

Con un gran rigor sistemático se hace el estudio de todos estos problemas, llegando a la conclusión de que la posesión de los tres años llamada en los documentos portugueses medievales "juz de testemunhas", era una "categoría puramente procesal", cuyo origen ha de buscarse "en la jurisprudencia de la Edad Media, todavía dominada por las concepciones imperfectas de un Derecho bárbaro, y, por tanto, más germánico que romano", mientras que la posesión de los diez años —*tempo*—, así como la de los treinta y los cuarenta años —*trastempo*—, vigentes con la recepción del Derecho romano justiniano, constituyen ya un verdadero título jurídico de adquisición de la propiedad.

Tal es, a grandes rasgos, el contenido doctrinal de este interesante folleto del profesor Cabral, altamente estimable, no tanto por la novedad de sus investigaciones como por el acierto metodológico con que han sido expuestas.

José M.^a Ots.

HEFFENING, W.—*Das islamische Fremdenrecht bis zu den islamisch-Fränkischen Staatsverträgen*, publicado en *Beiträge zum Rechts-und Wirtschaftsleben des islamischen Orientes*. Vol. I; xx-219 págs. Hannover, 1925.

Hemos de saludar en esta primera publicación a la biblioteca que dirige el profesor Heffening y que, de lograr sus aspiraciones, tanto puede contribuir a un conocimiento perfecto de las instituciones islámicas entre nosotros, que tanto lo necesitamos para la reconstrucción de nuestra Historia nacional. Es ocioso insistir en lo que con tanta justicia expone en el prólogo-introducción respecto a la urgencia de una labor monográfica en este campo, tan distante aún de la posibilidad de miradas de conjunto, y no es tampoco nuestra intención adelantar esperanzas, que parecen fundar los títulos de las disertaciones en preparación y los encargados de desarrollarlas. Si todos están a la altura de esta primera, el servicio que han de prestar a la ciencia esperamos sea de todos reconocido.

Hasta el presente, nos viene a decir el autor, ya entrado en materia (págs. 3 y sigs.), se ha representado el Derecho musulmán conforme a un corte transversal, ahistórico; lo poco que se ha hecho en sentido histórico se ha limitado al nacimiento del Derecho, cuando aún no se había desprendido, ni aun metodológicamente, de la teología —Goldziher—, o se ha atendido más bien a valorar lo que el pensamiento jurídico o la práctica administrativa musulmanas tomaron de sistemas anteriores —Becker, Schmidt—. Heffening intenta un corte longitudinal en la misma medula del Derecho islámico, comprensivo de toda la realidad del problema; exposición de la marcha

evolutiva del pensamiento jurídico, investigación de la realidad práctica de este Derecho en su aplicación a la vida, o de lo que en ella le substituyó. Para ello ha seguido el método del estudio separado del Derecho y el de los datos históricos —no influidos por el *hadit*—. Parece que hubiera sido más fecunda la yuxtaposición inmediata de ambas aportaciones; no lo ha creído así el autor. Al aislar el estudio del derecho es posible separar, con garantías de acierto, lo que en su evolución se debe al desarrollo de sus principios fundamentales conforme a su íntima estructura lógica y lo que aparece en esta elaboración de anormal, de extraño, debido, sin duda, a la presión de la realidad, a la aceptación por la doctrina de usos jurídicos, imposibles de desconocer. Con este criterio, en algún caso contrastable con afirmaciones precisas de obras históricas, se logra en los demás suplir las numerosísimas lagunas que dejan los historiadores al silenciar lo que por sobra conocido no reputaban digno de especial mención. Establecida sólidamente esta metodología, apreciados sus primeros resultados, es cuando se puede abordar seriamente el problema de los orígenes de Derecho musulmán sin exponerse al apriorismo de comparaciones fragmentarias entre tal o cual obra jurídica e instituciones de otros pueblos, criterio también aplicable, quizá en mayor medida, al problema inverso, de la descendencia de otros derechos, el nuestro, por ejemplo, del musulmán.

Ha limitado Heffening los límites cronológicos de su trabajo, en los siglos v y vi, ya que el enorme material que hubiera tenido que manejar para épocas posteriores hubiera hecho cambiar de aspecto la disertación sin gran utilidad que lo compensara.

