas, o en ellas, mediante el vertido de productos que las ensuciaban y perturbaban<sup>281</sup>. La demanda se convirtió en el documento mediante el que reclamar un derecho menoscabado o sustraído que se plasma en la instancia (*faḍā'*). Pero la demanda era también un mecanismo para plantear supuestos de legalidad sobre los que debía pronunciarse el *qāḍī*; comprendiendo la petición formal de la restauración de un antiguo derecho usurpado o menoscabado; es este el caso de la construcción de baños en viviendas sin autorización<sup>282</sup>, o el supuesto por el que se pone en peligro el uso del agua considerada comunal por parte de un usuario que traspasa su derecho, limitando así el que tenía originariamente el propietario y otros hortelanos beneficiarios de la misma. Esta posibilidad es una constante en la legislación coetánea; a modo de ejemplo la legislación foral valenciana establece la siguiente máxima: «*Alcun pot edificar e fer bany de pp la paret que lis era vehina a dementre que la paret vehina non valle menys nen prene dan*»<sup>283</sup>.

La querrela, por otro lado, contenía la reclamación del derecho usurpado y la constatación del derecho detentado salvo prueba en contrario. De forma genérica pueden señalarse cuatro modalidades en su contenido: una reclamación tendente a volver a la situación anterior al daño sufrido; en segundo lugar la reclamación del derecho de riego con aguas bien privadas o comunitarias; en tercer lugar la petición de explicaciones sobre la situación causada y la exigencia de las razones o motivos que pudieran ser valoradas en juicio a favor del demandado<sup>284</sup>; y en cuarto lugar la petición de la anulación de las causas que estuvieran propiciando

<sup>280</sup> En sentido figurado, puesto que el término en sí viene a significar la pretensión de un derecho sobre el que se formula una petición o demanda, que en este caso se corresponde con el término árabe *ṭalab, maṭlab* (pl. *maṭālib*), que puede traducirse como «petición» y «reclamación» entre otros significados. CORRIENTE, *Nuevo Diccionario árabe-español*, Madrid, 1988, pp. 393/4.

<sup>281</sup> De manera que el denunciante, en aquellos casos en los que una de las partes del contrato viese perjudicado su derecho por causa de las aguas, podía ampararse en la justicia mediante la reclamación de compensación económica –generalmente consistente en reducción de la cuota exigida por el concedente– compensando así su situación lesiva; la única limitación a este derecho era que la pérdida ocasionada por el siniestro fuera mayor al tercio. IBN AL-'ATTĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc.153, pp. 609 y 154, p. 611, vers. arab p. 389; IBN MUGĪT AL-TŪLAYTULI, *Al-Muqni'*, doc. 102, p. 284.

<sup>282</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VI.5, p. 224.

<sup>283</sup> *Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. III, Rub. XVI [De la servitut daygua e altres coses], Fur. VI, p. 64.

<sup>284</sup> Conforme a una respuesta sobre el uso ilícito del agua de una fuente MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 237

el daño, como pudiera ser la solicitud de retirada de las aguas perjudiciales o dañinas para sus tierras. Peticiones estas que, a diferencia de otras modalidades<sup>285</sup>, exigían la presentación de prueba que evidenciara el derecho alegado<sup>286</sup>. Así pues, no resulta extraño encontrar en este tipo de documentos la petición de medidas cautelares, tendentes a la paralización del uso y la limitación del derecho de uso (*manfa'a*), cuando el daño afectaba de forma evidente a los particulares. Y tampoco lo es que se presenten una vez transcurridos muchos años en los que se usa y abusa de un derecho sin adoptar medida alguna; o incluso a la muerte de los propietarios originarios, como si en vida de los mismos primase el pacto verbal o una consideración especial que decaía fallecido el causahabiente<sup>287</sup>.

Una vez iniciado el pleito o la causa, conforme se tratara de una denuncia o de una querrela, el juez actuaba de suyo en dos posibles direcciones: o bien exigiendo testimonios sobre las situaciones provocadas, previa adopción de medidas cautelares, o bien, exigiendo la comparecencia de la parte contraria, con lo que se abría un período de réplica y contrarréplica. En efecto, en este último caso podían plantear ante el causante del daño la situación lesiva que se estaba sufriendo, y éste tenían capacidad para responder respecto al mejor derecho y las razones que le amparaban; a su vez los perjudicados o demandantes podían «proponer» actuaciones que debían ser autorizadas por el juez, y que permitirían clarificar la situación<sup>288</sup>. En estos casos la presentación de documentos fidedignos y autenticados podía revalidar un derecho o bien dejarlo en desuso. Tal era el caso producido cuando el usufructo sobre el mismo se demostraba ilícito o excedido en el tiempo, y de ahí la importancia de la exhibición o demostración, si fuera el caso, de lo demandado<sup>289</sup>; presupuestos que, de igual modo, son explicitados en la legislación foral valenciana y navarra<sup>290</sup>.

<sup>285</sup> Es el caso de las denuncias y presentación de demandas que reclaman un derecho por vía procesal, pero que no cuestionan o exigen la presentación de prueba documental por parte del contrario sobre la legitimidad del derecho que ahora se cuestiona. En este caso se describe una situación hipotética en la que la construcción de un baño sin autorización obliga al demandante a acudir ante el juez a formular su denuncia. El juez, después de escuchar a las partes implicadas, solicitará prueba testifical de personas que hubieran visto construir el citado baño ante el cadí del pueblo de ambos. Y solo en el caso de constatar un perjuicio evidente exigirá la demolición del mismo. Y esta resolución era la que se plasmaría por escrito en el acta del cadí (*itbāt* o *tabāt*).

<sup>286</sup> Como ya quedó justificado anteriormente; remítase el lector a la not. 153. De forma análoga se pronuncia el *Fuero Reducido de Navarra*, tít. VII, cap. 5, p. 428.

<sup>287</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 236 y AL-GAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, pp. 153 y 154.

<sup>288</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 236. Ante la merma de agua de una fuente antigua se exigen explicaciones sobre este hecho y las causas que han conducido a la susodicha situación; incluso tras la respuesta obtenida se propone llegar hasta el origen de la fuente, con el fin de poder verificar en qué medida se ha producido una lesión sobre el derecho de uso de las aguas.

<sup>289</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.1, p. 238.

<sup>290</sup> *Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. iiiii, Rub. iiiii [De demandes e de obligacions], p. 73 y sobre la importancia de las pruebas documentales Fur. II y Rub. viiii [De proves], Fur, II: *no tan solament per la carta dela compra ne de la donatio es mostrada o provada la senyoria de la propietat çoes de la cosa mas per altres proves deu esser demostrada*, p. 75. Y el mismo asunto en *Fuero Reducido de Navarra*, op. at., tít. VII, cap. 5, p. 428.

Pero el juez podía exigir también el juramento, medida que estaba condicionada a una serie de supuestos previos que el juez debía considerar. Así, por ejemplo, cuando se trataba de concesiones de salinas o de instalaciones acuíferas para otros destinos, como por ejemplo la instalación de molinos<sup>291</sup>, el hecho de que tal negocio jurídico estuviera documentado mediante escritura legal, y conforme a los requisitos formales establecidos<sup>292</sup>, eximían al demandado de este tipo de formalidades en una demanda judicial.

La última fase concluye con la sentencia que compete exclusivamente al juez, quien dictaminará de forma concluyente, sin que ello sea óbice para que en casos concretos la sentencia pudiera ser revisada. En este caso el *cađi* debía justificar su nueva intervención a partir de los testimonios de testigos privilegiados, lo que le obligaba a:

1. Constatar la idoneidad de los testigos.
2. Dejar constancia de la comparecencia del demandado o al menos de la citación expresa (*sawa/tābi*).
3. Justificar la declaración del anterior conforme al supuesto ilícito planteado.
4. Constatar la exhibición del documento judicial (generalmente una sentencia) que daba cobertura legal a la actuación del demandado, presentar la demanda formal del demandante y justificar la admisión del testimonio en base a la calidad de los testigos. sólo por razón de ignorancia, y nunca por mala fe, el juez podrá revisar la sentencia siempre que encuentre en ella algún defecto (*'illa*) en el documento, que lo invalide ampliando y prorrogando los plazos para la subsanación del error o presentación de nuevas pruebas<sup>293</sup>.

### 3.4.3 Las medidas cautelares

Entre las diversas peticiones formuladas por los demandantes en materia de aguas destacan aquellas que, si bien son ordenadas directamente por el juez, se esbozan a título informativo por parte de quienes padecían los hechos lesivos; se trata de una manera de ilustrar al juez sobre lo más conveniente para evitar daños mayores. Esta forma de actuar contraviene la idea de especialidad de esta judicatura, en la que se supone que el mismo *qāđi* sería un experto en estas cuestiones, ayudándose en casos muy concretos del *sobreacequero*<sup>294</sup>.

<sup>291</sup> IBN AL-'ATTĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 69, p. 355 y vers. arab.201.

<sup>292</sup> Especificación del contenido del derecho sobre las aguas, explicitación de la ubicación de las mismas, explanadas, acequias y cuota correspondiente del caudal del pozo, la inexistencia de condiciones temporales ni de modo –como el derecho de retracto u opción por tiempo determinado– y modalidad de pago de las cuotas correspondientes, bien a plazos o por cómputos mensuales; IBN AL-'ATTĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 67, p. 352 y vers. arab. p. 199.

<sup>293</sup> La escuela mālekí, en concreto Ḥalīl Ibn Ishāq, alude al *ijtihād* o prudente arbitrio del *qāđi* como fuente del Derecho para fijar los plazos a las partes en litigio; si bien esta práctica en al-Andalus fue suplida por la costumbre, el uso inmemorial y la práctica habitual, estableciéndose plazos considerados, por lo general, fijos y de escasa duración. ḤALİL IBN ISHĀQ, *Muḥtaṣar*, *op. cit.*, p. 219; vers. GUDI-SANTILLANA, *op. cit.*, p. 605.

<sup>294</sup> Corriente, F., *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 323; y asimismo véase DEL PANDO, *Diccionario de voces árabes*, *op. cit.*, p. 58.

A este oficial competía el conocimiento de las causas del agua de riego, en su condición de experto y encargado de velar por la justa distribución y reparto de las aguas, y podía prestar consejo en cuantas cuestiones litigiosas se presentaran ante el juez.

