

Acuerdos y consenso entre regantes en el Levante peninsular. Pervivencia de la jurisdicción voluntaria de origen andalusí en materia de riegos

M^a Magdalena Martínez Almira

Área de Historia del Derecho, Universidad de Alicante

mm.martinez@ua.es

Resumen: El consenso es una modalidad jurisdiccional ancestral en el territorio peninsular. La avenencia o solución pacífica entre partes del derecho andalusí tuvo su corolario en el derecho histórico. Sobre la base de la legislación y ordenanzas por las que se rigen estas instituciones del derecho desde tiempo inmemorial este trabajo analiza y justifica la idoneidad y eficacia de la conciliación como forma consensuada para lograr acuerdos en materia de aguas. La conciliación en materia de uso y distribución equitativa del agua es manifestación de la buena voluntad de los regantes del Reino de Valencia desde los primeros tiempos del rey Jaime I. Una vía de solución pacífica de conflictos que, desde el periodo andalusí, tenía por objeto la economía procesal y evitar la aplicación del derecho penal.

Palabras clave: consenso, conciliación, acuerdo, regadío, derecho foral

Abstract: Consensus is an ancient jurisdictional exercise on the Iberian Peninsula. The peaceful settlement (*avenencia*) or compromise between parties of Andalusian law had its corollary in the legal history. On the basis of the laws and ordinances by which these institutions were governed for centuries this paper analyzes and justifies the appropriateness and effectiveness of arbitration to achieve conciliation on water agreements. Reconciliation on the use and equitable distribution of water is a manifestation of the willingness of irrigators in the Kingdom of Valencia since the early days of King James I. It was considered a path of peaceful in the conflict resolutions since the Andalusian law times; ultimately, the best solution in terms of judicial economy and avoid the application of more serious sentences.

Keywords: consensus, conciliation, agreement, irrigation, Spanish municipal franchises

1 El “derecho al agua” en el ordenamiento jurídico de tradición islámica

En el ordenamiento jurídico islámico las referencias a un *derecho de aguas* se evidencian a través de la *šarī'a*, en relación con el derecho al uso y disfrute del líquido elemento. El *Corán* y la *Sunna* son las fuentes primigenias que explican la importancia que el agua tiene para el creyente musulmán tanto para fines espirituales como materiales (El-Bokhari, 1977). La pureza corporal para realizar la oración o la ingesta de alimentos para los que el agua es requisito fundamental en su crecimiento y desarrollo son claves para entender la importancia que el derecho islámico y el andalusí, en concreto, concedieron a este recurso natural.

En al-Andalus la *sunna* del profeta, especialmente a través de las tradiciones de al-Buḥārī, corroboran la importancia del agua en la realización de las abluciones, conforme a las reglas de culto (*ibadāt*); y tanto es así que el creyente solo obtendrá el beneficio espiritual que le reporta la oración si con recta intención (*niyya*) realiza los

actos de culto libre de impurezas en su cuerpo. Tomando en consideración que se trata de un derecho confesional, que impregna la vida de millones de musulmanes (al margen de la consideración oficial o no del Islam como religión del estado) es el rito de la oración el que justifica la importancia que el agua tiene para el musulmán, de todos los tiempos (Martínez, 2006). La oración se ha de realizar en unas condiciones determinadas de limpieza corporal y pureza, conforme a las tradiciones atribuidas a Mahoma. Por ese motivo el agua es elemento imprescindible –salvo excepciones– para la ablución ordinaria (*wuḍuʿ* o *alwuḍḍu*); no obstante, el uso del líquido elemento no es de obligación tradicional (*institución divina*) para la consecución de la limpieza (*istinjā*) del cuerpo y su purificación mediante el lavado, *ḡusl*, pero sí el recurso necesario para eliminar la suciedad del cuerpo. En efecto, ya que al no ser *obligatorio* su carencia no provoca perjuicio alguno al creyente, pues siempre puede ser sustituido por otra sustancia válida conforme a la doctrina.

Estas exigencias legales fueron objeto de divulgación a través de obras de distinto alcance en el marco del derecho andalusí; en concreto cabe citar la *Tafsira* o *El Sumario de la relación y ejercicio espiritual y el Breve compendio* del Mancebo de Arévalo (2003:34) y la *Suma de los principales mandamientos y devedamientos de la Ley y Çunna* (1853). Se trata de textos que reciben la común denominación de *tafsiras* o comentarios (*ʿadab*) al texto coránico; comentarios sobre cuestiones generales bien de índole religiosa, (*ibadāt*).

