# ESPECIALIDAD Y EXCEPCIONALIDAD COMO RECURSOS JURÍDICOS

**Manuela Fernández Rodríguez**
**-Universidad Rey Juan Carlos-**

**Erika Prado Rubio**
**-Universidad Rey Juan Carlos-**

**Leandro Martínez Peñas**
**-Universidad Rey Juan Carlos-**

**(Coords.)**

*Especialidad y excepcionalidad como recursos jurídicos*

Ilustración de portada: Erika Prado Rubio.
Diseño de cubierta: Erika Prado Rubio y Taller Imagen.

Depósito Legal: DL VA 587-2017.
ISBN: 978-84-697-5004-9
PVP: 21 euros.

Editan: Asociación Veritas para el Estudio de la Historia, el Derecho y las Instituciones y Omnia Mutantur S. L. (calle Santiago, nº 15, 5º E, Valladolid).
Imprime: Taller Imagen (Segovia).
Septiembre, 2017.

El presente libro ha sido publicado con fondos procedentes del Proyecto DER2013-42039-P, cuyo título es "Evolución de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control politico-religioso, de seguridad y de orden público", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en la Convocatoria 2013 de Proyectos de I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

Su realización ha sido posible gracias a los medios aportados por el proyecto de la Comunidad de Madrid PEJD-2016-HUM-3097 y a la colaboración del "Proyecto Intervenciones jurídicas especiales del Estado en relación con los Derechos y libertades: especialidad, excepcionalidad y ayuda", dirigido por Erika Prado Rubio, financiado a través de la IV Convocatoria de Ayudas para la Realización de Actuaciones en materia de "Educación en Derechos Humanos" 2017-2018, del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Rey Juan Carlos.

# ÍNDICE

*La traición del duque Paulo……..……..p. 9.*
**Federico Gallegos Vázquez, Universidad Rey Juan Carlos.**

*El medianedo. Resolución de los pleitos intermunicipales (ss. XI-XII)…….....p. 35.*
**Gonzalo Oliva, Doctor en Geografía e Historia.**

*Un ejemplo de legislación sanitaria de emergencia del siglo XVIII: el decreto de prevención de 1740…....….p. 87.*
**Erika Prado Rubio y Leandro Martínez Peñas, Universidad Rey Juan Carlos.**

*Governare la transizione: Dinamiche istituzionali ed esiti legislativi per un approccio comparato alla Storia del Diritto in Età Moderna……..p. 107.*
**Loris de Nardi, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, y Rocco Giurato, Università della Calabria.**

*De la "caridad legal" o primera legislación obrera dee carácter "excepcional". Estudio comparado.……...p. 145.*
**Isabel Ramos Vázquez, Universidad de Jaén.**

*Discipline e giudici speciali per la terra: L'applicazione dell'act torrens e la creazione del tribunale misto in Tunisia*…….…….p. 199.
**Ludovico Maremonti, Università degli Studi di Roma, "La Sapienza".**

*La Sociedad de Naciones como primera organización con vocación de universalidad: algunos rasgos que la definen ……..……..…….p. 267.*
**Elena C. Díaz Galán, Universidad Rey Juan Carlos.**

*La mediación como prevención y resolución de los conflictos armados actuales….……...……...p. 301.*
**Cristina del Prado Higuera, Universidad Rey Juan Carlos.**

*Explorando una vía para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de Derechos Humanos…..…….p. 335.*
**Magda Yadira Robles Garza, Universidad de Monterrey – Academia Interamericana de Derechos Humanos.**

*El arbitraje: una actividad con gran raigambre con la vista puesta en el futuro: la resolución de conflictos en línea……..…….p. 367*
**Marta Grande Sanz.**

*Herramientas de control político-social en el protectorado español: la justicia indígena.....p. 423.*
**Rocío Velasco de Castro, Universidad de Extremadura.**

*Brevi riflessioni sull'amministrazione della giustizia tra paesi europei ed arabo-musulmani.....p. 447.*
**Stefano Vinci, Universidad Aldo Moro de Bari.**

*100 años de historia de los tribunales especiales en México. Las reformas al artículo 123 y 107 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (1917-2017).....p. 465.*
**Óscar Flores Torres, Universidad Autónoma de Coahuila.**

*Particularidades de la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados como modalidad especial de la subasta judicial…….....p. 489.*
**Rubén López Pico, Universidad de Granada.**

*Il contributo di Clara Campoamor nel riconoscimento del diritto di voto alle donne nella Spagna del Novecento.....p. 517.*
**Daniele Lo Cascio, Universidad Aldo Moro de Bari**

# LA TRAICIÓN DEL DUQUE PAULO

**Federico Gallegos Vázquez**
**Universidad Rey Juan Carlos**

## 1.- Introducción

En el reino visigodo las rebeliones de nobles para deponer al rey y ocupar el trono, fueron relativamente habituales, sin que por ello se pueda decir que fueran una práctica propia de esta monarquía, pues es un vicio que lo encontramos en otras monarquías de la misma época y de épocas anteriores y posteriores, de diferentes culturas, no solamente la cristiana medieval, y de monarquías hereditarias, como la franca, la bizantina o la islámica[1]; si bien tradicionalmente se ha dado por supuesto que el regicidio era el principal mal que afectaba al reino godo, por la influencia que ha tenido desde el siglo VII la expresión "*mors gothorum*" que utiliza el pseudo Fredegario para referirse a estas actuaciones contra el rey gobernante[2].

[1] BESGA MARROQUÍN. A., "El "Morbo Gótico". ¿Tópico o realidad?", en *Letras de Deusto*, 2007, pp. 135-144

[2] Chronica, IV, 82. *"cumque omne regnum Spaniae suae dicioni firmassit, cognito morbum Gotorum, quem de regibus degradandum habebantt, unde saepius cum ipsis in consilio fuerat, quoscumque ex eis uius viciae prumtum contra regibus, qui a regno expulsi fuerant"*, edición de KRUSCH. B.,

La monarquía goda, siguiendo el sistema tradicional germánico, permaneció a lo largo de su existencia siendo una monarquía de naturaleza electiva, variando sus condiciones y proceso del sistema a lo largo del tiempo, pero sin variar en el fondo su naturaleza electiva; aunque es bien sabido que de los treinta y tres reyes godos muy pocos fueron elegidos, ya que la mayoría de ellos accedieron al trono bien tras una rebelión triunfante contra el rey, o bien tras haber sido asociado por su padre o hermano, lo que a la muerte del rey, el acceso del nuevo quedaba convertido más en un proceso de aclamación, de quien ya estaba ostentando el poder, que una verdadera elección.

El sistema electivo quedó plasmado por escrito en el IV Concilio de Toledo de 633, en cuyo canon 75 se establece que una vez muerto el rey, los nobles, junto con los obispos elegirán al nuevo rey[3]. Esta norma fue modificada pronto, ya que en el V concilio toledano de 636 se estableció, en su canon 3, que para poder ser elegido se debía pertenecer a la nobleza goda[4], por lo que quedaban fuera de las aspiraciones al trono, no sólo los godos de un estatus nobiliario medio, sino también los hispano-romanos, y así el número de aspirantes al trono quedaba reducido a un pequeño número de familias godas nobles. De nuevo se modificó el sistema en el VI Concilio de Toledo de 638, en el que se recogían, no ya las condiciones necesarias para poder ser rey, sino las causas de incapacitación para poder ser elegido, estableciéndose que no podían acceder al trono los extranjeros o de origen servil, los que hubiesen entrado en religión o hubiesen recibido la tonsura y los que

*Monumenta germaniae Historica . Scriptores Rerum Merovingicarum, II*, Hannover. 1898, p. 163

[3] *"Sed defuncto in pace príncipe primatus totius gentis cum sacerdotibus successorem regni consilio communi constituant"*, Los textos conciliares han sido tomados de TEJADA Y RAMIRO. J., *Colección de cánones de la Iglesia Española*, Madrid 1850.

[4] *"Ut quisquis talia meditatus fuerit, quem nec electio ómnium provehit nec gothicae gentis nobilitas ad hunc honoris apicem trahit".*

hubiesen sufrido penas infamantes como la decalvación[5]. Más tarde, en el VIII concilio de 653, convocado por Recesvinto, se produjo un nuevo cambio, que afectaba ahora al sistema de elección, tanto a los encargados de elegir al nuevo rey, como al lugar de su elección; así en su canon 10 se establecía que, a partir de ese momento, no sería toda la nobleza goda la encargada de elegir al nuevo rey, sino solamente los integrantes del Oficio Palatino y demás nobles que rodeaban al rey, esto es los integrantes del Aula Regia, junto con los obispos, añadiendo también que el nuevo rey sólo podía ser elegido en la sede regia, Toledo, o en el lugar en donde hubiese fallecido el anterior, no admitiéndose cuando se realizaba por medio de una conspiración o levantamiento sedicioso de la plebe[6].

Resumiendo este conjunto de normas, podemos decir que una vez muerto el rey, los nobles y obispos integrantes del Aula Regia elegirían, en Toledo o en el lugar en que hubiese fallecido el rey, al nuevo soberano, que debía pertenecer a la alta nobleza goda.

Tras la elección del nuevo rey se realizaban tres actos formales y solemnes, el juramento de fidelidad, del rey al reino y de los súbditos al rey, la unción regia y la coronación; actos que venían a reforzar la figura regia en los ámbitos político, social y religioso. En este último ámbito podemos enmarcar la unción regia, que desde tiempos de Wamba se llevará a cabo siempre, y mediante la cual, el rey se convertía en una figura protegida, no sólo por la legislación civil, sino por la canónica; mediante este acto el rey recibía una especie de sacerdocio, por el que

[5] Canon XVII: *"Rege vero defuncto nullus tyrannica praesumptione regnum assumat, nullus sub religionis habitu detonsus aut turpiter decalvatus aut servilem originem thahens vel estraneae gentis homo, nisi genere Gothus et moribus dignus provehatur ad apicem regni"*

[6] Canon X: *"Abhinc ergo et deinceps ita erut in regni gloriam praeficiendi rectores, ut aut in urbe regia aut in loco ubi princeps decesserit cum pontificum maiorumque palatii omnimodo eligantur assensu, non forinsecus aut conspiratione paucorum aut rusticarum plebium seditioso tumult".*

Dios derramaba sobre él su Gracia, pues el propio acto de unción, a imitación de la llevada a cabo con los reyes de Israel[7], consistía en la imposición de los Santos Óleos como en los sacramentos canónicos, siguiendo una liturgia religiosa, también a imitación de los sacramentos; tal fue la importancia que adquirió la unción, en todo el proceso de proclamación real, que desde finales del reino visigodo y a lo largo de la Edad Media, en la s historias y crónicas, será precisamente la unción real la que se mencione como comienzo del reinado. Junto a la unción se producía la coronación, como acto físico de imponer sobre la cabeza del nuevo rey la corona del reino hispano-godo.

El otro acto formal que se llevaba a cabo tras la elección regia, era la realización del juramento de fidelidad del rey al pueblo y de éste hacia el rey. Este juramento de fidelidad también se recogió por primera vez en el canon 75 del IV concilio de Toledo de 633; se consideraba que todo el pueblo realizaba tácitamente dicho juramento, exigiéndose formalmente sólo a los nobles cercanos a la corte real. Con posterioridad, en el XVI Concilio de Toledo de 693, tras sofocar la rebelión del prelado toledano Sunifredo, Egica modificó la norma originaria, exigiéndose a partir de este momento el juramento formal de todo el pueblo, para lo cual unos funcionarios itinerantes, los *discurssoris iuramenti*, recorrían el reino, recibiendo la fidelidad de todos los habitantes, tanto laicos como religiosos.

[7] I Samuel. 10. 1.: *"Cogió Samuel una redoma de óleo, la vertió sobre la cabeza de Saúl y le besó, diciendo: "Yavé te unge por príncipe de Su heredad. Tú reinarás sobre el pueblo de Yavé y le salvarás de la mano de los enemigos que le rodean. Esto te será señal de que Yavé te ha ungido como jefe de su heredad".* Sagrada Biblia, versión de Eloino Nácar Fuster y Alberto Colunga, B.A.C. novena edición, Madrid 1959, p. 294.

## 2.- Wamba y Paulo

*Wamba*

Antes de su coronación como rey no sabemos mucho de Wamba. La mayoría de los autores le identifican con el "*viri illustris*" al que el rey Recesvinto encargó informar en el X Concilio de Toledo de 656 sobre el testamento de San Martín de braga y las disputas que sobre el mismo se estaban produciendo[8]. Si bien es cierto que no firma las actas conciliares ni aparece desempeñando cargo alguno en la corte de dicho rey, como dice Orlandis[9], debió ser un distinguido magnate en la corte de Toledo, incluso es probable que fuese miembro de una importante facción nobiliaria goda, cercana al rey Recesvinto[10], presente en Getericos en el momento del fallecimiento de éste, pues si no fuese así, no se explicaría su presencia en un lugar, distinto de la capital del reino, a donde el rey se había desplazado para descansar y a donde le habrían acompañado tan sólo sus más cercanos; aunque no podemos saber si era el cabeza de dicha facción nobiliaria o que fuese utilizado como un títere por los grandes potentados de su facción, que serían los que precipitaron su elección en ausencia de buena parte del alto clero, supuestamente enemigo de Recesvinto[11]; aunque esta posibilidad queda un poco resuelta tras ver cómo fue ratificado en su elección, pocos días después, en la capital regia, y cómo gobernó con mano dura durante ocho años.

[8]ORLANDIS.J., *Historia del reino visigodo español*, Madrid 2003, p. 117; THOMSOM. E. A., *Los Godos en España*, traducción de Javier Faci, Madrid 2007, pp. 258 y sigs; COLLINS. R., *La España Visigoda. 409-711*, Traducción castellana Mercedes García Garmilla, Barcelona 2005, p. 185

[9]ORLANDIS. J., Op. Cit, p. 117

[10]COLLINS. R.,Op. Cit, p. 186

[11] ESTEBAN RIVAS. A. R., "La rebelión de Paulus" en *Revista de Claseshistoria. Publicación digital de Historia y ciencias sociales*, art. Nº 388 de 15 de agosto de 2013.

*Paulo*

Paulo es un general del rey Wamba, que por su nombre debía ser de ascendencia hispano-romana[12], que figura en la "Historia de Wamba" de San Julián de Toledo, como Duque, por lo que Orlandis señala que probablemente fuese el duque de la provincia narbonense, que se encontraría en la corte de Toledo y marchase con el rey contra los vascones, por lo que al producirse rebelión de parte de la provincia tras-pirenaica fue el elegido por el rey para ir a sofocarla, y para otros es en este preciso momento cuando recibió el cargo de duque provincial de la Narbonense[13]. También es identificado por la mayoría de los autores como el "Paulo, conde de los notarios" que aparece entre los dieciocho firmantes seglares del VIII concilio toledano de 653, y con el que, con el mismo nombre y cargo, aparece entre los cuatro magnates que firman las actas del IX concilio toledano de 655, por lo que pertenecería al círculo interno de la corte de Chindasvinto y de su hijo Recesvinto, y que en el reinado de Wamba conservaría su posición nobiliaria, ahora como duque y no como conde palatino.

[12] Para el profesor Suárez, el nombre de Paulo "no significa necesariamente que fuese hispano-romano", SUÁREZ FERNÁNDEZ. L. *Historia de España Antigua y Media*, Volumen I, Madrid 1976, p. 115; si bien, durante el reino visigodo la utilización de nombres no germanos por los godos, en especial por los nobles no fue muy habitual, durante el periodo arriano como seña de su origen y pertenencia social y religiosa, y durante el periodo católico, como seña de identidad y pertenencia al grupo social y nobiliario godo, por lo que lo más probable es que el nombre de Paulo será utilizado sólo por un hispano-romano

[13] ORLANDIS. J., Op. Cit., p. 118

## 3.- La traición de Paulo

La traición del duque Paulo es una más de las muchas sublevaciones contra el poder real que se produjeron en la monarquía visigoda, y de las que tenemos noticia[14], pero es a su vez la que mejor conocemos, ya que no sólo sabemos quién se sublevó contra el rey Wamba, en qué lugar se produjo y el resultado de dicha sublevación, que es lo habitual en las historias y crónicas, incluso en aquellos casos en que triunfaban y el traidor se convertía en el nuevo rey. Por ejemplo sabemos que Hermenegildo se sublevó en la Bética contra su padre Leovigildo y que fracasó; también sabemos que el obispo Sunna, junto con el magnate Segga, se sublevó en Mérida contra Recaredo; que el obispo Uldida y la reina Goswintha se querían sublevar contra Recaredo y fueron descubiertos y que Argimundo se levantó también contra este rey en la Septimania, y que todos fracasaron; e igualmente sabemos que Sisenando y Chindasvinto se sublevaron contra Tulga y Suintila, respectivamente, y que se convirtieron en los nuevos reyes.

De la traición de Paulo conocemos sus preliminares, la reacción del Rey, la propia traición de Paulo, sus actuaciones, paso a paso, y los apoyos que recibió; sabemos, con una gran minuciosidad, las actuaciones de Wamba, sus decisiones militares y políticas, las diferentes decisiones tácticas y disciplinares llevadas a cabo durante la campaña; los personajes que mayor importancia tuvieron, los lugares en que se fue desarrollaron los acontecimientos, y el resultado final de esta sublevación, con un preciso detalle, hasta del juicio de los rebeldes, con interrogatorios y pruebas, y de la entrada triunfal del rey en Toledo. Este conocimiento tan preciso, se lo debemos a un conjunto de textos coetáneos a los acontecimientos, entre los que destaca la "Historia del Rey Wamba" que escribió san Julián de Toledo, y a la que se suman la

[14] Sobre dicho crimen ver GALLEGOS VÁZQUEZ, F., "El delito de traición en el Derecho visigodo", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., PRADO RUBIO, E., y MARTÍNEZ PEÑAS, L., (coords.), *Análisis de Jurisdicciones especiales*. Valladolid, 2017.

"Carta del traidor Paulo" recogida por san Julián, y que es atribuida al duque Paulo, el "Denuesto contra la vil provincia de la Galia", texto anónimo, y el "Juicio promulgado contra la perfidia de los usurpadores", también anónimo y posiblemente escrito en la Galia[15].

[15]Para este trabajo hemos seguido la magnífica obra de DÍAZ Y DÍAZ. P. R., "Julián de Toledo: "Historia del Rey Wamba" (Traducción y notas)" en *Florentia liberritana: Revista de estudios de la antigüedad Clásica*, nº 1, 1990, pp.89-114; para la que ha seguido el texto latino de W. Levison, publicado en *Monumenta Germania Historica, Scriptores Rerum Merovingicarum*. Vol. 1, Hannover-Leipzig, 1910, pp. 500-535.
La "Historia de Wamba" de san Julián de Toledo tiene la peculiaridad de ser un texto con un marcado carácter didáctico, como recoge el propio autor, ["*Suele servir de ayuda a la virtud la narración detallada de los tiempos, y encorajinar los ánimos de los jóvenes hacia la práctica de las virtudes todo lo que se haya transmitido de los antepasados… Por eso, para poder servir de remedio a las mentes difíciles, nos propusimos escribir para nuestros tiempos la relación de un acontecimiento pasado, por cuyo medio provocamos a los próximos siglos hacia la virtud.* "Historia. 1.] en el que se ensalza en gran medida la figura de Wamba como rey legítimo, frente a Paulo, traidor y rebelde, pero no por ello pierde valor como documento histórico para conocer los acontecimientos que se produjeron desde la muerte del rey Recesvinto y la elección de Wamba, hasta la finalización de la campaña contra los rebeldes de la provincia Narbonense. La "Carta de Paulo a Wamba", es el documento que el primero mandó al rey para llegar a un acuerdo de reparto del reino y evitar el enfrentamiento que veía que se avecinaba. El "Denuesto contra la provincia de la Galia", es un panegírico, anónimo, contra los habitantes de esta provincia frente al elogio de los godos, que serían los que han mantenido dicha provincia en la paz y el orden. Por último, el "Juicio contra Paulo", es un texto anónimo que se centra en el proceso judicial que se llevó a cabo contra Paulo y sus seguidores, que nos proporciona un detallado relato de los últimos momentos de la rebelión y del proceso que se realizó, proporcionándonos un gran número de nombres de los rebeldes.

*Acontecimientos previos*

Los hechos que nos interesan en este trabajo tuvieron lugar pocos meses después de la llegada al trono de Wamba, en septiembre de 672. En la primavera de 673 el rey reunió su ejército y se dirigió al norte peninsular, para realizar una campaña contra los vascones[16]. Para unos historiadores, esta campaña se llevó a cabo después de que éstos, como en tantas ocasiones, aprovechando supuestos momentos de debilidad en la monarquía goda, como suelen ser los inmediatamente posteriores a una sucesión real, se levantasen contra el poder godo y se dedicasen a saquear las tierras circundantes de la meseta superior y del valle del Ebro[17]; para otros esta acción de Wamba no vendría precedida de acción alguna de los vascones, sino que sería una manifestación de fuerza del rey, ante una corte que no le habría recibido con plena aceptación[18]. Cuando Wamba se encontraba en tierras de "Cantabria"[19], como señala la Historia de san Julián de Toledo, recibe la noticia de la sublevación en Nimes del conde Ilderico secundado por el obispo Gumildo de

[16] Respecto al ejército visigodo, puede verse GALLEGOS VÁZQUEZ, F., "El ejército visigodo, primer ejército español", en MARTÍNEZ PEÑAS, L, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *Reflexiones sobre poder, guerra y religión en la Historia de España*. Madrid, 2011.

