LA AVENENCIA. SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS EN EL DERECHO DE CRISTIANOS Y MUSULMANES HISPANOS (SIGLOS X-XVI)[1]

Mª Magdalena Martínez Almira
Universidad de Alicante

RESUMEN

Las fuentes del Derecho español se han ocupado a lo largo del tiempo, y sin solución de continuidad, de la institución del arbitraje en el marco de la administración de justicia. El arbitraje, avenencia o conciliación son términos que poseen un significado singular en los sistemas u ordenamientos jurídicos que han connotado la Historia del Derecho. El Derecho andalusí se ocupó de la institución del arbitraje por dos razones fundamentales. La primera, obedecía a su importancia como medio eficaz y rápido para solventar diferencias o conflictos entre partes. La segunda razón se debía a las particularidades que esta modalidad de resolución presentó respecto a la ortodoxia malekí. Este trabajo analiza los elementos y características del arbitraje y la avenencia con el fin de trazar una visión más completa de la institución, que desde la Edad Media fue medio habitual para la solución de situaciones controvertidas entre cristianos y musulmanes.

Palabras clave: *Arbitraje, Avenencia, Conciliación, Jueces de avenencia, Jueces arbitradores.*

ABSTRACT

The Spanish legal sources attended the institution of arbitration from long time ago. *Arbitraje, avenencia, conciliación* are terms with a special meaning on the different legal systems in Spanish History of Law. The law being in force in the *Andalusi* Community focused the attention of the jurist on the *arbitraje* because of two reasons. The first reason of this interest was due for being an effective and quick way to settle differences or disputes between parties. The second reason was due to the special features that this method of resolution presented regarding to the Maleki's orthodoxy. This paper analyzes the elements and features of *arbitraje, avenencia* and *conciliación* in order to draw a whole vision of the institution, since the Middle Ages, the period in which the institution was a useful resort to resolve controversial situations among Christians and Muslims.

Key words: *Arbitraje*, *Avenencia*, *Conciliación*, Judges of compromise, Arbitrors.

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto de de Investigación I+D DER2009-09193/JURI del ministerio de Ciencia e Innovación.

1. CONCILIACIÓN Y AVENENCIA EN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES ANDALUSÍES Y DE LOS REINOS CASTELLANOS

El arbitraje es una de las instituciones de las que apenas hay vestigios normativos en la legislación dada a Indias por los reyes castellanos[2]. Así lo han puesto de manifiesto los profesores Díaz Couselo y Dougnac Rodríguez en recientes estudios relativos a los antecedentes históricos de la institución en Argentina y Chile respectivamente[3]. Limitados son también, por el momento, los casos en los que la *avenencia* o *arbitraje* fueron recurso de hombres sabios que voluntariamente se comprometían a la consecución de soluciones justas y equitativas en el ámbito extrajudicial. El arbitraje, sin embargo, fue el medio para resolver los problemas suscitados como consecuencia de las licencias territoriales concedidas a Colón y la cuestión de los límites[4]; problemas de alcance para unos compromisarios cuyo objeto de discusión eran, ya en aquel tiempo, materias de Derecho público. No obstante, la historiografía se ha interesado por otros supuestos en los que el arbitraje incidía en la esfera privada de los individuos, siendo este el caso de los supuestos estudiados por Loghman Villena[5] y Gil[6]; las prácticas comerciales y el derecho mercantil en general, son materia en la que la defensa de los derechos privativos de las personas implicadas es con frecuencia sometida a la jurisdicción voluntaria. Sobre esta materia son frecuentes las soluciones *arbitrales* entre mercaderes españoles respecto a asuntos relativos al comercio con Indias o litigios sobre pertrechos en materia de navegación.

Los profesores Díaz Couselo y Dougnac aluden a los supuestos de arbitraje en el periodo indiano y dejan constancia de la singularidad de estos casos frente a la importancia que el

[2] Aunque el Fuero Juzgo y el Fuero Real abordan la institución y regulan la intervención de árbitros en la resolución de determinados conflictos interpersonales son las Partidas el texto a cuyo contenido se remite la legislación indiana. Toda esta normativa justifica el papel que la institución desempeña a lo largo de la edad media y moderna tanto en territorio peninsular como en Indias, y así queda justificado a lo largo de este estudio. Tómese como eje referencial de la legislación castellana sobre la materia las siguientes leyes: *Partidas,* III, 2, leyes 18, 19, 20, 24, 35, 36, 37; tít. 3, ley 7; tít. 4, leyes 4, 6, 23, 25, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34 y 35; tít. 5, 10; tit.10, 8; tít. 16, 33 y 38; tít. 18, 27 y 106; tít. 22, leyes 1, 5, 7, 17 y 24; tít. 23, 13, 17. *Partida* V, tít. 14, 49; *Partida* VII, tít. 7, 8. Y también en *Recopilación de las leyes de Castilla*, Libro II, t. 4; t. 5, 6, 13 y 17, y t. II, 2; Libro III, t. 9, 3, 7 y 8; Libro IV, t. 21, 4, t. 25, 13; Libro V, t. 16, 1 y 2. Todas ellas fueron objeto de modificaciones y enmiendas en la legislación posterior, como así se demuestra. El tratamiento exhaustivo de la institución en MERCHÁN, A. *El arbitraje. Estudio histórico jurídico.* Sevilla, 1981.

[3] DÍAZ COUSELO, José María. "La jurisdicción arbitral indiana. Su continuidad en Buenos Aires después de la Revolución (1810-1880)", en: *Revista de Historia del Derecho*, Nº 35. 2007, pp. 173-193 y DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. "Antecedentes históricos sobre la regulación del Arbitraje en Chile" en: *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 55-74.

[4] En este sentido véanse los trabajos publicados sobre procedimientos de arbitraje en el orden internacional, durante el siglo XVI; RUMEU DE ARMAS, A. "Colon en Barcelona. Las bulas de Alejandro VI, y los problemas de la llamada exclusión aragonesa", en: *Anuario de Estudios Americanos,* Nº 1, pp. 433-524, Sevilla, 1944. Jos, E. "Investigaciones sobre la vida y obras iniciales de don Hernando Colon", en: *Anuario de Estudios Americanos*, Nº 1. pp. 527-698, Sevilla, 1944 y GUTIÉRREZ DE ARCE, M. "La colonización danesa en las islas vírgenes. Estudio histórico-jurídico", en: *Anuario de Estudios Americanos,* Nº 2, pp. 363-513, Sevilla, 1945.

[5] LOHMAN VILLENA, G. "Los corsos: una hornada monopolista en el Perú en el siglo XV" en: *Anuario de Estudios Americanos,* 51-1. , pp. 15-45, Sevilla, 1994.

[6] GIL, J. "Marinos y mercaderes en Indias (1499-1504)" en: *Anuario de Estudios Americanos*, Nº 42, pp. 247-449, Sevilla, 1985.

arbitraje tuvo en el derecho patrio. Dichos autores advierten sobre las enormes posibilidades que los fondos y archivos de instituciones americanas ofrecen al investigador, citando por caso el Archivo de Escribanos, Capitanía General y Real Audiencia. Ello supone la posibilidad de una línea de investigación sobre la importancia de los *juicios arbitrales* como modalidad habitual para la resolución de conflictos en época moderna[7]. Pese a la práctica ausencia de referencias en la normativa de aquel tiempo, las mismas fueron más abundantes a partir del siglo XIX; en este caso la institución desempeña un papel fundamental como instrumento al servicio del Estado y cuenta, incluso, con una legislación propia.

Al lector interesado en este modo de resolución de conflictos le interesará conocer cual es la incidencia, importancia y orígenes de la institución arbitral en el ámbito territorial común a las comunidades pertenecientes a distintas confesiones religiosas de la Península. Es obvio que el derecho peninsular constituye el referente principal sobre esta institución, pero no debe olvidarse que la península Ibérica fue desde el siglo VIII un mosaico cultural donde el Derecho de las comunidades musulmanas, judías y cristianas se aplicaba por razón de pertenencia a una u otra confesión religiosa, empero obligaba a soluciones mixtas, de forma excepcional. La excepcionalidad dio lugar a la habitualidad por razón de la convivencia y relaciones interculturales.

Para comprender el alcance de la institución arbitral se propone este trabajo enfocar hacia el ordenamiento jurídico de las comunidades islámicas, un derecho que aún conservando su carácter personal en determinadas ocasiones, y por esta misma característica, convergía en puntos comunes cuando se disputaban intereses de personas pertenecientes a confesiones religiosas distintas. El arbitraje es una institución en el Derecho malikí andalusí de común aplicación, en el periodo comprendido entre el asentamiento de los musulmanes en territorio peninsular hasta el siglo XVI.

Fue un ordenamiento jurídico coetáneo a la transmisión del derecho castellano a Indias en la última mitad del siglo XV, durante el siglo XVI y hasta la definitiva expulsión de los musulmanes del territorio peninsular. Así pues, la finalidad de este estudio es analizar los elementos y requisitos que hacían legítimo el recurso al arbitraje en el seno de la comunidad islámica, del mismo modo que lo era en aquellos territorios de aplicación del derecho castellano[8].

2. LA INTERVENCIÓN DE ARBITRADORES Y AVENIDORES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ANDALUSÍ Y EN EL DERECHO HISTÓRICO

Al igual que sucedía en el derecho castellano, desde un punto de vista general el Derecho andalusí distinguió entre jurisdicción voluntaria *(qāḍā al juṣūṣ)* y jurisdicción ordinaria *(qāḍā al 'umūm),* o jurisdicción contenciosa. Mientras que la jurisdicción ordinaria era aque-

[7] DÍAZ COUSELO, *op. cit.* (n.3), p. 174; DOUGNAC RODRÍGUEZ, *op. cit.* (n.3), p. 63; nótese la referencia al trabajo de Palacio Gómez sobre los primeros juicios arbitrales (*op. cit.* n. 60).

[8] Conforme a un punto de vista mayoritario, las reglas o leyes de gobierno en el mundo islámico llegan a ser consideradas un deber religioso en virtud de la aceptación personal de esta suerte de normas; del mismo modo, el arbitraje fue durante gran parte de la historia del Islam el modo en que los musulmanes solventaban las controversias entre ellos. El arbitraje, como también el gobierno, son formas contractuales que interfieren en el devenir de sus vidas. La legitimidad del arbitraje y de las sentencias son incuestionables, aún a pesar del incremento del poder de los Estados. Por otro lado, el arbitraje es considerada una modalidad de interacción democrática que contribuye al desarrollo del principio de legitimidad y de otras formas de acción. MOUSSALLI, A. S. "Islamic democracy and Human Rights", en: *Oriente Moderno,* 2, pp. 437-455, 2007.

lla que se desarrollaba en distintas fases procesales, la jurisdicción voluntaria consistía en la resolución de conflictos al margen del régimen procesal, y por tanto no suponían litigio[9].