Además la importancia del agua adquiere rango de materia objeto del Derecho en otras obras que permiten tener una idea aproximada del valor que tenía en el marco de las instituciones de lo que podríamos considerar como derecho civil (*muʿāmalāt*). Lo formularios notariales y los compendios de sentencias –por tanto de documentos de aplicación del derecho– de Saḥnūn (*Mudanwana*), de al-ʿUtbi (*al-Mustajraya al-asmīʿa*), de Ibn Ḥabīb (el *Kitāb al-Wāḍiḥa*), de Ibn Abī Zamanīn (*Muntajab al-aḥkam*), de Ibn MuḡīḪ (*al-Muḡniʿ fī ʿilm al-šurūt*), de Ibn al-Aṭṭār (*Kitāb al-waḫāiq*), de ʿĪsā b. Sahl (*Dīwān al-Aḥkam al-Kubrā*) o de Ibn Rušd, quien planteó importantes cuestiones legales objeto de estudio por Fernández Félix (2003:182); todos ellos ofrecen una secuencia del derecho observado en al-Andalus bajo la forma genérica de *Kitāb al-waḫāiq wa-l-siḡillāt*. En todos estos textos (muchos de ellos perdidos pero conocidos a través de las remisiones que autores posteriores hicieron sobre el derecho de sus predecesores) se corrobora el interés que el agua tenía para sus usuarios, los derechos que generaba, las obligaciones y responsabilidades que originaba su uso y consumo desmesurado o los vertidos perjudiciales. El análisis de los supuestos sobre los que se formulan opiniones a partir de otras dadas por eminentes juristas de la escuela de Malik hace posible determinar qué les estaba permitido a los andalusíes, qué les estaba prohibido y cómo debían enmendar sus actos lesivos en relación al agua. Y así se constata desde los tiempos de al-ʿUtbi, de Ibn al-Aṭṭār (Chalmeta-Marugán, 2000) o de ʿĪsā b. Sahl (Al-Nusimy, 1978) hasta al-Wanšārīsi (Hayyī et al, 1983), en el periodo más convulso de la presencia musulmana en la España.

2 Conciliar y avenir antes de juzgar

La conciliación era parte del cualquier litigio entre los andalusíes, conforme a la voluntad de Allah, pues entre sus nombres figura *Allāh al-muwaffiq* (Allah es conciliador). En relación con el agua, el valor que la misma tenía –y tiene- para los creyentes como recurso natural indispensable con el que conseguir bienes espirituales (pureza corporal) y materiales (alimento) justifica la importancia que los cadíes andalusíes otorgaron a este elemento; y en consecuencia a la materia del derecho que regulaba su uso y equitativa distribución. La función principal de cualquier juez era procurar la conciliación de aquéllos que litigaran por cuestiones menores (Arévalo, 1932:134), o asuntos pertenecientes a las clases más humildes (Ibn Abdūn, 1983). Y no en vano son muchos los supuestos sobre los que se pronuncian dando lugar a una abundante casuística en la que no solo se advertía sobre el modo de usar y disfrutar del líquido elemento sin menoscabo de cualquier otro derecho correspondiente a los congéneres, sino que castigaban las acciones que impidieran disponer de aguas limpias y puras para cualquier fin concerniente a los miembros de la comunidad islámica.

El protagonismo de los expertos en materia jurisdiccional sobre el derecho al agua no solo se centra en los cadíes sino también en los árbitros y arbitradores o mediadores que pudieran conocer o intervenir en la búsqueda de una solución a un problema jurídico planteado bien entre partes bien en sede judicial. Y ello es así si se toma en consideración el valor etimológico y el significado de contenido que cada uno de estos individuos tenían en las distintas fases del proceso judicial.

Conviene en primer lugar destacar que las fuentes andalusíes tanto en los supuestos conflictos o en las fórmulas jurídicas para la resolución de los mismos en materia de agua aluden a distintas figuras. El juez (*qādī*), el árbitro (*ḥakam* o *ḥākim al-ḥubārāṭi*) o los árbitros (*ḥakīm*, pl. *ḥukama*) eran los principales artífices de la justicia designados para mediar entre las partes sobre el derecho al agua, según Ibn ‘Aṣim (Houdas-Martel, 1888-1893: 14).

El papel que cada uno de estos individuos jugaba en la resolución del conflicto está supeditado al hecho mismo de la revelación. El *ḥakam* era el árbitro en la Arabia preislámica, periodo en el que no existía una autoridad pública jurisdiccional (Tyan, 1960:41/71). El Islam vertebró un sistema jurisdiccional garantista sobre la base de los preceptos coránicos y más tarde sobre la tradición o sunna; este proceso es el que justifica la incardinación del modelo arbitral para la resolución de conflictos en el marco de la justicia ordinaria. No obstante la pacífica convivencia entre árbitro (*ḥakam*) y juez (*qādī*) fue preciso delimitar competencias objetivas con el fin de no provocar conflictos por esta misma razón; y he aquí que los árbitros en este nuevo esquema no pudieran conocer sobre los llamados “derechos de Dios” o asuntos penales de cierta gravedad. En todos aquellos otros asuntos o materias en los que pudieran conocer sus resoluciones o sentencias arbitrales tenían fuerza legal, y por tanto obligaban a las partes, como así también se resolvía en el derecho foral valenciano (Dualde, 1950-1967) y en el ámbito de riego del río Segura, como lo demuestran, citando por ejemplo, las Ordenanzas de la acequia de Beniaján del año

1474; un marco legal que participa de contenidos y procedimientos al margen del titular de la soberanía¹. Esta primera distinción no interfiere ni por funciones ni competencias con otra categoría de servidores de la justicia: los árbitros mediadores; en este caso se trata de personas nombradas por las partes por su sabiduría, prudencia y sagacidad para mediar en un conflicto o desacuerdo entre individuos cuyos intereses entran en colisión, conforme al contenido de los antiguos fueros valencianos (1950:30.2); la función que desempeñan estos árbitros es la de avenir a las partes en cuestiones relativas a disputas matrimoniales o familiares en las que entran en juego no solo intereses personales sino también patrimoniales; y también en las disputas por el derecho al agua que discurriera por una vía pública las partes podían recurrir a estos individuos con el fin de buscar un criterio equitativo para la resolución de un conflicto; este era el papel que jugó el *hakīm*; en el derecho andalusí.