Previa a la fase probatoria, conforme a los documentos del siglo XII, el *qāḍī* adoptaba las medidas cautelares<sup>295</sup> oportunas, que en materia de aguas tendían a preservar el derecho a los turnos (*mudda*<sup>296</sup>), sobre los que se litigaba en la mayoría de las ocasiones. Seguidamente se fijaban los plazos para la presentación de las pruebas pertinentes<sup>297</sup>.

Por lo general las citadas medidas quedaban justificadas documentalmente mediante la redacción de actas de oficio sobre el estado de las conducciones acuíferas o la detección en las mismas de elementos que pusieran en peligro la salubridad pública<sup>298</sup>; en otros casos, las citadas actas dejaban constancia del acatamiento y respeto de las medidas dictadas en sentencia previa<sup>299</sup>, y todo ello con el fin de preservar el interés comunitario<sup>300</sup>.

Las medidas cautelares eran la inmediata respuesta procesal a la presentación de la querrela por quienes veían amenazado un derecho comunitario cual era el uso de las aguas<sup>301</sup>. Las citadas medidas pretendían bien evitar la merma de la cuota del agua que les correspondía o erradicar –siquiera momentáneamente– la insalubridad por causa del arrojado de sustancias nocivas, bien retirar las aguas de aquellos lugares –huertos o molinos– que estuvieran provocando el menoscabo citado; todo ello mientras el asunto fuera investigado y verifica-

<sup>295</sup> Aquí interviene de nuevo el término *mudda* con connotaciones religiosas. En el caso de aguas cuyo curso se había desviado produciendo algún perjuicio, se ordenaba de inmediato el cese de esta situación. MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII, 7, q. p. 255.

<sup>296</sup> De nuevo aquí el término al uso es aquel con connotaciones religiosas; AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, op. cit., cap. III, p. 33 y CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, op. cit., p. 712.

<sup>297</sup> Generalmente estos plazos eran de libre designación por parte del *qāḍī*, oscilando entre tres días y veintiuno –en materia de créditos– o treinta días si se trataba de cuestiones relacionadas con bienes inmobiliarios y materia sucesoria; sobre estas cuestiones véanse SANTILLANA, *Istituzioni*, op. cit., vol. II, p. 592; y ḤALĪL IBN IṢHĀQ, *Il Muḥtaṣar*, op. cit., p. 678; AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, op. cit., p. 71. En el ámbito andalusí se pronuncian en igual sentido MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII-7q, p. 255 y AL-HUŠANĪ, *Historia de los jueces de Córdoba*, op. cit., p. 25. Una aproximación en MARTÍNEZ ALMIRA, *La dimensión jurídica del tiempo*, op. cit., pp. 155-157.

<sup>298</sup> Sobre la construcción de letrinas a orillas de las corrientes de agua véase MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 222 y «Acta desagüe de un canal», en AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 397.

<sup>299</sup> Esta clase de documentos recibe indistintamente la denominación de acta o decreto, aunque desde el punto de vista formal quepan algunos reparos en cuanto a la analogía terminológica. Los juristas andalusíes justificaban el derecho a presentar denuncias y exigir reclamaciones por el vertido de aguas insalubres a aquellas aguas que fluían por espacios comunes; véase lo establecido en este caso por AL-ĠAZĪRĪ conforme a lo estipulado por Muṭarrāf, Ibn Maḡisun y al 'Aluṇ (op. cit., p. 154). Y respecto a la construcción de letrinas y conducción de aguas residuales, AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 396.

<sup>300</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VI, 4a, p. 223-4.

<sup>301</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. VII.1, pp. 236 y ss.

do, siempre que ello fuera posible<sup>302</sup>. Medidas que además de paralizar el uso de las aguas o el abuso de las mismas, suponían la alteración del derecho de uso correspondiente, *manfa'a*<sup>303</sup>.

#### 3.4.4 Los testigos

Conforme se ha descrito anteriormente la presencia de testigos en estos procesos es irrenunciable. Ibn al-Aṭṭār aporta innumerables datos sobre la importancia de los testigos en materia de riegos, y con motivo de los pleitos generados por esta cuestión<sup>304</sup>. Presentada la demanda y comenzado el período probatorio el juez, *ḥākim* conforme al texto de Muḥammad b. 'Iyāḍ, podía de oficio enviar a los testigos instrumentales (*al 'udūl*) al lugar de la comisión de los hechos, y *a posteriori* llamarlos a su presencia, pues era así como debían dar testimonio<sup>305</sup>.

Los testigos intervenían dando fe del negocio jurídico escriturado conforme a los presupuestos formales requeridos en este asunto: identificación del contratante como regante, *sāqā*, delimitación del lugar sobre el que se ejerce el derecho de uso de aguas<sup>306</sup>, la determinación de las obligaciones inherentes a ese derecho de uso, que generalmente quedaba determinado mediante un número fijo de *sorbos*, *širb*<sup>307</sup>; el señalamiento del alcance del riesgo asumido, *ḥaṭar*; la relación de las obligaciones del bracero, *ʿāmil*; el tiempo en el que debían ejercerse estos derechos –generalmente por años contados a partir de un momento determinado–, y la constatación de la buena fe en estas actuaciones.

<sup>302</sup> *Furs e Ordinacions*, *op. cit.*, Lib. IX, Rub. [De cequiers], Fur. III, p. 189. De forma análoga se pronuncia el *Fuero reducido de Navarra*, *op. cit.*, tít. VII, cap. 5, p. 428.

<sup>303</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀḌ, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII.1d. p. 238. En territorio cristiano adoptan análoga postura las *Partidas*, III, 32.9, y para el reino de Valencia remítase nuevamente el lector a *Furs e Ordinacions*, *op. cit.*, Lib. IX, Rub. XI [De denunciatio de novella obra], p. 169-170.

<sup>304</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 28, p. 190, vers. arab. pp. 83/4; doc. 29 p. 192, vers. arab. p. 85; en términos análogos IBN MUGĪT AL-ṬĪLAYṬULI, *Al-Muqni'*, doc. 96, p. 276.

<sup>305</sup> Y así se hizo a través de los tiempos conforme relata ESPINAR MORENO, M., «El reparto de las aguas del río Alhama», *op. cit.*, p. 242; los testigos presentaban toda suerte de documentos con los que garantizar las pruebas y su efectividad, dejando constancia expresa de la costumbre inmemorial de los lugareños en cuanto al reparto y aprovechamiento de las aguas.

<sup>306</sup> Al-Idrisi menciona el río *Nahr-Alkibir*, como el río de Córdoba y sobre él Esbilia. Incluso cuando habla del *rio grande* de Alcázar o del Duero utiliza el superlativo *nahar kabir* (AL-IDRISI, *Descripción*, *op. cit.*, pp. 42/46 y *Kitāb Nuzhat*, *op. cit.*, vol. 1, p. 545). Otras menciones son las del río Budhu en el quinto clima o cerca del Monte mayor por donde cae (AL-IDRISI, *Descripción*, *op. cit.*, pp. 104/5, y *Kitāb Nuzhat*, *op. cit.*, vol. 2, p. 727.– dice también *nahar kabir harīr kazir al-mar šadīd*); y también la del Río de Tolaitola al que se refiere como *nahar*, *op. cit.*, p. 48, y *Kitāb Nuzhat*, *op. cit.*, vol.2, p. 551).

<sup>307</sup> Sobre esta denominación y la cantidad de agua correspondiente véase CORRIENTE, *A dictionary*, *op. cit.*, p. 277 y del mismo autor *Diccionario árabe español*, *op. cit.*, p. 396. No parece posible que se establezca esta modalidad contractual faltando uno de los recursos o elementos para la consecución de la finalidad del contrato: la obtención de frutos. De manera que en todos los contratos y fórmulas consultadas el agua está presente, aun de diversas formas, en los fundos.

Una vez formalizado todo ello documentalmente, se explicitaban los requisitos relativos a la toma de posesión por parte del contratante –que siempre debían estar en consonancia con la costumbre (*arf/uruf*) de los musulmanes en cuanto al modo de celebrar contratos válidos y lícitos–. Esta constatación generaba una serie de derechos tangibles o beneficios, que debían también especificarse conforme a lo acordado entre las partes<sup>308</sup>. A partir de este momento, y conforme a declaración infrascripta, los testigos refrendaban la validez del documento<sup>309</sup>, y por tanto del negocio jurídico celebrado, testimonio tal podía ser exhibido ante demanda en contra de lo allí estipulado<sup>310</sup>. En la legislación foral navarra se aprecia un paralelismo sobre esta materia siendo posible cultivar y tener viñas en fundos por donde no pase el agua; en este supuesto, se aconseja se establezca *por lugar más conveniente*, siendo pues responsabilidad del agricultor el idóneo emplazamiento de sus cultivos, y además ha de soportar los daños inherentes y enmendar los que causare por mal uso de las aguas<sup>311</sup>.

La idoneidad de los testigos era requisito fundamental para dar validez y ratificar un negocio jurídico sobre derecho de aguas para riego tanto de huertos como de salinas. Su testimonio fidedigno se basaba tanto en la constancia que tuvieran sobre los hechos como en lo que hubieran escuchado sobre las circunstancias en las que se debía desarrollar, o venía desarrollando, esta modalidad contractual. Conforme a esa idoneidad correspondía a los jueces constatar en el registro la idoneidad de los testigos, y la admisión del testimonio documentado mediante demanda, cuando en virtud de la ignorancia, conducta reprochable u otro defecto formal, *'illa*, no pudiera hacerse efectivo el primero de los testimonios<sup>312</sup>, ni provocar efectos jurídicos.

Y además, los testigos debían ser personas de fama conocida, estar sanos y tener capacidad de obrar plena<sup>313</sup>; porque ha de ser voluntad del buen musulmán, creer con el corazón y decir y afirmar voluntariamente aquello que Alla quiere de él<sup>314</sup>. La fama sobre ellos venía dada tanto por su recto comportamiento como por la experiencia que tuvieran sobre la materia, siendo considerados personas entendidas, *ahl al-ma'rifa*<sup>315</sup>. Ello no impedía la intervención

<sup>308</sup> En términos análogos respecto a lo pactado entre los contratantes sobre el reparto de los productos obtenidos AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-mahmūd*, *op. cit.*, p. 259.