[17] COLLINS.R.Op. Cit., p. 69; ORLANDIS.J. Op. Cit., p. 118 y CASTILLO LOZANO.J. A., "La figura de "*tyrannus*", del rebelde, en la tradición visigoda a través de la obra de Julián de Toledo", en *Herakleion,* 7 de 2014, pp. 85-101, p. 92

[18] ESTEBAN RIVAS. A. R., Op. Cit., p. 7

[19] La referencia a "Cantabria" en el texto del historiador y arzobispo toledano, no hace referencia a la que hoy conocemos como Cantabria; hay duda en los autores sobre la localización de la misma, pero nosotros pensamos que, por las zonas naturales de ataques de los vascones y algunas referencias coetáneas y medievales a "Cantabria", puede que Wamba se encontrase en la zona norte de la actual provincia de Burgos, ya que la ciudad de Amaya era la capital de la provincia de tal nombre, o en la zona riojana, cercana a Logroño, en donde se encuentra la Sierra de Cantabria al norte, limitando con tierras navarras y alavesas, que eran solar de vascones.

Maguelonne, lo que suponía el levantamiento de la parte oriental de la provincia.

Para hacer frente a esta sublevación Wamba encomendó el mando de un ejército al "duque Paulo". Según Orlandis, por ser posiblemente el duque de dicha provincia, que se encontrase en la corte[20], de ahí también la falta de referencia a este cargo en la Historia de Julián; aunque otros señalan que Paulo fue nombrado en este preciso momento con el cargo ducal[21]. Ambas hipótesis nos resultan poco aceptables y sin sentido; si Paulo fuese el duque de la provincia o hubiese sido nombrado para ejercer tal cargo cuando Wamba le encomendó la represión del rebelde Ilderico, es imposible que san Julián no nos informase de tal aspecto, pues en ambos casos la traición habría supuesto un acto de deslealtad e incumplimiento de la misión encomendada mayor que si no ostentase el cargo de duque, y el obispo toledano no habría dejado pasar por alto tal cuestión, ya que en todo el texto queda patente el interés por señalar los actos de deslealtad e incumplimiento de las obligaciones, para enfatizar la traición. Por otro lado, aunque en ningún momento se mencione al duque de la Narbonense, no podemos afirmar que no estuviese cubierto tal cargo, en cuyo caso no podría haber nombrado a Paulo para tal puesto; tampoco se nombre a los condes de ciudades importantes de esta provincia como los de Carcasona o Beziers, y no se plantea problema sobre ello, tan solo podríamos decir que no participaron, posiblemente por seguir fieles al rey y permanecer en sus ciudades ejerciendo su cargo.

[20]ORLANDIS. J., Op. Cit., p. 118
[21]THOMSOM. E. A., Op. Cit., p. 263

*La traición*

Según la Historia de Julián de Toledo, Paulo se dirigió, a través de la Tarraconense, a sofocar la rebelión, sin embargo, al encontrarse con el duque de esta provincia, Ranosindo, y con el gardingo Hildeguiso, decidió rebelarse, manteniéndolo en secreto, y sólo cuando llegó a Narbona, donde fue descubierto, por su arzobispo Argebado, puso de manifiesto sus intenciones, y en esta ciudad, capital de la provincia Narbonense y sede arzobispal, llevó a cabo su traición y se proclamó rey.

La proclamación real de Paulo no fue un simple acto declarativo, sino que estuvo acompañada de un completo formalismo, que, como señala Orlandis[22], era necesario para consagrar su tiranía; así reunió en esta ciudad al "*conventus populus narbonensi*", declaró a Wamba decaído en el poder, calificándole de rey funesto, y declarándose así mismo como rey, y exigió el juramento de fidelidad de todos sus súbditos. Para poder completar el ceremonial godo de proclamación real, Paulo debía recibir sobre su cabeza la corona real, para ello utilizó la corona que el rey Recaredo había regalado al santuario del Bienaventurado Félix de Gerona, que había tomado de dicha ciudad, en donde su obispo Amator se había negado a apoyar su causa. Para completar el ceremonial, debemos señalar que éste se llevó a cabo en la ciudad de Narbona, no sólo capital de la provincia narbonense, sino sede arzobispal, y por lo tanto de igual categoría eclesiástica que la ciudad regia, Toledo, y no en Nimes, donde se encontraban Ilderico y los sediciosos que le acompañaron en un primer momento, y que aceptarán a Paulo como rey, uniendo así sus fuerzas.

[22] ORLANDIS. J., "En torno a la noción visigoda de tiranía", *A. H. D. E*. 29 de 1959, pp. 5-43, p. 32

Aunque algunos autores señalan que Paulo se hizo ungir como rey[23], o que se hizo conferir la unción real[24], lo cierto es que la historia de san Julián no menciona en ningún momento tal actuación; si bien podríamos suponer que se llevó a cabo, al realizarse la coronación en la sede arzobispal de Narbona[25], y al comprobar que los demás actos formales de la proclamación real goda sí se realizaron, proclamación real, juramento de fidelidad de los súbditos y coronación real; la no mención de san Julián, hace que pongamos en duda que fuese ungido, pues supondría un acto tan contrario a derecho, que no hubiese pasado inadvertido por el obispo toledano, que sin embargo si remarca la coronación de Paulo con la corona regalada por Recaredo a san Félix de Gerona, como un acto sacrílego y marcadamente detestable.

Aunque en un principio el arzobispo Argebado de Narbona era contrario a Paulo, y como nos cuenta san Julián, intentó evitar su entrada en dicha ciudad, luego debió unírsele en su causa, ya que le vemos en Nimes con los traidores, precisamente siendo quien se entreviste con el rey Wamba para solicitar el perdón de la vida de los sublevados que permanecían en dicha ciudad, por lo que es bastante probable que fuese este arzobispo Argebado el encargado de presidir todos los actos de la proclamación de Paulo de su coronación, y en caso de que se hubiese llevado a cabo, su unción.

En esta rebelión y posterior traición, encontramos que se contravino toda la legislación visigoda, relativa al nombramiento de un rey. Como hemos visto, una vez muerto el rey, los nobles del Aula Regia, en unión de los obispos, debían elegir al nuevo rey, en Toledo o

[23] ORLANDIS. J., Historia del reino visigodo español, p. 119
[24] CASTILLO LOZANO. J. A., Op. Cit., p. 90
[25] En ningún caso dicha unción se llevaría a cabo en Barcelona, como señala Collins (COLLINS., Op. Cit., p. 69) ya que la historia de Julián de Toledo no habla del paso de Paulo por esta ciudad en su marcha hacia la Galia, sólo sabemos que se puso de su lado, ya que fue tomada por Wamba y que en ella fueron capturados algunos partidarios del primero.

en el lugar donde hubiese fallecido el anterior rey, debiendo pertenecer el elegido, a la nobleza goda. La elección de Paulo no se produjo tras la muerte del rey, es una usurpación o traición. No es realizada por los integrantes del Aula Regia, ya que en dicha elección no está presente ninguno de los condes del Oficio Palatino, y tan sólo está presente el duque de la provincia Tarraconense, y el número de obispos presentes debió ser muy pequeño, ya que sólo se menciona como seguidores de Paulo a los obispos Gumildo, Jacinto y Wiliesindo de Maguelonne, Elna y Agde, respectivamente, y posiblemente participase el arzobispo Argebado de Narbona, pero no se menciona a ningún obispo de la tarraconense ni a los de ciudades importantes de la narbonense como los de Lodeve, Carcasona y Beziers. Tampoco se lleva a cabo en el lugar prescrito por la legislación, Toledo o lugar de fallecimiento del rey, como había prescrito el VIII Concilio de Toledo de 653. Por último, el proclamado rey, Paulo, no pertenece a la nobleza goda, siendo el primero, no perteneciente a este grupo, que intentó deponer a un rey visigodo, contraviniendo lo establecido en el canon 3 del V concilio toledano de 636.

Sin embargo, todas estas cuestiones, que son contrarias a la legalidad goda, no son mencionadas ni en la Historia de san Julián de Toledo, ni en el texto de la *Iudicatio*, en el que se relata pormenorizadamente el juicio contra Paulo y sus secuaces, en los que lo único que se pone de relieve es la traición en sí, y en el juicio son acusados de incumplir el juramento de fidelidad prestado al rey Wamba y de incitar al pueblo a la rebelión[26].

[26] Juicio.2. *"el rey Wamba, destinara al muy detestable Paulo para castigar a Galia y para que redujese a obediencia… no sólo no se opuso a los disidentes, persistiendo en su fidelidad, sino que también convirtió a muchos de ellos en fieles suyos. Pues volviendo a la gente contra dicho Príncipe y la patria a la tiranía, primeramente se despojó de la fidelidad prometida y urdiendo la tela de su vestidura se vistió con la mancha del perjurio… Después de esto, ¡oh maldad! arrebató el reino contra la voluntad de Dios, obligó a los pueblos a*

Para Julián de Toledo la legitimidad de Wamba estaba garantizada por los procedimientos seguidos para su elección. Para remarcar esta legitimidad hace hincapié en que, aunque no era ilegal ser elegido en el lugar en que había fallecido el rey, Wamba quiso volver a Toledo para recibir la aprobación de los nobles de la corte toledana y para recibir la unción y la coronación en la "*urbs regia*", obteniendo así el consentimiento de la corte y evitando cualquier sospecha de que hubiera usurpado el trono; por ello fue ungido y coronado por el arzobispo Quirico en la Iglesia pretoriana de los Santos Apóstoles Pedro y Pablo de Toledo el 19 de septiembre de 672, y no en la localidad de Getrerico, donde fue elegido rey dieciocho días antes.

Frente a Wamba, rey legítimo y canónicamente ungido, aparece la figura del tirano, que no va sólo contra el rey, sino también contra la unidad del reino, contra sus habitantes y contra Dios. La figura del que se alza contra el poder establecido, es el contrario del monarca; cuanto más legitimidad se da al rey, menos se da al tirano, por ello, Paulo es calificado de "*tyranus*", "*seditiosus*", "*coniurator*" y "*rebellis*"; ir contra el juramento que todo súbdito ha de realizar al nuevo rey es un crimen contra Dios y al romperse el juramento se provoca el castigo contra Dios[27]. Paulo es también calificado como un "*pestifer*", "*pestilens*", "*virulens*" y "*viperens*", es un rebelde que sólo ambiciona el poder.

Paulo también actúa de forma despótica, obligando al pueblo a que le jure fidelidad a él y que lucharán contra Wamba, e impone nuevos tributos a sus súbditos para llevar a cabo su traición. Por su parte Wamba, rey legítimo, es presentado como monarca que actúa con piedad, clemencia y misericordia católica, perdonando la vida de los traidores, gracia que sólo el rey ostentaba y que sólo él podía llevar a

*que jurasen en su favor en esta malvada elección, para que obrasen contra la fidelidad prometida y causaran la muerte o el destronamiento del Príncipe".*

[27] CASTILLO LOZANO. J. A., Op. Cit., p. 92

cabo con la anuencia de los obispos, como así se establece en la legislación dada por Chindasvinto, como recoge el *Liber Iudiciorun* II. 1. 8., y que Égica ratificó al introducirlo en el canon X del XVI Concilio de Toledo.

Contrariamente a la actuación de Paulo, cuando Ilderico, conde de Nimes, se sublevó contra Wamba, no se proclamó rey, aunque intentó emular el formalismo de la corte visigoda, para lo que necesitaba rodearse de autoridades eclesiásticas que le proporcionasen legitimidad eclesiástica a sus acciones, por lo que, como el obispo Aregius de Nimes no le siguió, tras ser depuesto se nombró como tal al abad Ranimiro, partidario suyo, aunque en dicha consagración no se siguiese el procedimiento canónico que exigía la presencia de tres obispos de la misma provincia eclesiástica, y tan sólo estuvieron presentes dos obispos francos[28].

*Reacción del Rey*

Tras sofocar, en tan sólo una semana, la rebelión de los vascones y obtener de ellos el compromiso de no ayudar a los rebeldes de la Galia, de entregar rehenes y de pagar unos tributos, Wamba se dirigió a sofocar la traición del duque Paulo.

En primer lugar, sometió las pocas ciudades de la Tarraconense que se habían puesto de lado de Paulo; en el relato de san Julián tan sólo se menciona la conquista de Barcelona y la entrega de Gerona, cuyo obispo Amator no había seguido a Paulo. En Barcelona se apresó a varios seguidores del traidor, destacando Euredo, que Díaz y Díaz

[28] Historia. 6. "en lugar del depuesto pontífice nombra obispo al socio de su perfidia, Ranimiro, en cuya elección no se sigue ningún orden, ni se espera ninguna decisión del Príncipe o del metropolitano. Sino que elevando por encima el pensamiento soberbio, Ranimiro es ordenado, contra las prescripciones de los mayores, solamente por dos obispos de la gente extraña."

asimila al "*comes et procer*" del mismo nombre que había participado entre los "*virii illustres officii palatini*" en el VIII concilio de Toledo[29], en el que precisamente también aparece Paulo como "*comes notariorum*"; llama la atención que no se menciona al obispo de esta ciudad, ni en el momento de la conquista ni en el séquito de Paulo.

La campaña del rey prosiguió victoriosa asegurando las vías de comunicación principales, en especial los pasos de los Pirineos. Nada más cruzar esta cordillera, Wamba recibió una carta de Paulo en la que éste se intitulaba "rey oriental" y llamaba a Wamba "rey del sur", y en la que le reta a un enfrentamiento personal. En la utilización de los términos de rey oriental y rey meridional, algunos autores aprecian un intento de reparto del reino, siguiendo las líneas establecidas entre Liuva I y su hermano Leovigildo, cuando el primero asoció al trono a éste y se repartieron el gobierno del reino, quedándose el Liuva con el de las provincias Narbonense y Tarraconense, y Leovigildo con el resto del reino[30]; en cuyo caso, esta rebelión no sería un desafío directo al poder de Wamba ya que no intentaría su deposición, sino tan sólo un reparto del reino. Por el contrario, Orlandis sostiene que aunque es posible que el motivo fuese inicialmente secesionista, la unión del duque de la Tarraconense "convirtió la revuelta en más ambiciosa, siendo la constitución de un "reino oriental" un primer paso hacia el objetivo de derrocar a Wamba y encumbrarse como rey de la monarquía goda"[31], por lo que sería un verdadero intento de deponer al rey.

Para la mayoría de autores, tanto los que consideran que Paulo sólo quería convertirse en rey de una parte del reino godo, como aquellos que sostienen que su verdadero objetivo era hacerse con el trono de todo el reino, la rebelión de Paulo hay que contextualizarla en una lucha de contrapoderes del estado godo, que aspiraban a tener más

[29] DÍAZ Y DÍAZ. P. R., OP. Cit., p. 112, nota 44
[30]COLLINS.R., Op. Cit., p. 71, y THOMPSON. E. A., Op. Cit., p. 263
[31] ORLANDIS. J., "Historia del reino visigodo español", p.119

autonomía; una lucha entre el poder central y poderes secundarios, surgidos desde finales del reino de Recaredo, por lo que estaríamos ante un conflicto entre una monarquía que aspiraba a ser absoluta y centralizadora y una nobleza que monopolizaba los cargos del Estado y que basaba su poder en una red de lazos de dependencia personal[32]. El fundamento de esta rebelión habría que buscarlo en la situación política del reino visigodo; con un poder real debilitado y una nobleza y episcopado demandantes cada vez más de poder, que al irse asentando, con el paso del tiempo, en diferentes territorios, provocaban ciertas fuerzas disgregadoras[33]; así Paulo encontró apoyo en parte de la nobleza y el clero de la Tarraconense y Narbonense, cosa que Ilderico no había encontrado, pues sólo le siguió un obispo y un abad, proclamado después obispo. La causa de esta rebelión no fue por cuestiones sociales, sino por querellas entre los mismos godos, en ningún momento se aprecian reivindicaciones de un grupo social a la autoridad goda ni por diferencia económica, ni por diferencias de origen. Como dice Thompson, el único deseo de Paulo era derrocar a Wamba y convertirse en rey[34].

Para otros autores[35] la rebelión de Paulo se produjo por razones propias de las relaciones entre godos e hispano-romanos y galo-romanos, ya que la pretendida unidad del reino hispano-godo, preconizada por san Isidoro, no existiría; para Esteban Rivas la jerarquía visigoda estaba superpuesta al poder de la iglesia y la nobleza

[32] CASTILLO LOZANO. J. A., Op. Cit., p.88

[33] VELÁZQUEZ SORIANO. I., "Wamba y Paulo: Dos personalidades enfrentadas y una rebelión" en *Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua*, t. II, 1989, pp. 213-222, p.216

[34] THOMPSON. E. A., Op. Cit., p. 263

[35] ESTEBAN RIVAS. A. R., Op. Cit. El autor señala la corriente doctrinal, contraria a la que denomina tradicional española, seguida por historiadores occitanos y catalanes, con un marcado carácter nacionalista occitano-catalán, para intentar remarcar un origen separatista de estas regiones del poder centralizador hispano desde tiempos de la monarquía goda.

local, de origen indígena; la influencia religiosa, social y económica de las clases dirigentes locales sería superior al poder godo local, que estaba limitado al control militar de unas guarniciones militares, cuya vinculación al sistema centralizado en Toledo era lejana y débil. Según este autor, sería precisamente en las regiones más romanizadas, entre las que se incluyen las provincias Tarraconense y Narbonense, donde estas tensiones sean mayores, y en las más lejanas a la corte de Toledo, donde más evidente sería esta pugna y donde estallarán los problemas. Así se sostiene que, como la historia de san Julián de Toledo no dice nada de un buen número de autoridades tanto civiles, como militares y eclesiásticas de las principales ciudades tarraconenses, todos, godos e hispano-romanos, se pasaron al bando del traidor Paulo, excepto el obispo Amator de Gerona que expresamente se dice que se mantuvo fiel a Wamba; o que con su proclamación como rey, todas las ciudades de la Septimania y de la Tarraconense se pasaron a su bando, pues el fundamento de dicha rebelión sería social, basada en el malestar de los hispano-romanos y galo-romanos con el poder godo[36].

Sin embargo, como señala Thompson, la rebelión encabezada por Paulo fue de godos contra godos, pues de los nombres de rebeldes que aparecen en el texto del prelado toledano, más de cuarenta son godos y sólo seis son hispano-romanos, y de un nivel político o eclesiástico muy inferior a los anteriores, a excepción del propio Paulo[37]. Todos los funcionarios regulares que aparecen mencionados en el texto son godos; todos los obispos de Narbona, Nimes, Adge, Elde y Maguelonne, que aparecen como seguidores de Paulo, son godos, sólo un obispo Jacinto, del que no se dice cuál es su sede, no sería godo, y el único religioso detenido en Barcelona, el diácono Hunulfo, también es un godo. De igual manera resulta extraño que no se mencione a un "*dux provinciae galliae*", ni a un obispo de Barcelona, o al arzobispo de Tarragona, sede episcopal, ni a ningún otro obispo de la zona occidental de la

[36]Ibdem, pp. 10-11
[37] THOMPSON. E. a., Op. Cit., pp. 267-8

Tarraconense, excepto al obispo Amator de Gerona, que precisamente se había mantenido fiel a Wamba y no había prestado su apoyo a Paulo; ni a los condes de ninguna de las ciudades de esta provincia, ni que Wamba tuviese que rendir ciudad alguna de la misma, a excepción de Barcelona, lo que sí habría recogido el cronista toledano, si se hubiesen sumado a la rebelión, como menciona con las ciudades que siguieron a Paulo en la Narbonense. Tampoco se menciona a obispos o condes de ciudades importantes de la Narbonense como Lodeve, Carcasona y Beziers, sedes todas ellas episcopales y en las que había un conde, o al conde de Agde, que en caso de haberse puesto del lado de Paulo, al haber sido derrotado éste, aparecerían mencionados en el texto de la *Iudicatio*, en el que se hace referencia de todos los funcionarios de cierta importancia que fueron apresados y condenados.

Al igual que el resto de casos de rebeliones y usurpaciones conocidas durante el reino visigodo, la rebelión de Paulo procedió de un grupo restringido de individuos que se movían habitualmente en el entorno del rey[38]. Paulo habría ejercido el cargo de conde de los notarios en los reinados de Chindasvinto y Recesvinto, firmando las actas de los concilios toledanos VIII y IX, y permanecía cercano a Wamba en los comienzos de su reinado; en la toma de Barcelona se apresó a un godo de nombre Euredo que, como hemos visto, podría ser el que con este nombre aparece como "*comes et procer*" en las actas del VIII Concilio de Toledo; y los primeros que se unieron a Paulo en su traición fueron el duque de la Tarraconense Ranosindo, integrante del Aula Regia por su cargo de duque provincial, y por lo tanto muy cercano al poder real, y el gardingo Ildigiso, miembro de la nobleza palatina de segundo grado cercana al rey y que se dedicaba a su servicio personal, que como señala la Historia de san Julián, seguía desempeñando la función de gardingo.