Por tanto, y desde el punto de vista de las competencias funcionales, ya en época andalusí, se distinguen dos tipos de actuaciones arbitrales. En primer lugar el arbitraje de derecho (D'Ors, 1933) y en segundo lugar el arbitraje de equidad (García Gallo, 1946). Esta distinción, tan clara en el derecho islámico, permite distinguir entre el árbitro que interviene en un pleito o conflicto entre partes para proponer una solución conforme al derecho islámico –función reconocida en el periodo preislámico y que a posteriori fue desempeñada por el *cadi*–, y el juez de avenencia o arbitrador que acercaba a las partes buscando solución en común a sus intereses; una actuación que fue objeto de regulación en la legislación castellana durante el reinado de Alfonso X fue así recogida en el derecho castellano y que para la historiografía resultaba difícil distinguir (Díez Picazo, 1957).

Pero no solo la legislación castellana reguló sobre instituciones que ya existían en el derecho andalusí (árbitros y avenidores, o árbitros de derecho y árbitros de equidad respectivamente), pues la legislación del Reino de Valencia también contempla funciones y competencias diversas en favor de los árbitros a través de dos fueros expresamente dedicados a los jueces y árbitros (1950: 101.16). Con posterioridad, Pedro II en 1363 reguló también a través de fuero los requisitos que deben tener los árbitros de derecho, “arbitre de bon varo” estando entre sus competencias resolver conflictos entre particulares (Colón i García, 1974), y seguidamente Martín el Humano se ocuparía de la institución arbitral (Palmart, 1976). Bien es cierto que durante el reinado de Jaime I es el acequero quien se encarga de la “administración de justicia” en relación a los que descuidan sus obligaciones en el mantenimiento de las infraestructuras acuíferas en condiciones; de ahí que entre sus facultades estuviera la de imponer las multas o de confiscar los bienes a quienes se demorasen en el cumplimiento de sus obligaciones; en este sentido la historiografía se hace eco de un hecho jurisdiccional no exento de importancia: Gual señala que a partir del siglo XV este acequero, además de ser considerado el “maestro de obras del canal”, recibiría la jurisdicción judicial (sic). En realidad, y refiriéndonos al periodo andalusí, este individuo era quien tenía reconocidas esas competencias para los supuestos en los que no se viesen afectados los “derecho de Dios”; conforme al esquema jurisdiccional islámico el juez delegaba en oficiales hábiles y expertos el

¹ AGRM, Misceláneos, 1474-05-08/1474-07-24.

conocimiento de aquellos asuntos considerados menores para una resolución rápida y eficaz, sin necesidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, en el momento inmediatamente posterior a la reconquista en el reino de Valencia, los asuntos relativos a los musulmanes fueron reservados al Baile general, dependiente de la justicia real, pero en sus primeros tiempos a cargo de individuos conocedores del derecho andalusí, no en vano quienes primero ostentaron el puesto fueron individuos conversos (Gual, 1979).

Este hecho explica que la sentencia (*ḥukm*) o solución arbitral (*taḥkīm*) conservadas se emitieran para un determinado lugar de un barrio perteneciente a un distrito por el que las aguas fluían bien de forma natural bien artificial (1882:13). Y en este caso, como así lo era de forma general en todas las decisiones de los jueces islámicos, no cabía apelación alguna ya que la decisión del juez era consecuencia de la ponderación de elementos para emitir un juicio en base a su recto criterio y justa opinión; una opinión que se fundamentaba sobre la ley islámica y sobre la emitida por doctos juristas de la escuela en la que se hubiera formado, como explicó Schacht (1964:148). Solo en el supuesto de que se presentasen nuevas pruebas o testigos que pudieran cambiar la opinión del juez cabría la posibilidad de conocer el asunto desde sus inicios. La fuerza legal de estas sentencias arbitrales y la imposibilidad de ser recurridas tuvo su continuidad en el derecho histórico valenciano, como así queda reflejado en los Furs (1955:101.16).

Antes de acometer alguna medida procesal debía cerciorarse de que el asunto estaba entre sus competencias y de que constaba una denuncia de parte. En segundo lugar, la intervención judicial exigía la evidencia de un daño para que el juez iniciara su actuación. En consecuencia, requisito fundamental para que el *cadi* se pronunciara sobre el derecho demandado era que el derecho lesionado fuese evidente (*yanfiḍa*’).

Si los daños no eran evidentes, es decir si el juez no tenía datos el derecho invitaba a las partes a la *conciliación*, actuando en este supuesto como un árbitro, *ḥākam*. Por tanto, el arbitrio no puede ser considerado en el marco procesal andalusí como una modalidad preliminar respecto a las distintas fases de la actuación judicial, sino la primera acción tendente a la resolución de una disparidad de criterios respecto al derecho sobre un determinado bien, en el que cada una de las partes esgrimía argumentos a favor de sus intereses. En estos casos la intervención del juez (*ḥākim*) solía ser "ex officio" y se canalizaba por trámites procedimentales en los que prevalecía la oralidad. En efecto, cuando el derecho lesionado no era evidente el juez intentaba la conciliación mediante el arbitraje, siguiendo algunos de los parámetros de actuación del antiguo árbitro preislámico (*ḥākam*). La conciliación o mediación entre las partes era recurso judicial previo a cualquier medida penal, porque en materia de riegos y uso de las aguas *la conciliación y las concesiones entre las partes de forma equitativa y conforme a los intereses de las partes* era la forma preferible y aconsejable para resolver los conflictos.