<sup>309</sup> Y es que la honorabilidad atestiguada ante el q...y† obliga a los testigos en cuanto a sus manifestaciones; en estos casos esa honorabilidad es valorada mediante el testimonio prestado por quienes en calidad de testigos intervienen en cualquier demanda (IBN 'AṢĪM, *Tuhfat*, *op. cit.*, cap. IX, 112, p. 53).

<sup>310</sup> Y es que en caso de olvidar –por razón del paso del tiempo– lo en su momento firmado en la demanda, en calidad de testigos, éstos siempre podrán renovar de viva voz lo atestiguado. IBN 'AṢĪM, *Tuhfat*, *op. cit.*, cap. IX, 125/6, p. 59).

<sup>311</sup> *Fuero Reducido de Navarra*, *op. cit.*, tít. VII, cap. 9, p. 429; o bien por emprender construcciones o presas que eleven o disminuyan el caudal de agua con posibles efectos negativos sobre los fundos que de ella se puedan beneficiar (*Fuero Reducido de Navarra*, tít. VI, cap. II [En qual manera debe fazer qui presa faze de nuevo, et cómo non debe fazer á ninguno embargo], *op. cit.*, p. 247).

<sup>312</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII, 6.

<sup>313</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 30, p. 195.

<sup>314</sup> *Suma de los principales mandamientos*, *op. cit.*, cap. III, pp. 247-423.

<sup>315</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VI.7, p. 225.

en calidad de testigos de todas aquellas personas que conforme a los requisitos exigibles estuvieran dispuestas a prestar testimonio<sup>316</sup>, de manera que su actuación no se centraba exclusivamente en ratificar unos hechos acaecidos y conocidos por vías diversas, sino también en valorar los daños que una determinada situación hubiera provocado, a tenor del esmero puesto en determinarlo, e indagar<sup>317</sup> y valorar el lucro cesante como en los casos de siniestro por causa de lluvias en tierras de labranza<sup>318</sup>; debiendo declarar<sup>319</sup> y dar fe de todo ello al final de sus actuaciones y no cabiendo duda respecto a las mismas<sup>320</sup>. No en vano, era imprescindible su presencia y conocimiento *in situ* de las circunstancias lesivas<sup>321</sup> realizando el examen ocular (*baṣr*) y la observación (*al-nazar*<sup>322</sup>), e incluso lo que el testigo hubiera oído en el ámbito de la ciudad (*ḥāḍira*), del barrio (*ḥawma*) y dentro de sus límites<sup>323</sup>. Esta posibilidad es una constante en la legislación coetánea; así los *Furs* de Valencia, determinan que: «*nengu hom pusca fer casa, cambra, porche, emban o bescalm sobre carrera publica o sobre plaça publica. Mas aquell que edificara les sues parets de pp la carrera publica: o de pp lo sol publich: o de proa la plaça publica dreta linea dels fonaments en sus entro a aquells lochs per los quals laygua decorre per les canals bastesque i edifich sens tot contrast que el mig no sia*»<sup>324</sup>.

Todo ello legitimaba la redacción de sus testimonios en escritura, de lo que se exigía consigna y fecha del documento<sup>325</sup>. Evidentemente estos testimonios tenían por finalidad eximir al concesionario de unas tierras de labranza la cuota establecida en el contrato de aparcería<sup>326</sup> y de cualquier otro daño o perjuicio manifiesto e indubitable<sup>327</sup>; y eran efectivos en virtud de la consignación<sup>328</sup>.

<sup>316</sup> En ocasiones el término alusivo a quienes prestan testimonio es un tanto impreciso, tal como «unas personas», *nās*, lo que indica que cualquier buen musulmán podía estar en condiciones para intervenir en esta suerte de pleitos; MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VI.5, p. 224.

<sup>317</sup> Esta actuación personal no podía ser delegada, y comportaba el recorrido por los límites del predio con el fin de poder hacer una valoración exacta y fiel a los siniestros ocurridos. IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 158, pp. 617/619, vers. arab. p. 305, doc. 161, p. 620, vers. arab. pp. 401/2, y doc. 162. p. 621, vers. arab. 403/4.

<sup>318</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 153, p. 609, y vers. arab. 384.

<sup>319</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 68, p. 354, y vers. arab. 200.

<sup>320</sup> Sobre la conveniencia de repartir el agua por turnos y respetar la sucesión en el aprovechamiento de las mismas véase AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 153.

<sup>321</sup> Como en el caso de la construcción de baños sin consentimiento expreso del propietario de las casas situadas por debajo de aquella; MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. VI.5, p. 224.

<sup>322</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VI, 4, p. 223.

<sup>323</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 396.

<sup>324</sup> *Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. O, Rub. II [De les pastures e del vedat], Fur XII, p. 32.

<sup>325</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 156, p. 613, vers. arab. 391; doc. 157, p. 615, vers. arab. 393.

<sup>326</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc. 154, p. 611, vers. arab. 387.

<sup>327</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.1, p. 236 y AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 154 y ss.

<sup>328</sup> IBN AL-'AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., vers. árabe. p. 389; vers. esp. op. cit., p. 612; IBN MUGĪT AL-TŪLAYTULĪ, *Al-Muqni'*, doc. 102, p. 284.

Cuestión compleja era cuando en referencia a un caso eran presentadas pruebas testimoniales contradictorias, siendo la doctrina en este sentido tajante al afirmar que debía considerarse la más justa –pues sobre los testigos se apoyaba el propio juez<sup>329</sup>– y sin que con estas declaraciones se pretendiera beneficiar a cualquiera de las partes<sup>330</sup>.

### 3.4.5 Los medios de prueba

Ya se ha citado anteriormente la importancia de esta fase desde el punto de vista documental; no en vano, la acción de la justicia en materia de riegos se constata desde el momento mismo en que se formula una denuncia ante el juez competente en un territorio y sobre materia determinada<sup>331</sup>.

Ibn al-‘Aṭṭār atribuyó a los «jueces de las acequias» o «jueces de aguas» entre sus diversas competencias<sup>332</sup> el conocimiento de las pruebas testimoniales y valoración de los informes respecto al uso del agua en zonas de regadío<sup>333</sup>; actuaciones que se continuarán en el tiempo según la doctrina<sup>334</sup>. A los testigos se les exigía su presencia en el momento de la presentación de todas las pruebas sobre el reparto de las aguas de los ríos, conforme a *las costumbres y usos de aquella corriente fluvial y el modo de aprovecharla*; como se venía haciendo desde tiempo inmemorial. Distintos podían ser los supuestos que obligaran al juez al levantamiento de *actas* en las que quedara constancia de cualquier modificación, desvío o alteración de las aguas<sup>335</sup> –que tienen su corolario en la legislación del Principado<sup>336</sup>–; entre las más frecuentes cabe

<sup>329</sup> MUHAMMAD B. ‘IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.7 m, pp. 253/4.

<sup>330</sup> SANTILLANA, *Istituzioni*, op. cit., I, pp. 380-382

<sup>331</sup> Los *qāḍīs* podían ejercer sus funciones en el ámbito de gobernaciones (*‘amīr*), comarcas (*miṣr*), provincias (*‘amal*) o ciudades-comunidades (*ḡamā‘a*). Tal competencia territorial que quedaba manifiesta en toda la documentación emitida desde la sede del *qāḍī* en sentencias, dictámenes, y actas notariales; en el encabezamiento, debía quedar reflejado el nombre, y el cargo (*ṣāḥib ḥakamān al-ṣūrta*, *ṣāḥib ḥakamān al-sūq*, *qāḍī al-kura* o *qāḍī al-ḡamā‘a*). Esta circunstancia obliga al demandante a presentar su demanda ante el *qāḍī* o la autoridad judicial competente en el conocimiento de la causa en litigio, lo que permite justificar la distribución de los casos en virtud de las competencias objetivas. MUHAMMAD B. ‘IYĀD, *Madāhib*, op. cit., p. 154 y 368-381 y LÓPEZ ORTIZ, «Los tribunales de fe», op. cit., p. 50.

<sup>332</sup> Entre ellas la defensa del derecho contenido en los contratos de riego o *musāqāh* así como el conocimiento de las reclamaciones y demandas por motivo de siniestro debido a inundaciones o mengua de la cuota de agua (*ṣīrb* o *maqzam*) correspondiente por turno a los regantes. IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario notarial hispano-árabe*, op. cit., docs. 28-30; docs. 152, 156, 160 y 161, ya citados.

<sup>333</sup> IBN MUGĪT AL-ṬĪLAYTULĪ, *Al-Muḡni*, op. cit., pp. 272-282.

<sup>334</sup> ESPINAR MORENO, «El reparto de las aguas del río Alhama en el siglo XII (año 1139)», op. cit.

<sup>335</sup> Alteración que era cuidadosamente valorada mediante el uso de una unidad de medida, *qīld*, que permitía saber la cantidad más o menos exacta de agua privada al usuario de la misma. Véase el contrato de compra del derecho de agua para el riego, *ṣurb*, AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad*, op. cit., p. 153-154.

<sup>336</sup> Así lo constata la ordenanza local para la ciudad de Barcelona, recogida por Santacilia en LALINDE ABADÍA, «Ordenación d’en Santacilia», op. cit., p. 180 y en *Constitucions y altres Drets de Catalunya, Pragmatiques*, volumen segon, op. cit., Lib. IV, tít. II, Ord. 57 [Recs]: era preceptiva la construcción de una hilada por la que discurriera el agua, cuya altura debía ser superior al nivel del agua a fin de evitar perjuicios y daños a los predios colindantes, por lo que debía responderse ante la justicia.

citar las demandas por perjuicios causados ante la construcción de letrinas en las orillas de las corrientes de agua para el riego o cuyo desagüe desembocaba en azarbes (*šarb*), o las formuladas por la construcción de molinos en los cauces de los ríos destinados al riego de huertos, o las relativas al traslado, modificación y desvío indebido (*tanqīl*) de las acequias sin la previa autorización del resto de regantes de las tierras adyacentes, así como las demandas por el corte indebido del paso del agua a los huertos cuando necesitaban ser regados o les correspondía el agua por turno y vez (*mudda/dawla*), las demandas por uso del derecho de riego en tiempo no debido, las reclamaciones por asignación de los turnos de agua entre varios regantes y aquellas otras por motivo de la retención de las aguas (*turtafa' al 'uqla*); las demandas reclamando el derecho del agua sobrante o las que reivindicaban el agua para los regantes de predios situados *aguas abajo* respecto a los regantes de *aguas arriba*<sup>337</sup>; así como cuantas cuestiones se suscitaban de la aplicación de los contratos de compra de agua y del derecho de riego (*šurb*).