En el Derecho islámico esta modalidad de resolución de conflictos venía reforzada por preceptos coránicos que le daban carta de naturaleza. La *avenencia* tenía un componente espiritual importante, era recomendable y meritoria a los ojos de Dios porque con ello se ponía de manifiesto el carácter fraternal de los miembros de la comunidad y, por ende, la voluntad de mantener esos vínculos más allá de cualquier discrepancia o enfrentamiento. La avenencia, *ṣulḥ*, era la consecuencia de un desacuerdo, y de la renuncia al derecho de las partes a reclamar ante sede judicial, en favor de un consenso o concordia entre los implicados. Al-Qayrawānī afirma que esta forma de resolución de conflictos era lícita sobre cualquier asunto siempre y cuando no fuera objeto de prohibición legal *(harām),* incluso mediante testimonio o negación de los hechos[10]. Una de las prácticas más habituales entre los andalusíes fue la renuncia de la esposa viuda al derecho a percibir el remanente de la dote *(kāli')* a favor del derecho correspondiente a los herederos del marido, a cambio de una compensación económica que le satisficiera; y este era uno de los supuestos en los que la intervención de los árbitros era aconsejable[11].

La íntima relación entre el beneficio espiritual que reportaban estas intervenciones y la eficacia del compromiso al que se llegara –sobre todo en el ámbito de las relaciones contractuales–, justifica el hecho de que la doctrina malikí andalusí determinara que la avenencia solo podía tener por objeto cosas susceptibles de enajenación o transmisión, por tanto cosas cuyo comercio fuera lícito[12].

El *ḥākim*[13] de época preislámica hubo de acomodarse a las disposiciones del organigrama jurisdiccional con el advenimiento del Islām; de hecho, la institución arbitral siguió ejerciendo sus funciones aunque con carácter supletorio respecto a la intervención por parte del *qāḍī*. Esta fase de adaptación de la antigua institución al nuevo modelo jurisdiccional queda al margen del estudio del periodo andalusí, por razones obvias. En efecto, desde los primeros momentos del asentamiento de los musulmanes en la Península la persona encargada de la administración de justicia entre los miembros de esta Comunidad fue el *qāḍī al-muslimīn.* La expansión territorial del *Islām* y la firma de tratados de paz *('ahd)* con gentes pertenecientes a otras confesiones religiosas aconsejó la designación de oficiales con competencias objetivas específicas: el *ḥākim-ḏimmī,* árbitro que conocía las cuestiones suscitadas entre los musul-

[9] CALERO SECALL, M.I. "'Justicia, cadíes y otros magistrados' en El reino nazarí de Granada, (1232-1492), Política, instituciones, Espacio y economía", en: *Historia de España de Menéndez Pidal*, t. VIII-III. Madrid, 2000, pp. 367-427.

[10] FAGNAN, E. *Risala ou traité abregé du Droit malikite et moral musulmane*. París, 1904, cap. XXXVIII, pp. 266- 267 (en adelante Al-QAYRAWĀNĪ, *Risala*).

[11] IBN AL-'AṬṬĀR. *Formulario notarial y judicial andalusí.* pp. 653-660. Tanto este tipo de deudas como las contraídas con cualquier otra persona, que no estén vencidas o se cambien por otras pagaderas y de características inferiores a la primeramente contraída pueden ser objeto de una avenencia, por las mismas cantidades conforme a las reglas del mutuo o cambio del Derecho islámico y con el fin de evitar la especulación y el enriquecimiento injusto *(ribā'). Vid., op. cit.*, mod. núm. 176, 177, 178, 179 y 180; y sobre herencia de bienes entregados por medio de contrato en préstamo *salam,* mod. núm. 182, pp. 686-687.

[12] Al-QAYRAWĀNĪ, *Risala, op. cit.* (n. 10), cap. XXXVIII, pp. 266- 267.

[13] Este término da lugar, por derivación, a otro que denota el desarrollo de un procedimiento arbitral en el marco islámico: el *taḥkīm.* Este término hace referencia al arbitraje como práctica habitual en la Arabia preislámica ante la ausencia de un poder público representativo de la administración de justicia. Se trata de una justicia privada. La pervivencia de esta modalidad tras el advenimiento del Islām, obedece al hecho de que Mahoma ejerció como árbitro entre sus congéneres. Al respecto véase TYAN, E. voz *'ḥākim'* en *Enciclopaedia of Islam,* (en adelante *EI²*), vol. III. Leiden-London, 1986, p. 72.

manes y las *Gentes del Libro* en territorio musulmán, una institución sobre la que informa Ḫalīl Ibn Isḥāq[14]. El árbitro para los asuntos con los *ḏimmís* compartía espacio en sede judicial con el *qāḍī al- ǧamā'a*. Es destacable la común denominación entre los mediadores de época preislámica y quienes asumían esta función entre cristianos y musulmanes. Del mismo modo, el *ḥākim* conservaba su antiguo carácter de persona capaz de resolver los asuntos litigiosos entre estos individuos de forma pacífica. Se trataba así de evitar el desarrollo de un proceso cuyas normas, características y fases eran en ocasiones desconocidas por los jueces del lugar[15].

Una cuestión controvertida es la referente al número de personas que intervenían en esta suerte de conflictos, especialmente en el marco del Derecho malikí andalusí. Desde los primeros tiempos del Islām en la Península ibérica se advierte la tendencia a que fuera solo una persona la que interviniera en la solución pacífica de los conflictos. Esta práctica era rechazada por los jurisperitos de Oriente y el Magreb. Abū Bakr b- al-'Arabī, considerado uno de los reformadores del malikismo en al-Andalus, manifestó su discrepancia sobre la inconveniencia de que fueran dos los árbitros enviados a la reconciliación de los esposos; una práctica constatada en estas tierras desde los tiempos de Yaḥyā b. Yaḥyā. No obstante, la practica consolidada entre los andalusíes era la de la intervención de un único árbitro o *ḥakam*, conforme a la propuesta de los primeros tiempos del Islām[16]. A pesar de ello, AbūBakr b- al-'Arabī, en su condición de *qāḍī* de Sevilla durante la época almorávide, mantuvo su propuesta de intervención doble.

El *Mi'yār de al-Wanšarīsī*[17], obra del siglo XVI, describe en materia de innovaciones que los alfaquíes andalusíes habían abandonado la prescripción coránica (*farīḍa*) relativa a la intervención de los dos árbitros, y su preferencia de enviar a un *amīn*[18]; una práctica coránica que fue retomada por Ibn al-Arabī durante el tiempo que ejerció como *qāḍī*[19]. Por otra parte, se alude a la tradición profética (*sunna*) que preveía la admisión de la prueba de un solo testigo confirmada por el juramento del interesado[20]. Sea como fuere, los ulemas andalusíes matizaron la posibilidad de enviar al citado *amīn*, en lugar de designar a los dos árbitros, siempre y cuando éste cumpliera los requisitos de honorabilidad y religiosidad exigibles para su intervención.

La controversia respecto al número de árbitros o componedores no es exclusiva del derecho andalusí, por el contrario en el derecho castellano, concretamente en las *Leyes de Estilo*, ya se aborda la cuestión al señalar que la jurisdicción ordinaria corresponde a una única persona, mientras que en las villas esa misma jurisdicción era compartida entre dos personas y, es más, se especifica que una por cada parte interviniente en el conflicto. A estos jueces se les denomina *jueces delegados* y los equipara a los árbitros; aunque pudiera parecer que se trata del mismo cargo no es así ya que los primeros actuaban por mandamiento y ante delegación expresa de la máxima autoridad judicial, mientras que los segundos lo hacían en virtud de compromiso[21]. La exigencia de dos hombres buenos, capaces de librar ante situaciones

[14] LEVI-PROVENÇAL, E. "La organización judicial", *op. cit.*, p. 122 y TYAN, E. *Histoire de l' Organisation judiciaire en pays d'Islam*. 1938, p. 91; del mismo modo ḪALĪL IBNISḤĀQ, Muḫtaṣar, *op.cit.*, p. 218 vers. Árabe y GUIDI-SANTILLANA, *op. cit.*,t. II, p.595.

[15] MAGLLO SALGADO, F. *Diccionario de Derecho islámico*. Gijón, 2005, p. 112.

[16] *Ibid*, p. 79 y 82 respectivamente. La discrepancia de los juristas andalusíes respecto a la doctrina del fundador de la escuela se aborda en la obra de AL-NUBĀHĪ AL-MĀLAQĪ, *al-Marqaba al-'ulyā, op. cit.*, p. 51.

[17]Al-WANŠARĪSĪ*al-Mi'yār al mu'rib wa l-yāmi al mugrib 'an fatawī ahl Ifrīqiya wa al-Andalus wal.- Magrib*, 13 vols., Rabat, 1401-1981; vol. 2, pp. 443-444

[18] FIERRO, M.I. "Los mālikíes de al-Andalus y los dos árbitros (al-ḥakamān)", en: *Al-Qanṭara*, 6. 1985, pp. 79-102.

[19] *Ibid*, p. 96.

[20] Al-WANŠARĪSĪ, *al.Mi'yār*, *op. cit.* vol. 2, pp. 444-445.

[21] *Leyes de Estilo*, 218, y así queda definitivamente instituido en el derecho de las *Partidas* IV, 4. 19.

controvertidas será regulada con carácter exhaustivo en el derecho de las Partidas. Según el texto citado, los árbitros competentes para intervenir en cuestiones concretas y excepcionales sobre negocios civiles, o criminales[22]. En virtud de la potestad delegada recibida podían ser considerados, en determinados casos, jueces ordinarios. Sus determinaciones o sentencias gozaban de plena validez, aún cuando se hubiera dado por uno de ellos ante la ausencia del otro, como si de consuno se tratara[23]. No obstante, en las villas estos "jueces" no podían librar ni juzgar de forma unívoca, y ello se justificaba en base al hecho de que actuaban y eran nombrados uno por cada uno de los bandos[24].

Distinto era el cometido de los jueces especiales competentes para conocer en asuntos de escaso valor cuantitativo, que en el marco de las comunidades andalusíes no sobrepasaban la cantidad de doscientos veinte dirhams, a ellos se les denominaba comúnmente en territorio cristiano jueces de paz[25]. Mientras que en al-Andalus recibían la común denominación de *ḥākim*; oficiales cuya actuación se constata en el territorio peninsular de forma frecuente hasta el siglo XV, según las Leyes de Moros[26].