Por otra parte, en la mayoría de los supuestos sobre los que se manifiesta la doctrina andalusí se recurría a la discrecionalidad del juez, pues este era el principio que regía en materia penal y cuya competencia era exclusiva del *cadi*. Una competencia que se

mantendría por tiempo inmemorial y que además se aplicaba teniendo en cuenta la opinión y criterio sobre la cuestión de debate del *ṣāhib as-sāquiya* o *sabaséquia*, zabacequia, también “juez de aguas”; oficiales cuyas competencias son analizadas por Vidal Castro (2008:180). En realidad se trata del mismo oficial ante el que tenía lugar el reparto del turno de aguas y que vigilaba el correcto estado de las acequias en los lugares de regadío; entre sus competencias – todas ellas descritas en los formularios y colecciones de *fatwas* del período andalusí- figuraba también la de poder resolver las cuestiones suscitadas entre los regantes a pie de huerto (*yīnān*) o campo, e incluso de sancionar o imponer multas por el mal uso de las mismas. En concreto, y con relación al reparto del agua, desde tiempo inmemorial rigieron normas aceptadas por todos los usuarios, recogidas por los juristas de las distintas escuelas sunnís, y en el caso que nos ocupa por el mismo Ḥalīl Ibn Ishaq para quien el reparto de agua debía hacerse a partes iguales cuando los fundos se situaran en la misma línea respecto a la del agua circulante (Santillana-Guidi, 1919). Este criterio tuvo su continuidad en los territorios que pasaban a soberanía cristiana como deja constancia una carta abierta de Alfonso X a los partidores de Lorca el 23 de agosto de 1268².

En definitiva, aunque en los textos cristianos no haya una exacta definición del cargo –puesto que son evidentes las distinciones jerárquicas entre el sobrecequero y los cequeros en los territorios andalusíes, como también definió al-Māwardi en territorio bagdadí durante el siglo XI (1996, 72-86)- ni de sus funciones y competencias, el término árabe sí aparece en las fuentes para este periodo y nada hace pensar que con el traspaso de soberanía cambiasen aquéllas, más aún al mantener las infraestructuras como la organización institucional (Parra, 2013:477).

La actuación judicial contaba, por tanto, con la ayuda ineludible de los testigos que informaban sobre lo acaecido; y esto era así porque no habiendo daños evidentes el juez no tenía elementos de juicio para determinar la culpabilidad de una u otra parte o para valorar el alcance del daño causado. Los testigos instrumentales, *ṣuhūd al-‘udūl*, debían constatar los hechos lesivos; estos hechos eran trasladados al juez quien a la luz de la evidencia iniciaba su actuación judicial. En materia de derecho de aguas, como en otras materias, las cualidades exigidas para poder prestar testimonio y ser considerados testigos hábiles en juicio eran la prudencia, el espíritu crítico, la inteligencia y la opinión inequívoca sobre cualquier asunto. Los testigos instrumentales podían concurrir con expertos (*min ahl al-baṣar*) que testificaran también sobre materias objeto de su conocimiento adquirido en el ejercicio profesional o por una meritoria preparación. Este era el caso de los expertos en cómo realizar obras de mampostería y canalizaciones anexas a pozos y fuentes de agua para el suministro público. La doctrina estableció para los testigos instrumentales una serie de requisitos o cualidades personales y morales, amén de aquéllas meramente formales como el hecho de residir a una distancia menor de una posta o *barid*. Estos testigos, verídicos u honorables, *‘adāla* (pl. *‘udūl*) debían ser de integridad ejemplar (*mubarriz*) y el *cađi* podía refutar sus testimonios si advertía entre ellos connivencia.

² AMLO, Plan 2.2.Pergamino 13.

En relación con el derecho al agua se plantea una primera cuestión sobre la efectiva competencia del árbitro, en su condición de oficial de justicia a nivel local; según el derecho andalusí estos árbitros podían resolver los conflictos o litigios ente partes. En realidad, la competencia subjetiva para conocer sobre un asunto en materia de aguas venía condicionada a la competencia del *cadi* del lugar en el que se encontrara la heredad, y por donde discurriera el líquido elemento, bien fuera de carácter urbano o rural. El objeto de controversia era conocido en instancia previa y atendiendo al principio de economía procesal -uno de los principios fundamentales del proceso en el Islam- se sometía a un arbitraje, siempre que las partes no hubieran convenido con antelación una solución equitativa. En consecuencia, el factor territorial determinaba además el alcance de la solución dada, de manera que la solución arbitral (*taḥkīm*) o en su caso la sentencia (*ḥukm*) se emitieran para un determinado lugar de un barrio perteneciente a un distrito por el que las aguas fluían bien de forma natural bien artificial.