[38] DÍAZ MARTÍNEZ. P. C., "La dinámica del poder y la defensa del territorio: para una comprensión del fin del reino visigodo de Toledo" en *De Mahoma a Carlomagno. Los primeros tiempos (siglos VII-IX); XXXIX semana de Estudios Medievales. Estella 17-20 de julio de 2012*, pp. 167-205, p.184

La campaña militar de Wamba fue muy bien planificada, con una estrategia casi perfecta, dividiendo su ejército para dominar los pasos occidentales de los Pirineos y atacar los diferentes enclaves que controlaban los rebeldes; utilizó la poliorcética[39] de manera eficaz, para conseguir hacerse con plazas fuertes defendidas con murallas y baluartes; supo combinar el ataque terrestre con el marítimo, ya que armó una flota que desplazó a lo largo de la costa catalana y de la Galia, no sólo para atacar las ciudades costeras rebeldes desde ambos frentes, marítimo y terrestre, sino también para poder mantener un buen abastecimiento de las tropas desplazadas al norte de los Pirineos. En las sucesivas conquistas del ejército real se fueron capturando a los seguidores de Paulo, que defendían las ciudades y plazas que controlaban. En un espacio de tiempo muy breve, unos pocos meses, desde que se produjo la rebelión de Ilderico y la posterior traición de Paulo, Wamba consiguió la rendición de Nimes, último reducto de los rebeldes, en donde fue capturado Paulo. La rapidez de la campaña era crucial, ya que si hubiese transcurrido más tiempo y hubiese entrado el otoño y el invierno, las comunicaciones se habrían dificultado mucho, ya que los pasos pirenaicos habrían quedado cerrados por las nieves, y el mantenimiento de la campaña habría resultado imposible.

Los últimos rebeldes se hicieron fuertes en el anfiteatro de Nimes, aprovechando su estructura para fortificarla y resistir el ataque del ejército real[40]. Viendo la situación en que se encontraban, donde no tenían posibilidad de victoria y estando rodeados por el ejército real, empezaron a surgir las rencillas entre los diferentes integrantes del bando rebelde, romanos, godos y francos, llegándose a atacar los unos

[39] Arte de atacar plazas fuertes. En la Historia de san Julián de Toledo se describe la utilización de máquinas de asalto y de lanzamiento de proyectiles en la toma de los bastiones de Clausuras, y de las ciudades de Narbona y Nimes.

[40] Historia. 18. *"al no poder contener los ánimos fieros de los nuestros, se recluyen para guardarse en las Arenas, que está vallado por un muro en extremo resistente y por construcciones antiguas"*

a los otros por miedo a las traiciones internas, lo que supuso un mayor debilitamiento de estos[41]. Cuando al final se vieron totalmente rodeados y ante la seguridad de su derrota, para evitar acabar todos muertos, el arzobispo Argebado de Narbona se presentó ante el rey solicitando el perdón de las vidas de los rebeldes a cambio de entregarse sin más luchas, a lo que de forma clemente accedió Wamba, apresando a Paulo y a sus seguidores, que fueron hechos prisioneros hasta ser juzgados.

## 4.- El juicio de los traidores

Del juicio que se hizo a Paulo y a sus compañeros nos han llegado dos relatos, uno breve, en la "historia de Wamba" de Julián de Toledo, y otro más extenso, en el relato del "Juicio promulgado contra la perfidia de los usurpadores", coincidentes ambos en lo esencial y sin discrepancias, diferenciándose sólo en la exhaustividad y pormenorización del relato, en donde destaca el texto de la *Iudicatio*, ya que se centra en este pro ceso.

El juicio se llevó a cabo a los tres días de la victoria de Wamba, presentándose Paulo, junto con sus compañeros de traición, "cargados de hierros" ante quienes les tenían que juzgar. El tribunal fue presidido por el rey y en él participaron, a semejanza de las antiguas asambleas judiciales germánicas, "todos los señores de palacio, gardingos y oficiales de palacio, en presencia del ejército"[42].

[41] Historia 19. *"También surge una nueva sedición entre los sediciosos, y cuando por sospecha de traición, los mismos ciudadanos e indígenas huyeron a refugiarse hacia algunos de los suyos, valiéndose de la espada quitan la vida a aquéllos en quienes recaía la sospecha; de tal modo que el mismo Paulo, viendo que un íntimo suyo iba a ser degollado ante él por manos de sus compañeros, ni aún clamando con triste voz que aquél era su doméstico, pudo ayudar en algo al que así estaba para morir"*

[42] Juicio, 5.

Paulo es acusado de tres actos delictivos; en primer lugar, habiendo sido encargado de defender la Galia, de quienes se habían sublevado en esta provincia, no sólo no cumplió lo encomendado por el rey, sino que él mismo se convirtió en rebelde y arrastró a otros a la traición; en segundo lugar, se le acusa de haberse despojado del juramento de fidelidad que había prestado al ser elegido Wamba como rey; y por último, se le acusa de haber arrebatado el reino contra el designio divino, el rey ungido es un elegido de Dios, y Paulo obligó al pueblo a prestarle juramento de fidelidad y a comprometerse en procurar la muerte del rey.

Una vez en presencia del tribunal, el rey preguntó, primero a Paulo y al resto de sus compañeros, después, si en algo les había afrentado u ofendido para que le pagasen con una actuación tan vil como era el acto de tiranía por el que quería adueñarse de la dignidad del reino, ante lo que respondieron que nunca habían recibido afrenta personal del rey, todo lo contrario, siempre habían recibido la amistad y la benevolencia real. A continuación, les fueron presentados los formularios en los que se había prestado juramento de fidelidad, cuando el rey Wamba había sido elegido, y en donde habían estampado sus firmas, reconociendo éstas como suyas ante el tribunal. Por último, se leyeron en público los formularios por los que Paulo les obligó a prestarle fidelidad a él como nuevo rey, en vez de a Wamba, y en los que se comprometían a luchas contra éste.

Tras estas actuaciones, que podemos calificar de interrogatorios y de presentación de pruebas documentales, el tribunal leyó la sentencia canónica contra quienes infringían el juramento de fidelidad prestado al rey, que se recoge en el canon 75 del IV Concilio de Toledo, por la que se castigaba con la excomunión a quienes infringían dicho juramento, y a continuación la sentencia civil, recogida en la ley de Chindasvinto del *Liber Iudiciorum* I. 1. 6., por la que, quienes se levantasen contra el rey debían ser castigado con la pena de una muerte ignominiosa; y en caso de que le fuese concedida la gracia real, debía sufrir la pena de ser

cegado, así como la pérdida de todos sus bienes y dignidades, que pasarían a disposición del rey[43].

Como se había comprometido Wamba con el arzobispo Argebado, los traidores no fueron condenados a la pena de muerte, pero tampoco se les aplicó la pena de extraerles los ojos, ya que la única pena corporal que se les impuso fue la infamante decalvación[44], y aunque los relatos de los hechos no nos dicen nada, es casi seguro que sufrieran la pena de exilio, entendido éste como enclaustración o confinamiento[45], como era habitual desde principios del siglo VII[46]. No obstante hay autores que señalan que Paulo sufrió la amputación de la mano de

[43] El texto del Juicio así lo señala también: Juicio 7. *"que el mismo pérfido Paulo con los ya referidos socios pereciesen condenados a muerte cruelísima… Pero, si por ventura, les fuese condonada la vida por el Príncipe, se les reserve para que vivan no de otro modo que arrancados los ojos ... Decretamos, sin embargo, que debían quedar a disposición del glorioso Señor nuestro todas las cosas del mismo Paulo y de sus aliados"*.

[44] Historia 27. *"Pero no recayó sobre ellos ninguna sentencia de muerte; sufriendo sólo, como es preceptivo, el castigo de la decalvación".*

[45] La pena de exilio o destierro, durante el reino visigodo, se concibió no como extrañamiento, esto es el alejamiento del culpable del lugar en donde había cometido el delito, sino como reclusión, derivando a su vez en reclusión canónica.

La evolución del exilio, como pena, en el reino godo, tanto desde el campo semántico, en donde se aprecia un cambio del concepto clásico de extrañamiento al de confinamiento, como desde el campo penal, en el que se aprecia un cambio de consideración hacia la pena canónica de confinamiento como penitencia, ha sido estudiada por PREGO DE LIS. A., "La pena de exilio en la legislación hispano-goda" en *Espacio y tiempo en la percepción de la antigüedad Tardía" Antigüedad Cristiana* (Murcia) XXIII, 2006, pp. 515-529.

[46] En las rebeliones sufridas por Recaredo, vemos como en la llevada a cabo por el obispo arriano Sunna y el magnate Segga de Mérida, este último es confinado en Galicia, y en la protagonizada por el obispo Oldida, también fue condenado al destierro.

recha[47], y otros dicen que le fue arrancado el cuero cabelludo[48], lo que no aparece en ninguno de los textos que relatan estos hechos.

## 5.- Triunfo y humillación

Una vez finalizado el proceso judicial con la imposición de las penas, Paulo y sus partidarios sufrieron una humillación ritual, al obligárseles a participar en el desfile triunfal del rey Wamba en Toledo. Con la cabeza afeitada y las barbas ralas, los pies descalzos, vestidos con túnicas y sayones sucios, fueron montados en carros tirados por camellos; Paulo, como cabeza de la traición, encabezaba el cortejo, y por la ignominia realizada, al haberse hecho coronar como rey, fue coronado con una cinta de cuero negro. Este cortejo desfiló por las calles de Toledo sufriendo el escarnio y oprobio del pueblo, viendo cómo, al que habían querido deponer se paseaba triunfalmente delante de ellos. No era un desfile triunfal más tras una campaña victoriosa, pues el traidor era obligado a "disfrutar" del triunfo de su rival.

A Paulo se le impuso, como señala Castillo Lozano, una pena siguiendo el modelo pecado-penitencia[49]; por ello se le puso una corona infamante, por haberse hecho coronar con una corona de donación real al templo de un santo, la donada por Recesvinto a la iglesia del Benerable Félix de Gerona; se le cortó la barba y se le afeitó la cabeza, teniendo en cuenta que el pelo largo era símbolo de poder en el mundo germánico, y por lo tanto en el godo. Todas estas formalidades, como llama Orlandis[50], persiguen el escarnio del condenado; pero no era algo extraño al mundo visigodo, pues ya se había hecho en tiempos de Recaredo con el duque Argimundo de Septimania, quien tras ser decalvado y sufrir la amputación de la mano derecha, cumpliendo así lo

[47] CASTILLO LOZANO. J. A., Op. Cit., p. 90
[48] COLLINS.R., Op. Cit., p. 70
[49] CASTILLO LOZANO. J. A., Op. Cit., p. 97
[50] ORLANDIS. J., "En torno a la noción visigoda de traición", p. 29

establecido en la legislación posterior del *Liber Iudiciorum* II. 1. 6., "sirvió de escarnio a todos en la ciudad de Toledo paseado a lomos de un asno con burlona solemnidad[51]", aunque para Orlandis[52], en el caso de Paulo el escarnio sería mayor, ya que también se le afeitó la barba, llevaba los pies descalzos, y además se le puso una corona grotesca sobre la cabeza. Esta consideración de tener que imponer una sanción de carácter público a quienes cometen un delito de consecuencias sociales, se aprecia en los escritores del reino visigodo, como dice la Historia de san Julián de Toledo "el paseo en carro a la vista de todos simbolizaba las elevadas e inaccesibles cotas de su error y que quienes habían aspirado, por la doblez de su mente a cosas situadas más allá del límite humano, lavarán la injuria de su encandilamiento yendo más alto"[53], y en este mismo sentido se manifiesta el cronista biclarense al decir sobre la pena impuesta al duque Argimundo, "mostrando [así] que los siervos no deben ser arrogantes con sus señores"[54].

Pocos años después todos los condenados fueron perdonados por Ervigio, quien en el XIII concilio de Toledo de 683 decretó que todos los condenados por la rebelión contra Wamba de 673, y sus descendientes, fueran perdonados, restituidos en sus cargos y se les devolviesen los bienes confiscados y que aun permaneciesen en poder de la corona. Hay autores, como Esteban Rivas, que llegan a decir que en esta amnistía resulto beneficiado el propio Paulo, añadiendo que incluso puede ser el mismo Paulo que aparece firmando las actas del XVI Concilio de Toledo de 693[55]; a nuestro entender no es muy

[51]Crónica de Juan de Biclaro, Año séptimo de Mauricio y tercero del rey Recaredo [¿589?]. 3., *Crónica de Juan Abad del monasterio Biclarense",* traducción de Irene A. Arias, de la edición de los *Monumenta Germania Historica, Auctores Antiquissimmi XI*, 13, pp 211 y ss., en Cuadernos de Historia de España, X, 1948, Buenos Aires, pp. 130-141.
[52]ORLANDIS. J., Op. Cit, p. 30
[53] Historia del Rey Wamba. 30.
[54] Crónica de Juan de Biclaro. Ibdem.
[55] ESTEBAN RIVAS. A. R., Op. Cit., p. 30, nota 22

probable que dicho perdón llegase a éste, pues en el año 683 sería bastante difícil que siguiese vivo, teniendo en cuenta que en 653, treinta años antes, estaría ocupando el puesto de conde de los notarios en el VIII Concilio de Toledo, debiendo ser en esta época un hombre de cierta edad para ocupar un puesto de tal importancia en la corte de Chindasvinto, y tras haber pasado diez años en prisión. Lo realmente importante de esta medida de gracia de Ervigio estriba en un intento de este rey por congraciarse con la nobleza gala que apoyó la rebelión de Ilderico y más tarde la traición de Paulo, ya que la gran mayoría de las familias nobles de esta provincia se encontraban en una situación muy delicada, ya que no sólo habían perdido los cargos y los bienes, sino que también habían visto restringidos sus derechos a participar en la vida pública, como era la inhabilitación para prestar testimonio en juicio.

# EL MEDIANEDO. RESOLUCIÓN DE LOS PLEITOS INTERMUNICIPALES (SS. XI-XII)

**Gonzalo Oliva Manso**
**Doctor en Geografía e Historia y Derecho**

Durante la Alta y Plena Edad Media la inexistencia de un aparato burocrático, fuera administrativo o judicial, suficientemente dotado y organizado dejaba amplias lagunas en el gobierno de las entidades políticas por entonces constituidas. En el caso concreto de la administración de justicia existía un enorme vacío que rellenar entre el tribunal de la corte del rey y los órganos correspondientes en el ámbito local. La situación era el misma fuera en León o en Castilla, a uno u otro lado del Duero. Los núcleos poblacionales que conformaban los alfoces, las comunidades de villa y tierra o cualquier otra institución equivalente se remitían a sus propias autoridades, fueran nombradas por el rey o por ellos mismos, y las pequeñas diferencias que pudieran existir en sus ordenamientos eran solventadas sin mayores problemas. El problema surgía al salir de sus términos pues cada concejo representaba en lo jurídico una esfera prácticamente aislada de las demás y en esta situación se hacía preciso articular un procedimiento para resolver los pleitos en los que se veían inmersas gentes de diferentes localidades.

No quedaba otra opción que traspasar soluciones aplicadas en la vida local a un ámbito superior y eso implicaba la coordinación entre los oficiales e instituciones de las localidades involucradas. Amparados

por unas normas mínimas y limitados por la existencia de privilegios personales y territoriales muchas veces contrapuestos las autoridades de ambas localidades debían reunirse, arbitrar entre las partes y tratar de conseguir un arreglo justo. Todo en aras de evitar que un problema entre dos particulares terminara por transformarse en un conflicto abierto entre dos villas.

Un número importante de fueros hacen alusión a una institución conocida como medianedo que sería la encargada de actuar en estos casos siguiendo unas pautas muy cercanas en todos los textos. Su presencia documental desde finales del siglo XI evidencia una evolución constante, no tanto en el aspecto procedimental como en el organizativo con un creciente interés del rey en limitarlo, regularlo y sustituirlo más adelante cuando empezó a disponer de medios y personal apropiado. Ya desde los primeros fueros condales empieza a hacerse notar la presencia de esta institución, para nada novedosa como indica la breve coletilla con que se finaliza el precepto correspondiente del fuero latino de Sepúlveda: «*in Ribiella Consegera habeant medianedo, sicut ante fuit*» (# 2)[1]. Con esta expresión lo que antes era una institución semipública, evolución de unas reuniones de origen prerrománico o visigodo, inserta en un espacio como el extremadurano aún sin organizar pasa a ser sancionada por la autoridad adquiriendo un carácter totalmente público. A lo largo del siglo XII las normas donde se tratan asuntos como la presentación del litigio, el procedimiento de toma de prendas y la celebración de la vista pública son recurrentes en muchos de los fueros conservados fechables en la primera mitad del siglo XII para luego irse espaciando y prácticamente desaparecer durante el siglo siguiente. El antecedente inmediato de esta institución estaría en el sistema jurídico visigodo donde existieron dos instituciones de las que apenas nos quedan unos breves trazos. El *conventus publicus vicinorum*[2] inserto en

[1] GAMBRA GUTIERREZ, A., *Alfonso VI. Cancillería, Curia e Imperio. II Colección diplomática*, León, 1997, doc. 40.

[2] *LIBER IUDICIORUM* (# 8,5,6): «*Caballos vel animalia errantia liceat occupare, ita ut qui invenerit denuntiet, aut episcopo, aut comiti, aut iudici, aut*

un ámbito puramente local como evidencia su nombre se completaba con el *conventus rusticorum*[3] celebrado en las encrucijadas de los caminos lo que parece indicar una actuación supralocal remitiéndonos así al medianedo medieval.

Pero el medianedo también hace referencia al espacio habilitado para la celebración del acto jurídico del mismo nombre y así lo encontramos en el remoto mundo céltico[4]. Para Almagro Gorbea incluso el mismo término que define la institución vendría de esa época. *Medionemeton* es un topónimo ampliamente distribuido por todo el ámbito español y europeo de esta cultura y donde *nemeton* hace referencia al lugar sagrado donde se manifestaba la divinidad por lo que cualquier acto jurídico realizado en él acababa doblemente sancionado por la autoridad pública y la religiosa. Este aspecto geográfico del medianedo en su vertiente medieval fue estudiado de pasada por Meyer que lo asociaba a un ámbito territorial concreto en tanto que reunión de los habitantes de un distrito para administrar justicia[5], mientras Gorría que se acercó al tema de forma más detenida desechaba esta idea de distrito que presuponía una organización territorial donde no existía y reconocía el particularismo de cada localidad refrendado en su derecho y lo definía como: «El lugar establecido por el fuero de una población,

*senioribus loci aut etiam in conventu publico vicinorum. Quod si non denuntiaverit, furis damnum habebit. Similis et de aliis rebus orto manebit*» (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero Juzgo en latín y castellano: cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madrid, 1815).

[3] *Etimologías* XV,2,15: «*Conpita sunt ubi usus est conventus fieri rusticorum; et dicta conpita quod loca multa in agris eodem conpetant; et quo convenitur a rusticis*» (SAN ISIDORO, *Etimologías*, Madrid, 2004).

[4] ALMAGRO GORBEA, M., "La Etnología como fuente de estudios de la Hispania Celta", en *Pasado y presente de los estudios celtas*, La Coruña, 2007, pp. 39-40.

[5] MEYER, E., *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal, del siglo V al XIV*, Pamplona, 2006, vol. 2, p. 152.

donde debían ventilarse los juicios entre los moradores de ella y los habitantes de las villas próximas»[6].

La lógica y la costumbre establecían que la reunión de los litigantes y las autoridades correspondientes debía celebrarse en un terreno neutral, en la medida de lo posible lo más equidistante de sus lugares de procedencia. De hecho, la etimología del término así lo indica encontrándose en otros contextos jurídicos el término «medianedo» con otros significados, pero arrastrando su origen. Muy clarificador es el contenido de una carta de 1232 por la que las órdenes de Calatrava y San Juan ponen fin a unas disputas que tenían sobre los términos de sus posesiones en La Mancha: «*E ellos partieron los terminos por mandado de amas las ordenes, e partieron de las lavores de Azuqueca fasta las lavores de Guadalferza por medio, e en el medianedo fizieron mojón... E partieron de las lavores del corral, que dizen de Guadalferza, fasta las lavores de Urda la Mata por medio; e en ese medianero fizieron mojon*»[7]. En las normas forales que tratan el tema de la fuga de mujeres con sus amantes el trámite a seguir es colocar a la mujer entre su familia y el hombre. Entonces ella, situada en este «medianedo»[8] dará fin al conflicto, pues al desplazarse hacia su familia

[6] GORRÍA, E., "El medianedo en León y Castilla", en *Cuadernos de Historia de España*, nº 12 1949, p. 123.

[7] AYALA MARTÍNEZ, C. DE, (ed.), *Libro de Privilegios de la Orden de San Juan de Jerusalén en Castilla y León (siglos XII-XIV): Ms. H211 del Museum and Library of the Order of St. John, de Londres*, Madrid, 1995, doc. 261.

[8] Valgan dos ejemplos uno aragonés y otro castellano. CALATAYUD (# 8): «*... paret illam in medianeto ante suos parentes et vicinos de Calataiub*»; SEPÚLVEDA extenso (# 35): «*Et después adúganla de cabo a medianedo, τ si se fuere de cabo a los parientes,... τ si ella fuere al forçador,...*»: «*... mulier illa in medio loco constituatur*». Las ediciones de estos textos en RAMOS LOSCERTALES, J., "Textos para el estudio del derecho aragonés en la Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 1, 1924, doc. 3 y *Fueros de Sepúlveda (Los). Edición crítica y apéndice documental por* E. SÁEZ. *Estudio histórico jurídico por* R. GIBERT. *Estudio lingüístico y vocabulario por* M. ALVAR. *Los términos antiguos de Sepúlveda* por A.

estaría declarando el uso de la fuerza y, por tanto, la existencia de un rapto; en cambio si se dirige hacia el hombre, afirmaría su consentimiento en los hechos, calificándose al hecho como una simple fuga de enamorados.

***

El procedimiento establecido para estos pleitos intermunicipales es de una extremada simplicidad –en este sentido parece una versión abreviada del procedimiento que se seguía en esos mismos fueros para los litigios entre vecinos[9]– y puede reconstruirse con bastante aproximación en base a los textos conservados. Algunos, los menos, nos van a dar una visión muy sintética de los pasos a seguir y nos van a servir como armazón sobre el que situar las aportaciones de la mayoría de los fueros que apenas señalan alguna peculiaridad local que una vez comparada con otras semejantes procedentes de otras poblaciones y situada en su contexto nos permite ir completando los diversos trámites del procedimiento[10]. Este procedimiento en su versión más esquemática consistía en dos fases, comenzando con la presentación del caso y la entrega de garantías por parte del demandado y se continuaba con la celebración del medianedo con asistencia de las partes acompañadas de representantes de su concejo.