En el ámbito de las comunidades cristianas, y especialmente aquellas regidas por el Fuero Real, la intervención de estos árbitros como amigables componedores estaba minuciosamente regulada, circunstancia que justifica el hecho de que para algunos autores tal intervención tuviera carácter procedimental[27].

En el ámbito indiano se advierten algunas coincidencias con lo ya expuesto, en especial respecto a la exigencia de la intervención de dos árbitros, la confianza y el poder reconocido y asignado mediante mandato. Un ejemplo sobre esta modalidad de actuación fue el arbitraje ejercido por el prior de Sevilla, Francisco de Jaén que intervenía por Diego de Lepe, capitán mayor de la embarcación Castilla –en virtud de la comisión por este concedida, conforme a documento en regla–, y Luís Rodríguez de la Mezquita que intervenía por el mercader Diego de la Mezquita, su hijo. La problemática estaba referida a la supervisión de las mercaderías que iban a Indias, y la resolución fue dada en documento fechado el 10 de enero de 1502, según acreditación efectuada ante dos escribanos en Sevilla, Gonzalo de Salinas y Diego de Medina[28].

En el siglo XVI la intervención de un árbitro o amigable componedor por cada una de las partes se pone en entredicho en el conflicto surgido entre pizarristas y almagristas en el año 1534. Aunque, en aquel momento se nombró a Bobadilla por los primeros y al fraile Francisco de Husando por los segundos, la fuentes aluden a la intervención de un árbitro como juez único, que en este caso fue López de Gomara[29].

---

[22] Quedan fuera del conocimiento de estos árbitros los delitos que supusieran la aplicación de pena corporal y de destierro, los delitos que versaran sobre causas de servidumbre y libertad y "las contiendas o pleitos sobre el casamiento". Pero si se les podrán someter las causas derivadas de los esponsales o promesa de futuro; los pleitos sobre bienes comunales y algunas cuestiones sobre tutela y curatela. *Partidas* III, 4. 24.

[23] *Partidas*, III, 4. 32.

[24] *Leyes de Estilo*, 218.

[25] Esta figura tiene sus orígenes en Oriente y parece ser que fue extrapolada al ámbito andalusí. TYAN, E, *op. cit.* (n. 14), p. 104.

[26] GAYANGOS, P. "Leyes de moros del siglo XIV", en: *Memorial Histórico Español*. Madrid, 1853, pp. 11-246; *op. cit.* tit. CCII, p. 158.

[27] DÍAZ COUSELO, *op. cit.* (n. 3), pp. 173-193.

[28] GIL, J. "Marinos y mercaderes en Indias (1499-1504)", en: *Anuario de Estudios Americanos*, 42. 1985, pp. 286 y ss.

[29] DE ARMAS MEDINA, F. "El clero en las guerras civiles del Perú", en: *Anuario de Estudios Americanos*, 7. 1950, pp. 1-46.

La posibilidad de nombrar a un tercero tuvo su continuidad en el tiempo; así por ejemplo, en el conflicto del armazón con Vicente Yañez Pinçon se albergaba la posibilidad del nombramiento de un tercero con carácter potestativo, y ante el caso de duda[30]. Actuación análoga, al menos por el objeto del negocio, es la analizada por Lohman Villena en la controversia suscitada entre Gaspar de Solís y Juan de Frías; una situación que fue solventada a través del arbitraje bajo idénticos presupuestos[31]. En todos estos casos, la controversia que propiciaba la intervención de árbitros o arbitradores concluyó con una convención entre las partes[32].

Los casos aquí señalados, estudiados en el marco del Derecho indiano por el profesor Díaz Couselo hacen una clara referencia a la jurisdicción arbitral, sometida a la cobertura legal de las Partidas. En efecto, la intervención de árbitros o "avenidores", escogidos y puestos por las partes para librar la contienda que tuvieran entre ellos, en el Derecho indiano adquiría fuerza legal en virtud de esa referencia normativa[33]. No obstante, la denominación avenidores se reservaba a quienes ejercían la jurisdicción voluntaria al margen de la función pública, actuando como amigables componedores. Esteves Saguí al concepto de jurisdicción voluntaria añade un nuevo término: "arbitraje obligatorio", al que se someten los compromitentes, destinatarios de un compromiso o laudo. La actuaciones a realizar exigirán el respeto de unos requisitos tales como la sucesión de momentos que se desarrollan en el tiempo, y que califica como "procedimiento"[34].

3. LA INSTITUCIÓN ARBITRAL EN LA NOMENCLATURA DE LAS FUENTES DEL DERECHO PENINSULAR Y SU REPERCUSIÓN

Uno de los aspectos más controvertidos en esta materia es el relativo a los conceptos al uso para designar la intervención voluntaria de sujetos ajenos al negocio en que se ven implicadas las partes o, en su caso, a la controversia por razones diversas –comerciales, matrimoniales o penales–. La pluralidad de conceptos para referirse a una misma institución genera ciertas dificultades en el momento de precisar el ámbito de competencias y funciones que los árbitros tuvieron en el marco del derecho castellano; una situación que se constata también en las escasas normas dadas a Indias para regular la materia[35].

Las referencias más remotas sobre dualidad jurisdiccional, a saber: jueces mandados por el rey y jurisdicción por voluntad de las partes, es ya regulada en el Fuero Juzgo[36]. El mismo Recesvinto alude en otra ley a la resolución de conflictos mediante pleytos o abenencias entre sí, confirmando de este modo la doble posibilidad a la que pudieran someterse las partes impli-

[30] Gil, J., "Las cuentas de Cristóbal Colón", en *Anuario de Estudios Americanos*, 41. 1984, pp. 425-511.

[31] Lohman Villena, G. "Los corsos: una hornada monopolista en el Perú en el siglo xv", en: *Anuario de Estudios Americanos*, 51. pp. 17-45.

[32] Hevia y Bolaños, J. de. *Curia Philipica*. Lib. 2, cap. 14, Nº 1. Madrid, 1767, ed. facs. p. 432.

[33] Las obras de Castro y Esteves Saguí abordan en desigual proporción esta materia procesal, en base al derecho castellano, que es objeto de análisis por parte del citado autor; *Vid.* Díaz Couselo, J.M, *op. cit.* (n. 3), p. 177. Sobre la actuación y competencias de los jueces avenidores en el derecho castellano, *Partidas*, iii, 4. 26.

[34] Tales presupuestos encuentran, desde el punto de vista legal encuentran su referente en las fuentes del derecho castellano; *Partidas*, iii, 4, 26 y 27; *Recopilación de Castilla*, Libro ii, t. 4; t. 5, 6, 13 y 17, y t. ii, 2; Libro iii, t. 9, 3 7 y 8; Libro iv, t. 21, 4, t. 25, 13; Libro v, t. 16, 1 y 2.

[35] *Recopilación de las Leyes de Indias*, Libro ii, t. 16, 81.

36 *Fuero Juzgo*, II, tít. I, 25.

cadas[37]. Este mismo rey establece la posibilidad de resolver los pleytos bien por mandado del rey –ya fueran duque, conde, vicario u otros jueces– o por voluntad de las partes. No obstante, para aquellos que lo hicieran por delegación real la denominación que recibían era la genérica de juez, quedando con ello reconocida la dualidad nominal entre quienes juzgaban en nombre del rey y quienes lo hacían por voluntad de las partes[38].

También alude a la avenencia el Fuero Viejo de Castilla, estableciendo como requisito esencial el compromiso de las partes para que tal solución tuviera validez[39]. Este criterio se mantiene en el Fuero Real en virtud de la opinión de consuno a la que los avenidores lleguen[40]. Arbitradores de derecho, árbitros arbitradores, jueces arbitradores o juezes de avenencia son términos comunes entre la doctrina jurídica para referirse a las personas puestas por las partes para librar la contienda entre ellos y, por tanto, convenir una solución a sus problemas, como así se regula en las Partidas[41]. Es precisamente el derecho de las Partidas el que incide en unos matices que permitirán identificar la institución frente a otras intervenciones[42]. En efecto, el hecho de que los árbitros o alvedriadores sean comunales amigos escogidos por avenencia de ambas partes sienta los requisitos exigibles para que tal intervención fuera legítima. Un papel importante ejercían los llamados omes buenos cuya intervención se circunscribía a la enmienda y correcta ejecución del acuerdo o sentencia avenida entre las partes, cuando por razones ajenas a la buena voluntad de aquellas no se llevaba a término. En este sentido determinan las Partidas que los omes buenos para este caso sean escogidos de los Juezes ordinarios del lugar[43].

La pluralidad conceptual se aprecia también en la legislación de las comunidades musulmanas residentes en territorio hispano, desde los formularios notariales de los siglos x y xi hasta las Leyes de Moros o el *Miy'ar de al-Wanšarisi*; un hecho que es común a los ordenamientos jurídicos vigentes en territorio peninsular durante siglos para referirse al arbitraje[44]. En la legislación andalusí el árbitro o el alcalde-arbitro avenía, convenía el acuerdo *(ṣālaḥa)* con las partes, o favorecía la concordia, evitando así la enemistad o distanciamiento por razón del pleito. En las comunidades musulmanas andalusíes el término tenía el mismo alcance y significado. Avenencia suponía paz y transacción mediante un convenio o pacto entre partes. A su vez, y conforme a la doctrina de Ibn 'Arafa, suponía renunciar al derecho de actuar en sede judicial y de proseguir con la demanda a cambio de una compensación. No cabe duda que este tipo de acuerdos venían propiciados por un deseo de acuerdo extrajudicial, bien llevado a cabo por el mismo juez o bien a instancia de parte, y siempre con el carácter de mejor solución o solución consensuada a una solución impuesta. Esta suerte de avenencias se justificaría como un modo de conciliación.

Por tanto, en la Península, tanto en el orbe cristiano como en el musulmán medieval, y hasta el momento de su expulsión, cabía la distinción anteriormente señalada. Sin embargo, apenas hay referencias en la doctrina malikí sobre la avenencia, y aunque Saḥnūn aborda el tema en la Mudawwana en uno de sus capítulos, las alusiones a esta modalidad son las explicitadas en los formularios notariales y en las Leyes de Moros, puesto que la Suma de mandamientos y develamientos tampoco aborda la cuestión[45].

[37] *Ibid.*, II, tít. I, 26.

[38] *Ibid.*, II, tít. I, 25.

[39] *Fuero Viejo de Castilla*, III, tít. 3.

[40] *Fuero Real*, Libro II, t. 13, 4.

[41] *Partidas* III, 4. 23.

[42] *Ibid.*, III, 18. 106.

[43] *Idem.*

[44] GAYANGOS, P. *op. cit.* (n. 26), tít. CCII, p. 158.