Determinar los supuestos en los que era factible la intervención de un árbitro solo es posible conociendo los casos en los que se preveían denuncias o demandas por derechos no respetados ante la jurisdicción ordinaria; en estos casos el recurso a la conciliación previa era ineludible, especialmente cuando no se tratara de derechos de Dios. El primer ámbito de actuación se ubica en el ámbito urbano y especialmente alrededor de la mezquita por ser el lugar sagrado. Y en este marco varios son los supuestos que pasan por soluciones arbitrales previas a la actuación del *cadi*. En materia de espiritualidad, y según al-Qayrawānī, las aguas para la ablución y purificación del creyente debían ser puras y, para ello no podían estar mezcladas con impureza alguna (*najāsa*). No en vano, se establecieron una serie de elementos que la tornaban impura y que fueron comúnmente aceptados, dando con ello lugar a que cualquier acción intencionada que supusiera perjudicar el agua por el uso de esos elementos fuera susceptible de denuncia y castigo por la autoridad competente. En este sentido, la doctrina distinguió –como mantiene en la actualidad- entre aquellas sustancias que podían hallarse en el agua de forma natural, sin que condicionara su pureza; es el caso de las sustancias salinas disueltas en el agua que la hacen cambiar de color pero no de estado, y que no afectan a las cualidades de la misma para poder efectuar los ritos para la consecución de la pureza legal (*t'ahāra*). En consecuencia, cabía el recurso a la justicia en todos aquellos casos en los que se perjudicara el uso y disfrute del líquido elemento, para fines de supervivencia humana.

En otro orden de cosas, y siguiendo a Muḥammad B. 'Iyād, se reglamentó cómo y cuándo exigir reparación de daños por una pendiente indebida en los canales y lugares por los que discurriera el agua camino de la mezquita o de vías públicas, especialmente cuando este hecho propiciara la irrupción de aguas fecales [y por tanto impuras], en las inmediaciones de los lugares sagrados, en concreto de la mezquita. La actuación judicial consistiría en prohibir la acumulación de agua de aquellas conducciones por el peligro acuciante para los usuarios, y como corolario podía vetar la utilización del canal e incluso ordenar su demolición, corriendo el causante del daño con los gastos derivados de la cubierta, corte, cegado del canal, así como cuantas obras fueran precisas para evitar males mayores.

Igual atención mereció el agua de los pozos, y de ahí su profusa reglamentación. El interés de la doctrina andalusí por reglamentar esta fuente hídrica era doble. En primer lugar, por el valor que aquéllos tenían para proveer de agua a los creyentes que precisaban mantener su 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 construir 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 dónde la presencia de presencia de manantiales de agua -mayoritariamente pozos- se consideraba imprescindible. Estas infraestructuras eran garantía de la presencia del líquido elemento en condiciones determinadas para los que allí se congregaban. Por tal motivo, la protección jurídica de estas 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 evitaban las construcciones y canalizaciones que pusieran en peligro su pureza. En este mismo sentido, cualquier construcción que menoscabara esta pureza sería prohibida y demolida, sin excepción alguna, ya que según la *šarī'a* todos los usuarios – creyentes – eran considerados iguales tanto en lo beneficioso como en lo perjudicial. En todos estos caso la solución al conflicto pasaba por 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.

Pero sin duda en el ámbito rural y en relación al sector productivo primario es dónde con mayor profusión se advierte la actuación de los árbitros a la hora de conciliar intereses. Y este constituye el segundo marco de referencia para conocer cómo y cuándo intervenían los árbitros. La doctrina malikí no se mostraba unánime respecto a la acumulación de agua; en efecto, un nutrido grupo de juristas consideraban que el poseedor de un pozo (*širb*), o de cualquier otra modalidad de manantial (*ma'ğal*) que se nutriera del agua de lluvia podía prohibir el uso a otras personas, con derecho incluso a poder venderla. Pero otro importante sector doctrinal defendía opinión contraria, al considerar que se trataba de agua cuyo destino era común para todos los creyentes o miembros de la comunidad. De manera que cuando la privación del agua acumulada en pozos supusiera o pudiera reportar la muerte de otro sujeto o la privación para el regadío necesario de los campos, el causante de este daño o merma debía dejarla discurrir sin excusa alguna. Este principio, fue aplicado de forma general respecto a otros decursos sobre los que se pretendiera hacer valer un derecho de prioridad temporal en el uso del líquido elemento, y así fue también bajo soberanía cristiana en la vega del Segura; Alfonso X en 1269 concedía al concejo el manantial de agua de la Fuente del oro, de modo que la gestión de la misma quedaba en manos de la institución concejil y era considerada bien de uso comunal, como lo fue en tiempos de los andalusíes³.

Un ejemplo es la intervención en la construcción de molinos en huertos cuya explotación mermara la cuota de riego en los huertos circundantes. Una actuación que sin embargo no era de oficio, sino que precisaba una denuncia de los afectados por los perjuicios ocasionados bien por la disminución del caudal de agua bien por

³ AMLO, Plan 2.2.Pergamino 53.

el vertido de inmundicias o de residuos orgánicos en las aguas de uso común. De manera que una vez formulada la denuncia, y siendo competente para conocer el asunto, el juez no se podía inhibir, así las cosas cualquier sospecha de intereses ocultos o prevaricación en la redacción de su dictamen (i'māl al-igtiḥād) sobre mal uso de las aguas podía invalidar la sentencia por él pronunciada.