GONZÁLEZ. Con *prólogo* del Excmo. Sr. don P. MARÍN, Segovia, 1953. Vid. también Daroca (# 27) y Alcalá de Henares (# 15).

[9] LÓPZ ORTIZ, J., "El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la Recepción romano-canónica", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 14, 1943, pp. 184-226.

[10] De hecho, hay fueros en los que la existencia de un precepto dedicado a los pleitos intermunicipales solo sirve para presentar un privilegio: el derecho del demandante a prendar unilateralmente a su oponente cuando le han negado fiador o rechazado la presentación del litigio; o el de proveerse la alimentación a costa del demandado. El resto de detalles del procedimiento aparecen en tanto que sean necesarios exponerlos para una mejor explicación de estos derechos.

Esta primera fase del procedimiento aparece dividida a su vez en tres pasos:

1.- Declaración pública de la conducta reclamada ante el concejo donde residiera el demandado.

2.- Personación de este al requerimiento efectuado por sus autoridades y presentación de un fiador que le avale por las cantidades reclamadas y las posibles multas a que se hiciera acreedor.

3.- Ante la imposibilidad de ofrecer este fiador o en caso de rebeldía y negativa a hacerlo se faculta al demandante forastero a que tome prendas en los bienes de su rival.

Esta es la secuencia que encontramos en Palenzuela y en San Juan de Cella y que es válida para cualquier persona propia o ajena a la villa que actúa como demandante con independencia de su condición personal. Esos mismos trámites aparecen recogidos en el fuero de Peralta pero aplicados en la situación inversa, cuando es el vecino de una de estas villas quien tiene un agravio en otro lugar[11].

[11] Diversos fueros que reconocen la existencia del medianedo afirman su existencia para todos los pleitos con independencia de la posición de demandante o demandado del vecino en el litigio. Es el caso de Sepúlveda (# 2) –«*et quales homines pecierint contra illos iudicium, aut illos ad alios*»–, *Asín*–«*ad vestram portam dare directum et accipite*»– y Ocaña (# 8) –«*demus directum et accipiamus*»–, en este texto se separan ambas cuestiones. Las ediciones de estos dos últimos fueros en LEDESMA RUBIO, M.ª L., *Cartas de población del reino de Aragón en los siglos medievales*, Zaragoza, 1991, doc. 55 y MARTÍN RODRÍGUEZ, J. L., *Orígenes de la orden militar de Santiago (1170-1195)*, Barcelona, 1974, doc. 26, respectivamente.

Palenzuela (# 25): «*Si senior de Palenciola aut aliquis infan[zon] de foris villa, aut merinus uille, aut uicinus, habuerit ranquram de aliquo uicino, ueniat ad suum concilium et det fiador ille de quo habuerint querimoniam, ut compleat quanto suum forum mandauerit; et si noluerit colligere suum directum uel fiador de directo, tomet suum ganado ubicumque inuenerit eum sine calumpnia*»[12].

Peralta (# 35): «*Et homine de Petralta, si abuerit iudicium cum homine de alia terra et fuerit ad suo concilio et demandauerit fidiator qui det ei ad sua porta in Petralta et non quesierit dare, faciat pignora de alia villa*…»[13].

La obligatoriedad del demandante de recabar la previa autorización de las autoridades es del todo punto lógica al objeto de dar conocimiento público de la existencia de una disputa. Si en un litigio entre miembros de una misma comunidad los textos incluyen con carácter general esta presentación oficial con más razón se hace necesaria en estos casos en los cuales el forastero no conoce suficientemente a los vecinos, sus propiedades o el modo de actuación de sus autoridades. La entrada de un desconocido en una propiedad

[12] GAMBRA GUTIERREZ, A., *Alfonso VI…*, doc. 24.

[13] FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, L. J., "Colección de 'fueros menores' de Navarra y otros privilegios locales (I)", en *Príncipe de Viana*, nº 165, 1982, doc. 18.

ajena y la toma inmediata de unos bienes puede no interpretarse por su propietario como parte de un procedimiento judicial y sí como una agresión, un robo manifiesto que pone en funcionamiento el principio de solidaridad local. Un problema privado acaba convertido en un conflicto público de imprevisibles consecuencias en una sociedad donde la violencia es recurso habitual para solventar cualquier discrepancia.

La renuencia de las autoridades locales a la hora de dar entrada a estas demandas implica su propia responsabilidad como en Monzón de Campos donde se les da un plazo de tres días para cumplir con su obligación con una multa de un maravedí por cada uno de ellos que se demoren[14]. Este mismo plazo aunque sin hacer alusión a posibles multas aparece citado también en el fuero de Córdoba de 1241 (# 57.2) –«*Et querelosus de foris de uilla habeat directum usque ad tertium diem et non prolongent ei magis directum alcaldes*»[15]–.

Una vez conocida por las autoridades la existencia de un agravio queda poner el asunto en conocimiento del demandado. Solo el fuero de Avilés (# 16) dedica un espacio al tema de la contestación. No existe citación, el merino acompañado del forastero se dirigen a su encuentro y le formulan la acusación –«*vaia lo maiorino al vezino cum lo rancuroso de fora, et diga lo maiorino al vezino: 'Tú, fulá, da directo a est omne quis ranculó de ti'*»–. Aceptada la demanda el siguiente paso sería la presentación de fiadores. Aunque en varios fueros –Sepúlveda, Calatayud, Guadalajara, Yanguas, Peralta, Belinchón, Uclés, Zorita– no

[14] MONZÓN DE CAMPOS (# 6): «*Qui querela ouiere de otra uila no pendre de campo, maes uaia a la uila a los adelantados e diga su querela; e faganle auer derecho. Si los adelantados no ficieren auer derecho, faga pesquisa sobre elos, fasta III dias peche cada dia un morabitino. Uenga al quarto dia sin armas e pendre por III morabitinos e por su querela*» (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J., *Palencia (Panorámica foral de la provincia)*, Palencia, 1981, doc. 35).

[15] MELLADO RODRÍGUEZ, J., "El fuero de Córdoba: edición crítica y traducción", en *Arbor*, nº 654, 2000, pp. 191-231.

se hace referencia a su presencia, la creemos necesaria en todo caso. Su omisión sería entonces una decisión particular del redactor del documento, un reflejo del laconismo con que se nos han transmitido los usos y costumbres de cada lugar y donde multitud de detalles no se consideraron necesarios ponerlos por escrito por su general conocimiento y aplicación.

Sobre la procedencia de estos fiadores se extienden algunos textos como Marañón donde no se cita al fiador en el caso de las demandas efectuadas por el vecino contra el forastero (# 3) y sí a la inversa (# 4), como también ocurre en Medinaceli (## 19, 23)[16]. En Yanguas (# 55) se admite que al menos uno de ellos sea foráneo –«*et homines de Anguas non dent fidancias nisi unum de Anguas et alterum de aliis terris*»[17]– mientras que en Caparroso (# 5) estos personajes solo deben extraerse entre sus propios vecinos –«*det fidançia de suo conçeilo*»[18]– y de igual manera en Medina de Pomar (# 48) –«*populator villae non teneatur ei fideiussores dare exinde de terra de Medina*»[19]–. Este requisito supone en el fondo una ventaja pues es más fácil que sea un familiar o un conocido el que le avale que una persona de otra localidad con vínculos mucho más laxos. Si a esto se le une como en Melgar de Suso (# 15) la obligatoriedad del forastero a aceptar los fiadores que se le presenten –«*Nullo ome que a estas villas vinier*

[16] MEDINACELI (# 19): «Et homines de Carocastellis qui demandauerint directum in alias terras et illis non fezerint directo et super istut pignorauerit in assadura, saccet .XXX.ª. solidos»; MEDINACELI (# 23): «Homines de alteras terras qui iudiçio demandauerint ad homines de Carocastelis, det illis fidiatore vt non ueniat nullus homo in propria voze et sic faciat illis directo » (FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, L. J., "Colección de 'fueros menores'…", doc. 15).

[17] DELGADO MARTÍNEZ, M.ª C., *Apuntes sobre la vida rural de la villa y tierra de Yanguas (Soria), siglos XII-XVI*, Almazán, 1981, doc. 2.

[18] FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, L. J., "Colección de 'fueros menores'…", doc. 5.

[19] MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Madrid, 1982, doc. 24.

*prender et si fiadores le dieren a su fuero derechos e non los quisiere coger e la prenda le tovieren, non haya ninguna caloña*»[20]– se redondea un completo sistema de defensa en torno del vecino pues su rechazo implica de manera automática la inimputabilidad por las lesiones que se le causen si persiste en su intento de tomar prendas por sí mismo. El fuero de Caparroso (# 5) no llega a tanto y se limita a imponer una multa, importante eso sí, de sesenta sueldos para estos casos.

Este fiador puede ser también aportado en un momento posterior del procedimiento y antes de la celebración del medianedo con el objetivo de recuperar las prendas tomadas por el demandante. Algún fuero se limita a señalar esta posibilidad –Miranda de Ebro (## 42, 43, 44)–, otros nos dan algún detalle concreto de la localidad. En algunos casos se recalca el hecho, por negativo, de que una vez tomadas los bienes el trámite de recuperarlas ya no tienen lugar en su villa si no que tiene que desplazarse a la del prendador y dar allí el fiador[21]. Avilés en cambio, parecen retrotraerse a un momento anterior cuando el demandante parte con los bienes tomados y el propietario arrepentido

[20] Ibíd., doc. 50.

[21] SORIA (# 6): «…et leuet illa pignora [ad] Casseda. Et prendat de illa .XXX. solidos in assatura, et mittat suo seniore in [Casse]da fidiator super suos pignos. Et ueniat ad medianeto ad illa porta de Casseda illo [homo] que demandavit»; MARAÑÓN (# 4): «…leuet iste homo de Maraione uno de suos uicinos et pare illum fidiator quantum iudicauerit in suo medianeto»; ALCALÁ DE LA SELVA (# 5): «…, pignoret illum et accipiat de illa pignora LXª solidos in assadura. Et illo seynore de iamdicta pignora donet fideiussores propter sua pignora vicino de Alchala intus in villa qui dicitur Alchala». Las ediciones de estos fueros en FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, L. J., "Colección de 'fueros menores'…", docs. 16 y 17 y PÉREZ GARCÍA-OLIVER, L., *El dance de Alcalá de la Selva (Teruel)*. Zaragoza, 1988, doc. 1, respectivamente. En este último seguimos la numeración propuesta por OLIVA MANSO, G., "Reconstrucción de un fuero de frontera: Daroca", en *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, nº 7, 2016, pp. 79-157.

llama a sus autoridades y solicita su intermediación para recuperarlas antes de que lleguen a la localidad de su rival[22].

Puede darse el caso de que el prendador considere que al estar en posesión de los bienes no tiene porqué devolverlos y se niegue a recibir el fiador. Sería esta una mala decisión pues fueros como el de Lara dan plena libertad para recuperar los bienes tomados como se considere conveniente, incluido el uso de la fuerza si fuera preciso quedando impunes, sin caloña, por esos hechos[23]. Más claro aún es Astudillo (# 22) pues desarrolla lo anterior –«*per forza*»– entroncando de forma muy directa con lo que veremos más adelante en las fazañas de Castrojeriz: «*aplicent se cum suo podere et uadant post illum ganatum et disrumpant et crebantent uillas et palatios de reges et comites et potestates et infanzones et fachent inde sua peindra. Et si istum fecerint homines de Astutello afirmaran suo foro*»[24].

[22] AVILÉS (# 16): «*Et si prindar lo rancuroso, pois venga lo maiorino cum lo pindrado e diga: 'Tú, fulano, saca la de to vezino et dai el plazo cum lo prindrador seu vizino'. El prindado saque sua prindra enfiada daquel que peindró si quer efiada; si non, com él podel,…*» (SANZ FUENTES, M.ª J., ÁLVAREZ CASTRILLÓN, J. A. y CALLEJA PUERTA, M., *Colección diplomática del concejo de Avilés en la Edad Media (1155-1498)*, Avilés, 2011, doc. 1).
Hay que destacar en la redacción de este capítulo un pequeño detalle –«Tú, fulano, saca la de to vezino», el enfatizado es nuestro– que corrobora lo manifestado párrafos atrás en la estrecha relación entre el desarrollo de estos pleitos y los locales.
[23] LARA (# 33): «*Si aliquis pendra leuauerit de Lara et fuerint post eum homines de Lara, et dederint fidiatores de suo conceio et noluerint illos colligere, et potuerint suo ganado trahere per aliqua guisa, aut per forza, non habeat calumnia*» (MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Fueros locales…*, doc. 13).
[24] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J., *Palencia*…, doc. 14.

Sahagún y las localidades que siguen su derecho presentan el caso particular de fianzas presentadas por ambas partes. Es el caso concreto de la reclamación por la propiedad de una casa[25]. El forastero debe entonces presentar fiador al abad por cincuenta sueldos y al propietario por el doble del valor de la vivienda objeto del litigio. Cantidades que perderá quien vea su derecho rechazado. Se intenta evitar así la presentación de reclamaciones falsas, cuando no temerarias, imponiéndose una doble pena al demandante, una por su falta de respeto a la justicia y al otra en concepto de reparación por la injuria cometida sobre el demandante al acusarle falsamente.

No habiendo fiador la toma de prendas se convierte indefectiblemente en el siguiente acto jurídico. La continua presencia de normas dedicadas a regularizar este trámite en los fueros es el vivo reflejo de la impotencia de la administración para suprimirlo por lo que se intenta reconducirlo de la mejor manera posible[26]. La toma de bienes

[25] SAHAGÚN (1152, 26): «*Si aliquis deforaneus domum quesierit ad habitatore Sancti Facundi, det Abbati fidiatorem in quinquaginta solidos, et domino domus in duplo de tali casa, et dominus domus det fidiatorem Abbati in sexaginta solidos; et si ille qui querit victus fuerit, det Abbati sexaginta solidos et domino domus aliam talem casam in simili loco in ipsa villa*». (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J., *Los fueros del reino de León. II: Documentos*, León, 1981, doc. 19).
Las versiones de este precepto contenidas en otros fueros de la familia como Oviedo, Avilés, Allariz, Bonoburgo de Caldelas… cambian los importes de ambas fianzas según criterios particulares además de presentar algunas omisiones significativas.

[26] Siguen siendo plenamente válidas las afirmaciones hechas en su momento por Orlandis: «La prenda es, a mi juicio, una institución más propia de un estadio cultural que de una determinada familia de derechos. Es muy explicable que aparezca siempre que se den aquellas condiciones de falta de una autoridad pública con fuerza suficiente, a que me he referido antes» (ORLANDIS ROVIRA, J., "La prenda como procedimiento coactivo en nuestro derecho medieval (Notas para un estudio)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 14, 1943, p. 85).

ajenos está concebida como un medio de presión para lograr la participación del vecino en la resolución del litigio y solo secundariamente como un medio de obtener una reparación patrimonial. Por ello el importe de los bienes prendados no puede superar lo reclamado más las posibles multas como se dice claramente en Monzón de Campos (# 6) –«*pendre por III morabitinos e por su querela*»– y si se le acusa posteriormente que se ha excedido en esta cuestión basta que jure como en Numão «*quod plus non aduxerit nisi quantum dederit*» para ser creído[27].

En algún caso la prenda se produce se forma inmediata como en Guadalajara cuyo fuero breve (# 4c) dictamina que si el vecino se niega a dar derecho ante el juez el forastero puede proceder a la misma puerta del tribunal y apoderarse de los bienes que lleve consigo el vecino –«*tome so bordón et prendel por si mismo en aquella puerta*»[28]–. Parece tratarse de una singularidad de la villa pues en el resto de los fueros los bienes apropiados consisten en ganado[29] y no cualquier tipo de ganado

[27] NUMÃO (# 43): «*Totus caballarius et peon de Nomam qui pignora adduxerit de alia terra et super plus dixerit quam adduxerit iuret siue altero quod plus non aduxerit nisi quantum dederit et parciat se de illa*» (OLIVA MANSO, G., "La expansión del derecho de Extremadura por Portugal en el reinado de Alfonso VI", en *Alfonso VI. Imperator totius orbis Hispanie*, Madrid, 2010, pp. 120-124).

[28] MARTÍN PRIETO, P., "El derecho castellano medieval en sus textos: los Fueros de Guadalajara", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 78-79, 2008-2009, doc. 1.

[29] PALENZUELA (# 25): «*…et si noluerit colligere suum directum uel fiador de directo, tomet suum ganado ubicumque inuenerit eum sine calumpnia*»; MARAÑÓN (# 4): «*…leuauerit pignos de uilla que exit in die et intrat de nocte*»; BELINCHÓN (# 8): «*Et homines de Belinchon non pignorent illas extra suos terminos ni ganado qui de uilla exierit et in ipsa die ad uillam tornauerit*»; UCLES latino (# 6): «*Et homines d'Uclés non pignorent illis extra suos terminos, nisi ganado de villa qui exierit in ipso die et ad villa et reverterit*»; ZORITA (# 6): «*Ningun ombre no prende a los omes de Zorita, sino en el término de Zorita. Qui prendare hombres de Zorita non pendre otros ganados*

sino uno en particular. Los textos hablan de que es un ganado que sale todas las mañanas de la villa a pastorear en las cercanías y regresa para su estabulación nocturna. Si la prenda se efectuara sobre animales que pastorean en libertad en las dehesas sitas en los *extremos* de la localidad el hecho puede detectarse tras el paso de un período de tiempo lo que necesariamente afectaría a los plazos del procedimiento pues no se produciría una constancia inmediata del hecho. El ganado estabulado en la población también se deja de lado pues supone la entrada en unos inmuebles ajenos situados en el interior de la propia localidad. Hecho fácilmente interpretable como una grave ofensa como la consiguiente respuesta violenta.

El plazo para la toma de prendas se prolonga en Caparroso (# 25) durante un año, transcurrido el mismo y no habiéndose realizada la misma se considera que el demandante desistía de su derecho y el litigio quedaba finalizado –«*Homine de Caparroso, si intraret fidança de iudiçio ad homine de alio loco aut a suo ueçino et non pignorarat usque [ad] vno [anno unde] prendat directum, de anno a suso non respondeat*»–.

En Aragón estas prendas no pueden ser sacadas de la villa y solo permanecen en manos del tomador forastero durante el corto período de tres días. Transcurridos este lapso de tiempo las prendas son entregadas a un depositario de la villa[30]. Una complicación tras otra para el

*sino aquellos en que aquel dia saldrán de Zorita, é se tornen a ella*» (Las ediciones de estos tres últimos fueros están disponibles respectivamente en RIVERA RECIO, J. F. «Patrimonio y Señorío de Santa María de Toledo desde el 1086 hasta el 1208», en *Anales Toledanos*, nº 9, 1974, pp. 178-182; RIVERA GARRETAS, M., *La Encomienda, el priorato y la villa de Uclés en la Edad Media (1174-1310). Formación de un señorío de la Orden de Santiago*, Madrid-Barcelona, 1985, doc. 7; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., *El reino de Castilla en la época de Alfonso VIII*, vol. 2, Madrid, 1960, doc. 339).

[30] ARAGÓN (# 125): «*De homine qui pignorat in uilla et non est uicinus, et tenet pignoram in uilla per III dies, quando trahit pignus a uilla ad tercium*

forastero que no puede llevarse consigo los bienes debiendo permanecer en la villa durante tres días con el peligro que conlleva encontrarse en un ambiente hostil. Otro ejemplo más del carácter privilegiado de estos preceptos que porfían en introducir pequeños detalles con el objetivo de desmotivar a cualquiera que quisiera pleitear contra un vecino.

En Monzón de Campos (# 6) se recalca que el tomador de las prendas debe efectuarlas desarmado. Hasta cierto punto lógico pues si a nadie le agrada ser despojado de alguno de sus bienes, menos gracia le haría si es un forastero quien así actúa. El problema surge cuando algún vecino suspicaz no tiene a bien dejarse arrebatar sus bienes, aunque sea bajo el amparo de la justicia. Cualquier acción violenta inmediata se haría entonces contra un forastero indefenso lo que viene a ser otro ejemplo más de lo comentado en el párrafo anterior.

No obstante, son muchos quienes por miedo a presentar una demanda en un otro concejo, por no confiar en una resolución adecuada a sus intereses, o por cualquier otra razón deciden pasar directamente a la acción y lejos de acudir ante las autoridades pasan directamente a tomar las prendas. En estos casos hay establecida una multa que puede llegar a alcanzar cantidades desmesuradas, prácticamente impagables para una parte importante de la sociedad y que con esta cuantía desorbitada quiere simbolizar el atrevimiento del prendador. Mil sueldos es un importe que encontramos en El Castellar, Belchite y Marañón (# 4)[31] y que podría reconocerse también en Calatayud (# 5),

*diem habet dare fidantiam quod de manifesto teneat illam et non se alçet cum la pignora*» (RAMOS LOSCERTALES, J. M.ª, «Textos para el estudio del derecho aragonés en la Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 2, 1925, pp. 491-520).