Aunque las fuentes andalusíes son parcas en el tratamiento del proceso, y la comprensión de su armazón no puede hacerse sino a partir del estudio de las *fatāwa* y textos sobre la actuación de los jueces<sup>338</sup>, si se puede perfilar la composición y ubicación de los miembros de la audiencia, con los asesores –alfaqués (generalmente dos) o *fuqahā* y *muftīs* que junto al *qāḍī* constituían su *consejo* o curia<sup>339</sup>–, y los oficiales y personal auxiliar del *qāḍī*. En este sentido, al estudiar al personal auxiliar destacan junto a los *a'wān* o policías de sala que mantenían el orden en la sala, los alguaciles y ujieres –que iban llamando a los litigantes de forma organizada–, y el escribano, siendo este último quien levantaba acta de las declaraciones y hechos acaecidos durante las vistas<sup>340</sup>.

Sin lugar a dudas las actas constituían pruebas fehacientes de las diversas actuaciones en el proceso; y tenían por finalidad evitar reclamaciones innecesarias limitando la posibilidad de que el acusado, por desconocimiento jurase repetidamente sobre un mismo asunto, o que incluso –y esto podía ser lo más grave– que ante la modificación de alguna circunstancia hiciera manifestaciones contradictorias de forma involuntaria, ya que eso podía hacerle incurrir en falso testimonio<sup>341</sup>. En este mismo sentido, el valor del acta testimonial era

<sup>337</sup> MUḤAMMAD IBN 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām.*, op. cit., pp. 222-262.

<sup>338</sup> Sobre este tema MARTÍNEZ ALMIRA, *Derecho procesal Hispanoárabe*, en curso de publicación, con la colaboración del Instituto Per l'Oriente, por la Facultad de Ciencias Políticas para Altos Estudios del Mediterráneo «Jean Monet» y la Universidad de Alicante.

<sup>339</sup> Se trata de un conjunto de funcionarios, al servicio del *qāḍī* que desempeñaban funciones eminentemente consultivas, sin que pudiera hablarse de competencias jurisdiccionales; aquellos asistían al juez con sus opiniones y a requerimiento de éste. Sobre el papel de la *curia*, véase AL-HUŠĀNI, *Ta'rij*, op. cit., 197 y 202 e IBN 'ABDŪN, *Sevilla a comienzos del siglo XII*, op. cit., pp. 63/4.

<sup>340</sup> Sobre la precisa ubicación y protocolo en las vistas apenas hay noticias en la documentación andalusí, de manera que el lector interesado podrá hacerse una idea a partir de las referencias de TYAN, *L'Organisation*, op. cit., p. 281-282.

<sup>341</sup> IBN HIŠĀM AL-QURṬUBĪ, *Mufid li-l-ḥukām*, op. cit., p. 289 trad. y p. 88 ed. árabe; MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 204.

superior a la de las actas o escrituras de compraventa, tal y conforme se deduce de la jurisprudencia andalusí, tomando en consideración una opinión de Ibn Rušd sobre este tema; el argumento era que las actas de venta no tenían valor para oponerse a la declaración jurada en el ámbito procesal, y mucho menos podía exigirse su exhibición por la parte contraria en un litigio *puesto que su contenido no impone dictar sentencia*, siguiendo al mismo autor tampoco el dueño de un bien inmueble podía ser compelido a entregar copia del registro de la sentencia en materia de riegos, al objeto de evitar que pudiera ser utilizada como argumento de una parte contra la otra<sup>342</sup>.

Una segunda finalidad era la de procurar seguridad jurídica a quienes veían menoscabado su derecho, de manera que el juez podía, en caso de presentación testimonial en contra, justificar su decisión si a la luz del nuevo testimonio (*yašhadu*<sup>343</sup>) se constataba –mediando la lectura del acta– que en la primera declaración había intervenido interés particular<sup>344</sup>. Tan sólo en el caso en que fueran revocados los testigos iniciales que dieron lugar a la sentencia judicial en virtud de testimonio fidedigno sobre la falta de idoneidad de los mismos, podía ser desestimada la anterior sentencia, y en ese supuesto no hacía fe el acta levantada por el *qāḍī*; pero ello comportaba la aplicación de pena coránica por la comisión de un delito tipificado cual era prestar juramento en falso; con esta actuación se declaraba la invalidez del testimonio por vicio del juramento prestado en nombre de Dios sobre quienes lo pronunciaron<sup>345</sup>.

La presentación de los testimonios obligaba al *iḍār* o interpelación final, en la que el *qāḍī* pedía nuevas pruebas o argumentos finales. Todos estos escritos servían al juez para la reflexión sobre los hechos acaecidos o denunciados y su pertinente valoración<sup>346</sup>. Por otro lado, también la aceptación de los hechos por el demandado, legitimaba la pretensión del demandante, y como consecuencia de ello se podía elevar acta de la confesión efectuada por la parte contraria; una actuación procesal que podría ser ratificada mediante prueba testifical. El *qāḍī* podía en este caso levantar acta, *taqyīd*, de las manifestaciones de la parte contraria que pudieran beneficiarle<sup>347</sup>.

Una de las actuaciones que aconsejaban levantar acta notarial de lo acaecido era cuando entre los medios de prueba intervenía la confesión del demandado (*iqrār*)<sup>348</sup>; el documento redactado entraba a formar parte del archivo o

<sup>342</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.

<sup>343</sup> A esta modalidad documental recurren IBN AL-‘AṬṬĀR, *Formulario Notarial*, op. cit., doc., op. cit., doc. 151, p. 605 y vers. arab. 379/0; idem doc. 152, p. 606 y vers. arab. p. 381; IBN MUGĪT AL-ṬŪLAYṬULĪ, *Al-Muqni*, op. cit., doc. 101, p. 284.

<sup>344</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. V.II-7s, p. 256/7.

<sup>345</sup> Este supuesto se contempla en MUḤAMMAD B. ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII-7 m, pp. 253/4.

<sup>346</sup> IBN HIŠĀM AL-QURṬUBĪ, *Mufīd li-l-ḥukkām*, op. cit., p. 256, trad. y p. 55 ed. árabe.

<sup>347</sup> IBN HIŠĀM AL-QURṬUBĪ, *Mufīd li-l-ḥukkām*, op. cit., p. 262, trad. y p. 63 ed. árabe.

<sup>348</sup> La confesión, *iqrār*, es el acto por el cual el demandado se allana en la demanda tras reconocer la legítima petición del demandante; la confesión acaece en el momento en que, a petición del *qāḍī* el demandado, responde (*tawqīf*), de forma voluntaria.

registro judicial de los actos desarrollados en la audiencia<sup>349</sup>. La escuela *mālikī*, por razón de la importancia de este acto respecto al demandante, permitió que, tanto a petición del actor como de oficio, se pudiera levantar acta sobre lo acaecido<sup>350</sup>. La confesión sobre los supuestos actos delictivos se prestaba bajo juramento ante el juez durante el interrogatorio<sup>351</sup>. La doctrina lo consideró medio ordinario de prueba, y podía ser formulada por el propio demandado o su mandatario; por sus efectos quedaba justificada la anotación de lo pronunciado en esta fase por el confesor<sup>352</sup>.

El dictado oral de las sentencias no impidió, a tenor de las fuentes consultadas la redacción de las mismas de forma escrita, *mufūd*<sup>353</sup>, si bien es cierto que esta modalidad se reservó para supuestos determinados. Conforme Aljoxani los *qāḍīes* ordenaban levantar acta de lo acaecido en la audiencia, siendo custodiadas en el *diwān*, oficina o registro<sup>354</sup>. Esta posibilidad es la albergada en una noticia extraída de la obra de Muḥammad b. ‘Iyād respecto a unos estudiantes que, viéndose perjudicados por la actuación de un *qāḍī* anterior en el cargo, exigieron al sucesor presentar copia de la sentencia (*tasḡīl*) como prueba de su pretensión<sup>355</sup>. Otro supuesto es el relativo a la sentencia que un *qāḍī* emitió respecto a una persona de otra circunscripción territorial<sup>356</sup>.

Desde el punto eminentemente casuístico son varios los documentos que reafirman la importancia de las actas como medio de prueba fehaciente de lo acaecido en la sede judicial<sup>357</sup>. Corroboran esta afirmación el hecho de que la mayor parte de las actas consultadas se circunscriban a la fase procesal de la prueba testimonial, cuando los demandados pretenden hacer valer su derecho frente al demandante. Esta actuación o declaración obligaba al levantamiento de un acta. Ésta quedaba registrada en el *siḡīll*<sup>358</sup>. Con este término se designaba —a tenor de las fuentes consultadas— tanto el libro en el que quedaban asentados todos los documentos que precisaban este requisito para adquirir pleno valor probatorio, como el lugar en el que se realizaban estos actos. Los documentos que se generaban y guardaban en un lugar destinado a tal efecto, el *dīwān*, era la oficina en la que se redactaban y se ofrecía también el servicio de archivo de todos aquellos libros y documentos de valor probato-

<sup>349</sup> El *diwān* era el lugar destinado a guardar todos aquellos documentos probatorios y actas validas en juicio, instrumentos al servicio del *qāḍī*; AL-HUŠĀNI, *Ta’rij*, *op. cit.*, p. 200.

<sup>350</sup> ALĪL IBN IŠHĀQ, *Muḥtaṣar*, *op. cit.*, p. 219 y vers. Guidi-Santillana, *op. cit.*, pp. 602/3.

<sup>351</sup> *Llibre de la Çuna*, *op. cit.*, tít. CCLXXVI, p. 76.

<sup>352</sup> LÓPEZ ORTIZ, «La jurisprudencia», *op. cit.*, p. 239 y 244.

<sup>353</sup> ARCAS CAMPOY, «La correspondencia», *op. cit.*, p. 48.

<sup>354</sup> AL-HUŠĀNI, *Ta’rij*, *op. cit.*, pp.53,54, 60, 66, 146 y 160.