Por otra parte, los 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, o 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, el juez –buscando en primer lugar la conciliación– procedía, seguidamente, al levantamiento de actas en las que quede constancia de la modificación o desvío (tanqīl) del curso de las aguas. El derecho a usar de las acequias y azarbes era reconocido a quienes se servían de ellas para el riego de sus campos desde fecha cierta y para el desagüe de residuos. Un derecho que no prescribía por el paso del tiempo aunque por su antigüedad no se supiera quien la construyó –y aun así era conveniente presentar testimonios que pudieran reavivar un derecho latente–. Así por ejemplo, si algún regante decidía hacer modificaciones del curso de las mismas o abrir otra canalización que mermara la cuota de agua la obra debía ser paralizada y rechazada inmediatamente, conminando a las partes a llegar un acuerdo que favoreciera el uso consentido por todos los beneficiarios de la acequia. Del mismo modo, solo se podía desplazar o sustituir un azarbe de desagüe en interés propio si se contaba con el permiso y consentimiento de las partes afectadas, un presupuesto al que conminaba el juez; o si dueño de la tierra constataba que la acequia no funcionaba y no discurría agua por ella.

3 La respuesta del derecho de tradición islámica a la malversación de recursos hídricos

Desde el punto de vista de la mediación, conciliación o búsqueda de acuerdo previo a la acción judicial, son muchos los casos planteados ante los jurisperitos que propiciaron otras tantas respuestas, en la mayoría de las ocasiones supeditadas a los testimonios contradictorios que se exponían ante los cadíes, y que otorgaron al juez la posibilidad de aplicar el criterio que considerara más conveniente. Las soluciones jurídicas en materia de recursos naturales siempre debían contar con la opinión de quienes se servían de aquellos –especialmente 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 los mismos. En esta fase previa, según la doctrina, era el acuerdo entre las partes cuando de compartir agua se tratara. Así, por ejemplo en el caso de los propietarios de molinos establecidos en el curso de aguas destinadas al riego prevalecía el derecho del propietario de las parcelas superiores a las inferiores; cuando los propietarios de las parcela inferiores determinaban establecer un molino en el curso bajo debían valorar el daño que tal uso pudiera ocasionar al propietario del fundo superior y utilizar el agua necesaria sin causar perjuicio alguno. Pero no cabía, dado este supuesto, proceder a la partición del agua por mitad salvo que mediase acuerdo al respecto.

La conciliación y las concesiones recíprocas son elemento fundamental en materia de aguas para evitar cualquier medida punitiva. Estas prácticas eran exigibles en todo tipo de supuestos que tuvieran relación con el uso del agua y el reparto equitativo, especialmente en caso de agua de riego que discurriera por acequias, y en las que todos los usuarios se hubieran puesto de acuerdo, de forma unánime, sobre el uso de la misma. Así, por ejemplo, en el caso de un acueducto que se derrumba impidiendo el suministro de agua todos aquéllos que utilizaran tal conducción estaban obligados a contribuir a su arreglo en la misma proporción en la que se beneficiaran de esa agua. De suerte que la renovación de la infraestructura debía realizarse bajo las premisas del mutuo acuerdo y la avenencia entre intereses diversos. Modalidad que tuvo su continuidad en período bajo soberanía cristiana, y que supuso, además, el nombramiento de nuevos oficiales encargados de mediar y conciliar a las partes implicadas en litigios por el reparto de aguas, y mediante privilegio real aplicar el derecho, ahora en nombre del rey. No se trata pues de un nuevo sistema de resolución de conflictos en materia de aguas para los territorios cristianos, sino la adaptación y sumisión de la modalidad mediadora y conciliatoria al modelo de jurisdicción real, administrada en su nombre, pero manteniendo en esencia sus mismos caracteres.

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 tangencial. Esta circunstancia no es de extrañar por cuanto en esta materia prima la búsqueda de un *consenso* previo a cualquier acción meramente penal. De ahí que la conciliación o mediación entre las partes sea recurso judicial previo a cualquier medida penal. Pero cuando esta vía no procuraba la resolución del conflicto o bien se desatendían las razones dadas por los árbitros para llegar a un acuerdo, se acudía a la audiencia del juez, quien conforme a la discrecionalidad que le era reconocida aplicaba las penas correspondientes de acuerdo a la equidad y recto criterio. En el derecho islámico la intervención de los árbitros se rodeaba de una serie de garantías, así por ejemplo el árbitro designado exigía otras tantas a los comparecientes para asegurar el cumplimiento de la sentencia arbitral. Por ejemplo, el derecho andalusí preveía llamar hacer llamamiento público a la persona que no respetaba el acuerdo entre partes. Análoga actuación preveía el derecho foral valenciano de época del rey Jaime I, ya que mediante fuero se estipuló la posibilidad de llamar hasta tres veces a quien incumpliera una “sentencia arbitral”, al objeto de justificar ante el árbitro la inobservancia del laudo; y en esta misma línea se determinó que el tiempo para cumplir lo acordado era de cinco días. Por otro lado, no nos encontramos ante la situación procesal romanista generada por la *exceptio pacti* ante la jurisdicción ordinaria que comportaría la intervención de la misma antes de la imposición de penas por incumplimiento de lo pactado ante el árbitro; y ello debe ser así considerado en el derecho islámico puesto que la intervención del árbitro en el conocimiento de la causa era parte del propio proceso, con el fin de resolver mediante conciliación el conflicto entre las partes, siempre y cuando no se tratara de derechos de Dios (1955:30.15). De manera que quienes no respetasen estas normas y convocatorias serían merecedores de las penas correspondientes por el incumplimiento de lo acordado. Por tanto, el incumplimiento de la sentencia arbitral era susceptible de ser denunciada ante quien la pronunció al objeto de restaurar el

derecho de la parte afectada (Valiño, 2003:14); desde ese momento nada obstaba a aplicar la pena correspondiente para cuya ejecución era informado el *cadi* (1955: 30.11).