[45] Chalmeta y Marugán, en la edición del formulario notarial de Ibn al-'Aṭṭār da cuenta de la pervivencia de esta modalidad en la legislación andalusí (*op. cit.*, p. 650).

En las fuentes andalusíes, y considerando como tal la obra de al-Wanšarīsī, se alude a la delegación de la justicia por parte de uno de los primeros califas, 'Umar a favor de los jueces-arbitros del *Islām*. Tal delegación se concedía a los gobernadores de las provincias, una vez consolidada la nueva organización territorial de la Comunidad islámica, la *Umma* [46]. En este sentido, la introducción del término *qāḍī*, sustitutivo de árbitro o *ḥakam*[47] sería el efecto del diseño del nuevo modelo jurisdiccional acorde con los principios coránicos[48]. Una característica también destacable es la naturaleza arbitral de esa primera administración de justicia; y es aquí, precisamente, donde radica la justificación de la institución del cadiazgo islámico. Los arabistas han puesto de relieve el marcado carácter arbitral en el ejercicio de sus funciones de los primeros jueces del Islām; en realidad, árbitros que mediaban en litigios de carácter patrimonial y régimen sucesorio. Asimismo, eran competentes en cuestiones morales y espirituales. De ahí que se convenga en el hecho de que los primeros jueces del mundo árabe no ejercían funciones exclusivamente judiciales, sino que a ellos competían también el conocimiento de otras cuestiones que afectaban al ámbito religioso.

Siguiendo un orden secuencial, cabe decir que la frecuencia con la que términos árbitro, arbitraje, componedores, avenencia, avenidores, aparecen en el Derecho hispano contrasta con el carácter excepcional que su presencia tiene en el derecho dado a Indias. La *Leyes de Indias* aconsejan no recibir *arbitramentos*[49] en referencia a la posibilidad recogida en las Partidas de que interviniesen árbitros de hecho y no de derecho. En concreto, los árbitros de derecho eran aquellos que mediaban entre las partes pero teniendo como referencia el marco normativo, y que en el caso de las comunidades musulmanas así lo hacían en materia de riegos; en realidad, aquellos recibían la denominación de *alcalles arbitros*, si bien, desarrollaban una función jurisdiccional independiente, complementaria y consensuada, sí así se estimaba conveniente[50].

En la legislación indiana esta modalidad de intervenciones se daban para un negocio concreto, da cuenta de ello el nombramiento de jueces árbitros y amigables componedores por parte de Riberol y Juan Sánchez ante "cierta diferencia y falta de concierto" respecto al armazón con Vicente Yañez Pinçon, el 19 de mayo de 1506[51]. El nombramiento recayó en personas de confianza "Eduardo Escaja y a Francisco de Bardi" quienes tenían plenos poderes; a quienes se les asignó un plazo de ocho días para resolver el caso en cuestión, término que estaba en la línea de la práctica seguida en estos negocios en el ámbito peninsular, conforme a lo dispuesto por las ordenanzas del Consulado de Bilbao[52], y que tenían reconocido poder para nombrar un tercero en caso de duda. La decisión tomada por estos árbitros componedores será firme, y en caso de no ser acatada se le podría aplicar una pena-multa de 100.000 maravedís[53].

---

[46] GAUDEFROY-DEMONBYNES, M. "Notes sur l'histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam", en: *Revue des Études Islamiques*, II. 1939, pp. 112-114.

[47] Este cambio es justificado por Tyan a partir de la relación entre el término juez y el término árabe equivalente. (TYAN, E, *Histoire de l' Organisation...* (n. 14), p. 98).

[48] También esta suerte de poderes podían ser objeto de delegación, como así se deduce de la escritura de procuración de un poder universal para reclamar derechos, obtenerlos, recurrir juramentos, recibir sus derechos, vender y comprar en nombre de un tercero y acordar avenencias por él. *Vid.* Ibn al-'Aṭṭār, *op. cit.*, mod. núm. 196, p. 754.

[49] *Partidas* III, 4. 23. Sobre el arbitraje voluntario y forzoso, Vid. *Partidas,* III, 18. 106 y 4. 23 y 36.

[50] GAYANGOS, P. *op. cit.* (n. 26), tít. CCII, p. 158.

[51] GIL, J, "La cuentas..." (n. 30), p. 430 y ss. .

[52] "...procurarán atajar entre ellos el pleyto, y diferencia que tuvieren, a la mayor brevedad posible". *Ordenanzas del Consulado de Bilbao,* cap. I, tít. VI.

[53] *Partidas,* III, 18. 106 y tít. 4. 23 y 36.

El ejercicio de esa misma jurisdicción voluntaria, emanada del convenio entre las partes, se puso de manifiesto en la intervención de Eduardo Escaja y Francisco de Bardi como jueces árbitros y amigables componedores, para conocer en un asunto relativo a "cierta diferencia y falta de concierto" entre Riberol y Juan Sánchez, sobre el armazón con Vicente Yañez Pinçon, el 19 de mayo de 1506[54]. Las citadas personas reunían los requisitos exigibles para esta suerte de intervenciones: sujetos de plena e confianza, y con plenos poderes. No obstante, la sucesión de momentos y la exigencia de requisitos para la actuación de estas personas dejaban entrever una institución sólida y, conforme a la doctrina, no exenta de ciertas connotaciones jurisdiccionales.

4. REQUISITOS, CUALIDADES Y FACULTADES EXIGIBLES A LOS ARBITRADORES Y JUECES DE AVENENCIA

La designación y nombramiento de jueces arbitradores se supeditaba al reconocimiento de una serie de cualidades en las personas del entorno próximo a las partes en conflicto, tal y conforme queda recogido en la normativa castellana. No obstante el nombramiento correspondía a las partes en litigio o a sus representantes, que eran libremente escogidos para dirimir el asunto[55]. Los requisitos exigidos a los árbitros según estas fuentes citadas[56] son la bonhomía, la capacidad de escucha, la sabiduría, y la franqueza en sus actuaciones[57].

Respecto al modo de actuación de los árbitros, es también sorprendente la importancia concedida a la obligada audiencia de las dos partes, antes de pronunciarse sobre la cuestión demandada y el hecho de que la intervención de estas personas sea plural, generalmente dos jueces-árbitros o más[58]. También es significativa la minuciosa regulación del tiempo[59] y lugares hábiles para el ejercicio de esta función, que se remitía a las mismas pautas de actuación que para los jueces ordinarios[60]. El acuerdo entre las partes concluía con la aceptación de la llamada "arta de compromiso" de la que dan cumplida cuenta las Partidas y que tiene su precedente en el Fuero Viejo de Castilla[61].

[54] GIL, J, "La cuentas..." (n. 30), pp. 453 y ss.

[55] Otra cuestión diferente es respecto al arbitraje forzoso que en materia mercantil supone la designación de oficio por el juez competente cuando las partes no llegan a acuerdo alguno. MERCHÁN, A, *op. cit.* (n. 2), p. 104. Sobre la designación voluntaria de las partes *Partidas*, III, 4, 23.

[56] También llamados *jueces de avenencia* conforme recoge el Fuero Viejo de Castilla que de forma análoga recurre al término "amigos" para aludir de forma indirecta al talante de quienes intervienen entre las partes (*Fuero Viejo*, III, 1. 1). Según las *Partidas* son árbitros de derecho, o *juezes ordinarios*" (*Partidas*, III, 4. 23).

[57] Sobre las causas de incapacidad y las que no lo son véase MERCHÁN, A, *op. cit.* (n. 2), pp.78-102.

[58] *Partidas* III. 18. 106 y 107. Sobre este asunto en el derecho foral, y concretamente en el Fuero de Sepúlveda, MERCHÁN, A, *op. cit.* (n. 2), p. 106.

[59] No era aconsejable dar soluciones en días feriados, salvo que así lo hubieran dispuesto las partes. *Partidas* III, 4. 32.

[60] Sobre el lugar en el que poder ejercer el arbitraje *Partidas*, III, 4, 27. La doctrina, a través de Gregorio López, retoma estas cuestiones sobre la base del texto citado y de lo regulado en *Partidas*, III. 4. 32; sobre esta cuestión MERCHÁN, A, *op. cit.* (n. 2), p. 181.

[61] *Fuero Viejo de Castilla*, III, tít. 3 y *Partidas*, III. 18. 106. El análisis y evolución histórica de este acuerdo arbitral en MERCHÁN, A, *op. cit.* (n. 2), pp. 157-168.

Del mismo modo, el *ḥākim*[62] o *ḥakam*[63] conforme a los formularios notariales andalusíes, como buen mediador entre partes debía hacer gala de una serie de cualidades o facultades: en primer lugar saber escuchar y en segundo lugar capacidad para reflexionar sobre lo dicho ante él, con el fin de poner paz allí donde reinaba la discordia mediante una solución razonada[64]. Ya en tiempos de Aljoxani se loaba la figura del juez Abdalà por ser persona ponderada y de espíritu tranquilo, que no se enojaba ni enfadaba ante las manifestaciones de los reclamantes, sino que empleaba su voluntad, inteligencia, cuidado, reflexiones, ingenio y palabra para reconciliar a las partes y avenirlas, procurando, además, tratarlos con justicia y equidad[65].

El árbitro de las comunidades andalusíes no era un sujeto con raigambre política, ni con afinidades hacia unas u otras gentes: era un juez único que, en principio, no tenía necesidad de ser asistido por consejeros, puesto que sus propias cualidades le hacían valedor de la confianza que en él depositaban los litigantes. De aquí se deducen dos nuevas conclusiones: la primera, el carácter privado de una institución preislámica; la segunda, la unicidad del cargo, sin que hubiera necesidad de órganos ad hoc que le ayudasen en el ejercicio de la mediación[66].

Además de todos estos requisitos se le exigían una serie de condiciones en cuanto a su actuación como mediador; por esta misma función era considerado "juez" capaz de dar respuesta a las preguntas formuladas con equidad, y sin dependencia jerárquica superior. Como juez único tampoco precisaba de la asistencia de consejeros; su sabiduría y conocimiento eran los valores más apreciados en él, haciéndosele valedor de la confianza de quienes acudían ante él en busca de una solución arbitral *(taḥkim)* y no tanto una sentencia[67] *(ḥakama* o *ḥukm)*[68] que es el instrumento del *qāḍī*. De ahí que la resolución de las disputas o controversias canalizadas por la vía arbitral solo tuvieran efectos civiles. Así pues, el árbitro perpetuó en el tiempo su papel como conciliador de las partes, sin valoraciones ni apreciaciones subjetivas[69].

Respecto a la dinámica en sus actuaciones, el mediador o árbitro acudía a diario a la oficina del *qāḍī*, consultando con éste las cuestiones que se le hubiesen presentado. Hombre de buenas costumbres y acreedor de cualidades como la integridad, la incorruptibilidad, la

[62] TYAN, E., s.v.*"ḥākim", EI²*... (n. 13), p. 72.