<sup>355</sup> MUḤAMMAD B. ‘IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, p. 159.

<sup>356</sup> AL-BUḤĀRĪ, *Les traditions*, *op. cit.*, tít. XCIII, cap. XV.

<sup>357</sup> De nuevo Muḥammad B. ‘Iyād, en su *Maḍāhib* ofrece noticias sobre este tipo de documentos para diversos supuestos, lo que permite esbozar una clasificación de las mismas en cuanto a su contenido, y finalidad.

<sup>358</sup> Sobre el significado de este término véase CORRIENTE, *Diccionario árabe-español*, *op. cit.*, p. 347.

rio<sup>359</sup>. Desde la inscripción registral los citados medios surtían todos los efectos jurídicos correspondientes. Así, por ejemplo, en materia de riegos se podía exigir la reparación de daños si los hubiese e indemnizaciones correspondientes, y ello sin que pudiera alegarse ejercicio del derecho de uso de agua durante un determinado tiempo, ya que ese derecho se ejerció ilegítimamente<sup>360</sup>.

Es notorio el hecho de que en los documentos del siglo XII el *qāḍī* facilitaba por todos los medios la ejecución de esta fase procesal, lo que permite afirmar que se trataba de un medio de prueba fehaciente habida cuenta que quienes a ella concurrían debían pronunciarse siempre previo juramento en nombre de Dios; de ahí que el juez, previas las oportunas medidas cautelares<sup>361</sup>, fijara plazo para la presentación de las citadas pruebas<sup>362</sup>, especialmente respecto a los turnos (*mudda*) sobre los que se litigaba en la mayoría de las ocasiones. Una circunstancia predicable tanto de espacios islámicos como cristianos. En el caso del derecho foral valenciano, se estipula una pena de 60 sueldos para el que cometa «cosa de inuiria a son vehi sobre les aygues (...) e penyor aquell que damunt dita pena: e per la força ab la cort e sens la cort: e segons que a ell sera ben vist»<sup>363</sup> Mientras que el derecho foral aragónes, determinaba que «Cual-

<sup>359</sup> Aunque son diversas las ocasiones en las que indistintamente se utiliza uno u otro término, nótese que desde el período omeya (s.IV/VH.-X C.) el *diwān* era el lugar en el que se estructuraba en tres oficinas con el mismo nombre (*diwān*) en base a las necesidades de la administración de los territorios, y al frente de cada uno de ellos había un *wazīr* o *ṣāhib*: el *diwān al-rasā'il wa 'l-kitāba* o cancillería y *secretaría del Estado*, en el que además se generaban diplomas y otros documentos tales como *siḡillāt*, y *ṣukūk*, esto es, los documentos dispositivos que contenían órdenes, como los que intervenían en el ámbito procedimental; el *diwān al-ḥarāj wa 'l-jibāyāt* o *al-aḡāl* o *al-a'māl*, o *Ministerio de finanzas*; y el *diwān al-jays* o *diwān al-jund* o *Ministerio de las armas*. Será durante el periodo almohade (VI H./XIII C.) cuando la institución estas oficinas, ubicadas en lugares portuarios sirvieron para constatar muchas de las transacciones efectuadas en el comercio con la Europa cristiana, y de ahí el establecimiento de oficinas especiales con el objeto de recaudar tasas y otros impuestos, dando lugar al término «aduana». En lo tocante al *siḡill* este era el lugar en el que se efectuaba propiamente la inscripción registral de los documentos, lo que hace pensar en una dependencia en la que un oficial o escribano se ocuparía exclusivamente de esa función; en le primer caso, sin embargo serían varias las dependencias dónde redactar, dar entrada y archivar cualquier tipo de documento. Desde el punto de vista morfológico sirva como aclaración la consulta de CORRIENTE, *Diccionario árabe*, *op. cit.*, p. 263; en cuanto al significado conceptual s.v. «*diwān*» en *EI2*, vol. II, pp. 323 y ss., aunque respecto a las funciones de esta oficina en al-Andalus, pp. 331-332.

<sup>360</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII,7ñ, p. 254.

<sup>361</sup> En el caso de aguas cuyo curso se había desviado produciendo algún perjuicio, se ordenaba de inmediato el cese de esta situación; MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII,7q, p. 255.

<sup>362</sup> Generalmente estos plazos eran de libre designación por parte del *qāḍī*, oscilando entre tres días y veintiuno – en materia de créditos– o treinta días si se trataba de cuestiones relacionadas con bienes inmobiliarios y materia sucesoria; sobre este asunto véase SANTILLANA, *Istituzioni*, *op. cit.*, vol. II, p. 592; y HALIL IBN ISHĀQ, *Il Muḥtasar*, *op. cit.*, p. 678; AL-QAYRAWĀNĪ, *Risāla*, *op. cit.*, p. 71 y en el ámbito andalusí MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII-7q, p. 255 y AL-HUŠĀNĪ, *Historia de los jueces de Córdoba*, *op. cit.*, p. 25. Obras que son también objeto de estudio, en cuanto a la importancia del tiempo procesal, por MARTÍNEZ ALMI-RA, *La dimensión jurídica del tiempo*, *op. cit.*, pp. 155-157.

<sup>363</sup> *Furs e Ordinacions*, *op. cit.*, Lib. IX, Rub. XXXI [De cequiers], Fur. I, p. 188.

quiera que haya usado agua para regar durante el día, pague al dueño del agua cinco sueldos; y si «es de la» noche sesenta sueldos<sup>364</sup>.

Al-Ġazīrī, en su obra *Al-Maqṣad*, concede carta de naturaleza al acta como instrumento en materia procesal para acreditar y constatar ciertos hechos acaecidos en el curso procesal y respecto a la cuestión en litigio; así, por ejemplo, el *acta procesal* es documento a exhibir cuando se precisan tomar medidas para corregir una situación perjudicial para la comunidad en relación con el curso de las aguas. El acta es un documento que se ajusta a una forma (*ṣiġa*) en la que destacan tres apartados. El primero hace mención explícita a la persona cuyo testimonio hace fe, lo que le da fuerza legal para poder ser exhibido. El segundo constituye el núcleo o la declaración jurada sobre lo visto u oído en un lugar determinado y en fecha cierta. Y el tercero contiene la corroboración de esa declaración mediante otras que la ratifican y dan solidez a la primera declaración: se trata también de testimonios por parte de testigos que actúan en esta misma fase procesal simplemente corroborando lo ya dicho por el testigo honorable<sup>365</sup>.

#### 3.4.6 La sentencia

Durante la primera fase del Derecho islámico la sentencia era una opinión sobre la verdad constatada, emitida a petición de los interesados. En la sentencia no cabía condena o absolución, ya que el objeto de litigio versaba sobre bienes y propiedades. Así las cosas las disputas o controversias se dirimían por vía estrictamente arbitral y suponían la exigencia de responsabilidades por vía civil. Durante décadas primó este carácter, y ello porque el papel del *ḥākim* o árbitro se basaba en la mera conciliación de las partes, sin valoraciones ni apreciaciones subjetivas<sup>366</sup>. Pero con el paso del tiempo se produce un cambio: la sentencia se convertirá en la manifestación expresa de la justicia y equidad por parte del *qāḍī*. Una expresión acorde con las fuentes del Derecho musulmán y de estricto cumplimiento en cuanto desideratum del ideal de justicia entre los miembros de la comunidad<sup>367</sup>.

Por lo general la sentencia adoptó forma de orden unilateral dirigida a los solicitantes de la declaración de mejor derecho, y como tal orden judicial, *ḥukm*<sup>368</sup>, de obligado cumplimiento y acatamiento por las partes<sup>369</sup>. La razón de esta conminación se debe a que la sentencia dictada por el juez declara un derecho legítimo que no podrá verse menoscabado por ninguna acción que

<sup>364</sup> *Fueros y Observancias*, op. cit., 239 (Dado por Jaime I en Huesca, 1247).

<sup>365</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., p. 396.

<sup>366</sup> TYAN, E., en *L'Organisation*, op. cit., p. 51.

<sup>367</sup> Sobre estas cuestiones pronto verá la luz una monografía de MARTÍNEZ ALMIRA, M.<sup>a</sup> M., *Derecho procesal Hispanoárabe*, en curso de publicación, con la colaboración del Instituto Per l'Oriente, por la Facultad de Ciencias Políticas para Altos Estudios del Mediterráneo «Jean Monet» y la Universidad de Alicante.

<sup>368</sup> Sobre este término véase GAUTHIER, L., «La racine arabe l.k.m. et ses derives», en *Homenaje a D. Francisco Codera*, Zaragoza, 1904, pp. 435-454.

<sup>369</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VI.11.c, p. 233.

perjudique a otro musulmán, según una máxima en del derecho andalusí<sup>370</sup>, y rigiendo en este sentido el principio de utilidad (*istiṣlāḥ*<sup>371</sup>) y equidad hacia los litigantes<sup>372</sup>. En virtud de esa misma utilidad pública el juez estaba también conminado a dictarla en cualquier caso<sup>373</sup>.

Las sentencias consultadas en los distintos tratados y formularios son pronunciamientos sobre: el derecho al traslado de un curso de agua de su lugar originario –generalmente acequias cuyo curso y funcionamiento se remontase a tiempo inmemorial<sup>374</sup>–, el derecho de uso al agua de una fuente descubierta a una distancia que perjudica el derecho de uso de otro propietario<sup>375</sup>, el derecho a regar una vía pública con el agua de uso común<sup>376</sup>, y la importante cuestión del reparto de aguas, *al-qism*, de forma equitativa entre los hortelanos, o habitantes de los distintos lugres de la geografía andalusí el reparto<sup>377</sup>. Del mismo modo la legislación foral valenciana protege el derecho de uso de estas aguas por los hortelanos de fundos colindantes y más bajos determinando que «*Laygua que naxera en altruy camp o loch sens voluntad daquell al qual lus de laygua pertany negu no la pot pendre. En aquest fur enadeix lo senyor rey que dementre que aquell de qui sera lo loch on naxera laygua haura mester aquella aygua que la prena e la haie: e quant no la haura mester que la prenen e la haien los vehins seran deios ell*»<sup>378</sup>.