[31] Aunque en este caso se habla de mencales, claramente una modificación del siglo XIII cuando fue redactada la copia conservada: «*Et, si aliquis homo de foras pignorauerit ad homine de Maraione et non demandare antea directum in suo concilio, pecte mille metcales ad regem*»

Daroca (# 2) y Soria (# 3)[32], reflejo de la hegemonía de Alfonso I en todas estas tierras. Esta severidad se ve atenuada en otras villas de la Extremadura castellana que quedan en la mitad, quinientos sueldos más el importe doblado de los bienes tomados – Medinaceli (## 4, 5), Guadalajara (# 4a)– o haciendo su cálculo en la moneda de oro habitual en esos momentos, quedando entonces en cien maravedís más el doble de las prendas – Belinchón (# 37), Uclés latino (# 9)–. Cantidades mucho más reducidas la de Puente la Reina[33], Numão (# 13) y Caparroso (# 9) que se queda en sesenta sueldos y la de Zorita (# 30) unos exiguos 5 maravedís más el doble de las prendas[34], pero

[32] La duda viene de las diferentes redacciones existentes donde la forma verbal del texto soriano «*perdiderit*», mejor «*prendiderit*» como en Calatayud, o «*abstulerit*» en Daroca nos remiten a una pérdida patrimonial cuya naturaleza exacta no se disipa hasta que no leemos en Marañón la más correcta «*pignorauerit*». MARAÑÓN (# 4): «Et, si aliquis homo de foras pignorauerit ad homine de Maraione et non demandare antea directum in suo concilio, pecte mille metcales ad regem»; SORIA (# 3): «*Si perdiderit aliquis homo de suo auere uel sua hereditate uel ulla causa [de suo], pectet ad illum dúplex et mille solidos ad regem*»; CALATAYUD (# 5): «*Et homine qui non sit de Calataiub, si matauerit homine de Calataiub, aut prendiderit, uel discaualgauerit, pectet M morauetis, tercia pars ad Regem, et tercia ad concilio, et tercia ad quereloso*»; DAROCA (# 2): «*Si quis autem extraneus uicino daroce aliquid abstulerit, reddat illi suam rem duplicatam et mille solidos Regi*». La edición del fuero de Daroca en CAMPILLO Y CASAMOR, T. DEL, *Fuero de Daroca otorgado por Ramón Berenguer IV, Conde de Barcelona y Príncipe de Aragón en 1142, con la versión castellana y notas de* don V. VIGNAU Y BALLESTER. Publícalo…, Zaragoza, 1898, pp. 321-339. En este fuero seguimos la numeración propuesta por BARRERO GARCÍA, A. M.ª, *El Fuero de Teruel. Su historia, proceso de formación y reconstrucción crítica de sus fuentes*, Madrid, 1979

[33] LEMA PUEYO, J. A., *Colección Diplomática de Alfonso I de Aragón y Pamplona (1104-1134)*, San Sebastián, 1990, doc. 113).

[34] Este componente de la multa consistente en el duplo del valor de los bienes prendados tiene una clara raigambre visigoda pues el *Liber Iudiciorum* que prohibía expresamente la prenda castigaba con esta pena a los infractores – «*Pignerandi licentiam in omnibus submovemus: alioquin si non acceptum*

probablemente estemos en este caso en un fallo del traductor pues resulta una diferencia demasiado abultado respecto a los fueros de Belinchón y Uclés, tan semejantes[35].

Importes tan dispares que habría que interpretar con el fuero de Peralta delante pues aquí se recogen todas estas cantidades y se nos explica la casuística que rodea cada una de ellas para entender tan destacables diferencias. Explicaciones que echamos a faltar en los preceptos anteriores, como siempre extremadamente sucintos. La multa más elevada, la de mil sueldos sería por prendar a un vecino fuera de su término –«*qui eos pignorauerit foros de lures [términos]*[36]» (# 8)– y el perceptor sería el rey mientras el resto de su patrimonio acabaría en manos del pendrado. La segunda se reduce a quinientos sueldos, también para el tesoro regio, cuando el hecho se efectúa dentro del término y además se saca del mismo –«*qui pignorauerit ad homines de Petralta et traxerit eum illa pignora de lure termino de Petralta*» (# 9)– . La multa más reducida de sesenta sueldos, con reparto entre las autoridades concejiles y señoriales, se aplica en caso de prenda sin otro agravante –«*Et totos homines in tota mea terra qui pignorarent ad homine de Petralta per emenda pectet .LX. solidos ad illo seniori et ad rex et ad illo alcalde qui posuerint vizinos*» (# 56)–. Al no darse mayor detalle y por comparación con las anteriores habrá de entenderse que los bienes permanecen aún dentro del término municipal.

*pignus præsumpserit ingenuus de iure alterius usurpare, duplum cogatur exsolvere. Servus autem simplum restituat, et centum flagella suscipiat*» (# 5,6,1)–.

[35] RIVERA GARRETAS, M, "El fuero de Uclés (siglos XII-XIV)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 52, 1982, pp. 259-272.

[36] Este término está omitido en el fuero pero su presencia en el original se hace necesario si queremos entender el significado de este precepto y relacionarlo, a su vez, con el siguiente.

Si estas cantidades pasadas castigan al forastero atrevido que actúa por su cuenta también existen en los fueros normas, aunque en menor medida, que sancionan la situación inversa: la prenda ilegal por parte de un vecino en una localidad diferente a la suya. Algunos fueros recogen el protocolo de actuación de sus propios vecinos en estas situaciones y solo entonces si se vulneran los requisitos establecidos aparecen castigos, a veces muy importantes. No se sanciona la toma de bienes en sí, sino la desobediencia a sus autoridades. Se supone que en el supuesto de que un vecino de Calatayud (# 54) viera denegado su solicitud en otra localidad –«*non fecerint ibi illi nullo directo*»– se permite entonces la autotutela de sus derechos. Los demandantes deben entonces acatar la decisión, tomar testigos de su correcta actuación –«*faciat ibi homines*»– e irse a su concejo. Allí presentará ante sus autoridades el agravio al que ha sido sometido y solicitará la intervención de autoridades y vecinos para que le acompañen en una expedición armada que no da lugar a repercusiones penales al tratarse de un acto jurídico autorizado por el fuero –«*Et in ipsa pignora homines de Calataiub alio homine mactarent non sit homicidio pariato*»–.

Este paso, en realidad una segunda presentación de su litigio, ahora ante sus autoridades al serle rechazado en la otra localidad se hace totalmente necesario. Una actuación unilateral tomando las prendas por su cuenta pone en peligro a sus propios convecinos al excitar los ánimos de las gentes de la otra villa que pueden tomarse la justicia por su mano organizando una expedición armada para recuperar esos bienes y cayendo sobre unas personas que están desprevenidas. Incumplir este requisito implica cuanto menos una multa[37] que en algún caso como en

[37] SANTA MARÍA DE CORTES (1182) 19: «*Et si quis voluerit pignorare de fueras prius demonstret iudici vel Alcaldibus quid nisi fecerit pectet III morabetinos*»; MOLINA 28.10: «*Quien a tierra agena fuere pendrar, vaya con mandamiento de los alcaldes et de los jurados; et quien sin mandamiento de ellos pendrare, peche sesenta sueldos*». Las ediciones de ambos fueros en MORÁN MARTÍN, R., "La organización de un espacio de la Orden de Calatrava en el siglo XII: La Alcarria", en *Espacios y fueros en Castilla-La Mancha (siglos XI-XV). Una*

Uclés se transforma en una pena mucho más grave y a este respecto el vecino que se comporte de esta manera será considerado como ladrón y como tal será ahorcado[38]. Parece claro que nadie quiere exponer su vida o hacienda en la defensa de esa persona, antes bien se le considera como ladrón para dar ejemplo y calmar a la otra villa

Se ha introducido en el párrafo anterior otro derecho bien representado en los fueros que autoriza a los vecinos para recuperar por cualquier medio posible una apropiación indebida. Lo que no se dice en ningún caso es que cómo se coordinaban ambos derechos, el de tomar prendas unilateralmente con el de recuperarlas. La colisión de derechos puede acarrear una confrontación no legal y sí militar con los concejos enfrentados y la existencia de actos de extrema violencia pues como decía Orlandis «El ir a prendar se convierte en una verdadera expedición guerrera»[39].

Medidas preventivas tales como que fueran las mismas autoridades puestas por el rey al frente de las villas las que dirigieran estas expediciones –«*ut vadant cum illa potestate de Berbeia ad venato, vel ad pignora, aut montico prendere de vacas vel de porcis*»[40]– no evitaban los ocasionales baños de sangre. Al fin y al cabo, estas

*perspectiva metodológica*, Madrid, 1995, doc. 4 y SANCHO IZQUIERDO, M., *El fuero de Molina de Aragón*, Madrid, 1916, respectivamente.

[38] UCLÉS romanceado (# 90): «*Totus homo qui aliquid adduxerit de alia terra sine mandamento de iudice aut de alcaldes et probatum fuerit ei, inforzent eum. Et si aliquid furaverit in villa inforcent eum similiter*». UCLÉS romanceado (# 110): «*Qui sine mandamento de alcaldes adduxerit pignora de alia terra et non demostraret eam a los alcaldes, pectet illo quomodo latrone*» (RIVERA GARRETAS, M, *La Encomienda, el priorato y la villa de Uclés en la Edad Media (1174-1310). Formación de un señorío de la Orden de Santiago,* Madrid-Barcelona, 1985, doc. 236).

[39] ORLANDIS ROVIRA, J. «La prenda como…», p. 123 y pp. 123-129.

[40] ZABALZA DUQUE, M., *Colección diplomática de los condes de Castilla*, Valladolid, 1998, doc. 73.

potestades eran promovidas con habitualidad entre las mismas élites locales y en su ansia justiciera amparada por las leyes cometían todo tipo de desmanes[41]. Contamos para este supuesto no con algunos preceptos aislados en tal o cual fuero[42] sino ejemplos de la vida real que encontraron su acomodo en forma de fazañas en el fuero de Castrojeriz. Los relatos de los hechos son muy expresivos y no se privan de relatar con detalle el uso indiscriminado de la fuerza llegando incluso a la comisión de delitos muy graves como robos, estragos y muertes:

> «*In diebus illis venit Didaco Perez et pignoravit nostro ganato et missit se in villa Silos, et fuimus post illo et dirrumpimus illa villa et suos palacios et occiderunt ibi quindecim homines, et fecimus ibi magnum dampnum et traximus nostra pignora inde per força*»[43].

> «*In illo tempore venerunt Nunno Fanez et Assur Fanez et levarunt nostra pignora ad villa Guimara; et fuimus post illa et disrumpimus suos palacios et traximus nostra pignora; et misserunt se illos in uno Orpeo, et traximus illos foram cum magno deshonore et fecimus expressa de quanto ibi invenimus*».

Un último ejemplo entre otros muchos existentes en el fuero que se escapa de nuestro ámbito de estudio, pero muy sintomático pues la fuerza se ejerce contra los mismos sayones reales que se habían

[41] En las fazañas de Castrojeriz se cita a Salvador Mudarra y Alvaro Cosides como personajes al frente de la milicia local.

[42] COVARRUBIAS (978): «*Et si fuerint hec homines de histas uillas iam nominatas et de histos monasterios ad alias uillas ad pignora cum lancas et scutos et lapides et ibi bellum contingerit liuores et homicidium fecerint quomodo non pariant illum*» (MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Fueros locales…*, doc. 21).

[43] MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Fueros locales…*, doc. 1.

extralimitado en sus funciones lo que lleva a los castreños a asaltar incluso las propiedades reales:

> «*Migravit a seculo Sanctius rex, et surrexerunt homines de Castro et occiderunt IIII saiones in palacio de Rex in Mercatello et LX judeos; et illos alios prendamus totos et traximus illos de suas casas et de suas hereditates et fecerunt populare ad Castrello, regnante rex Ferrandus filius eius pro eo*».

A pesar de semejantes violencias no estaban haciendo nada fuera de lugar pues como se dice por partida doble «*et venit Ordon Ordonez, qui tenebat Palentia, et fecit querimoniam ad regem domino Ferrando, et autorizavit nostros foros*» y un poco más adelante «*Et todas estas fazañas fueron faralladas ante Reges, et Comites, et fuerunt authorizadas*». Por si quedara alguna duda además se incluye un precepto en el fuero castreño (# 18) donde se habilita expresamente sus actuaciones –«*Ut si alios homines pignoret ganatum de Castro, adplegeret se neque ad octo dies caballeros et pedone, et vadant post illa pignora, et dirumpetur Palacios et Villam de Comites et Principes, et sanceni sua pignora inde*»–.

En cambio, en otros textos como el de Villavicencio de 1221 (# 17) el uso indiscriminado de la fuerza podía lugar a responsabilidades. Excepción, frente a otros fueros que puede venir dada por la adscripción de esta localidad a la foralidad leonesa[44] con la influencia considerable que ejerce sobre ella el *Liber Iudiciorum*. En esta villa «*si los herederos mester avieren adiutorium del conceio de la villa o si levarlos quisieren*

[44] GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A., "El Fuero de León. Su historia, texto y redacciones", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 39, 1969, pp. 5-171.

*fora*»[45] debían de dar dos fiadores a sus convecinos «*que los saquen de la volta*». Es decir el vecino que ha reclamado la solidaridad vecinal es el responsable en última instancia de las multas pecuniarias derivadas de los delitos que pudieran cometerse.

Esta toma de prendas llevaba anexa una segunda apropiación de bienes. En este caso se justificaba en razón de las necesidades de alimentación de los expedicionarios –«*ad manducandum*», como dice Yanguas (# 17)–. Al considerarse que el demandando con su renuencia a dar derecho había obligado a actuar de esta forma lo más justo sería cargar sobre él estos gastos. Los fueros habían de «*assadura*» para denominar este derecho, término que se hace coincidir con el dado a la incautación de ganados en concepto de montazgo[46].

La presencia continua de esta temática en los fueros tiene su razón de ser tanto en el reconocimiento del derecho como en el de poner límites al mismo de modo que solo se tome lo necesario para subvenir las necesidades del grupo y no se transforme un acto judicial en un delito de apropiación de bienes ajenos[47]. A tal fin en Peralta (# 35) se fija el número de cabezas de ganado –«*faciat pignora de alia villa. Et, si fuerint vacas, comedent vnam; et, si oves, .X$^{m}$.*»–. Otros fueros cuantifican la «*assadura*» en moneda, lo que no significa que se tomara este derecho en metálico habiéndose entonces que transformar esos

[45] GONZÁLEZ DÍEZ, E., *El régimen foral vallisoletano*, Valladolid, 1986, doc. 18.

[46] Ambas cuestiones estarían reunidas en un precepto contenido en el fuero condal de San Zadornín, Berbeja y Barrio de oscura redacción: «*Et homines de Barrio ita habuerurit fuero, ut vadant cum illa potestate de Berbeia ad venato, vel ad pignora, aut montico prendere de vacas vel de porcis, et donavit ad illos sua assatura, quia non habuerunt fuero de montatico pectare, sed de prendere*».

[47] Esta «*assadura*» también se tomaba en el alfoz de la villa cuando se acudía a prendar en alguna aldea como en Lara (# 36) y donde se podían coger hasta catorce carneros o en Sepúlveda (# 26).

treinta o cuarenta sueldos en ganado, con lo que siguiendo una equivalencia muy usual se contabilizaría el mismo número de ovejas[48]. Las cantidades son muy diferentes en cada caso lo que pudiera relacionarse con la extensión del término local y la necesidad de aumentar las jornadas de viaje para trasladarse al concejo vecino pero también parece existir una tradición propia en cada reino pues mientras en Castilla la cantidad usual es de treinta sueldos –Medinaceli (# 19), Guadalajara (# 1c), Soria (# 6), Yanguas (# 17), Belinchón (# 21), Uclés latino (# 18), Zorita (# 21)– en Navarra aumenta ligeramente hasta los cuarenta –Marañón (# 3)– y llega a los sesenta en Aragón –Calatayud (# 54), Alcalá de la Selva (# 5)–. Si con posterioridad alguien reclamaba por estos hechos bastaba con jurar que fueron consecuencia de una denegación previa de los fiadores y se cierra inmediatamente la cuestión –«*et juret homine de Petralta quia per quoant petivit fidem et non dedit ei ad sua porta, per inde comedit, et perdat illud*»–.

Villavicencio sigue siendo un fuero único en este aspecto pues establece primero que si la expedición se efectúa durante el mismo día –«*Ir con sol, e venir con sol*», (# 17)– no existe el derecho a ser alimentados a costa ajena e inmediatamente carga la obligación de hacerlo sobre la persona que solicita la ayuda vecinal –«*Si los mas a la tovieren, dales pan et vino et carne et cevada. El si bestia aia se desferar, ferar ela*», (# 18)–.

***

[48] Se encuentra esta equivalencia, fruto de economías que no se encuentran plenamente monetizadas, a lo largo de casi todos el siglo XII. Desde Fresnillo (# 2) en 1095 hasta Zorita de los Canes (# 2) en 1180, pasando por Pozuelo de Campos (# 7) en 1157 y Belinchón en 1171 (# 2). Las ediciones de los fueros de Fresnillo de las Dueñas y Pozuelo de Campos en MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Fueros locales…*, doc. 5 y GONZÁLEZ DÍEZ, E., *El régimen foral*…, doc. 10, respectivamente.

Una vez terminada esta primera fase quedaba la celebración del medianedo. ¿Cuándo? Solo el fuero de Miranda de Ebro pone un plazo fijo, del resto de fueros nada se sabe al respecto. No se conoce si existían fechas fijas, si se esperaba a que hubiera una acumulación de casos para resolver todos ellos en la misma jornada o si se resolvían conjuntamente a los de otras villas en una especie de gran reunión jurídica comarcal donde incluso pudiera utilizarse a algunos de los presentes de otras localidades como asesores imparciales. Sabemos eso sí el cómo, el procedimiento a seguir al menos a grandes rasgos, y sobre todo el dónde ya que muchos fueros se encargan de señalarlo.

Entretanto cada una de las partes tenía prohibido acercarse por las cercanías de la villa de su oponente. No convenía tentar a la suerte. Su presencia podía considerarse como una provocación con la posibilidad de algún altercado que complicara aún más la situación de por sí compleja. En Lugo se obligaba a que el extraño que hubiera de entrar en la ciudad, fuera *motu proprio* para resolver un asunto privado o incluso cuando fuera llamado al medianedo, prestara antes garantías –«*non intret in ipsam villam, nisi cum fidantia, postquam fuerit appellatus semel*»[49]–. Si se negara a ello podía considerarse una provocación y si recibiera algún daño el agresor no sería imputado –«*et aliquod damnum receperit, non pectent pro inde Majorino*»–.

Siguiendo por tierras gallegas, en Bonoburgo de Caldelas el forastero deudor que tuviera la osadía de presentarse en la villa podía verse requerido y apremiado a que satisficiera la deuda inmediatamente. El rústico que se negara a ello podía dar con sus huesos en la cárcel pero al caballero no se le podía dar este tratamiento ni tampoco ser forzado a realizar ningún acto contra su voluntad empezando por que bajara del

[49] MUÑOZ Y ROMERO, T., *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Madrid, 1847, pp. 433-434.

caballo[50] así que se procedía de una manera muy singular que parece indicar la existencia de un hecho real que pasó a convertirse en parte del derecho local. Se procedía a atar las patas al caballo, con lo cual se impedía la huida del caballero y a continuación se echaba humo en el hocico del animal quien lógicamente se sentía molesto lo que forzaba al jinete a descender por su propio bien o llegado el caso el caballo se encabritaba y le tiraba al suelo con la consiguiente rechifla del populacho. Como en todo momento no se utilizaba la fuerza el caballero no podía alegar nada para recuperar su honor quebrantado. Si no se lograba este objetivo y tampoco que descendiera voluntariamente se utilizaba un segundo método de presión –«*prendat ilum ad redena equi et mittatur eum per hostium minimus, siue per posticum*»[51]–. No queda claro el método de intimidación pues algunos términos no se conocen como «*redena*» u «*hostium minimus*» pero el hecho de que «*posticum*» signifique letrina quizás alude a que el caballo era llevado por algún sitio malsano hasta que el jinete se sentía lo suficientemente humillado como para ceder y pagar la deuda.

Ahora bien, siempre era bien recibido quien quería renunciar al medianedo y trasladar el litigio al tribunal local como sucedía en Avilés (# 20) donde se reconocía el derecho del extraño a recuperar sus prendas sin acudir al medianedo. Podía entonces desplazarse hasta aquí y manifestar su deseo de demostrar su derecho por alguno de los tres

[50] Descabalgar por la fuerza a una persona se consideraba una injuría muy grave, penada en algunas localidades con cifras exhorbitanntes. NUMÃO (# 14): «*Et homines de Nomam qui descabalgar caballarium de alia terra pectet V solidos*»; CASTILLO DE OREJA (# 10): «*Omnis homo preterea qui populatorem Aurelie supra suum equum uel quamcumque aliam bestiam sedentem, ad terram inuitum, pro aliqua controuersia uel barailla proiecerit, duplatam ei suam bestiam restituat et peccet mille solidos illi qui castello Aurelie princeps et dominus presidebit*». Vid. también Calatayud (# 5), Ocaña (# 7), Belinchón (# 9), Uclés latino (# 7) y Zorita (# 7).

[51] BERWICK Y ALBA, Duquesa de, *Documentos escogidos del archivo de la Casa de Alba*, Madrid, 1891.

medios de prueba permitidos: testigos, pesquisa o combate judicial. Muy claro tendría la solución del litigio a su favor o mucha prisa le correría la recuperación de los bienes prendados como para arriesgarse a poner la solución en manos de un tribunal afecto a su rival[52].