[63] Respecto a las fuentes andalusíes el lector interesado en estas cuestiones etimológicas puede consultar la obra de Pando Villaroya; s.v. Hakam, de la raíz hkm, término al que se asigna distintas acepciones entre las que señala Pando, administrar justicia, decidir, dictar sentencia, disponer, fallar; el término hakm, sin embargo, es reservado para el árbitro, juez y mediador; mientras que vocalizado con *kasra* significa, sabio. PANDO VILLARROYA, J. del. *Diccionario de voces árabes.* Toledo, 1997, p. 447. MAÍLLO SALGADO, F, *Diccionario...* (n. 15), p. 112-113.

[64] TYAN, E., *Histoire de l'Organisation...* (n. 14), p. 39. La sentencia se pronunciaba oídas las partes y valorados sus argumentos en contra o a favor de la petición efectuada ante él.

[65] ALJOXANI, *Historia de los jueces de Córdoba.* Sevilla: Editoriales andaluzas unidas, 1985, p. 58.

[66] MARTÍNEZ ALMIRA, M.M. "Derecho procesal e inmigración: la figura del árbitro *(ḥakam)* en el Derecho musulmán", en: *Mediación social intercultural. Materiales del Curso de Formación 2002/2003 celebrado en la Universidad de Alicante.* Alicante, 2004, pp. 55-70.

[67] TYAN, E., *Histoire de l'Organisation...* (n. 14), p. 39. La sentencia se pronunciaba oídas las partes y valorados sus argumentos en contra o a favor de la petición efectuada ante él.

[68] Término que como arbitraje legal es la actuación propia del *ḥakam, Ibid.* p. 237. CORRIENTE, F. *A dictionary of Andalusí-Arabic.* Brill, 1997, p. 134.

[69] TYAN, E., *Histoire de l'Organisation...* (n. 14), p. 51.

imparcialidad y el conocimiento del *fiqh*[70] y con medios suficientes para no codiciar bienes que le hicieran sospechoso de cohecho[71].

El *ḥakam*[72] desde sus orígenes era considerado el buen mediador entre individuos inmersos en una situación de conflicto. Inherente a su condición de mediador eran una serie de cualidades que le facultaban a actuar con el beneplácito de sus convecinos. Persona reflexiva, que sabía escuchar e intervenir sin apasionamiento, que sabía distanciarse de las partes sin manifestar empatía hacia una u otra; capaz de manifestar una opinión ponderada y razonada. En definitiva, el lakam era la persona que emitía una opinión desafecta y justa con la finalidad de llegar a un acuerdo entre las partes enfrentadas, y dirimir una cuestión de difícil resolución.

5. COMPETENCIAS DE LOS ÁRBITROS Y COMPONEDORES

La delimitación de las competencias de los jueces-árbitros fue de carácter objetivo, tanto en la legislación castellana como en la andalusí de época bajomedieval. Las limitaciones en el ejercicio de sus funciones eran por razón de competencia objetiva, conociendo de los asuntos considerados menores[73] –como igual sucedía en el marco de aplicación del derecho de las comunidades musulmanas en territorio peninsular[74]-, o de los conflictos entre personas pertenecientes a las clases más humildes, para los que se buscaba la conciliación[75].

En el periodo preislámico esta modalidad de resolución de conflictos tenía carácter privado, y de hecho su intervención se verificaba ante aquellas causas que supusieran aplicación de la venganza, *ṯa'r*. En Oriente los jueces que conocían de los litigios de menor valor cuantitativo tenían la consideración de especiales y eran competentes en aquellos asuntos que no sobrepasaban la cantidad de doscientos veinte dirhams, recibiendo además la denomina-

[70] "Ley religiosa" revelada a los musulmanes *(Shari' a islamiya)* para regular, únicamente, el foro externo; a ella se le atribuyen diversas características: la sacralidad, la confesionalidad, la personalidad, su valor como norma ética, su valor extraestatutario, su valor imperativo, la inmutabilidad. (CASTRO. F. "Diritto musulmano", en: *Enciclopedia Giuridica*). El lector interesado en las características del Fiqh y su consideración en el tiempo véase el estudio publicado por HALLAQ, B. *Authority, continuity and change in Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

[71] IBN 'ABDŪN, *Sevilla a comienzos del siglo XII*. p. 58.

[72] Este término da lugar, por derivación, a otro que denota el desarrollo de un procedimiento arbitral en le marco islámico: *taḥkīm*; viene incluso a significar, de modo más preciso, el sometimiento al arbitraje, práctica habitual en la Arabia preislámica ante la ausencia de un poder público representativo de la administración de justicia. Ello justifica el carácter privado de la justicia en los momentos anteriores al advenimiento de Mahoma. La pervivencia del sistema, incluso después de la proclamación del Islam, da lugar a la convivencia durante mucho tiempo de un sistema de justicia privada, en el que el árbitro supremo es Mahoma, y la consolidación de un sistema de justicia tutelado por el máximo poder político, en este caso el califa. Al respecto véase TYAN, E., voz *'ḥakam', EI²* (n. 13), pp. 72.

[73] *Partidas* III, 4. 24.

[74] Pocas referencias hay al objeto del proceso; esta circunstancia impide establecer definitivamente que casos eran competencia del qāḍī y cuales del ḥākam. Aunque las fuentes consultadas contienen escasas noticias sobre esta cuestión, aportamos aquí una reseña de Arévalo sobre el juramento realizado en la mezquita como medio de prueba; según sus fuentes cuando el litigio afectase a una suma superior a ¼ de dinar el juramento tenía carácter de solemne, mientras que si este era inferior a 3 dirhems o ¼ de dinar no gozaba de tal característica. Esta aportación permitiría hacer una distinción entre cuestiones mayores y menores (ARÉVALO, R. *Derecho penal musulmán*. p. 134).

[75] IBN 'ABDŪN, *op. cit.* (n. 71), p. 53. El perfil de este juez andalusí en LEVI PROVENÇAL, E. *L' Espagne musulmane au Xe siècle*. París, 1932, p.83.

ción de jueces de paz[76]. Con el advenimiento del *Islām*, la venganza se consideró contraria al principio de legalidad, lo que justificó la pérdida del peso específico que la intervención de los árbitros había tenido hasta entonces. El *ḥakam* quedó subordinado al *qāḍī*, a quien competía su designación, nombramiento o destitución[77]. No obstante, sus cualidades como mediador le hacían valedor de la confianza del juez, y por tanto éste le permitía intervenir en la primera fase del litigio entre las partes para la consecución de la conciliación.

En el mundo islámico el juez-árbitro ejerció sus funciones en sede judicial, es decir, en la mezquita o en su explanada, resolviendo de los actos de jurisdicción voluntaria[78]. En al-Andalus el ḥākam conocía de los asuntos entre las Gentes del Libro, *aḥl al-Kitāb*, conforme queda constatado en las *Leyes de Moros*[79]. Sin embargo, estos árbitros solo conocían asuntos concretos y sus soluciones eran específicas para el caso sobre el que daban una solución, sin que ello creara jurisprudencia alguna[80].

Así, por ejemplo, Muḥammad b. 'Iyāḍ[81] plantea una cuestión sobre el derecho de un regante al agua que le correspondía para el riego de su huerto, gracias a la construcción de un molino en las proximidades de sus tierras. En este supuesto se da la posibilidad al demandante de jurar ante el árbitro que dirime con justicia y rectitud sobre esas cuestiones, *maqṭa al-ḥaqq*[82]. Del mismo modo, y a posteriori, entre las comunidades musulmanas bajo autoridad cristiana[83] el *qāḍī* de aquéllas tenía facultad para tomar dos hombres buenos a quienes mandar que igualaran y avinieran a los pleiteantes con el fin de que no se perdieran en los pleitos[84]. En cualquier caso, la avenencia, a propuesta del mismo *qāḍī*, era preferida al pleito llevado hasta sus últimas consecuencias, como podía ocurrir en caso de lesiones físicas. Bajo idénticos presupuestos, las partes implicadas en un pleito podían resolver la cuestión mediante una transacción, intención que debía ser comunicada al juez, que libremente podía acertar o denegar. Conforme a lo ya expuesto, lo normal era que el juez aceptase el acuerdo al considerar que con ello se fortalecían los lazos fraternales entre los musulmanes; así ocurría ante el supuesto de escritura de avenencia entre curador de herencias vacantes y los herederos[85].

El ámbito del comercio era, sin duda, el más proclive a esta suerte de intervenciones arbitrales, como también lo era en el derecho mercantil peninsular, y concretamente en el marco del consulado de Bilbao, en el que prior y cónsules debían intentar la conciliación de las partes previa a cualquier demanda[86]. Así pues el acuerdo de las partes en el ámbito del comercio también fue medio habitual para la resolución de conflictos entre los miembros

[76] TYAN, E., *Histoire de l' Organisation...* (n. 14), p. 104.

[77] Esas noticias abarcan desde las primeras fuentes conservadas, tal y conforme se expondrá en epígrafes posteriores, hasta el siglo XV con los datos que proporciona la *Summa de los principales mandamientos y devedamientos de la Ley y çunna*, ed. Gayangos, op.cit., cap. XLV, pp.365 y 367.

[78] ALJOXANI, *op. cit.* (n. 65), p. 172.

[79] GAYANGOS, P. *op. cit.* (n. 26), tít. CCII, p. 158.

[80] IBN 'AṢIM, *Tuhfat, Tuhfat, La Tohfat d'Ebn ...", Texte arabe avec traduction français, commentaire juridique & notes philologiques*, trad. O. Houdas y F. Martel, Alger, 1882-1893, cap. II, 23, p. 13. 81 MUḤAMMAD B. *'IYĀḌ, Maḏāhib,* op.cit..

[82] Término compuesto de dos palabras, alusiva la primera de ellas verbo de la raíz *q.t.a'* 'cortar', CORRIENTE, F. *Diccionario árabe-español.* pp. 631 y 633. CORRIENTE, F, *A dictionary...* (n. 68), p. 132.

[83] En las *Leyes de moros,* aún sin hacer expresa alusión a estos oficiales expertos en materia de riegos, se alude a la figura de los *árbitros* o *alcalles arbitros*, a quienes se les reconoce la función jurisdiccional con carácter independiente, pero complementaria o consensuada si fuere el caso (GAYANGOS, P. *op. cit.* (n. 26), tít. CCII, p. 158).

[84] *Suma de los principales mandamientos.* tít. XLV, p. 367.

[85] IBN AL-'AṬṬĀR, *op.cit.* (n.11), mod. núm. 171, p. 661.