Las sentencias que eran firmes y obligatorias desde el momento en que las dictaba el juez que había conocido el caso, y que en calidad de tal debía figurar en el propio texto de la sentencia, dictada al escribano; siendo pues preceptivo la alusión a su nombre<sup>379</sup> y quedando registrada en las dependencias al efecto. El valor concedido a esta sentencia registrada se evidencia en el caso de una apelación en la que se contemplara la supresión del paso de agua y en calidad

<sup>370</sup> Solo está permitido utilizar lo que es de los musulmanes si no les perjudica. Ibidem.

<sup>371</sup> MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, op. cit., p. 175.

<sup>372</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 156.

<sup>373</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VI.4 a, p. 223.

<sup>374</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.3.a, p. 239. Como ya se vió anteriormente el rey Jaime I para reserva todos los derechos adquiridos desde antaño para los habitantes del reino y ciudad de Valencia, en materia de aguas tal y conforme los tenían *en temps des sarrahins; Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. III, Rub. XVI [De servitut daygua e daltres coses], Fur. XVI, pp. 65-66.

<sup>375</sup> Remítase el lector a la nota 178.

<sup>376</sup> Acciones que merecían la condena inmediata por parte del juez y la inhabilitación de esa actuación lesiva para el bien de la comunidad; MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.7, p. 248 y VII.7 ñ, p. 254.

<sup>377</sup> El reparto de aguas es una de las mayores preocupaciones y objeto de atención por parte de los musulmanes, por los beneficios que pueda causar. En este sentido destaca al-Idrisi en su obra que las aguas *entre Burriana y Murbeter estaban «bien repartidas»(mutadafaqa)* (AL-IDRISI, *Descripción*, op. cit., pp. 66/7 y *Kitāb Nuzhat*, op. cit., vols. 2, pp. 734/5); y en concreto resalta los buenos regadíos (*yantafiu bihi wa yasqi al-muzara'*) de sembrados (AL-IDRISI, *Descripción*, op. cit., pp. 66/7 *Kitāb Nuzhat*, op. cit., vols. 2, p. 556).

<sup>378</sup> *Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. III, III, Rub. XVI [De la servitut daygua e daltres coses], Fur. II, p. 64.

<sup>379</sup> AHMAD B. MUGĪT AL-TŪLAYTULĪ, *Al-Muqni'*, op. cit., p. 368.

de argumento de una parte contra la otra, cabiendo en este supuesto el exhibir el citado documento<sup>380</sup>. Por otro lado, las sentencias adquirirían rango legal propio desde el momento en que, conforme se constata en las mismas, no existiera disposición alguna legal en contra (*naṣṣ*<sup>381</sup>).

Tema controvertido era la condición del juez y grado de conocimiento del derecho o *fiqh*. En efecto, la sentencia dictada por el juez docto, *ulama'*, parece no tenía igual «valor» que la dictada por un *qāḍī* o *ḥākam* –a quien se le exigía el conocimiento exhaustivo del *fiqh*–. La cualidad de *uṣūlī*, es decir, del experto en metodología del derecho –filosofía del derecho– y estudioso de los *uṣūl al-fiqh* o fuentes de conocimiento del Derecho islámico, no era requisito indispensable para el ejercicio de la judicatura; como tampoco lo era ser *muḥaddīṭ* –tradicionalista que estudia la veracidad del *ḥadīṭ*–. Ello no era incompatible, por otro lado, con la alta consideración que tenían los doctores de la ley islámica, expertos en los *uṣūl al-fiqh* o «raíces del derecho», *uṣūlī*, como miembros cualificados de la Comunidad en cuanto conocedores de las fuentes del derecho y parte activa en el proceso de interpretación del mismo, por medio del *iğma al-umma* o «acuerdo de la opinión de la Comunidad»<sup>382</sup>.

El *qāḍī* y el *ḥākam*, enjuiciaban en primer lugar conforme a la costumbre, al buen sentido común y a la praxis consolidada –entendiendo que ésta no podía ser contraria a la legislación islámica–; y en segundo lugar conforme a la *šarī'a*, lo que le exigía una particular formación jurídica en los *furū al-fiqh* o instituciones del derecho islámico. Por otro lado, los documentos conservados en al-Andalus son en gran parte práctica forense correspondiente a los *muftī* –es decir, *faqīh* privado de nombramiento público pero habilitado por los mismos doctores para emitir *fatāwa* o pareceres fundamentados<sup>383</sup>–. Y he aquí que las sentencias pronunciadas en materia de aguas por uno u otro oficial de la justicia fueran objeto de controversia entre los mismos andalusíes<sup>384</sup>, máxime cuando a falta de pruebas se permitía el recurso a la presunción, una práctica de dudoso valor judicial a tenor de lo manifestado por los administrados en algunas de sus preguntas<sup>385</sup>.

Otra cuestión controvertida, a tenor de las fuentes, era el acatamiento por el juez en sus sentencias de medidas, a veces consideradas dispares con el común criterio o la costumbre inmemorial; razón de ello era: por un lado la disfuncionalidad del medio que procura el hídrico elemento a los habitantes de

<sup>380</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VII. 7.b2, pp. 259/0.

<sup>381</sup> Cuyo significado es estipulación o declaración; Corriente, *Diccionario árabe-español*, op. cit., p. 762.

<sup>382</sup> Fuente para el conocimiento del Derecho (*šarī'a*) y una de las raíces del mismo; versa sobre creencias religiosas, el *fiqh* y la ética; de manera que el acuerdo adoptado por los ulemas representa la verdad sobre la cual no está permitido al creyente discutir. En este acuerdo de la Comunidad toman parte los citados doctores en calidad de representantes cualificados de la Comunidad. CASTRO, *Diritto musulmano*, op. cit., p. 7-9.

<sup>383</sup> CASTRO, *Diritto musulmano*, op. cit., p. 12. MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, op. cit., pp. 241-2.

<sup>384</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.7 1, p. 253.

<sup>385</sup> Ibidem.

un lugar, o a los usuarios con fines diversos; y por otro el perjuicio efectivo de unas aguas o canalizaciones que pongan en peligro a la misma comunidad<sup>386</sup>. En estos casos las discrepancias a la opinión del juez pueden ser presentadas por los perjudicados, a fin de promover la reforma de la sentencia, supuesto viable en caso de injusticia manifiesta y constatada por el mismo, o por haber incurrido en error involuntario o bien por conocimiento de doctrina acorde con el presupuesto conocido en la sede judicial<sup>387</sup>. En efecto, la mínima sospecha sobre la idoneidad de un testigo o su testimonio en falso suponía la invalidez de la prueba y la anulación de la sentencia<sup>388</sup>. Ante supuestos de esta índole, y desde el punto de vista formal, la revisión de la sentencia suponía el seguimiento de un nuevo proceso, sobre la misma cuestión en litigio, pero en el que intervendrían pruebas distintas a las iniciales<sup>389</sup>.

Era frecuente, además, que ante la revisión y reforma de sentencia se requiriera al juez su dictamen a favor o en contra del decurso de las aguas durante el tiempo en el que se estuviera dirimiendo el caso ante la sede judicial<sup>390</sup>. En estos casos la postura de la doctrina fue firme al determinar que mediando sentencia en la que se argumentara –por prueba testifical–, el uso del agua para el riego desde antes del dictado de la misma, sólo se podría revocar si se producía un perjuicio efectivo y los nuevos testigos eran más justos que los primeros, o bien que éstos hubieran sido recusados<sup>391</sup>.

Cuestión controvertida era la de determinar el mejor derecho de uso sobre el agua que llegaba a tierras alejadas entre sí, pero de proximidad variable al curso de agua común; en estos casos la escuela malekí andalusí tomaba como referencia la doctrina de su fundador, a pesar de otras opiniones contradictorias de sus intérpretes, y ello en virtud de los llamados textos denominados *manšūša*<sup>392</sup>, sobre los que se ha dictaminado o estipulado una solución unánime.

<sup>386</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VII. 3.a, p. 239.

<sup>387</sup> LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, op. cit., p. 88. Así es puesto de manifiesto en casos concretos por MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.7, p. 246 y ss. y AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, op. cit., pp. 229 y 230.

<sup>388</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, VII.7.c, p. 250.

<sup>389</sup> Castro argumenta este planteamiento en clara oposición al criterio de Tyan, defensor de un sistema mucho más rígido, que para el caso no resulta operativo; primando la consecución de la equidad resulta difícil sostener esa rigidez cuando al *qāḍī* se le presenten pruebas evidentes de una injusticia manifiesta, o incluso posturas jurisprudenciales más acordes con este principio general del Derecho. CASTRO, *Diritto musulmano*, op. cit., p. 14 y TYAN, *L'Organisation*, op. cit., p. 342. De nuevo sobre la detección de defecto ('illa) en la sentencia alude a un caso concreto MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.7, pp. 248 y ss. y AL-HUŠĀNĪ ofrece ejemplos varios sobre esta actitud de mayor flexibilidad (AL-HUŠĀNĪ, *Ta'rij*, op. cit., pp. 93, 94, 99, 192, 214, 272).

<sup>390</sup> Sobre distintas preguntas formuladas al *qāḍī* de Ceuta y cuya respuestas pueden ser consideradas como un *desideratum* o la pauta ideal y más justa a seguir por quienes deban administrar justicia. MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.7, p. 250 y ss.

<sup>391</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Madāhib al-ḥukām*, op. cit., VII. 7.m, pp. 253/4

<sup>392</sup> Corriente, op. cit., p. 763. Conforme al significado dado por este autor: *determinado, estipulado, indicado*.

No debe extrañar pues que el contenido de las sentencias andalusíes en materia de aguas, conforme a la doctrina de Mālik, incidan siempre en el uso del derecho de aguas por aquel que necesite de ellas, debiendo contar con el consentimiento y aprobación del propietario del bien sobre el que discuta<sup>393</sup>. En efecto, si el objeto de discusión es el agua de una fuente, conforme a las sentencias dictadas en al-Andalus prima el derecho del propietario del lugar en el que manó el agua, cuando el predio se encuentre en situación más elevada; y en cualquier caso, conforme a estas mismas sentencias, se tendrá en cuenta la utilidad que esa agua pueda reportar a otros vecinos o paisanos que se sirvan de ella<sup>394</sup>. Un segundo supuesto es el que se deriva de la modificación del curso de agua por quien usa de ella con fines no privativos; en este caso, podrá modificar su curso sin necesidad de comunicarlo al propietario, salvo que con ello produzca un daño evidente. Y si lo causare podrá ser denunciado debiendo atenderse, en cuanto a la reparación del daño, a lo que disponga la sentencia. Por último, cuando por razones de utilidad propia se pretenda variar las condiciones iniciales del curso del agua, el propietario podrá hacerlo, sin ninguna otra consideración que no causar perjuicio a otros beneficiarios, y si así lo hiciera podrá también recaer sobre él una denuncia y la sentencia pertinente que asumirá con todos sus cargas. Como así también exigía la legislación de Tortosa a los jueces que conocían cuestiones litigiosas en materia de aguas en el ámbito cristiano: *que en qual que maner constraist sia d'aytals servitutz per sentencia del ciutadans ab lo veger ensems, se devem determenar, destruir e reparar, adobar e melorar*<sup>395</sup>.