Desde el punto de vista de la mediación o acuerdos previos, son muchos los casos planteados ante los jurisperitos que propiciaron otras tantas respuestas, en la mayoría de las ocasiones supeditadas a los testimonios contradictorios que se exponían ante los *cadíes*, y que otorgaron al juez la posibilidad de aplicar el criterio que considerara más conveniente. Las soluciones jurídicas en materia de recursos naturales siempre debían contar con la opinión de quienes se servían de aquellos –especialmente 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 los mismos. En la fase previa, según la doctrina, era obligado buscar el acuerdo entre las partes cuando de compartir agua se tratara. Así, por ejemplo en el caso de los propietarios de molinos establecidos en el curso de aguas destinadas al riego prevalecía el derecho del propietario de las parcelas superiores a las inferiores; cuando los propietarios de las parcela inferiores determinaban establecer un molino en el curso bajo debían valorar el daño que tal uso pudiera ocasionar al propietario del fundo superior y utilizar el agua necesaria sin causar perjuicio alguno. Pero no cabía, dado este supuesto, proceder a la partición del agua por mitad salvo que mediase acuerdo al respecto.

La conciliación y las concesiones recíprocas fueron condición fundamental para evitar cualquier medida punitiva en materia de usos y malversación del agua. Estas prácticas eran exigibles en todo tipo de supuestos que tuvieran relación con el uso del agua y el reparto equitativo; así, por ejemplo, en el caso de un acueducto que se derrumba impidiendo el suministro de agua todos aquellos que se utilizaran tal conducción estaban obligados a contribuir a su arreglo en la misma proporción en la que se beneficiaran de esa agua. De suerte que la renovación de la infraestructura debía realizarse bajo las premisas del mutuo acuerdo y la avenencia entre intereses diversos.

No obstante el incumplimiento de la “sentencia arbitral” producía efectos jurídicos, ya que se trataba de una medida con fuerza legal y de obligada observancia. Si la intervención de los árbitros tenía por finalidad llegar a una solución evitando medidas punitivas, el incumplimiento o inobservancia era la causa de la aplicación de éstas. Y en este caso, la acción para exigir el cumplimiento de esta resolución arbitral competía al juez.

En el curso del procedimiento, concluidas estas fases del proceso sentenciaba el juez mediante resolución de estricto cumplimiento; por lo general y ante la constatación de los daños, tendente a la aplicación de las penas correspondientes al derecho no respetado. Solo en este supuesto las penas se determinaban e imponían como consecuencia del proceso incoado ante el *cadi*; y a él solo correspondía la represión del delito, en tanto que autoridad competente del órgano jurisdiccional. A su vez la competencia objetiva que le estaba reconocida justificaba el poder conocer los asuntos en materia de aguas, que en modo alguno tenían carácter estrictamente privado, por tratarse de un bien de carácter público y uso comunal. Hecho que justifica el que, incluso en la fase de conciliación, los conflictos en materia de aguas

no tuvieran el carácter de justicia privada entre usuarios o beneficiarios a título individual, sino conflictos entre partes, que a su vez eran miembros de una comunidad o colectivo de usuarios de un bien público (Castro, 1981: 165).

Agradecimientos

Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Rupturas y pervivencias de la tradición jurídica y financiera de la Corona de Aragón en la crisis del Antiguo Régimen* (2013-2015). DER 2012 37970 Investigador principal: Remedios Ferrero Micó.

Referencias

Abboud-Hagggar, S. (1999): *El Tratado jurídico de al-Tafrī' de Ibn al-Ġallāb. manuscrito aljamiado de Almonacid de la Sierra (Zaragoza)*, 2 vols. Zaragoza.

Aḥmad B. MuġīḪ Al-ḫūlayḪulī (1994): *Al-Muqni' fi 'Ilm al-ṣurūḫ*, introd. y ed. crítica por F. J. Aguirre Sádaba, Madrid.

'Alī b. Yaḥya al-Ġazīrī. (1998): *Al-Maqṣad al-maḥmūd fi talḥiṣ al-'uqūd*, estudio y edición crítica Asunción Ferrerás, Madrid.

Al-Nuaymi, R.H. (1974): *An edition of Dīwān al-Aḥkām al-Kubrā by 'Īsā Ibn Sahl (d. 486 A.H./1093 A.D.)*, edición de tesis doctoral, Faculty of Arts, The University of St. Andrews, Scotland, for the Degree of Doctor of Philosophy), 4 vols., December.

Al-Wanṣarīsī. (1983): *Al-Mi'yār al-muġrib wa-l-yāmi' al-muġrib 'an fatāwī 'ahl Ifrīqiya wa-l-Andalus wa-l-Maġrib*. Ed. M. Ḥayyī y otros. 13 vols. Rabat.

Arévalo, R. (1932): *Derecho penal islámico: escuela malekita*. Alta Comisaría de España en Marruecos, Delegación de Asuntos Indígenas, Centro de Estudios Marroquíes.