El estudio del material contenido en las obras jurídicas se fundamenta con un primer capítulo (págs. 9-15), dedicado exclusivamente a la terminología, de no pequeño interés: el derecho de extranjería se ha de referir a los *mustamin*, no a los *dimmies*; son estos últimos los sometidos a la supremacía musulmana, que residen permanentemente en territorio musulmán; los *mustamin* son los no musulmanes admitidos en territorio musulmán mediante el *amán*. En el estudio meramente verbal se acusa ya la evolución que va sufriendo el concepto del *amán*, que se va precisando como atribución exclusiva de los jefes del Estado, sin perder el significado religioso que en un principio prepondera en él. Dentro ya del aspecto jurídico propiamente tal, encuadra Heffening el *amán* —no olvidemos que esta es la forma jurídica que requiere la admisión de extranjeros en territorios musulmanes— dentro del derecho de la guerra; el *amán* es la seguridad que da uno de los combatientes a su enemigo, que en los primeros tiempos se presenta como facultad individual de cualquier musulmán, con obligación por parte de todos los demás de reconocer esta concesión de cualquiera de ellos. Más tarde se concreta

esta facultad, que queda reservada finalmente a la autoridad pública. Esta forma jurídica de garantía se transporta del Derecho militar a las relaciones de cualquier género con infieles, contra los que, en principio, sería obligatoria la guerra; de no ingresar los tales en territorio islámico con la garantía del *amán*, cualquier musulmán tendrá derecho a darles muerte y apropiarse de sus bienes en calidad de botín de guerra. Este género especial de *amán* está ya, sin género de duda, reservado a la autoridad, que le concede en condiciones y con contenido que es objeto del siguiente capítulo; sólo haremos notar en esto una limitación en orden al tiempo en la que insisten los juristas; la permanencia mediante *amán* en territorio musulmán no puede prolongarse más de un año; pasado el cual obliga el tributo especial de los *dimmícs*, se pasa de la categoría de *mustamin* a esta otra. El capítulo o sección destinado al estudio de los derechos que el *amán* confiere (37-81) contiene toda la materia del Derecho internacional privado de los extranjeros en tierras musulmanas —haremos observar la identidad de fecha de esta obra y la de Santillana, que desde distintos puntos de vista coinciden en la elaboración de semejantes materiales—. El fundamento de todos estos derechos está en la inviolabilidad de la persona y bienes del así protegido, garantizada con una penalidad especial a los que en su persona, mediante una composición especial, o en sus bienes, mediante la penalidad normal del hurto, molesten a los *mustamin*; incluye también esta protección un reconocimiento de la libertad religiosa del extranjero y la libertad de movimiento y comercio; en la libertad de movimiento suscitan dudas los juristas acerca de si está incluída la de penetrar en los territorios sagrados de las ciudades de la Meca y Medina. La situación jurídica del *mustamin* está coartada por reglas generales de interés público: prohibición de comerciar con objetos prohibidos, como cosas sagradas; ejemplares del Alcorán, etc.; estando, en cambio, autorizado para contratar con musulmanes, incluso para pactar sociedades; queda sometido a ciertos tributos indirectos, como el de aduanas. Interés especial suscita su situación en lo referente a administración de justicia; la determinación de la competencia, en la que tanto influye, según la jurisprudencia musulmana, la profesión religiosa, da lugar a tanteos teóricos en los que discrepan las escuelas, sin que de las diversas doctrinas pueda extraerse un principio general, equivalente en su rigor lógico a los de territorialidad o personalidad, que desarrolló más tarde la doctrina occidental; aun cuando algo semejante apunte la teoría de algunos juristas; objeto también de debates es la capacidad para testificar, que en buenos principios sólo a musulmanes corresponde, pero que aceptan algunas escuelas también en los extranjeros. Las mismas discusiones origina la situación de estos extranjeros ante el Derecho penal, en particular en los referente a las penas con que se garantizan las dis-

posiciones con que, según la técnica musulmana, se defienden los llamados derechos de Alá.

En el Derecho privado, quedan excluidos de la propiedad territorial, así como de los derechos nacidos de la invención de un tesoro o de cosas perdidas. En la propiedad de esclavos sufren la limitación nacida de la protección que otorga el Estado musulmán a los derechos a la libertad, que pueden originarse contractualmente; los esclavos que adquieren un derecho inicial a la libertad no pueden ser sacados de territorio musulmán, esto aparte el principio de que los musulmanes no pueden ser poseídos como esclavos por infieles. En derechos de familia y sucesiones se respeta la ley personal del extranjero; en cambio en contratación no se reconoce la validez de las estipulaciones celebradas en territorio infiel.