Los *qādīs* andalusíes dejaron claro el orden de prioridades en cuanto al uso de esas aguas en los distintos casos planteados; primaba el uso para el riego sobre la construcción de molinos destinados a la obtención del pan u otros bienes de primera o segunda necesidad<sup>396</sup>; y seguidamente el excedente debía ser repartido entre aquellos que poseyeran huertos en plena producción, debiendo servirse por derecho del excedente de esa agua.

Por otra parte, difícil fue para los jueces dirimir alguna de las cuestiones sobre uso de aguas, sobre todo si el perjuicio sobre un predio obedecía a intereses ocultos de las partes –como, por ejemplo, guardar silencio sobre el derecho al uso del agua por tiempo inmemorial sin que se constatará en juicio–. A tales efectos era frecuente argumentar circunstancias temporales que vinieran a reconocer el mejor derecho sobre el uso de las aguas. Ahora bien tanto para una u otra parte interviniente en el proceso, el uso de las aguas por un tiempo determinado no era argumento válido para hacer decaer el derecho del legítimo propietario o usuario, salvo silencio intencionado por parte de éste, cuestión harto difícil de demostrar<sup>397</sup>. En cualquier caso, el juez a través de sus senten-

<sup>393</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.3abis, p. 240. Y en el mismo sentido AL-WANŠARISĪ, AL-MI'YĀR AL-MUGRIB, op. cit., p. 382.

<sup>394</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.6a, p. 245.

<sup>395</sup> *Costums de Tortosa*, op. cit., p. 164 /3.11.14.

<sup>396</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII. 6b y c, p. 245.

<sup>397</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., VII.7 g, p. 251.

cias debía evitar que las soluciones contenidas en ella provocasen perjuicio alguno a los miembros de la comunidad, al margen de sus intenciones y de las razones de sus actuaciones; una máxima constante a lo largo del tiempo<sup>398</sup>.

En el caso en que quedase demostrado que los testigos habían actuado mediando interés<sup>399</sup> el juez podía o bien declarar nula, como medida preventiva, cualquier limitación en el uso de las aguas –si bien con carácter meramente temporal– o bien fijar un turno provisional con el fin de evitar daños durante el periodo de reflexión. La opción se decantaba más por primar el derecho al uso del agua por el propietario de las tierras en explotación que por los molineros, aun siquiera pretendiendo los excedentes.

#### IV. LA TIPOLOGÍA PENAL EN MATERIA DE AGUAS

Tanto los daños causados a bienes de uso público como el uso ilegítimo de los mismos son objeto de consideración desde el punto de vista del derecho penal islámico de forma meramente tangencial. Esta circunstancia no es de extrañar por cuanto este tipo de delitos son objeto de la discrecionalidad del juez, al circunscribirse a la tipología delictiva cuya competencia es exclusiva del *qāḍī*<sup>400</sup>.

Por razón del bien que tienen por objeto corresponden al orden penal público<sup>401</sup>, en los que la autoridad competente puede intervenir de oficio, de forma represiva y contundente. Un orden penal en el que prima el derecho de composición, sustitutivo del derecho de venganza<sup>402</sup>, y que supone la aplicación de una serie de penas tasadas *ḥudūd*, cuya aplicación es ineludible, y en su defecto de penas discrecionales. Tomando en consideración que este tipo de delitos se someten, por regla general, a la discrecionalidad del juez, podrá comprenderse que las penas adquieran ese mismo carácter, y, en cuanto a la determinación del juez, que su sistematización sea harto difícil por la pluralidad de casos y supuestos sobre los que, además, deberá valorar<sup>403</sup>.

<sup>398</sup> *Ibidem*.

<sup>399</sup> MUHAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII.7.q, p. 255.

<sup>400</sup> Un esquema sobre la estructura del sistema delictivo penal en la España andalusí y sus concomitancias con el derecho histórico en MARTÍNEZ ALMIRA, M.<sup>a</sup> M., «Fijación del Derecho penal hispanoárabe en los siglos XIV y XV», en *Vínculo jurídico. Revista de la Academia de Derecho de la Universidad de Zacatecas*, 52 (diciembre 2002), pp. 5-20.

<sup>401</sup> Entre los delitos objeto de este sistema se encuentra la venganza y el talión en el homicidio y lesiones, que si bien durante la etapa preislámica se vengaban aplicando la ley del talión, con Mahoma fueron reemplazados por la composición; véase JIMÉNEZ DE ASÚA, R., «El derecho penal hispano-árabe», en *Publicaciones del Instituto Cultural Argentino Hispano-Árabe*, Buenos Aires, 2(1943), pp. 13 y ss.

<sup>402</sup> Planteamiento que efectúa LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>403</sup> Aunque ello no es impedimento para que se atenga a una serie de limitaciones acatadas de forma unánime, y acordes con la doctrina; sobre estas cuestiones véase TYAN, *Histoire de l'organisation*, *op. cit.*, p. 41 y 76, así como las siguientes de las citadas. Del mismo modo véase CASTRO, *Diritto musulmano*, *op. cit.*, p. 13.

Ante construcciones y canalizaciones que comportasen la impureza de las aguas destinadas al servicio de los miembros de la comunidad, el *qāḍī* aplicaba penas discrecionales, que afectaban a dos supuestos distintos: en primer lugar por la comisión de acciones delictivas que perjudicasen voluntariamente, –con defecaciones u otro tipo de sustancias–, las aguas corrientes o estancas y escasas; en este caso recaían sobre el infractor no solo medidas penales sino toda suerte de maldiciones. En segundo lugar aquellas acciones consistentes en extraer agua para uso individual, que debilitaran el caudal y pusieran en peligro el abastecimiento del resto de los creyentes, conforme Abū Saʿīd al Judrī oyó relatar al Profeta; la tradición defendía en este punto la prohibición de estas acciones, no tanto por la desconsideración de quien hacía uso egoísta del agua, sino por la merma del caudal del agua, hecho que a su vez condicionaba su pureza (*ajjaf*), por la falta de fluidez, entendiéndose que el discurrir continuo de la misma es requisito para la consecución de esa cualidad<sup>404</sup>.

En cuanto al impedimento del tránsito del agua por construcciones indebidas, tales como muros, la doctrina seguía los dictados de los imanes, a quienes competía determinar la anchura máxima de los cauces fluviales por su carácter de bien público. Estas medidas serán consideradas por los *qāḍīs* como de obligado cumplimiento, dictando sus sentencias conforme a ellas<sup>405</sup>. Y así las cosas, la pena impuesta consistía en la demolición de la obra causante del daño sobre cualquier miembro de la comunidad<sup>406</sup>.

También era común la determinación judicial de inhabilitar el medio utilizado para el decurso del agua que suponía un daño al resto de la comunidad, sobre todo si ponían en peligro zonas de especial protección; de hecho las zonas, en las que la salubridad pública pudiera ponerse en riesgo, quedaban ya sometidas a una serie de normas medidas de protección, que impedían, en caso de no acatamiento, la imposición de penas tasadas, conforme a la discreción del juez y en función del daño causado sobre el bien público<sup>407</sup>.

Otra de las penas impuestas era el impedimento y prohibición del decurso del líquido elemento, siendo preceptivo en estos casos dejar constancia en el registro, al objeto de dar publicidad de su decisión y evitar actuaciones similares<sup>408</sup>. En otros casos el infractor era condenado a realizar las labores pertinentes para volver el medio sobre el que discurre el agua a su condición primigenia: en este sentido, se debía cortar el paso de las aguas<sup>409</sup>, junto con el pago de

<sup>404</sup> MUḤAMMAD B. ʿIYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, pp. 223/224.

<sup>405</sup> MUḤAMMAD B. ʿIYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII. 11.d, p. 233.

<sup>406</sup> MUḤAMMAD B. ʿIYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VI. 8a, p. 229.

<sup>407</sup> La importancia dada por los musulmanes al agua corriente es notable en diversos textos, tal y conforme se deduce de las distintas descripciones de al-Andalus; Al-Idrisi destaca la presencia de agua *destilada y corriente* como elemento vital en su descripción de las montañas comprendidas entre Gezirat Aklchadra y el puerto de Alsagra (AL-IDRISI, *Descripción*, *op. cit.*, p. 38). No en vano el Mancebo de Arévalo incide sobre la prohibición de determinadas construcciones en áreas de especial protección (MANCEBO DE ARÉVALO, «Capítulo que trata de las fábricas de casas», *op. cit.*, p. 157).

<sup>408</sup> MUḤAMMAD B. ʿIYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VII.7b, p. 249.

<sup>409</sup> AL-ĠAZIRI, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, p. 396.

la pena tasada (*ḥudūd*), consistente en una cantidad de dinares a determinar por el juez; en otras ocasiones, cuando de vertidos orgánicos se trataba la pena consistía en el cubrimiento con materiales –generalmente una placa, en la que se especificase la servidumbre, puesto que las cloacas habían de estar cubiertas y protegidas<sup>410</sup>– al uso de la zona sobre la que se depositaban esos desperdicios. Esta pena era en realidad considerada por la doctrina *el contraprecio* por el daño causado. Una pena que se combinaba con el drenado de canales, debiendo para ello hacerlos desaguar. En estos casos el afectado cobraba además una cantidad de dinares, que debía aceptar sin protesta, por cuanto era la decisión del juez, conforme a la equidad y justo criterio, admitida *erga omnes*<sup>411</sup>. No en vano, la obligación de limpieza de las cloacas y su mantenimiento en óptimas condiciones recae sobre quien de ella se sirve; en este sentido los *Furs* de Valencia disponen: «*Si carrera publica per scorrentiment o per força daygua se flum o de pluia sera pijorada o de tot en to sera destruida: los vehins qui son pus proa daquella carrera la devuen refer e adobar o donar carrera per la lux terra propia*»<sup>412</sup>.