Bolens, L. (1989): L'Irrigation en al-Andalus: Une société en mutation, analyse des sources juridiques (Les 'navazil' d'al-Wansharisi, *AZA*, 1: 69-94.

Castro, F. (1981): Sistema sciarítico, "*Siyāsa ṣarī'a*" e modelli normativi europei nel proceso di formazione degli ordinamenti giuridici dei Paesi del Vicino Oriente, *Il Mondo islamico fra interazione e acculturazione*, Roma, 165-202.

Chalmeta, P. y Corriente, F. (1983): *Formulario notarial Hispano-árabe, por el alfaquí y notario cordobés Ibn al-Aḫṭār*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado.

Colón, G. y García, A. (1974-1978): *Furs de València*, Barcelona: Barcino.

D'Ors, A. (1993): La experiencia histórica del arbitraje jurídico, *Cuadernos informativos de derecho histórico, público, procesal y de la navegación*. 15-16: 3639-3656.

Ḥalīl, B. Ishaq al Gundi. (1919): *Il Muhtasar o Sommario del diritto malechita di Halil Ibn Ishaq*. David Santillana, Ignazio Guidi (Eds.). Milano: Ulrico Hoepli.

Diez Picazo y Ponce de León, L. (1957): *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona: Bosch.

Dualde Serrano, M. (1950-1967): *Fori Antiqui Valentiae*, edición crítica, Madrid-Valencia: CSIC.

El-Bokhari. (1977): *Les traditions islamiques traduites de l'arabe avec notes et index* par O. Houdas et W. Marçais, Paris, 1906-1914, 4 vols, Réimpression photomécanique.

Fernández de Buján, A. (1986): *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*, Madrid, Ed. Reus.

Fernández Félix, A. (2003): *Cuestiones legales del Islam temprano; la 'Utbiyya y el proceso de formación de la sociedad islámica andalusí*, Madrid: CSIC.

García Gallo, A. (1946): Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del derecho español, *La justicia municipal en sus aspectos histórico y científico*, Madrid: Ministerio de Justicia, 53-71.

Gayangos, P. (1853): 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, *Memorial Histórico Español*, 5: 247-423.

Gual Camarena, M. (1979): *Estudio Histórico geográfico sobre la Acequia real del Júcar*, Valencia: Alfonso el Magnánimo.

Ibn Abdūn (1982): *Sevilla a comienzos del siglo XII: el tratado de Ibn 'Abdun* edición y traducción de Emilio García Gómez, Sevilla: Ayuntamiento de Sevilla. Servicio de Publicaciones.

Ibn al-Atṭār. (2000): *Formulario Notarial y judicial andalusí del alfaquí y notario cordobés m. 399/1009*. Introducción, estudio y traducción anotada: Pedro Chalmeta y Marina Marugán. Madrid, Fundación Matritense del Notariado.

Levi Provençal, E. (1932): *L' Espagne musulmane au Xe siècle, Institutions et vie sociale*, Paris, Maisonneuve & Larose.

Maíllo Salgado, F. (2005): *Diccionario de derecho islámico*, Gijón, Trea.

Mancebo de Arévalo. (2003) *Tratado (Tafsira)*, edit. M^a Teresa Narváez Córdova. Madrid, Edit. Trotta.

Martínez Almira, M^a M. (2006): *Derecho procesal hispanoárabe*, Nápoles: Casa Editrice Napoli.

Muḥammad B. 'Iyād. (1998): *Ma÷āhib al-ḥukām fi nawāzil al-aḥkam*, traducción y estudio por Delfina Serrano, Madrid: CSIC.

Palmart, L. (Ed.) (1976): *Furs e ordinations fetes per losgloriosos reys de Aragó als regnicols del Regne de València*, facsímil de la edición príncipe de 1482, Valencia.

Parra Villaescusa, M. (2013): Control del agua en la frontera sur valenciana, Poder y Violencia durante la Edad Media Peninsular (siglos XIV y XV), *Roda da Fortuna, Revista Eletrónica sobre Antiguidade e Medievo Electronic Journal about Antiquity and Middle Ages*, 2: 1-1 (Número Especial), 470-500.

Pastor, F.J. (Ed.). (1547-48): *Fori Regni Valentiae, impresi imperiali cum Privilegio Montissoni concesso*, Valencia: In ciuitate Valentia : arte ac industria Ioannis de Mey Flandri.

Rashid H. Al-Nusimy. (1978): *Dīwān al-Aḥkam al-Kubrā*, de ‘Īsā b. Sahl (D.486 A.H./1095 A.D.) by. *A thesis submitted by the Faculty of Arts, The University of St. Andrews, Scotland, for the Degree of Doctor of Philosophy*, December.

Schacht, J. (1964): *An introduction to Islamic Law*, Oxford: Clarendon Paperbacks.

Tyan, E. (1960): *Histoire de l'organisation judiciaire en pays de l'Islam*, Leiden:Brill.

Valiño Arcos, A. (2003): La recepción del arbitraje romano en els Furs de valencia, *Studia et documenta historiae et iuris*, 69:483-542.

Vidal Castro, F. (2008): “La transmisión del uso y gestión del agua de al-Andalus al mundo cristiano, *Las huellas del Islam*, Fátima Roldán Castro, María Mercedes Delgado Pérez (coords.), Huelva: Universidad, 161-187.