El origen histórico de la institución se estudia en las págs. 87 a 115. El derecho de *amán* es en el fondo un desarrollo de usos preislámicos; el extranjero es acogido por los beduinos bajo su protección, *amán*, que puede ser otorgada por cualquier miembro de la tribu y debe ser respetada por todos los demás. Estos usos tienen un primer desarrollo en la república de la Meca, interesada en el desenvolvimiento del comercio, adquiriendo en este momento un primer desarrollo religioso con la institución de los cuatro meses de la paz sagrada. Mahoma incorpora todas estas ideas a la nueva religión, substituyendo la protección de la tribu por la de la comunidad de los creyentes; aunque con una falta de lógica, que pudo resultar en extremo peligrosa para la institución, a consecuencia de la segunda peregrinación después de conquistada la Meca, declaró que ningún extraño podría penetrar en las fronteras de los territorios islámicos; por fortuna, las acomodaciones de los teóricos posteriores limitaron el efecto de esta declaración a los que en el momento eran territorios musulmanes, los de las ciudades de la Meca y Medina —causa de las discusiones a que más arriba aludimos—; además, él mismo exceptuó a los que se encuentran bajo la protección de Alá y su profeta, frases ambiguas, aplicables tanto a los *dimmies* como a los *mustamín*. Nuevos datos van aportando los historiadores y geógrafos para complementar la doctrina: en ella nada consta de la forma de la concesión del *amán*; éstos nos describen con toda extensión el pasaporte de que se han de proveer los extranjeros para hacer constar su condición de *mustamín*; en él se incluye, en algunos períodos, desde el itinerario, no modificable, hasta el plazo de su duración, sobre todo bajo los omeyas; los abasíes, en cambio, parece siguieron una política más tolerante.

Las influencias que en este organismo jurídico, reconstruído con datos ya complementados, hubieron de influir (págs. 117 y sigts.), son de las más variadas: al Derecho romano se deben, junto con algunas prácticas administrativas, como el pasaporte y las aduanas, una idea

de lo que más tarde se había de calificar de estatuto personal y territorial, que se encontraba en germen en el Derecho romano y que se manifiesta en principio en la competencia absoluta de los tribunales musulmanes dentro del territorio de su jurisdicción y en el reconocimiento, en el derecho de familia, de la ley personal. Al referirse a tribunales se ha de observar que el *mustamín* está sometido no a los islámicos sino a los de los *dimmies*, resto de las antiguas jurisdicciones privilegiadas del Imperio bizantino en lo tocante a cristianos, lo mismo que en lo referente a judíos. Del Talmud se conserva la idea fundamental de identificar al hombre de otra fe con el extranjero. Claro que con la diferencia de que el principio musulmán pudo tener una realidad por haberse constituido en Estado el pueblo musulmán, cosa que no ocurrió con las teorías talmúdicas.

Un último brevísimo capítulo (págs. 125-133) consagra Heffening a la evolución del derecho de extranjería con posterioridad a los límites cronológicos que ha fijado a su trabajo; son objeto de él algunas limitadas manifestaciones, con preferencia el nacimiento de las jurisdicciones consulares, desde luego con un desarrollo en extremo sumario. En este capítulo, como en toda la obra, se nota la ausencia de fuentes españolas; indudablemente la ciencia alemana reserva para los españoles todavía este campo. Sin embargo, no es del todo disculpable el ignorar ciertas capitulaciones, a las que hace alusión el mismo Dozy, ni siquiera los tratados que inserta Capmany en apéndice a sus *Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de la antigua ciudad de Barcelona*. De lo poco que conoce de España, a través de Amari, Max Latrie y Lippmann, es lo referente a la renuncia al derecho de naufragio por algún soberano español, de no pequeña importancia, dado el carácter de *primi capientis* que la jurisprudencia atribuye a las cosas que el mar arroja a la costa en cualquier forma que sea.

Complementan la obra tres apéndices: el primero, de gran interés, es un estudio biobibliográfico de las obras y autores musulmanes utilizados en la obra, o sea de los más importantes juristas musulmanes de los primeros cinco siglos del islam, estudio en el que tienen cabida los últimos datos con que la investigación ha contribuido a esclarecer estos problemas literarios, tan difíciles como descuidados. El segundo apéndice se consagra al estudio del primer tratado de paz musulmán que se conserva, el pactado por el mismo Mahoma con la Meca; da de él una buena traducción, anotada y comentada, rectificando redacciones menos genuinas de algún historiador tendencioso. El tercero es una colección de textos árabes inéditos, fragmentos de obras jurídicas conteniendo los pasajes, en que se habla de la materia objeto del estudio; para esta edición ha manejado Heffening manuscritos de valor, cuyas variantes anota cuidadosamente.

JOSÉ LÓPEZ ORTIZ.