[86] *Ordenanzas del Consulado de Bilbao*, cap. 1, 6.

de la comunidad islámica radicada en la España de los siglos XV y XVI. Es este el caso del arbitraje que tuvo lugar el 14 de enero de 1493 entre dos hermanos de una prestigiosa familia zaragozana. A diferencia de lo hasta aquí tratado, en este caso intervendrán tres personas, Yuso Xama, mayor de días, Yusuf Abdón, alfaquí, y Abadía Abdón, fustero, quienes recurren a la sabiduría de los árbitros Yusuf Allabar, médico de profesión, y Javel Gali, mercader, para dirimir ciertas diferencias de carácter económico[87]. Como era habitual los árbitros habían sido elegidos por su prestigio entre los correligionarios, como así se acredita respecto a Xama, y por reunir los requisitos respecto a la edad. Esta exigencia también era recogida en el derecho castellano, contemplando la posibilidad de que fueran menores de 18 años, siempre y cuando fuera conocido por los componedores; pero, en cualquier caso, mayores de 14 años[88].

El segundo marco competencial de los árbitros fue el de la familia. En el ámbito de las comunidades cristiana, y conforme al derecho de las Partidas, se desaconsejó el sometimiento al arbitraje de las cuestiones matrimoniales[89]. Sin embargo, los árbitros podían intervenir como mediadores en los asuntos relativos a los esponsales -como así sucedía también en el derecho andalusí desde los tiempos de Ibn al-'Aṭṭār-, ya que estos competían a la esfera privada del matrimonio y no interferían en el aspecto sacramental del mismo. De igual modo, intervenían en cuestiones suscitadas por razón de la tutoría y curatela[90]. Las *Leyes de Estilo* aluden a la presencia de hombres buenos -sin especificar el número-, para tomar recaudo respecto a las deudas contraídas por el marido en su condición de mayordomo o arrendador cogedor, de forma que la mujer pudiera verse exonerada de cualquier culpa por la malversación del marido[91]. Por el contrario, las causas sobre nulidad, separación y divorcio eran competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

El árbitro o *ḥakam* fue, en la legislación islámica, un experto en la resolución de los conflictos suscitados en el marco de la familia y, en concreto, en relación a los cónyuges. El árbitro tenía encomendado, desde tiempo inmemorial, la aproximación entre los cónyuges en caso de separación y divorcio; asimismo, intervenía en el reparto de los bienes con motivo de la ruptura del contrato matrimonial, o el fallecimiento de uno de los cónyuges.

No en vano el texto coránico fundamenta la intervención de los árbitros cuando los esposos estuvieran en trámite de ruptura, aconsejando el envío de un árbitro por cada una de las familias de los cónyuges con el fin de conseguir la reconciliación[92]. Una práctica que en al-Andalus no parece fuera seguida estrictamente, y cuya práctica entre las comunidades cristianas parece ser que fue desigual.

Por otro lado, en las comunidades en las que regía el derecho malikí cabía la posibilidad de que estos jueces árbitros intervinieran en las discrepancias entre esposos con la posibilidad de disolución del contrato matrimonial. Prerrogativa de la que no gozaban otra suerte de árbitros o amigables componedores como era el *amīn*. Ibn Sahl en su obra *al- Aḥkām al-kubrà* refiere la práctica andalusí de enviar el *qāḍī* a un *amīn* –un hombre de confianza de la pareja que incluso podía alojarse con ellos–, al domicilio del matrimonio desavenido, cuando no existieran dos árbitros de la familia de

[87] ABELLA SAMITIER, J. "Una familia de mudéjares aragoneses en el tránsito de la Edad media a la Moderna: los Xama de Zaragoza", en: *la España Medieval*, 28, 3-4. 2005, p. 197-212.

[88] *Nueva Recopilación*, 4, 1, 11; la citada normativa establece que podían ser árbitros quienes hubieran cumplido los 14 años y podían serlo también los menores de 18 siempre y cuando este dato fuera conocido por los comprometedores.

[89] *Partidas*, III, 4,24.

[90] *Ibid.* IV, 10. 7 y 8.

[91] *Leyes de Estilo*, 223.

[92] *Cor.*, IV, 39/35 y *Cor.* IV, 127/128.

los esposos[93]. Esta práctica que entra en colisión con la doctrina malikí y permite incluso cuestionar si su ejercicio fue anterior a la irrupción de la escuela de Mālik en el territorio peninsular[94].

Si por el contrario el marido concluyese con el repudio de la esposa, y no se avinieran sobre cualquiera de los aspectos económicos relativos al mantenimiento de la esposa o al pago del remanente por la dote, podían litigar ante el juez de la localidad en que residieran. Comenzado el litigio conservaban el derecho a llegar a un acuerdo mediante avenencia de las voluntades contrapuestas; resueltas las discrepancias por este medio pacífico perdían cualquier expectativa de derecho para interponer nueva demanda, ni prueba, ni juramento ni exigir responsabilidad alguna[95].

La tercera parcela propia para la consecución de acuerdos arbitrales fue el derecho sucesorio. Esta modalidad de resolución de conflictos se dio tanto en el marco de la legislación cristiana bajomedieval y moderna como en el de la legislación andalusí; y de forma concreta, respecto a la partición de herencias entre mayores de edad, los menores sometidos a curatela y la viuda[96]. Los formularios notariales aluden al término avenencia para referirse al acuerdo entre los albaceas y el padre de una mujer viuda sobre la liquidación del *kālī'* o parte pendiente de la dote; un acuerdo que suponía consentimiento respecto a la liquidación citada, a la legítima, y a la parte correspondiente para su manutención, conforme a la ley. No obstante, por el hecho de renunciar a la prestación de juramento la avenencia era obligatoria en cualquier caso, pues esa negativa se consideraba prueba de la deuda reconocida por el fallecido hacia los padres de la viuda. El efecto jurídico de la avenencia era la imposibilidad de invalidar el acuerdo en un futuro[97].

Esta institución sin tener correspondiente en nuestro Derecho actual, al menos conforme a los caracteres que le son propios en el Derecho musulmán, sigue siendo un referente para la población de confesión islámica en nuestro país. Este hecho pudiera ser objeto de consideración a tenor de los conflictos que por razón de matrimonio hoy en día se plantean ante la justicia ordinaria entre musulmanes y quienes no lo son, a fin de procurar la solución previa a la intervención de la justicia.

En cuarto lugar, los árbitros ejercían un papel destacado ante la comisión de determinados delitos. La avenencia, el acuerdo o la composición eran el medio más eficaz para promover un pacto entre las partes implicadas en la comisión de delitos que conllevaran la aplicación de la pena del talión. En realidad la avenencia, *ṣulḥ,* ante la comisión de delitos de sangre implicaba retirar la acusación y de este modo el talión era sustituido por una pena pecuniaria, composición o *diya.* En el caso del fallecimiento de una persona que dejara herederos -y si uno de ellos decidía no prestar la acusación jurada contra el agresor, llegando con él a una avenencia o acuerdo particular personal-, decaía la *qasāma* por su negativa, no teniendo el resto de los herederos –colaterales o descendientes- derecho a exigir la muerte del agresor; en este caso, tan solo les correspondía su cuota del precio de sangre[98].

El derecho de venganza en tiempos preislámicos correspondía a la tribu y, concretamente, al pariente más próximo de la víctima. De este modo se explica la inexistencia de un proceso

[93] IBN SAHL, *al- Aḥkām al-kubrà,* vol. II. Tesis doctoral de Rashid H. al-Nuaymi. Saint Andrews: Universidad de Saint Andrews, 1978, (Edición microfichas), pp. 397.

[94] Divergencias entre autores que es descrita por Fierro en su estudio sobre la figura de los dos árbitros en al-Andalus (FIERRO, M.I, *op. cit.* (n. 18), p. 88).

[95] IBN AL-'AṬṬĀR, *op. cit.* (n.11), núm. 173, p. 666.

[96] En todos estos supuestos la intervención del árbitro o juez arbitrador era opcional, como igual lo era el sometimiento de la materia a resolución judicial. (*Fuero Juzgo* 10, 1, 2; *Fuero Real,* 3, 4, 8, y *Partidas,* VI, 15. 9).

[97] IBN AL-'AṬṬĀR, *op. cit.* (n.11), mod. núm 6, p. 90.

[98] *Ibid.* mod. núm. 116, y núm. 181, p. 509 y 682, respectivamente.

judicial, tal y conforme se desarrollará posteriormente. En esa misma etapa los medios de ejecución no estaban sujetos a control ni reglamentación, siendo permitidas algunas modalidades consideradas gravemente lesivas para el individuo por parte de los hijos descendientes o hermanos. La licitud del acto quedaba garantizada por medio de la publicidad que se diera al acto cometido. Con ello se perseguía dos objetivos: el primero, legitimar el uso de la fuerza violenta para vengar el daño causado; y el segundo, intimidar al resto del colectivo respecto a comportamientos análogos, susceptibles de la aplicación de idéntica pena. Esta suerte de intervenciones quedaban bajo la esfera de lo espiritual y convertían a la venganza, *ṯa'r*, en un acto obligatorio para la consecución de la tranquilidad del alma errante, pendiente de venganza[99].

Esta práctica se vio favorecida con el paso del tiempo y, quizá, por las aportaciones de otras culturas e influencias ideológicas; tanto es así que poco a poco la venganza perdió relevancia frente al sistema voluntario de la composición. En efecto, hay constancia de valoraciones de los delitos cometidos a favor de cabezas de ganado u otros bienes materiales, y ello a pesar de la consideración vergonzante que suponía renunciar a la práctica de la venganza[100]. Este cambio lleva a cuestionar el papel desempeñado por el juez-árbitro que sólo intervenía en caso de contestación sobre alguno de los elementos de la obligación al pago de la composición, mediando apelación o llamamiento de la parte lesionada. En estos casos podía dirimir sobre esta cuestión, como también podía hacerlo con relación al montante de la *diya*[101] por homicidio. En consecuencia, la comisión de delitos de sangre a los que correspondía la pena del talión –homicidio y lesiones corporales–, será el hecho que justifique la progresiva presencia del juez en la búsqueda de un sistema más garantista.

Finalmente, esta suerte de mediación se dio también a otros niveles, como en las relaciones fronterizas, a través de los llamados delegados y mediadores. Esta modalidad nos lleva a los tiempos en que el proceso de Reconquista es un hecho generalizado en los reinos peninsulares, y las relaciones entre comunidades cristianas y musulmanas se complican por circunstancias diversas que se concretan en la toma de rehenes de uno y otro lado a fin de condicionar la política de uno u otro bando. De hecho, y conforme a la práctica musulmana, se autorizaba a los poderes locales para realizar negociaciones a corto alcance[102]. La negociación legitimaba expresamente a unos oficiales que actuaban en calidad de alcalde entre cristianos y moros o juez de frontera, cuyas actuaciones son conocidas desde los tiempos de Muhammad II, y el reinado castellano de Enrique II[103], y que recibieron el nombre de alfaqueques, del término *al-fakih* o experto en Derecho musulmán[104].