La secuencia de los hechos, a grandes rasgos eso sí, solo está presente en el fuero de Miranda de Ebro, el resto de los fueros ni de lejos se acercan a tal grado de detalle limitándose a señalar el número de testigos, en un número apreciable de textos, y la presencia de las autoridades locales, en los menos. Destaca, por ejemplo, que no se haga alusión al juramento de mancuadra, máxime cuando consta su aplicación en Medinaceli, Salamanca y Uclés, entre las localidades que se citan en el trabajo. Resulta difícil de entender que se utilice en los litigios entre vecinos y no se haga alusión expresa cuando es un forastero el que plantea la demanda[53].

En Miranda de Ebro el caso de los litigios promovidos por un forastero el medianedo tiene lugar siete días después de la toma de las prendas. Reunidas las partes con sus correspondientes autoridades se procede al nombramiento de dos personas, una de cada villa que actúan como jueces. Su función parece limitarse a la dirección de la vista siendo personas nombradas por ellos –«*singulos fideiussires populatores eiusdem uillas qui audiant querellas*»–quienes dicten el resultado el caso. El allanamiento del demandado, la *agnitio* de los documentos altomedievales, implica la finalización inmediata del pleito, pero si persiste en su posición queda la presentación por parte

[52] AVILÉS (# 20): «*Et omne qui pindres tenga de omne de fora et sos peinos sacarli quiser per iuro, per iuditio o per fábula, et pendrar per illo, non compla iuditio a medianedo, maias venga ad illa villa et prenda iuditio sobre sos pindres e firme sobrellos qui los tever, et non esca fora per ellos, foras a meanedo*».

[53] Los pormenores de esta peculiar institución en GARCÍA GONZÁLEZ, J, J., "El juramento de manquadra", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 25, 1955, pp. 211-256.

del demandante de testigos que sostengan su acusación. Estos deben ser mixtos, dos de ellos pueden ser de Miranda, pero han ser gentes de arraigo y no cualquier residente –«*qui habeant casas et hereditates ibi in uilla*» (# 42)– y el restante de la otra villa. Si no se pueden aportar estos testigos el acusado procederá a realizar el juramento purgatorio quedando finalizada la causa[54].

Cuando los demandantes vienen de tierras más alejadas, se sigue el mismo procedimiento pero los trámites cambian un tanto (# 44). En primer lugar, se amplía el plazo hasta los quince días, modificación consecuente con las mayores distancias que hay que recorrer para asistir al medianedo. Una medida necesaria para garantizar su celebración pero que choca con una segunda que supone un evidente privilegio para el mirandés al obligarse a su acusador a que aporte hasta seis testigos, tres de cada villa. Para el forastero que quiera ganar un pleito encontrar tres mirandeses, como antes propietarios, que declaren contra su vecino

[54] MIRANDA DE EBRO (# 42): « *Et si aliquis homo de Alaua, aut de Losa, aut de Ual de Gouia, de sumitate Lose usque ad ffinem de Asnaie, aut ex alia parte de Ebro de cam de Paiares, aud de Borouia, aut de terra Naiare a Lucronio per caminum usque ad Oca et riu Doca ad infferius usque dum cadit in Ebro, habuerit querellas de aliquo populatore de Miranda, aut populator de aliquo illorum, et se pignorauerint, extrahant ea hoc modo: pignoratus det fideiussorem quod a septem diebus portet suum alcallem de foro suo ex parte Alaue a Sanctum Nicholaum de uilla circa pontem, et pignorator quod portet ibi suum alcaldem et iudicet ita quod dent singulos fideiussores populatores eiusdem uille qui audiant querellas; et si cognouerit ille contra quem fit querella, pectet quod petitur ab eo, et si negauerit, probet cum duobus populatoribus qui habeant casas et hereditates ibi in uilla et uno de alia terra, et firment hoc cum suo iuramento in Sancto Nicholao, et habeat quod petit. Et si non potuerit probare, iuret reus in Sancto Nicholao et sit quitus*»; MIRANDA DE EBRO (# 43): «*Et cum eo de illa terra extra allia parte de Ebro extrahant pignora ita cum fideiussore quod usque ad VII^tem^ dies portent suos alcalles ad Sanctum Martinum de Miranda qui est in capite uille. Et alcalles iudicent eis idem fforum usque Oca et Lucronium*» (GAMBRA GUTIERREZ, A., *Alfonso VI…*, doc. 150).

parece algo inalcanzable[55]. La impresión que se obtiene es la de guardar las formas exteriores garantizándose la celebración del juicio para al final dejarlo vacío de contenido ante la imposibilidad del forastero de conseguir un resultado justo. Al fin y al cabo tampoco importa mucho pues este procede de unos territorios lo suficientemente alejados para no molestarse por posibles acontecimientos futuros.

Se añade ahora un pequeño dato muy interesante pues nos abre los ojos ante otro tipo de litigios intermunicipales, menos tratados aún en los textos legales, como son aquellos que implican a las villas en su conjunto. Para estos casos serán cinco personas las que den el juramento de salvo –«*et si non potuerit probare, iuret unus pro sse, et pro uilla V homines*»–. No se dice nada del resto de trámites con lo que el hecho de su inclusión en este precepto vendría a indicar una identidad procedimental.

Este es el relato de los juicios intermunicipales en Miranda que se puede completar con las puntualizaciónes aisladas que hacen en otros fueros sobre este esquema general. La ausencia de alguna de las partes no supone en todos los lugares la terminación del pleito con una

[55] MIRANDA DE EBRO (# 44): «*Et si aliquis homo uel uilla undecumque illarum terrarum habuerint querimonias de omnibus populatoribus de Miranda aut populatores de illis, et si pignorauerint, extrahant pignora cum fideiussore ita quod ad XV diebus illi de terra de parte Doca portent suos alcalles ad Sanctum Martinum predictum, et isti de Miranda suum, et iudicent sic quod dent singulos fideiussores de uilla et alios singulos de alia terra qui audiant querellas; et si cognouerint rey, pectent quod petunt; et si negauerint, probent cum tribus populatoribus de Miranda qui habeant casas et hereditates, et cum tribus hominibus alterius terre; et si fuerit unus, iuret in Sancto Martino, et si fuerit uilla, iurent V homines boni et habeant quod petunt; et si non potuerit probare, iuret unus pro sse, et pro uilla V homines, et ex alia parte de Alaua sic extrahant pignora cum fideiussoribus quod a XV diebus portent suos alcalles ad dictum Sanctum Nicolaum ipsius uille, et alcalles iudicent sic sicut alii de alia terra in Sancto Martino*».

declaración inmediata de culpabilidad. En Avilés (# 16) se recoge el caso del vecino rebelde que no ha querido dar fiador y a quien se le han tomado las preceptivas prendas sin que ello fuera suficiente para forzar su asistencia al medianedo. El demandante presentará entonces la prenda ante el tribunal y a partir de entonces será auxiliado por las autoridades del contumaz para que este dé fiador –«*Et si el de fora veno ad medianedo et vezino non il for per cui pendrardon, tome lo pindrado illa pindra e mano e tómese a mano de villa et aprételo cum lo maiorino ata que vaia dar fidiador a pede la pindra*»–. El caso contario es el del forastero que ha prendado en Avilés, pero no ha acudido por lo que el vecino queda autorizado a recuperar su prenda mas no a quedársela sin más debiendo llevarla al medianedo –«*Et sil vezino a meianedo for al plazo que taillaren et el de fora non venir, aquél que pindrado es saque sua pinndra e dúgala a meianedo*» (# 16)–. Las redacciones de ambos fueros como siempre escuetas y complicadas de entender[56] no dejan entrever la continuación del procedimiento. La razón de ser de esta rúbrica parece estar en recalcar la necesidad de que los bienes pendrados eran un medio de presión para recordar al demandado-propietario su obligación de acudir al tribunal. Logrado este objetivo quedan en depósito –¿en manos de quién?– mientras el procedimiento continúa su desarrollo.

El acompañamiento de las autoridades también viene recogido en el fuero de Avilés (# 16) donde se dice expresamente que el merino de la localidad debe desplazarse junto a su vecino para ayudarlo y dar fe ante el propio concejo de que el juicio se ha realizado conforme a todas las garantías por si hubiera posteriormente que actuar en su defensa. La presencia de este oficial local entra dentro de sus

[56] A ello contribuye un vocabulario con abundancia de términos y giros procedentes del romance local mezclados con provenzalismos y todo ello unido a una mala interpretación de muchos de estos últimos en copias posteriores que son las que nos han llegado. Esta singularidad idiomática concitó el interés de Lapesa que dedicó una pequeña obra al tema (LAPESA MELGAR, R., *Asturiano y provenzal en el fuero de Avilés*, Salamanca, 1948).

obligaciones y no consta que perciba nada por la dejación de sus propios quehaceres diarios, al contrario ni siquiera el vecino al que tiene que ayudar tiene porqué asumir su manutención –«*Quam se tornar a casa no il do gental ni cena nil fazza servitio per azó, si non queser*»–. En cambio, cuando el vecino no se comporta conforme a derecho, mostrándose renuente a la entrega de fiadores es su mismo concejo quien interpreta que puede ocultar algo por lo que no se siente obligado a apoyarle y tiene que acudir solo al medianedo.

Mejor tratamiento reciben las autoridades de Salamanca, en cuyo ordenamiento figura un sistema de dietas por transporte y manutención que perciben todos aquellos que se desplazan fuera de la localidad en defensa de los intereses generales de los salmantinos o los particulares de algún vecino:

> SALAMANCA (# 265): «*Ela iunta de la villa e de Arévalo e de Medina e de Olmedo e de Coca e de Toro e de Çamora a medianedo del conceio cada cavallero medio moravedí; e se fueren a las ciudades denles senos moravedís. A la iunta de Segovia e de Sepuelga sennos moravedís; e si fueren a las ciudades II moravedís. A la de Toledo e de Palencia e de León e de Burgos cada cavallero IIII moravedís*»[57].
>
> SALAMANCA (# 307): «*Quien fuer a la yunta de Ciubdad Roderigo a medianedo ayan entre IIII cavaleros I moravedí; e si fueren a la iunta denles senos moravedís a cada cavallero; et otro tanto a Avila; et otro tanto a Arévalo; et otro tanto a Medina; et otro tanto a Toro; et otro tanto a Çamora. Et quien fuer a la yunta de Alva e de Ledesma a medianedos non coman nada e el que fuer*

[57] MARTÍN RODRÍGUEZ José Luis y Javier COCA SENANDE, *Fuero de Salamanca*, Salamanca, 1987.

*dentro a la villa cada cavallero den medio moravedí; e el que fuer a Coria o a León den II moravedís a ca cavellero*».

Serían dos artículos elaborados en diferentes momentos para adecuarse a la realidad expansiva del reino leonés. La desigual cronología se aprecia en la mención en el segundo precepto de una serie de villas como Ciudad Rodrigo, Ledesma, Coria y Alba de Tormes que nos traslada a la segunda mitad del siglo XII. Período al que nos llevaría también la desaparición de villas y ciudades castellanas tras la separación del reino de Alfonso VII conservándose tan solo las más cercanas y con las que tendrían más problemas. En el caso Alba de Tormes y Ledesma no reciben ningún importe lo que se explica por la cercanía de ambas localidades. Si los medianedos se celebraran en las lindes con estos concejos el viaje no tendría por qué demorar más de un día. Levantarse temprano, llegar al medianedo a primera hora, resolver los asuntos pendientes y regresar a Salamanca.

Un último ejemplo es el de Valfermoso (# 90) con una solución diferente. Los oficiales concejiles ni perciben sueldo alguno ni dietas cuando actúan en nombre del concejo, tienen en cambio una retribución variable consistente en una parte de las penas económicas impuestas por los tribunales –«*De calumpnia de homine mortuo et de furto et de totis calumpnijs que foirent in Ualle Formosa habeat medietatem monasterium, et habeat quartam partem el quereloso, et aliam quartam partem habeat iudex et alcaldes*»– y de este cuarto deberán procurarse los medios para asistir a cuantas reuniones y juntas de medianedo se realicen en el exterior –«*et per istam quartam partem faciant las iunctas que seran a far et escuntent ad consilium*»–.

Fuera del oficial local que participa en la dirección del medianedo no se constata la intervención de ningún vocero, menos aún si este pretende actuar en sustitución de un forastero –«*Nullus accipiat*

*vocem hominis extranei super vicinum*»[58], Belver de los Montes (# 25)–. Los fueros son radicales a este respecto, manifiestan la prohibición y establecen una multa sin hacer mención a ninguna salvedad, ni siquiera por vínculos de parentesco o dependencia. Los lazos de solidaridad vecinal se superponen sobre los de sangre o cualquier otro. Las multas son muy variables aunque de los ejemplos conservados parece existir una tendencia a la baja desde los exorbitantes trescientos sueldos de Yanguas hasta el maravedí de Valfermoso, pasando por los diez sueldos de Évora o los diez maravedís de Uclés[59]

Mucho más tratado es el tema de los testigos que con carácter habitual vienen a ser dos vecinos como en Briviesca (# 13) –«*Si aliquis extraneus uocauerit ad iudicium habitatorem huius ville firmet cum duobus testibus eiusdem civitatis, sin autem faciat iuramentum*»[60], Briviesca–. El problema radica como vemos en el literal del precepto anterior donde los testigos deben de ser convecinos del demandado con lo que se repite la dificultad de conseguir una solución justa para el demandador foráneo. Al menos, y al contrario que en Miranda, no se

[58] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J., *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, Valladolid, 1990, doc. 33.

[59] YANGUAS (# 22): «*Homo de Anguas non sit procurator hominis de foras villa: et si fuerit, pectet trecentos solidos*»; ÉVORA (# 27): «*Qui uenerit uozeiro ad suo uicino pro homine de foras uilla pectet X solidos et VII.ª ad palacium*»; UCLÉS romanceado (# 134): «*Totus homo qui cum homine de foras villa civera o alguna causa petierit in concilio, pectet X morabetinos*»; VALFERMOSO (# 82: «*Totus qui palasinament adiuuaret uel uandearet ad hominem de foras de uilla, faciat ille de uilla de quo est uolta testes super eum, et pectet unum maraboti. Et si aliquis quesierit adiuuare, saquet illum de parte et conciliet cum eo, et in palam non adiuuet eum*». Las ediciones de Évora y Valfermoso en OLIVA MANSO, G., "La expansión del derecho….", pp. 124-128 y LAPESA MELGAR, R., "El Fuero de Valfermoso de las Monjas (1189)", en *Homenaje a Álvaro Galmés de Fuentes*, vol. 1, Oviedo-Madrid, 1987, pp. 46-51, respectivamente.

[60] MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Fueros locales…*, doc. 10.

exige requisito salvo el de ser cristianos –Soria (# 6); Alcalá de la Selva (# 6)–.

Otros fueros se muestran más exigentes como Belorado (# 20) que sube hasta tres el número de declaraciones necesarias, igualmente pobladores de la villa. Peralta es, sin duda, el fuero más discriminatorio y si primero dice que en este tipo de juicios la prueba consiste en la declaración de dos testigos de la villa –«*dederit duos firmatores de Petralta, trocat lure pleito super totos alios homines de tota mea terra*» (# 6)– no pasan unos pocos capítulos para que niegue siquiera esta posibilidad al forastero –«*Et homines de foras qui habuerint juram super meo vicino non intret firmes*» (# 10)[61]– y si un forastero no puede presentar a nadie, ni siquiera de Peralta, no le queda más opción que el peraltés se allane y no formalice el juramento de salvo atenazado por los remordimientos de un mal proceder o por el miedo al castigo eterno si comete perjurio. De hecho, ni siquiera en los delitos de sangre donde el combate judicial puede utilizarse como medio de prueba tampoco se admite esta opción y le basta al peraltés formalizar el juramento de salvo acompañado de dos de sus vecinos –«*Et homine de alia terra qui clamaret ad homine de Petralta ad batalia, non habeat batalia, sed discriminet se cum duos de sos vecinos*» (# 30)–.

[61] Dentro del fuero encontramos una rúbrica más que puede complicar un tanto el razonamiento anterior si se leen fuera de contexto. Se niega la posibilidad de cualquier testigo foráneo mientras se afirma el derecho contrario de los vecinos–«*Et homines de Petralta firment contra alios homines et alios homines non firment contra eos*» (# 7)–. El precepto debe verse desde un contexto de conflictos entre los propios peralteses a los que no se les permiten presentar testigos extraños y si a pesar de ello algún vecino presenta testigo forastero se le castiga con dureza –«*Et vicino de Petralta, si intrauerit ferme ad homine de alia terra per iura contra suo vicino, pectet .LX. solidos ad vicinos et illo habere duplato a suo domno*» (# 11)–.

También existe la corriente opuesta y existen fueros más justos, o dicho de otro modo menos ventajosos para sus vecinos. En Caparroso sus gentes siguen aportando dos testigos de la villa mientras que los de fuera deben llevar uno suyo y otro de la villa[62]. En Lara (# 42) cambia el modelo de declaraciones y los pleitos se vuelven mucho más neutrales. Ambas partes pueden aportar sus propios testigos pero eso sí para contrarrestar unos con otros deben de tener la misma consideración social en sus villas respectivas –«*Et si firma habuerint cum homines de altera alfoze, tales por tales firment los de Lara*»–. Esto es vecinos por vecinos, propietarios por propietarios, dependientes por dependientes, hombres por hombres,… A pesar de su carácter excepcional Lara no representa ninguna tendencia minoritaria, al contrario nos atreveríamos a de decir que sería justo lo contrario. Este sería el procedimiento de prueba habitual que por tal no tiene porqué encontrar acomodo en los fueros. Son otras villas las que en virtud de un privilegio, en muchos casos asociado a la celebración del medianedo en la propia villa, las que establecen un sistema injusto contra los forasteros.

Sistema aún más ecuánime es el que de manera muy breve se expone en el fuero portugués de Évora (# 34), villa que seguía la costumbre jurídica de Ávila y donde no se admitía la prueba testifical solo la pesquisa y el duelo judicial –«*Et si homines de Elbora habuerint iudicium cum homines de alia terra non currat inter illos firma sed currat per esquisam aut reto*»–. El uso exclusivo de la pesquisa es el que parece establecerse en Guadalajara (# 17) donde se prohíbe el uso de testigos aportados por cualquiera de las dos partes –«*et ellos non firmen sobre vos, nin vos sobrellos, mas derecho jodizio sea entre vos*»–.

[62] CAPARROSO (# 7): «Et, si habuerit homine de Caparroso afirmare, det duos homines de Caparroso fidanza de iura in Unse aut in Tafalia aut in Sancta Maria. Et, si homine de alio loco habuerit afirmare, det uno homine de Caparroso et alium unde pusuerit findanza de iura de Caparroso. Et qui intraberit fidanza de iura, pectet .LX. solidos».

El combate –*torna* en el derecho aragonés[63]– también estaba admitido en las reclamaciones dinerarias en Aragón, (# 49) pero primero el forastero debía demostrar que la deuda existía y las condiciones de la misma mediante la presentación de testigos –«*et ista fide data similiter debet dare firmum de retra iste clamans de villa istius de quo habet clamum aut usque ad terciam crucem cum suis iuramentis*»– y solo a partir de aquí podría ir al medianedo y demostrar el impago –«*et si non illam potest habere similiter est victus; et si potest habere habent ire ad medianetum et habet ibi tornam*»–.

Se reconoce así la absoluta falta de justicia de estos pleitos intermunicipales en los que cada parte trae unos testigos de su propia villa que indefectiblemente van a declarar a favor de su vecino. Ni siquiera hace falta aleccionarlos todos son conscientes de la solidaridad mutua a la que están obligados y su ruptura haría del testigo poco menos que un traidor a vistas de su propio concejo. Ante ello una mejor solución sería la realización de una pesquisa para a través de la investigación de los hechos llegar a descubrir la verdad. Ahora bien, en estos textos que la admiten no desarrollan la clave del procedimiento, ¿qué personas entrarían a formar parte de la comisión investigadora? Representantes igualados de ambas villas acabarían por llegar en muchos casos a un empate técnico. Para la mentalidad de la época, mediatizada por la religión en su totalidad, la celebración del combate judicial se transformaba en una auténtica hierofanía con la divinidad identificando aquella parte que defendía la verdad[64].

[63] Vid. MUÑOZ Y ROMERO, T., *Colección de fueros*…, p. 330

[64] CABRAL DE MONCADA, L., "O duelo na vida do direito", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 3, 1926, pp. 69-88; OTERO VARELA, A., "El riepto de los fueros municipales", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 29, 1959, pp. 153-174; OLIVA MANSO, G., *Pugna duorum. Perfiles jurídicos. Su manifestación en la sociedad y la política medieval de Castilla y León*, Madrid, 2000, pp. 86-91.

El fracaso de las pruebas no traía consigo la inmediata absolución del demandado que debía aún realizar un juramento de salvo como dice Soria (# 9): «*et, si non, iuret illo in Casseda que non debet ad [illu]m aliquid, et [reliquat] eum et non habeat illum judicium cum eo*». Solo Oca se desmarca y requiere la presencia accesoria de un vecino –«*Omnes homines de aliqua parte qui iudicium petierint ad habitatores huius ciuitatis saluet se cum altero suo uicino*»[65]–. Ambas tendencias se aúnan en Alcalá de la Selva (# 10) donde los requisitos difieren en función de la cuantía reclamada hasta cinco sueldos basta el juramento propio y hasta diez sueldos ha de estar acompañado–«*Si aliquis extraneus demandaret ad hominem de Alchala aliquam causam usque ad V. solidos iure ipse solo et de X. solidos in antea, iuret cum altero et sit liberi et securi*»–.