En cuanto hurto o robo que tiene por objeto un bien material cuyo valor es variable, se aplicaban penas *ḥadd* (pl. *ḥudūd*), en los casos en los que se superase el mínimo punible reconocido, *niṣāb*, por la escuela malekí, equivalente a tres dirhames de plata o ¼ dinar de oro de ley o su equivalente<sup>413</sup>. Ahora bien, en los supuestos analizados excepcionalmente se alude a la aplicación de penas tasadas –en este caso penas corporales equivalentes al daño causado–, como si parece se aplicaron en el territorio catalán y en los señoríos valencianos durante el siglo xv a tenor del contenido del *Llibre de la Çuna e Xara* que reserva al conocimiento del *alcadi* o *del señor* la pena de azotes por robo de la tanda de agua<sup>414</sup>. Por el contrario, en los tratados consultados para el supuesto delito de

<sup>410</sup> Sobre esta misma cuestión la legislación foral reafirma la obligación, para quienes con sus actos provoquen aguas corrompidas o pestilentes, de reparar por todos los medios posibles y a su alcance los daños causados, incluso mediante la destrucción de las obras realizadas (*Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. III, Rub. XV, [De caluegueres e destremeres e dalbellons], Fur. I, p. 64).

<sup>411</sup> AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-mahmūd*, op. cit., p. 397-398.

<sup>412</sup> (*Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. III, Rub. XVI [De servitut daygua e daltres coses], Fur. XVIII, p. 66). Y sobre la obligación de mantener limpias las cloacas y desagües la misma legislación foral dispone: «*Lo senyor de les cases sobiranes pot la clauquera e lestremera e lalbello de les sues cases qui descorres per les cases iusanes de son vehi refer e scombrar sens voluntat de son vehi qui sera senyor de les cases iusanes: car e publicament es cosa profitosa a tots: les clauqueres e les stremeres els albellons tambe privats com publichs que sien refeyts e scombrats en la casa daquell vehi. A les quals coses a fer si mester sera pot trencar los pahiments del vehi: Enaxi que do seguretad conuient que refaça lo pahiment de son vehi que jhaura trencat quant haura scombrat lalbello o la claugurea o la stremera*». *Furs e Ordinacions*, op. cit., Lib. III, Rub. XV [De clauqueres e de stremeres e dalbellons], Fur. II, p. 64.

<sup>413</sup> Cantidades que varían conforme a las distintas escuelas; puesto que para la escuela Hanafí esta cantida deberá superar los diez dirhames, mientras que la Safi'i, coincide en la cuantía con la malekí; véase ARÉVALO, R., *Derecho penal islámico*, Tánger, 1939, pp. 105 y ss.

<sup>414</sup> Texto anónimo y sin título de principios del siglo xv que se aplicaba en cataluña y del que se hizo una copia para el señor de Sumacàrcer, a quien correspondía la jurisdicción sobre aquel lugar y que conforme a los privilegios existentes en su favor dictaba sentencia con el consejo de un *qāḍī* musulmán, nombrado por el o por el rey, tal y conforme sostiene la editora de *El llibre de*

robo de agua, malos usos y abuso de la misma e incluso arrojó de sustancias nocivas para el agua de uso común, con la consideración de *cuasi delitos* o faltas<sup>415</sup>, y conforme al valor de daños causados se exige responder pecuniariamente a quien los causare, tanto por ignorancia como por defecto de diligencia; en concreto, quienes cometieran hurto de agua por valor inferior al *niṣāb* debía pagar la cantidad fijada discrecionalmente por el *qāḍī*<sup>416</sup>.

Es precisamente el Derecho hispanomusulmán del siglo XIV el que más noticias da acerca de los delitos que se han de someter a la discrecionalidad del juez<sup>417</sup>. La limitación en el uso del agua, considerada bien público, suponía un perjuicio e impedía que se sirvieran de ella como lo hacían antes, la actuación del juez consistía en primer lugar en imponer la supresión de esta acción limitativa de derechos, y evitar la reincidencia por parte del condenado impidiéndole cualquier uso al margen del que hubiera dictaminado<sup>418</sup>. Y al reincidente en este tipo de limitaciones de derechos comunitarios, se le exigirá la renuncia al uso del agua en cualquier forma y manera. Asimismo, la legislación castellana estipula dar salida a las aguas de una heredad a favor de otras que hayan menester de las mismas, en la cantidad que precisaran; de igual modo, la legislación foral del rey Jaime I se ocupa de esta cuestión a través del siguiente precepto: «*A aquell que ha servitut de pendre o de poar aygua el pou o en la font de son vehi: deu haver carrera a pendre o a poar aygua daquell pou o daquella font*»<sup>419</sup>.

---

*la Çuna e Xara dels moros. Un tratado catalán medieval de Derecho islámico...*, introducción, edición, índices y glosarios por Carmen Barceló, Córdoba, 1989[CCXV. Si algú toldrà a algun la tanda de aigua]. Nótese que incluso la forma de aplicar la pena de azotes a los *sarracenos* de estos territorios se debía hacer «*segons lo cors del bastó de l'açot haya hun palm e hun forch*» [op. cit., XXXVI. En quinya (sic) manera deuen ésser açotats los sarrahins].

<sup>415</sup> Sobre las distintas modalidades de contrato agrario y los efectos jurídicos por incumplimiento de contratos véase SANTILLANA, *Istituzioni*, t. II, pp.303-333 ; ḤALĪL IBN IṢHĀQ, *Il Muḥtaṣar*, op. cit., X, n. 72 y ss. ARÉVALO, R., *Derecho penal*, op. cit., 123-126.

<sup>416</sup> Caben también medidas discrecionales de correctivo o facultativas del *Imām*, más difíciles de apreciar en los casos estudiados, y que suponen la represión pública del culpable, la obligación de que permanezca en pie ante la asamblea durante un tiempo determinado, la prohibición del uso del turbante, la retención –por cierto tiempo, recluso en la cárcel, hasta su arrepentimiento e incluso el azotarlo con un látigo o instrumento análogo–. Todo ello conforme con las circunstancias de cada caso, tal y como explica ARÉVALO, *Derecho penal*, op. cit., p. 125. Sobre la discrecionalidad judicial véase MOLINA LÓPEZ, E., «L'attitude des juristes de al-Andalus en matière de droit pénal», en *Le patrimoine andalou dans la culture arabe et espagnole*, Túnez, 1991, pp. 154 y ss. Por lo que se refiere al derecho cristiano cítese, por ejemplo, la calaña fijada en el derecho foral navarro por robo del agua de una heredad, que ascendía a V sueldos si la acción delictiva acaecía durante el día, y LX sueldos si se producía durante la noche; *Fuero General de Navarra*, op. cit., tít. VII, cap. XXVI [Qué calonia ha qui furta agoa de día ó de noche], p. 203.

<sup>417</sup> Si bien la lista en modo alguno es tasada aporta una idea siquiera aproximada respecto a los delitos en los que la reflexión del juez sobre las circunstancias en las que se dio, y la concurrencia de eximentes y atenuantes puedan condicionar su criterio en uno u otro sentido. MANCEBO DE ARÉVALO, op. cit., en especial el [Capítulo que trata de las fábricas de casas], p. 157; *Summa*, cap. XLV, y *Libre de la Sunna*, cap. XV, p. 5.

<sup>418</sup> MUḤAMMAD B. 'IYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, op. cit., p. 232, VI.11a, p. 233.

<sup>419</sup> Como ya se ha visto, el agua de las fuentes es de uso prioritario por su pureza y continuo fluir respecto a otros recursos hídricos. La normativa andalusí al respecto aborda todas las cuestiones posibles que se susciten, como igual sucede en la legislación territorial de otro ámbito,

Medidas que con carácter bien correctivo o represivo se imponían por vía de sentencia, en cuanto las actuaciones de los usuarios fueran consideradas por los jueces causa de trasgresión e incumplimiento de los requisitos y cláusulas contenidas en los contratos sobre agua. Cláusulas que por otra parte se supeditaban a una serie de exigencia, ya que no estaban permitidas determinadas condiciones en estos contratos de, dando lugar a la anulación del mismo si así acontecía<sup>420</sup>. El sistema penal islámico previó penas por el incumplimiento incluso de las sentencias condenatorias, por el hecho de contravenir la disposición del *qāḍī*, sentencia dictada siempre en virtud de la equidad y la justicia; máxime cuando esta omisión del deber impuesto supone la persistencia de la situación lesiva o perjudicial para quienes la sufrían<sup>421</sup>.

M.<sup>a</sup> MAGDALENA MARTÍNEZ ALMIRA

---

distinto al andalusí, cuyas costumbres y criterios se continuaron en el tiempo; (*Partidas*, III. 31, 5 y 6). Y respectivamente, *Furs e Ordinacions*, *op. cit.*, Lib. III, Rub. XVI [De servitut daygua e daltres coses], Fur. XVIII, p. 66) y en el Fur XX: *Si alcu ira per lo camp de son vehi al seu camp o menara aygua continuament per deu anys sbe e soffren aquell vehi e non contradien: no li pusque esser vedat per son vehi daquui enant que no us daquella servitut de la qual haura usat per X anys*». (*Furs e Ordinacions*, *op. cit.*, *Idem*, Fur XX, p. 66).

<sup>420</sup> IBN AL-ʿAṬṬĀR, *Formulario Notarial*, *op. cit.*, doc. 30, p. 196 y vers. arab. pp. 87/90, y AL-ĠAZĪRĪ, *Al-Maqṣad al-maḥmūd*, *op. cit.*, p. 153, Acta contrato de riego (*širb*); e IBN MUGĪTĪ AL-ṬŪLAYṬULĪ, *Al-Muqni*, *op. cit.*, p. 276.

<sup>421</sup> Condenas que exigían responsabilidades pecuniarias por razón de daños y perjuicios materiales, pero que no tenían la consideración de penas corporales o análogas. MUḤAMMAD B. ʿIYĀD, *Maḍāhib al-ḥukām*, *op. cit.*, VI.11c, p. 233.