---

[99] Tyan, E., *Histoire de l' Organisation...* (n. 14), p. 31.

[100] *Ibid.* pp. 31-33.

[101] Véase voz *'diya'* en *EI²*, *op.cit.* (n. 13), vol. II, pp. 340-343.

[102] Sobre relaciones de frontera véase Rodriguez Molina, J. "Relaciones pacíficas en la frontera con el Reino de Granada", en: *Actas del Congreso La frontera oriental nazarí como sujeto histórico (s. XIII-XVI)*. Almería, 1997, pp. 257-290; Porras Arboledas, P. "El derecho de la frontera durante la Baja Edad Media, La regulación de las relaciones fronterizas en tiempo de treguas y de guerra", en: *Estudios dedicados a la memoria del Prof. L.M. Díez de Salazar Fernández*. Bilbao, 1992, pp. 261-287 y López De Coca Castañer. "Institutions on the Castilian-Granada Frontier, 1369-1482", en: Bartlett, R. y Mackay, A. (eds) *Medieval Frontier Societies*. Oxford, 1989, pp. 127-150.

[103] En árabe el término decisión se corresponde con la palabra *kaḍā'*, o decisión entre sus muchas acepciones respecto a la jurisdicción, y desde un punto de vista técnico jurídico significa el "pago de una deuda" (Schacht, J. *An introduction to Islamic Law*. Oxford, 1964, p. 148). Entre las diversas acepciones, figura también la de la sentencia no recurrible (*Ibid.* p. 196), si bien en este sentido creo conviene más el término paguéis la deuda; véase *EI² op.cit.* (n. 13), t. IV, 1990, s.v. kaḍā', p. 364-365. Sobre el término *qāḍī*, véase *EI², op. cit.* (n. 13), t. IV, 1990, p.373-375.

[104] Torres Fontes, J., "Los alfaqueques castellanos en la frontera de Granada, en: *Homenaje a Don Agustín Millares Carlo*. Gran Canaria, 1975, pp. 99-116.

6. EL EJERCICIO DEL ARBITRAJE PARA LA CONSECUCIÓN DE LA AVENENCIA

La legislación bajomedieval y moderna castellana albergó la posibilidad de la avenencia como el modo eficaz para la resolución de un conflicto, pudiendo tener lugar en cualquier momento, incluso en cualquiera de las fases del procedimiento[105]. Del mismo modo que en el derecho castellano la cuestión es objeto de regulación[106], el derecho andalusí asume las propuestas de los jurisperitos sobre la base de los principios coránicos. Un aspecto interesante es el relativo a los plazos marcados por la doctrina musulmana para el ejercicio de la mediación arbitral.

Una vez constatada la capacidad y cualidades morales de la persona ante la que se plantea el objeto de controversia, y valorada la idoneidad de los árbitros –siendo meritorio que los designados renunciaran incluso a la propuesta efectuada por los interesados– asumía su compromiso con una serie de cautelas. El *ḥākim,* habiendo decidido aceptar la encomienda, ponía sus condiciones: exigía garantías para la ejecución de sus decisiones. Unas garantías que solo el fijaban discrecionalmente, sin que ello supusiera que su decisión tuviera fuerza ejecutoria, ya que no se trataba de autoridad oficial, sino un mediador que intervenía a título privativo. No obstante, su intervención estaba rodeada de cierta parafernalia, consistente en una primera invocación a la divinidad para que le ayudaran en la recta decisión sobre el asunto en el que intervenía. Este requisito, pudiera ser el antecedente de las fórmulas de invocación y loa a Allāh, con las que comienzan todas las decisiones u opiniones provenientes de los jueces islámicos[107]. Seguía luego un ceremonial en la sede en la que tuviera lugar su actuación. Éste era por regla general, su domicilio donde procedía a escuchar con atención a la partes en conflicto.

Las decisiones arbitrales se rodeaban, también, de una serie de cautelas, hecho que permite hablar de un cierto "formalismo", como así sucedía también en el derecho castellano[108].

La labor mediadora que ejercían los primeros jueces-árbitros se prolongaron en el tiempo con una serie de garantías, que fijó el Derecho musulmán, y que obligaba a los qāḍīes a solicitar el consejo y auxilio de los alfaquíes para el ejercicio de la justicia[109]. El desarrollo del proceso ante el qāḍī comporta la utilización de instrumentos legales a favor de las partes. Ello permite deducir la presunción de inocencia de los inculpados, a quienes no se les excluye el derecho de defensa por los medios al uso: la confesión y la prueba testimonial con el juramento de la otra parte implicada en el litigio. Además, como sucediera con los antiguos árbitros preislámicos, *ḥakam*, la mediación en el litigio del juez exigía el obligado cumplimiento de sus decisiones, garantizando la ejecución a través de su implicación directa en la misma. Una exigencia que tiene su corolario en el derecho aplicado a las comunidades cristianas de aquel mismo periodo[110].

El cambio operado en los fundamentos del Derecho afecta de manera especial al ámbito procesal y, así por ejemplo, se generaliza un sistema procesal mixto que participó tanto del antiguo sistema acusatorio como del inquisitorio. Si en los tiempos preislámicos la acusación

---

[105] *Recopilación de las Leyes de Castilla*, IV, 21 .4 y *Novísima Recopilación*, XI, 17. 4.

[106] Estos plazos afectan tanto a la comunicación de la solución o propuesta de solución como al cumplimiento de la citada propuesta; *Partidas* III, tít. 4, 32 y leyes 32 y 34, respectivamente.

[107] TYAN, E., *Histoire de l' Organisation...* (n. 14), p. 59.

[108] *Partidas* III, 18. 15.

[109] Ya se aludió anteriormente a aquellos preceptos coránicos que inciden de forma directa sobre la justicia y equidad de quienes administran la justicia; en relación al respeto hacia los preceptos legales establecidos en el Corán, como reglas de comportamiento del musulmán véase *Cor.,* II, 231; LXV, 1 y IX, 11; TYAN, E., *Histoire de l' Organisation...* (n. 14), p. 247.

[110] *Partidas* V, 14. 34.

provenía de persona distinta al *ḥakam*, dando lugar a un proceso público eminentemente oral, con el advenimiento del *Islām* la intervención del juez solía ser "ex officio", con unos trámites procedimentales en los que prevalecía la oralidad.[111] Al juez le competía la verificación de las pruebas e incluso la búsqueda de las mismas, mediante el recurso a los llamados "testigos instrumentales", la negación de derechos al imputado para promover búsqueda o acopio de pruebas (salvo el juramento) y la posibilidad de medidas de garantía procesales, que supone en casos determinados, la prisión preventiva acometida por el mismo *qāḍī*[112].

Siguiendo el iter procedimental, el demandante podía presentar pruebas a favor de su petición[113] mientras que al demandado se le exigía el juramento[114]. Estos requisitos tenían su justificación en la tradición atribuida a Manoma: la prueba incumbe al demandante y el juramento a quien niega ; máxima que se mantendrá en el territorio de al-Andalus[115]. Cuando las partes en litigio se encontraban presentes ante el *qāḍī*, el demandante presentaba pruebas y el demandado podía ser conminado a prestar juramento a petición del demandante. Si persistía en su posición frente a éste. Tal actuación obligaba al *qāḍī* a aportar soluciones salomónicas. Esta medida de equidad podía ser desestimada por el demandado mediante querella, por la que reclamaba la parte concedida al adversario. Con ello se generaba una nueva demanda, al-da' w y, de nuevo, presentación de pruebas y juramento[116]. Un dato significativo era que en este momento el ḥakam apenas podía intervenir, y menos presentar pruebas a favor de una u otra parte. Esta misma prohibición es contemplada por la doctrina indiana que reservaba dicha competencia al juez ordinario[117].

No obstante estos presupuestos hay que mencionar que la España musulmana fue un territorio objeto de las miradas de los juristas más ortodoxos, por razón de las discrepancias respecto a alguna de sus soluciones jurídicas. Cítese por caso las cuestiones en las que los malikíes se separan *(ijtilāf)* de la doctrina de Mālik[118].

La práctica andalusí sostenía que la intervención judicial comportaba un acuerdo entre las partes; de hecho, la intervención de un tercero para la consecución del acuerdo –fuera un juez designado al efecto u otra persona ajena al proceso en calidad de testigo–, era motivo para la consecución de un compromiso a la avenencia de posturas contrarias. Esta modalidad de acuerdo, *ṣulḥ*, se daba una vez reconocido el vicio oculto ante los estrados, y después de la confesión *(iqrār)* ante el juez. De este modo quedaba justificado para los andalusíes que la avenencia pudiera realizarse en presencia de un único juez-árbitro, siempre que se hubieran cumplido las anteriores premisas[119].

---

[111] En cuanto a la figura del árbitro en el Derecho musulmán y de forma concreta en el ámbito andalusí, véase MARTÍNEZ ALMIRA, M.M, *op. cit.* (n. 66), pp.65 y ss.

[112] CASTRO. F, *op. cit.* (n. 70), p. 14.

[113] La doctrina justifica y motiva las decisiones acatadas en base a estos principios procesales de carácter general. Buena prueba de ello dan las actas presentadas por Aḥmad b. Mugīṯ; en la práctica totalidad de las mismas puede leerse: "corresponde al demandado (esposo/a, esclavo, deudor etc) pronunciar el juramento, y al demandante (esposo/a, señor del esclavo, acreedor y otra serie de supuestos) presentar la prueba testifical, y si no pudiera solicitar el juramento de la otra parte ante el qāḍī; AḤMAD B. MUGĪṮ AL-ṬŪLAYṬULĪ, *Al-Muqni' fī 'ilm al-šurūṭ, op.cit.*, pp. 368-381.

[114] *Ibid.*

[115] AL-NUBĀHĪ AL-MĀLAQĪ, *al-Marqaba al-'ulyā , op. cit.*, p. 42; *Llibre de la Çuna, op. cit.*, tít. CCLXXXVI, p. 79.

[116] MUḤAMMAD B. 'IYĀḌ, *Maḏāhib al-ḥukām , op. cit.*, p. 188.

[117] HEVIA Y BOLAÑOS, J. de., *op. cit* (n. 32), Lib. 2, cap. 14, Nº 16 p. 434

[118] FIERRO, M.I, *op. cit.* (n. 18), p. 92 y ss.