En Soria (# 6) el demandado debía aparecer en el medianedo con el bien en litigio para entregarlo al soriano, caso de que finalmente se demostrara su propiedad y si por una razón no lo pudiera entregar debían darse prendas por el doble de su valor durante los tres días siguientes –«*et ille homo de fo[ras] mitat suo auere in antea, uel pignos que ualeant duplum usque ad tercium diem*»[66]–. La contumacia en no acatar el juicio y no devolver el bien perdido acarreaba la pérdida de cualquier posibilidad de apelar la sentencia –«*si non potuerit mittere illo auere in antea uel in presente, cedat de suo iudicio per hoc et non requirat unquam aliquid*»–.

Sobre el importe de las multas públicas e indemnizaciones privadas a satisfacer por quienes han perdido el pleito apenas se menciona en el caso de las reclamaciones de viviendas, tratado en los

[65] LACARRA Y DE MIGUEL, J. M.ª, «Dos documentos interesantes para la historia de Portugal», en *Revista Portuguesa de Historia*, nº 3, 1947, doc. 1.
[66] Vid. también ALCALÁ DE LA SELVA (# 6): «*Et similiter homnes de Alchala sicut habuissent querimoniam ad homines de altera villa firment cum dubous cristianis et ipsos ponant ante judicem quod demandat vel pignora duplata usque in tertium diem*».

fueros de la familia de Sahagún y comentado con anterioridad al hablar de las fianzas. Lara (# 21) por su parte establece que con carácter general las penas pecuniarias han de abonarse conforme a su propio ordenamiento –«*Totum hominem de qualicumque terra demandauerit ad hominem de Lara aliqua calumnia, si alcazauerit illum per iudicium, pectet per suo foro*»–. El posesivo de tercera persona no deja claramente establecido en esta redacción a quien se refiere, si al vecino o al forastero pues ambos están expresamente mencionados en el precepto, e incluso podría plantearse si el fuero al que se refiere es el personal o el territorial. Habría que entenderse que tratándose en todos estos fueros de preceptos de carácter privilegiado el fuero debería ser siempre el de Lara (# 35) que además declara la igualdad de todas sus gentes ante la ley –«*Quantos foro de Lara habent per ista carta respondant*»–.

El derecho a apelar las sentencias dictadas en estos medianedos está reconocido en el fuero de los mozárabes aragoneses de 1126 –«*et si non vobis placuerit illo iuditio et ego fuero in illas terras, quod veniatis ante me*»[67]– y como la posibilidad de que la presencia real por esos parajes pudiera demorarse durante mucho tiempo no se establece plazo ninguno de caducidad –«*et si ego non fuero in illas terras quod habeatis spacium usque ego veniam ad illas terras et habeatis vestros iuditios ante me*»–. Esta opción de la justicia real está presente en otros textos, pero no como un recurso de alzada, ahora hablamos de que una de las partes, forastero en el caso arriacense y vecino en el de Lara, decida que no acepta la autoridad del medianedo y solicita el traslado del caso, ya en primera instancia del caso, a la justicia real[68]. Esta posibilidad tendría un carácter privilegiado y así aparece reconocida

[67] FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, L. J., "Colección de 'fueros menores'…", doc. 10.

[68] GUADALAJARA (# 2): «*Omme que oviere jodizio con omme d'allent sierra et viniere a mandamiento, et aquellos se llamaren a jodizio del Rey, non vayades con ellos allent sierra a demandar al Rey*»; LARA (# 41): «*Qui iudicio habuerit et clamauerit se ad iudice aud ad illo rege, non uadant cum illo de Dorio in antea nec de Pisuerga*».

con cierta asiduidad[69] y su presencia se justifica por las ventajas para estos vecinos de no tener que alejarse de su localidad.

Hemos indicado al principio del trabajo que la celebración del medianedo tenía lugar como indica su propia etimología en un punto medio entre los lugares de residencia de los implicados y como tal neutral, sin que deba entenderse en términos estrictamente matemáticos sino jurisdiccionales pues el lugar donde se parten los alfoces, aunque esté más cercano a una de ellas siempre será un punto medio. Sin embargo, los ejemplos que van jalonando los fueros lo presentan en muchas ocasiones en los aledaños o incluso en el interior de una de esas poblaciones[70] lo que supone una interesante ventaja y como tal era utilizada por el rey como medio de atracción para los nuevos pobladores y por ello su presencia en los instrumentos legales que reconocen su carácter excepcional.

---

[69] Es conocida la rúbrica 67 del fuero madrileño, una recensión de una sentencia dada por Alfonso VII el año 1145 en el «*uado de Humara*» a pocos kilómetros de la villa. Otros ejemplos más genéricos pueden seguirse en VILLADIEGO 4: «*Et homines de Villadiago qui uoluerint ire ad domum regis uadant per suum profectum et qui ire noluerint non uadant per força*»; BELINCHÓN (# 33) «*Et homines de Bellinchon qui ad archiepiscopum uoluerint ire contra christianos habeant moion in Toleto et in Madrid et in Buitrago et quomodo la serra tenet et a Medina et a Molina. Et contra sarrazenos non uadant ad illum*»; UCLES latino (# 28): «*Homines de Uclés qui ad regem habuerint ire ad iudicium contra christianos, habeant moion in Toledo et in Madrid et quomodo taia la sierra usque in Atiença et a Medina. Et contra sarracenis non vadant ad illum*». La edición del fuero de Villadiego en MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Fueros locales…*, doc. 11.

[70] La localización de muchos de estos topónimos puede rastrearse en MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Las comunidades de villa y tierra de la Extremadura castellana: Estudio histórico-geográfico*, Madrid, 1983 y *Pueblos y alfoces burgaleses de la Repoblación*, Valladolid, 1987. Muy interesante es la ayuda que puede prestar la herramienta on-line Iberpix del Instituto Geográfico Nacional.

Una localización de este tipo suponía la no interrupción de sus actividades económicas además un ahorro considerable de los gastos inherentes al desplazamiento de un pequeño séquito[71], pero sobre todo es una ventaja jurídica en la medida en que el vecino puede verse arropado por otros miembros de su comunidad cuya sola presencia serviría de intimidación sobre los oponentes. Una discusión violenta, una resolución confusa y los vecinos podrían entorpecer el normal desenvolvimiento del juicio o molestar en su regreso a los forasteros. No olvidemos que estas eran precisamente las razones que en sus legendarios inicios históricos daban los castellanos para rechazar la justicia de los reyes de León: «*Et después llamáronle el fuero de León. Et los castellanos, que vivían en las montannas de Castiella, fazíeles muy grave de ir a León porque el fuero era muy luengo e el camino era luengo e avían de ir por las montannas e quando allá llegavan asoberviávanlos los leoneses*»[72].

En el fuero latino de Sepúlveda (# 2) el medianedo se celebraba en Ribiella Consegera, paraje que podría identificarse con Las Rivillas[73], junto al arroyo del mismo nombre en la divisoria del término de la comunidad de villa y tierra sepulvedana con sus homónimas de Cuéllar y Fuentidueña. Este precepto debió quedar parcialmente derogado con posterioridad como se refleja en fueros como el de Peñafiel (# 1) donde se detallan con minuciosidad los nueve lugares donde tendrían lugar el medianedo con otras tantas comarcas del reino –«*Sepulvica et Petracia cum toto de Spina Campu ad Santum Joannem*

[71] GORRÍA, E., "El medianedo…", p. 128.

[72] Título preliminar de las *Fazañas* del ms. 431 de la Biblioteca Nacional (ALVARDO PLANAS, J. y OLIVA MANSO G., *Los Fueros de Castilla*, Madrid, 2004, pp. 615-616).

[73] Así lo hace LINAGE CONDE (*El Fuero de Sepúlveda en castellano de hoy, Sepúlveda*, 2004, p. 11) mientras que GONZÁLEZ RUIZ-ZORRILLA ("Los términos antiguos de Sepúlveda", pp. 879y 903-904) lo daba por desconocido aunque sugería que podría localizarse más al sur entre Torre de Val de San Pedro y la cercana calzada romana.

*in Berbite*»[74]–. En Aragón, las gentes de Barbastro también tenían su medianedo «*in sua frontata*»[75], lo mismo que los navarros de Funes, Marcilla y Peñalén–«*ad extremun et ad caput de vestros términos*»[76]–.

En Briviesca (# 14) el medianedo se desplaza hacia el interior del alfoz y además se habilitan varios lugares–«*Ista uero ciuitas habeat suos medianedos, ex una parte in arroio de Valdaço in illa cruce, de altera parte in barrio Felice de Valderoda, et de alia parte in ripa Sancti Thome, et in altera parte in Sancto Adriano de Loma*»–. Sistema que sigue el derecho de Castrojeriz que a pesar de su contrastada antigüedad no recogía originariamente la presencia del medianedo y hubo de esperar hasta la ampliación de Alfonso VII –«*habeatis placidum cum hominibus de fora terra en Valunquera et in Sancti Cucufati et villa Silos et villa de Ajos et Valdemoro, et non transeat supradictos terminos*» (# 24)–. De la misma manera se estructuran los pleitos intermunicipales en Yanguas[77] y en Roa donde además se nos muestra un detalle interesante y cada localización del medianedo va acompañada de un espacio de actuación que viene a corresponderse con los tres grandes territorios del reino: Castilla, León y Extremadura[78].

[74] Un reino que en este caso es el castellano-leonés de Alfonso VII pues entre los múltiples territorios citados nos aparecen León y Portugal, junto a ciudades como Ávila y Segovia cuya repoblación se remonta a finales del siglo XI. Se aprecia aquí una clara interpolación posterior sobre el substrato original de tiempos condales del fuero de Peñafiel.

[75] LEDESMA RUBIO, M.ª L., *Cartas de población…*, doc. 20.

[76] FORTÚN PÉREZ DE CIRIZA, L. J., "Colección de 'fueros menores'…", doc. 7.

[77] Yanguas (# 24): «*Et Medianeti de Anguas sunt primus in illa Losa de Enciso: secundus in colle de rio Massas: tercius in Campo rotundo*».

[78] Roa (# 5): «*Super haec dono eis et concedo habendum medianero cum tota Castella in eo loco quem dicunt Duron, et ex altera parte habeant medianedo in Sancto Marcello, et ex altera parte habeant medianedo in Sancto Juliano cum tota gente quae in Extremadura sunt*» (MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Fueros locales…*, doc. 17).

En Ocaña (# 8) no se designa lugar alguno del término concejil estableciéndose únicamente una distancia mínima de la villa de una milla –«*Et cum qualicumque havuerint medianedo ad uno miliario de Occania*»–. En Sigüenza el medianedo se celebraba en Saniguo o Séñigo[79], una pequeña aldea a unos pocos cientos de metros de la ciudad. Muy cerca también de El Castellar estaba su medianedo «*ad illa turre de illa alhandeca de super Cesaraugusta*»[80] e igual ocurría en el Castillo de Oreja (# 8) donde se celebraban en la ribera del río frente al castillo –«*si quis de populatoribus Aurelie cum aliquo homine, ultra serram uel citra serram morante, toletanis ciuibus exceptis, iudicium habuerit, habeant medianedo in ripa Tagi ante Aurelie castellum*»[81]–.

Otros fueros señalan lugares aún más cercanos: el cementerio –Santo Domingo de Silos[82]– o las puertas de la localidad. Esta segunda localización se encuentra con profusión en ejemplos de Navarra y Aragón, en fueros concedidos cuando ambos reinos compartían un

[79] SIGÜENZA (1140) 13: «*Preterea concedo et dono omnibus sancte marie Segontine hominibus medianedo in illa aldea quam dicunt signiguo cum ceteris terris et cum ceteris gentibus*»; SIGÜENZA (1146, 3): «*Dono in quam illi predictam segontiam in tali modo ut habeat medianetum in saniguo cum omnibus terris sicuti habent homines de illo burgo quod est circa ecclesiam*» (MORÁN MARTÍN, R., "La urdimbre de un Fuero. Sobre el Derecho local de Sigüenza", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2010, vol. extraordinario, docs. 2 y 4.

[80] LEDESMA RUBIO, M.ª L., *Cartas de población*…, doc. 8.

[81] GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A., "Los Fueros de Toledo", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 45, 1975, doc. 8.

[82] SANTO DOMINGO DE SILOS (# 2): «*Medianedo habeant cum omnibus hominibus de aliis villis pro qualicumque causa ad ecclesiam Sancti Petri que sita est in cimiterio Sancti Dominici*» (VIVANCOS GÓMEZ, M. C., *Documentación del monasterio de Santo Domingo de Silos (954-1254)*, Burgos, 1988, doc. 47).

mismo monarca – Aínsa (# 1)[83], Monzón[84], Mozárabes, Marañón (# 1), Calatayud (# 1)–, y que se proyectaron hacia territorios castellanos que estuvieron bajo el control de Alfonso el Batallador o incluso fueron repoblados por él –Belorado (# 14), Soria (## 6 y 26), Medinaceli (# 1)–. Con posterioridad a este reinado aún encontramos este emplazamiento en la villa navarra de Peralta (# 5) y en las castellanas de Lerma (# 2) y Covarrubias (# 8). Totalmente deslocalizada espacialmente está la villa portuguesa de Numão (# 9).

En otro grupo de localidades directamente se obliga a entrar dentro de la ciudad. En algunos casos la forma de indicarlo se hace de forma indirecta: «*... et non exeant inde neque ad medianedum neque ad alium locum*»[85] como ocurre en la Alberguería de Burgos y en otras localidades –Asín, Sahagún (# 27), Los Arcos, San Emeterio (# 21)–; pero también de forma directa como Jaca (# 19) –«*non vadat ad iudicium in nullo loco nisi tantum intus Iacam*»[86]–, Cetina (# 34) –«*Et qui abuerit rancura de homines de Çedina, veniat ibi ad iudice et ad concilio, et faciat illi directo*»[87]– y Borja (# 146), caso especial este última donde también se admite llevar el asunto ante Zaragoza –«*[N]ullus homo de Borgia habet directum facere alii homini pro torto quod faciat illi in alio loco, nisi Borgie aut Cesarauguste*»[88]–, pero no

[83] LACARRA Y DE MIGUEL, J. M.ª, *Documentos para el estudio de la reconquista y repoblación del Valle del Ebro*, Zaragoza, 1983, doc. 152.
[84] Ibíd., doc. 191.
[85] GAMBRA GUTIERREZ, A., *Alfonso VI…*, doc. 82.
[86] UBIETO ARTETA, A., *Jaca: Documentos municipales 971-1269*, Valencia, 1975, doc. 8.
[87] AGUDO ROMERO, M.ª M., "La carta de foro bono de Cetina", en *Aragón en la Edad Media. Estudios de Economía y Sociedad 14-15 (1999)*, ejemplar dedicado a*: Homenaje a la profesora Carmen Orcástegui Gros*, vol. 1, pp. 35-48.
[88] RAMOS LOSCERTALES, J. M.ª, «Textos para el estudio del derecho aragonés en la Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 2, 1925, pp. 520-522.

se comenta bajo qúe circunstancias. Ellos las sabría y por ello no estimaron necesario transcribirlas en el fuero. Más directo aún el fuero de Logroño (# 42) que indicaba expresamente la iglesia juradera «*audeat sua iura in Santa Maria capud ville*»[89].

Aunque aparentemente traspasar las puertas de la villa podría tener un impacto psicológico importante para el forastero, algo así como meterse en las mismas fauces del lobo lo cierto es que jurídicamente tanto vale el interior de la villa como su entorno más inmediato. En ambos casos estaríamos ante un privilegio idéntico para el vecino y de hecho en Miranda de Ebro coinciden ambas localizaciones según vinieran los forasteros de una parte u otra. Así las gentes de la ribera izquierda del Ebro acudían a la iglesia de «*Sanctum Nicholaum de uilla circa pontem*», más conocida como San Nicolás en Allende o actualmente iglesia del Espíritu Santo mientras los del otro lado se personaban en la de «*Sanctum Martinum de Miranda qui est in capite uille*» o San Martín en Aquende situada en el cerro de La Picota en la misma villa.

De la lectura de los párrafos anteriores surge automáticamente una pregunta: ¿qué ocurre cuando colisionan los derechos de dos villas privilegiadas? ¿Dónde se celebra entones el medianedo? ¿Prevalecen los derechos del fuero más antiguo o los del más moderno? Quizás ninguno y hubiera que irse a una tercera villa o a los tribunales reales o se volviera precisamente a celebrarlo en su localización originaria, en la frontera entre los dos municipios colindantes. Esta era la solución que se daba en Belchite donde como norma general se establecía que «*per nulla fediatoria nec per debito neque per nulla causa non faciat ad nullo homine directo nisi in Belçit*»[90], pero cuando chocaban los intereses de sus vecinos con los sorianos se volvía al sistema antiguo –«*Et inter illos et Soria per illorum plectos ueniant ad medianeto*»–.

[89] GAMBRA GUTIERREZ, A., *Alfonso VI…*, doc. 134.
[90] LEDESMA RUBIO, M.ª L., *Cartas de población*…, doc. 30.

Respuesta diferente era la que daba Nájera (# 58), donde se partía de la posición del vecino en el litigio. Si actuaba como demandante el juicio se celebraba a las puertas del puente –«*Et si aliquis homo de foris de Nagera demandauerit ad hominem de Nagara aliquam rem, non debet exire ad medianetum, nisi ad portas de illo ponte*»[91]–; mientras que si el demandante era el forastero entonces se abría un amplísimo abanico de más de una decena de lugares en función de su lugar de procedencia[92]

Este modelo, podríamos llamar tradicional, de medianedo se ve poco a poco superado en las tierras castellanas al sur del Duero. No quedaba otra, una vez constatada la imposibilidad de que la justicia diera un veredicto justo o que al menos las partes se pusieran de acuerdo por sí mismas. A ello se une la necesidad de articular un sistema para modular los privilegios encontrados, cuestión apenas tratado como se ha visto. En estas nuevas tierras con una escasa o nula tradición jurídica, en el caso de las de nueva creación, se podía actuar más fácilmente que al norte del Duero donde perduraba un medianedo de raigambre más antigua. No va a quedar otra solución que desplazar el medianedo que ya no se va celebrar en ninguna de las villas implicadas ni tampoco en la frontera de ambas sino en un terreno completamente neutral. Cambia así completamente de naturaleza del precepto que regulaba este asunto,

[91] GAMBRA GUTIERREZ, A., *Alfonso VI…*, doc. 41.

[92] NÁJERA (# 67): «*Et habet plebs de Nagera medianetum cum hominibus de Chemelio usque in Bannos in Petra Cidadera, et de Petra Cidadera et de Bannos ad sursum usque in caminum in Sancti Martini de Çaharra, et de camino ad sursum cum illis de valle in Sancti Cirici de Maçanales, et cum illis de Trascollado in Genestaça, et cum illis de valle de Canalibus in Lacunella, et cum illis de quinque villis in Sancta Columba de Anguidanos, et cum illis de Camero nouo usque in Gusto in Sancta Columba de Veçares, et de Gusto ad sursum usque in Ebrum in Uentosa, et cum illis de ultra Ebrum usque in Asam in Munella, et de Asa usque in Paganos in Origosilla, et de Paganos ad sursum, et cum illis de la subserra in Ebriones. Et isti supradicti sunt termini de Nagera propter Munellam que est medianetum*».

que de ser tratado como un privilegio pasa a ser una simple norma de ordenación de la planta judicial.

El cambio surge en Toledo (1118) y se continúa en Escalona (1130), Guadalajara (1133) y Lara (1135). En estas villas el medianedo se sitúa en una tercera localidad y serán los alcaldes de la misma quienes actúen como árbitros. Al carecer de vínculos con las partes se les supone una actuación sin presiones que garantiza una solución ecuánime al litigio presentado. En la ciudad más norteña, Lara (# 43) se recogen tres villas cada una con su propia área de actuación de dimensiones bastantes importantes. En Roa se reunían «*cum homines Destremadura de iuso*», que se podrían identificar con las gentes de las actuales provincias de Segovia, Ávila y sur de Burgos; en la Fuente del Rey en las cercanías del río Lobos «*cum homines Destremadura de suso*», que serían los sorianos y alcarreños; y en Torre de Mezemalo «*cum alteras terras totas*», con los residentes en Burgos y La Rioja. El sistema es el mismo que en Yanguas y Roa, con la sustancial diferencia de que en estas dos villas los medianedos pueden situarse en sus términos.

Según el fuero de Toledo (1118, 21) los juicios con las gentes «*qui ultra serram sunt*» debía ventilarse en Calatalifa. De la misma manera los habitantes de Escalona (# 11)[93] harían lo propio en Alfamín, y los de Guadalajara (# 1a) acudían hasta Talamanca si se enfrentaban con gentes de «*allent sierra*», los actuales segovianos, mientras que Hita era el lugar elegido para pleitear con los sorianos de San Esteban y de Berlanga. Ya avanzado el siglo XIII tenemos un último ejemplo en el fuero de Córdoba, las localidades al norte del Tajo irían a Ferral, villa por ahora desconocida, las sureñas tendrían el medianedo en Gafet, actual Belarcázal, villa sita en la serranía cordobesa[94].

[93] GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A., "Los Fueros de Toledo", doc. 5.

[94] Córdoba (# 19): «*Sic quoque et illi qui ultra portum sunt, si aliquod iudicium habuerint cum aliquo Cordubensi, quod ueniant ad medianetum ad Ferral a Toleto et supra, et ad Gafet a Toleto in infra, et ibi se iudicent cum eo*».