[119] IBN AL-'AṬṬĀR, *op.cit.* (n.11), mod. núm. 10, p. 117.

Uno de los requisitos exigibles a la persona que actuase como árbitro en la desavenencia era la prestación de juramento. Éste era un trámite habitual entre los andalusíes *('amal)* aún en contra de la ortodoxia malikí[120]. La exigencia del juramento al arbitrador, tras la aceptación del nombramiento, fue también requisito en la legislación castellana[121], circunstancia que permite cuestionar la similitud de opciones que sobre la intervención de uno o dos árbitros se dio tanto en el ámbito andalusí como en el castellano de época más tardía, a tenor de las fuentes[122].

La justificación coránica de la conveniencia del acuerdo entre las partes por el bien que éste les pueda causar permitió a la doctrina justificar que en cualquier momento se podía llegar a un acuerdo, incluso en el curso de un proceso incoado. No obstante, el término avenencia en cuanto concierto de voluntades no parece que en el derecho de las comunidades andalusíes se desarrollara fuera del ámbito jurisdiccional. En efecto, cuando de reclamación por vicio oculto se tratarse, para el caso de un esclavo podía llegarse a un acuerdo o avenencia que, sin solución de continuidad, procedía tras la incitación a los litigantes a concertarse y avenirse tras la garantía de evicción obtenida por fallo del cadí. Siempre bajo presupuesto de querer ganar la recompensa divina, y conforme a los dictados coránicos, un tercero proponía a las partes llegar a un acuerdo, conforme también a la voluntad de Dios. Tal es el caso de los pleitos por delitos de sangre sustanciados ante el zalmedina de la ciudad de Córdoba por causa de muerte y acusación querellosa por parte de los herederos. Incluso en este supuesto era preferible la avenencia de las partes sobre el pago de la composición por el delito de sangre a la sentencia judicial que, en este caso, suponía prisión y privación de libertad. Una pena grave y preferiblemente evitable[123].

La avenencia o acuerdo entre las partes por daños personales podía plantearse una vez realizada la acusación en toda forma. La intervención en este caso de un tercero con la voluntad de concertar un acuerdo entre las partes era tenida por meritoria a los ojos de Dios[124] y no en vano se justifica la invitación de aquel a avenir a los encausados. No obstante, aunque no se pueda generalizar, la condición de musulmán se destaca en alguna de las referencias de la documentación andalusí consultada[125]. De este modo, la avenencia tenía para el mediador una finalidad espiritual. Además, citan las fuentes otras dos razones para tal preferencia: primera cesar la disputa o enfrentamiento entre las partes y, en segundo lugar, evitar el aborrecimiento y enemistad que causaban los pleitos. Por todo ello, esta opción siempre sería preferente a cualquier otra modalidad judicial, al margen del momento procesal en que se encontrara la disputa y mientras la victima viviera[126]. En este caso, la avenencia consistía en el pago de una composición en el supuesto de lesiones cuyo precio de sangre estuviera tasado. Ahora bien, llegar a una avenencia la víctima con el agresor antes de su curación no dejaba de ser un riesgo. No sucedía lo mismo si la víctima demoraba el cumplimiento del acuerdo a su recuperación, ya que aunque esto supusiera introducir una alea en el acuerdo, era considerado lícito por la doctrina malikí.

La actuación del ḥakam se realizaba en tres momentos o fases. La primera consistía en la comparecencia de los implicados en el conflicto. En segundo lugar el árbitro daba audiencia a los comparecientes, quienes exponían sus razones; en esta fase debían acreditarse las condiciones morales y personales de los encausados. Por último, y una vez atendidas las razones de cada uno de ellos, el *ḥakam* pronunciaba la decisión arbitral.

---

[120] FIERRO, M.I, *op. cit.* (n. 18), p. 81-83.

[121] *Recopilación de las leges de Castilla*, II, 5, 50; *vid. Nov. Recop.* 10,21,1.

[122] ALJOXANI, *op. cit.* (n. 65), p. 199.

[123] IBN AL-'AṬṬĀR, *op. cit.* (n.11), mod. núm.181, pp. 682-685.

[124] "El acuerdo es un bien", *Cor.*, IV, 127.

[125] *Ibid.* p. 682.

[126] IBN AL-'AṬṬĀR, *op. cit.* (n.11), mod. núm., 120, p. 517.

El tiempo asignado para la resolución de este tipo de controversias no parece estar limitado. No obstante la legislación castellana establecía un máximo de tres años, desde el momento de la aceptación[127]. Este plazo que puede considerarse excesivo si se tiene en cuenta que en el conflicto dirimido entre Riberol y Juan Sánchez, se conminaba a llegar a una solución en el curso de ocho días. En ese mismo sentido, las Partidas prohibían cualquier apremio a los avenidores, puesto que esa situación pudiera condicionar la reflexión mesurada y tranquila[128]. En cualquier caso, esta suerte de decisiones tomadas por los árbitros componedores eran firmes, y su cumplimiento no quedaba al albur de las partes[129]; por el contrario, el no acatamiento era castigado con una multa de 100.000 maravedíes.

El ejercicio de estas funciones generaba una serie de obligaciones y derechos a los árbitros mediadores, que debían en todo caso cumplir sus funciones como si de jueces ordinarios se tratase[130]. Esta responsabilidad -que estaba justificada en razón de la obligación moral hacia los administrados- exigía la consecución, por parte de los *alcaldes de avenencia*[131], de una solución pacífica al conflicto planteado conviniendo respecto a lo que correspondería por derecho; pero si los alcaldes se negaran a buscar una solución al conflicto, en virtud de la responsabilidad adquirida ante las partes, debían *sentenciar* al unísono y resolver el asunto[132].

En la normativa dirigida a Indias sobre esta misma cuestión, Felipe II en la ordenanza de 25 de mayo de 1563 señalaba la pena de extrañamiento de la Audiencia durante 30 días y la privación del salario de dos meses a quienes *avogaran o recibieran arbitramentos* respecto a materias que no fueran objeto de su competencia. Dos eran las excepciones a esta prohibición. La primera que una vez comenzado el pleito las partes implicadas, *o compromitentes* según la doctrina indiana, se comprometieran a resolver sus diferencias de forma extrajudicial. La segunda que se contara con la expresa licencia real para actuar de este modo[133].

Otra cuestión sometida a la normativa legal fue la forma en que debía plasmarse la resolución arbitral para la consecución de la avenencia. Ésta, entre personas que reclamaban una solución a cuestiones previas se plasmaba en un *compromiso*[134], que conforme recogen las citadas fuentes precisaba la *firma* que validaba el acto por parte de quienes actuaban como testigos del citado acuerdo[135].

La avenencia no obligaba a terceros, y así puede observarse cuando la misma tenía por objeto eximir de la aplicación de pena del talión al agresor de una víctima cuyos herederos quisieran hacer valer sus derechos por la muerte de ésta, salvo que se tratara de la concesión del perdón. Sin embargo, esta modalidad de resolución de controversias tenía el carácter de contrato conmutativo, y de ahí que la obligación adquirida por las partes estuviera sujeta a la obligación de garantía. También por esa misma razón, ante el incumplimiento de la obligación por una de las partes, la otra podía ejercer la opción.

---

[127] *Partidas*, III ,4. 27.

[128] *Ibid.* III, 4. 29.

[129] *Ibid.* III, 4. 23.

[130] MERCHÁN, A, *op. cit.* (n. 2), p. 118 y ss.

[131] *Partidas* III, 4.23.

[132] Sobre esta obligación y el significado de la sentencia véase MERCHÁN, A, *op. cit.* (n. 2), p. 190 y ss. La indistinta denominación se constata en las fuentes cuando se aborda la validez de sentencias contradictorias; la terminología al uso hace referencia a *juzgar un pleyto por alcaldes*, o por a*lcaldes de avenencia. Fuero Real*, II, 13, 4.

[133] D. Felipe II, en "Ordenanza 35 en Toledo a 25 de mayo de 1596 y en 28 de 1563", en: *Recopilación de las Leyes de Indias,* Libro II, t. 16, 81

[134] MERCHÁN, A, *op. cit.* (n. 2), pp. 20-26.

[135] *Ibid.* p. 152.

La solución al conflicto era una opinión sobre la verdad constatada, lo que no suponía condena o absolución, puesto que el objeto de litigio versaba siempre sobre la disputa por bienes económicos. Ese mismo tratamiento recibía la solución dada en las *Partidas,* que consideraban la acción de *dezir* por los árbitros el modo de resolución pacífica de conflictos[136]. En el derecho de las *Partidas* el compromiso o avenencia podía figurar tanto en documento público como en un escrito o contrato privado, con la consiguiente firma de las partes[137]. Esta potestad se advierte también en el derecho indiano[138]. Además de estos elementos contractuales debía dejarse constancia de la fecha expresa, el nombre de las partes, de los árbitros, el asunto sobre el que conocían, así como las consecuencias y efectos derivados de la concordia o acuerdo[139]. En modo alguno se llegaba a pronunciar una sentencia; esta última consideración será una constante a lo largo del tiempo y tendrá su corolario también en el Derecho islámico.

El *ḥākim* declaraba una costumbre preexistente violada por una de las partes, sin valoraciones ni apreciaciones subjetivas[140]. La decisión arbitral, consistía en la opinión sobre *la verdad constatada*; pero no suponía condena o absolución, puesto que el objeto de litigio versaba siempre sobre la disputa por bienes económicos. De ahí, pues, que no se tratara en sentido técnico actual de una sentencia, sino de la opinión motivada sobre la praxis o usos relativos a la cuestión planteada, que suponía la violación unilateral de un derecho, y que por tanto estaba exenta de valoraciones subjetivas[141].

La modalidad contractual a la que alude el formulario notarial de Ibn al-'Aṭṭār debe ser objeto de atención, puesto que la no exigencia de forma alguna para la *salaha,* nada impedía a las partes plasmarla por escrito. El acuerdo podía manifestarse de cualquier forma, sin que se exigiera modalidad alguna, si bien, la elegida debía serlo conforme a la voluntad de las partes; no en vano, solía ser habitual la presencia de testigos que acreditaban la avenencia.

[136] *Partidas* IV, 10, 8.

[137] La "carta de compromiso" era el documento que atestiguaba la avenencia entre las partes. *Partidas*, III, 18, 106.

[138] HEVIA Y BOLAÑOS, J. de., *op. cit* (n. 32), Lib. 2, cap. 14, Nº 13, p. 434.

[139] *Partidas*, III, 4. 25 y 26.

[140] TYAN, E., *Histoire de l' Organisation...* (n. 14), p. 51.

[141] *Ibid.*