Nos queda una duda y es cómo se resolverían los pleitos intermunicipales entre estas villas y ciudades al sur de la Cordillera Central. En Toledo (1118, 1) «*omnia iudicia eorum, secundum Librum iudicum sint iudicata coram decem ex nobilissimis et sapientissimis illorum, qui sedeant semper cum iudice civitatis ad examinanda iudicia populorum*»[95]. La influencia regia, personificada en el juez de la ciudad y sus auxiliares, acompañada del uso de un texto de inmenso prestigio como el *Liber Iudiciorum* venían a ser garantes de la imparcialidad buscada y de ahí la excepción hacia los toledanos que hemos constatado poco antes en el texto de Castillo de Oreja (# 8). Guadalajara no nos dice nada al respecto, pero en cambio nos plantea otro problema que resuelve de la manera más tradicional. Así se establece que a medida que progrese la Reconquista y nuevas tierras pasen a la jurisdicción del rey de Castilla-León, las autoridades de ambos concejos deberían reunirse y establecer el lugar donde celebrarían el medianedo –«*Si verdadera mientre el poderoso Dios nos diere fuerca et vitoria sobre los moros, que podamos prender el otra estremadura en adelant, diziendo afirmamos que vos et ellos departades mediane de tierra por mar*» (# 17)–.

Los siguientes textos que tratan la cuestión pueden considerarse en cierta manera como continuadores del fuero arriacense pues corresponden a localidades conquenses, a esa «*extremadura en adelant*» que se presuponía podía ser retomada en un futuro inmediato. Además, si incluyen algún precepto dedicado al medianedo lo hacen partiendo de la misma pregunta que en Guadalajara, ¿cómo resolver futuros conflictos? Ahora lo hacen a través del planteamiento de un caso particular: el del vecino de Belinchón o de Uclés que se desplaza a nuevas tierras, recién conquistadas, sitúa allí su residencia, pero conservando tierras en estas localidades. En este nuevo contexto cómo arregla sus diferencias con sus antiguos vecinos y aquí ambas villas ofrecen respuestas diferentes. Belinchón (# 23) opta por el acuerdo

[95] GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A., "Los Fueros de Toledo", doc. 10.

entre las partes «*habeant suo medianedo cum illo ubi pacto ficierint*» mientras Uclés latino (# 21) dictamina que la reunión se celebrará en los límites entre ambas villas –«*habeant medianedo cum illis ubi disperserint terram*»–.

Respecto de los pleitos con villas más al norte Belinchón no dice nada lo que sí hace el fuero latino de Uclés (# 35) aplicando la norma general de señalar unos espacios definidos y una tercera villa cuyas autoridades será las encargadas de juzgar los pleitos –«*Et vestros medianedos: de Talavera a Toledo, in Madrid; de Avila a Pedraza, medianedo in Alfariella; de Sepulvega a Aellon, de Fita a Talamanca, medianedo in Almoguera; de Caracena a Cesaraugusta, medianedo in Opte; de Opte medianedo in Alcaraz*»–. Si ponemos todos estos medianedos en un mapa podemos corroborar algunos principios ya señalados anteriormente. En el caso de conflictos con las localidades del valle del Tajo se busca un medianedo que quede más o menos a medio camino de ambas y lo suficientemente lejano para que se reduzcan las probabilidades de encontrar lazos familiares entre las partes y algunos de los encargados de juzgar el pleito. Si las villas se localizan en el valle de Duero se obliga a sus gentes a cruzar las montañas y desplazarse hacia el sur.

Esta ventaja hay que asociarla también al desplazamiento gradual de la frontera y a las necesidades militares que obligan a la presencia efectiva de los vecinos que no deben alejarse en demasía de su localidad. Necesidades militares y eficiencia jurídica, con un toque de privilegio para las villas de frontera, nos lleva a pensar en la influencia real. El monarca es consciente de las complicaciones inherentes a que cada villa se relacione individualmente con la miríada de poblaciones que conforman sus dominios, pero tampoco puede establecer una estructura propia con unos distritos definidos con su dotación correspondiente de personal a donde hubieran de acudir sus naturales. Como mucho puede, sin inmiscuirse en demasía en la autonomía local, fomentar que villas y ciudades establezcan sus propios distritos

mediante acuerdos multilaterales. Si tomamos como ejemplo una de las expresiones de esta rúbrica ocilense: «*de Avila a Pedraza, medianedo in Alfariella*», supondría que habría que incluir también a las localidades intermedias como Arévalo, Medina, Coca, Íscar, Portillo, Cuellar y Segovia, además de algunos territorios de señorío de la Orden de San Juan y de los obispados de Ávila y Segovia. No podemos pensar en acuerdos bilaterales de Uclés con todas y cada una de las villas y ciudades y otro con Alfarilla para que se hiciera cargo de sus pleitos, hay que pensar en un acuerdo entre todas estas villas y ello solo podría haberse llevado a cabo en una junta general de concejos. Hablamos de junta general y no de juntas parciales con las poblaciones integradas en cada uno de los distritos con los que se relaciona Uclés, lo que nos lleva a su vez a pensar que todos estos distritos ocilense se solaparían a su vez con los correspondientes a otras localidades, de modo que habría que pensar en una inmensa red de relaciones cruzadas con el objetivo de garantizar la imparcialidad de los pleitos intermunicipales que acaban así en manos de una tercera villa neutral.

La existencia de estas villas-árbitro nos puede ayudar a comprender mejor el trasvase de derecho local de un fuero a otro. Cada reunión se convierte en una oportunidad para conocer los usos y costumbres de otros lugares a través de las alegaciones del otro litigante, pero sobre todo por medio de la resolución final que van a dar estos alcaldes foráneos libres en su dictamen. Aquí podría radicar el origen de las estrechas similitudes que se dan entre algunos preceptos de los fueros de Madrid y Uclés[96]. Según el fuero latino ocilense los oficiales de justicia madrileños actuaban como árbitros en sus litigios con las gentes de la comarca comprendida entre Talavera y Toledo por lo que estos preceptos afines podrán haberse transmitido en estas reuniones. No obstante, nos es desconocido el sentido de estos flujos de información. Podría referirse a derecho madrileño que ha llegado hasta

[96] GROSS, G., "El Fuero de Uclés, documento de mediados del siglo XII", en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, nº 188-1, 1991, pp. 130-134.

Uclés en virtud de la mencionada independencia judicial, pero también ser derecho ocilense que los alcaldes madrileños han estimado adecuado al caso y acabó arraigando en Madrid; o, incluso, derecho de la otra villa en litigio que por su idoneidad ha pasado a Madrid y a Uclés. Rizando el rizo, podríamos pensar en que el derecho aplicado por Madrid procediera de una cuarta villa que pleiteó con anterioridad aplicándose ahora y transmitiéndose fuera de su ámbito primitivo.

***

En las páginas anteriores hemos pasado revista a una institución como la del medianedo, compleja y cambiante que lejos de ser un referente de imparcialidad es utilizada como uno más de la cesta de privilegios con los que la monarquía pretende agradecer los servicios pasados o futuros de una localidad. Estas ventajas actuaban en un doble sentidos, entorpeciendo la actuación de los forasteros cuando estos actuaban como litigantes y protegiendo al vecino cuando ejercía como tal. Su uso indiscriminado acabó por generar problemas constantes en lo que respecta al lugar de celebración, al procedimiento a seguir y al derecho a aplicar. Esta situación siempre tensa, unas veces por el favoritismo hacia ciertas poblaciones[97] y otras por confluencia de

[97] Se llega incluso al cambio de residencia como maniobra defensiva por parte de los forasteros litigantes que buscaban un enfrentamiento judicial en igualdad de condiciones. La habitualidad de este recurso desesperado llevó a su vez a que algunos textos introduzcan cláusulas para eliminar esta posibilidad. En Peralta (# 13) se rechazaban sus pretensiones desde un primer momento y solo tras la finalización del pleito se retomaba su pretensión –«*Et si pignorauerit homine de Petralta ad suo marchero et suo marchero venerit post sua pignora et quesierit se facere nostro vicino, primum compleat suo judicio et postea intret vicino*»–. En cambio, en Marañón (# 3) se le admitía como vecino pero con carácter inmediato debía trasladarse a su antiguo concejo mientras duraba el litigio –«*Et, si super ista pignoram uenerit et fecerit se uicino in Maraione, exiat foras et respondeat de foras ad homine de Maraione…*»–.

privilegios se intentó superar con la implantación, muchas veces paralela, de una alternativa en forma de terceras villas que actuaban como árbitros en los pleitos intermunicipales.

Por el contrario, no tenía razón de ser esta institución cuando las villas afectadas por la situación se regían por el mismo fuero. Aquí ya no se navegaba entre las procelosas aguas de dos derechos con privilegios encontrados sino aplicar unas mismas leyes. Se ve en el fuero de Sigüenza (1140, 9), villa poblada en buena medida con gentes procedentes de la vecina Medinaceli lo que crea una intrincada red de relaciones familiares y de vecindad y una transferencia foral de un sitio a otro –«*Omnes alios foros tales eisdem sancte Marie populatoribus concedo habendos quales habent illi qui in medina celim morantur et ibi sunt populati*»–. En esta tesitura los pleitos entre segontinos y medinenses se tratan como locales[98]. Solución que se repite en el caso de Alcubilla, villa cuya jurisdicción comparten el obispo de Sigüenza y el concejo de Medinaceli[99]. Seis años después se repite todo lo anterior con motivo del cambio entre Alfonso VII y el obispo por el que este recibe el castillo de Sigüenza a cambio de diversas posesiones en

[98] SIGÜENZA (1140, 10): «*Si vero homines de Medina celim de aliquo homine sante Marie Segontine rencuram habuerint veniant ad sanctam mariam et cum saione ejusdem ville ipsum de quo rencuram habuerint pignorent nec tamen ea pignora Medina [Segontia] deferant sed in domo cujusdam sui vicini diligenter reponant et ibi secumdum forum medine judicium habeant et sibi invicem satisfaciant*»; SIGÜENZA (1140, 11): «*Similiter homines sancte Marie si de aliquo homine de medina celim rancuram habuerint vadant ad medinam et cum saione ejusdem ville ipsum de quo rencurantes fuerint pignorent nec tamen ea pignora ad sanctam mariam deferant sed in domo cujusdam vicini diligenter reponant et tunc ibidem secundum forum medine judicium habeant et sibi invicem satisfaciant*».

[99] ALCUBILLA (# 5): «*Et homo de medina qui rencuram habuerit de homine de sancta maria vadat ibi et cum ipso saione pignoret suo conteessero et tale judicio dent illi et tale forum sicut in medina et homo de sancta maria similiter faciat in medina*» (MORÁN MARTÍN, R., "La urdimbre de un Fuero…", doc. 3).

Caracena y Alcubilla[100]. Los dos núcleos poblacionales, el situado en torno a la catedral y el que rodea el castillo van a formar un nuevo concejo por lo que se transfiere el derecho de la Sigüenza catedralicia al nuevo barrio estableciéndose el medianedo en Saniguo «*cum omnibus terris*» (1146, 3) a la vez que se mantiene la situación con las gentes de Medinaceli «*neque habeant medianetum cum illa sed habeant tale forum quale habent illi qui in medina sunt*» (1146, 5).

[100] Una aproximación a la evolución de esta villa puede consultarse en MARTÍNEZ TABOADA, P., "Inicios de la transformación urbanística en la Alcarria: La repoblación", en *Wad-al-Hayara: Revista de estudios de Guadalajara*, nº 12, 1985, pp. 60-61.

# UN EJEMPLO DE LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA EN EL SIGLO XVIII: EL DECRETO DE PREVENCIÓN DE 1740[1]

**Erika Prado Rubio y Leandro Martínez Peñas**
**Universidad Rey Juan Carlos**

## 1.- La peste del año 40

En el verano de 1740, la peste hizo estragos en la ciudad de Argel, como si de la novela de Albert Camus se tratara. Irónicamente, fueron franceses los responsables de que la plaga llegara hasta la costa argelina, ya que la enfermedad llegó a bordo de un navío galo, que había efectuado una escala previa en el puerto egipcio de Alejandría, donde se contagió de la enfermedad. Al tiempo que la epidemia viajaba hacia el oeste a bordo del navío, la epidemia hacía estragos en el este, hasta

[1] El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto DER2013-42039-P, cuyo título es "Evolución de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control politico-religioso, de seguridad y de orden público", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en la Convocatoria 2013 de Proyectos de I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia. Igualmente, su elaboración ha sido posible gracias al Proyecto PEJD-2016-HUM-3097, concedido por la Comunidad de Madrid.

el punto de que a España llegaban noticias de los daños que estaba causando en el transitado puerto de Esmirna y las islas del Egeo[2]. De hecho, otro documento español sobre la cuestión situaba el inicio de la epidemia no en Egipto, sino en la propia Esmirna, aunque no variaba el vehículo de su transmisión a Occidente: una fragata francesa "la cual fue admitida sin precaución alguna, sin embargo de ir contagiada"[3]. Se cumplía así el patrón habitual hasta el siglo XIX, que había convertido al transporte marítimo en la principal vía de difusión de las enfermedades a lo largo de las costas del Mediterráneo[4].

Como no podía ser de otra manera, la noticia alarmó profundamente a las autoridades españolas. De inmediato, la Junta de Sanidad tomó medidas para impedir que la mecha de la enfermedad prendiera en territorio español[5], comenzando por la parte del territorio nacional más próximo al foco de la infección, Mallorca. De este modo, el 13 de julio de 1740 la Suprema Junta de Sanidad publicaba unas instrucciones, dirigidas tanto al capitán general como a la audiencia de

[2] "*Hallándose el Rey con seguros avisos, que la Peste introducida en Argel por la Embarcación Francesa, que a dicha Plaza arribó, procedente de Alejandría, no solo continúa, pero que también se experimentan cada día mayores efectos de sus contagios; y habiéndose asimismo sabido, que en Esmirna, y en muchas Islas del Archipiélago se padece el mismo mal*" (AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 2).

[3] Colección de providencias sobre sanidad hecha de orden de la Suprema Junta, vol. I, p. 17.

[4] OCAÑA QUEVADO, L., "El lazareto de Mahón", en *Med. Segur. Trab.*, vol LIII, nº 207, 2007, p. 63.

[5] Debe tenerse en cuenta que, en las primeras décadas del siglo XVIII, la sanidad pública se entendía como la protección de la población frente a las epidemias potencialmente catastróficas, más que en la cotidianeidad (RODRÍGUEZ OCAÑA, E., y MARTÍNEZ NAVARRO, F., *Salud pública en España. Desde la Edad Media al siglo XXI*. Sevilla, 2012, p. 23).

Mallorca, indicando a ambas instituciones las medidas a tomar para evitar que la peste saltara al archipiélago[6].

Sin embargo, a medida que los meses de estío avanzaban sin que la epidemia remitiera en Argel, las autoridades sanitarias españolas consideraron necesario ampliar las medidas y, sobre todo, el ámbito geográfico de aplicación de las mismas. El 5 de agosto de 1740, la Suprema Junta de Sanidad emitía una instrucción para la Junta de Sanidad de Cádiz, a fin de que tomara medidas que impidieran la llegada de la peste a la ciudad[7].

Aún así, la preocupación persistió, lo que llevó al oficio de octubre de 1740. Este documento es fruto de la revisión de las medidas tomadas hasta ese momento para contener la peste, una revisión ordenada en persona por el rey Felipe V, y responde a una larga tradición borbónica de preocupación por las cuestiones sanitarias, cuya primera manifestación legal en el España fue la *Instrucción* de Patiño, publicada en 1717[8]. Además de lo realizado en España, el monarca ordenó que se revisaran las informaciones procedentes tanto del reino de Nápoles, decretando que se consultara a los cónsules destacados en el reino de la Italia meridional:

---

[6] *Colección de providencias sobre sanidad hecha de orden de la Suprema Junta*, vol. I, pp. 16-17 y vol. II, p. 1-10.

[7] Colección de providencias sobre sanidad hecha de orden de la Suprema Junta, vol. I, p. 17 y vol. II pp. 11-18.

[8] CALBET, CAMARASA, J. M., *Legislación sanitaria marítima en Cataluña, 1717-1752*. Barcelona, 1998, p. 16. Sobre Patiño, la obra de referencia es PÉREZ FERNÁNDEZ-TURÉGANO, C., *Patiño y las reformas de la Administración en el reinado de Felipe V*. Madrid, 2016. El siglo XVIII fue un momento clave en cuanto a la preocupación por la sanidad y la salud: medidas legistalitvas, creación de instituciones, reformas en el ámbito urbano, preocupación por la higiene… (RODRÍGUEZ OCAÑA, E., y MARTÍNEZ NAVARRO, F., *Salud pública en España. Desde la Edad Media al siglo XXI*. Sevilla, 2012, p. 22).

> "*Ha mandado su Majestad, que subsistiendo las providencias hasta aquí tomadas por la Junta de Sanidad y comunicadas generalmente a las Justicias de los Puertos de estos Reinos, para el resguardo de la pública salud, se examinen, y reconozca en ellas los bandos últimamente publicados, en el Reino de Nápoles, y las recientes noticias participadas por los Cónsules de su Majestad, que residen en los Puertos de Italia*"[9]

El objetivo era, partiendo del informe que elaboró la Suprema Junta, emitir unas nuevas instrucciones, bajo la forma de edicto. En esa labor puede verse con claridad la naturaleza consultiva de la Junta, que, acertadamente, ha sido definida como "un cuerpo de carácter consultivo compuesto por miembros del Consejo de Castilla, que ejercía funciones ejecutivas y directivas en materias referentes a la Salud Pública; órgano administrativo-judicial de carácter general, cuyos «Autos» consensuados fueron considerados como leyes, y por ello organismo creador o Fuente de Derecho"[10]. Sin embargo, la disposición de 1740 no es un auto publicado por la Junta, sino un decreto que emana directamente de la Corona, un verdadero acto del rey sin intervención de instituciones intermedias en la promulgación. Quizá eso explique la gravedad de las penas que se asocian al incumplimiento de lo contenido en el edicto, que incluían -como era habitual en los delitos de lesa majestad. la "pena irremisible de la vida"[11].

Otro de los elementos que pueden explicar la gravedad de las penas asociadas al incumplimiento del decreto era la tendencia de las autoridades locales a no imponer en todo su rigor el cumplimiento de

[9] AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 2

[10] VARELA PERIS, F., "El papel de la Junta Suprema de Sanidad en la política sanitaria española del siglo XVIII", en *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus*, nº 18, 1998, p. 326.

[11] AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 2.

las normativas sobre barreras y cuarentenas, dados los perjuicios económicos que generaban y que, sobre todo si se combinaban ambas, podían conducir a que la localidad quedara aislada, librada a sus propios recursos o condenada a subsistir de la ayuda que pudiera hacerle llegar el no siempre eficaz gobierno central de la monarquía[12]. Afrontar la pena de muerte por violar las normas de cuarentena era, sin duda, un modo eficaz de disuadir a potenciales transgresores.

La de 1740 fue tan solo una más entre las pestilencias que azotaron el Mediterráneo a lo largo del siglo XVIII. Fue una de estas epidemias[13], la originada en Marsella en 1720 -la última gran epidemia de peste que sufrió Europa[14]-, la que impulsó a la monarquía española a crear la Suprema Junta de Sanidad, denominada en ocasiones como "tribunal privativo de la peste"[15], para combatir la propagación de las plagas:

[12] CABALLERO PONCE, F., "Las dificultades para cumplir la cuarentena en Murcia durante la peste de 1648", en *Revista Historia Autónoma*, 9 (2016), p. 53.

[13] Por supuesto, las epidemias no terminaron con el siglo de las Luces, y llegaron incluso a desempeñar un importante papel en algunos de los acontecimientos clave del siglo XIX español, como es el caso de las Cortes constituyentes gaditanas, cuestión abordada en HERNÁNDEZ VILLALBA, Mª. J., "La Sanidad Pública y la influencia de la fiebre amarilla en torno al debate constitucional de 1812", *Revista de Historiografía*, nº 20, 2014, pp. 59-73. También en PESET, M., y PESET, J. L., *Muerte en España: política y sociedad entre la peste y el cólera.* Madrid, 1972.

[14] CALBET, CAMARASA, J. M., *Legislación sanitaria marítima en Cataluña, 1717-1752*. Barcelona, 1998, p. 11. Un trabajo específico sobre esta epidemia en PESET, M., PESET, J. L., y MANCEBO, P., "Temores y defensa de España frente a la peste de Marsella de 1720", en *Asclepio*, nº 23, 1971, pp. 131-189.

[15] RODRÍGUEZ OCAÑA, E., y MARTÍNEZ NAVARRO, F., *Salud pública en España. Desde la Edad Media al siglo XXI*. Sevilla, 2012, p. 24.

> "*En España, como reino confinante con el de Francia, se hacían mucho más precisas que en otras partes estas precauciones, y con efecto se tomaron por el Consejo todas las que en aquellas circunstancias dictó la prudencia humana, y se logró por medio de ellas liberar a estos reinos de tan temible calamidad. pero como los asuntos de sanidad con motivo de la expresada peste de Marsella eran muchos, y ocupaban todo el consejo con notable perjuicio del curso regular de los demás negocios, el excelentístimo señor Marqués de Miraval, gobernador que a la sazón era del Consejo, representó al señor don Felipe V en 15 de diciembre de 1720 los expresados perjuicios y que para evitarlos le parecía conveniente que Su Majestad nombrara cuatro ministros del Consejo que junto con Su Excelencia despachasen los asuntos de sanidad. Su Majestad se conformó con lo represetado por el señor marqués y le mandó que propusiese cuatro ministros*"[16].

Por ello, era lógico que fuera la Suprema Junta de Sanidad el órgano encargado de evaluar las medidas a tomar para evitar la propagación de la epidemia de 1740.

## 2.- El decreto de 1740

La medida clave del decreto de 1740 era la prohibición de que accedieran a cualquier puerto ubicado en los dominios del rey de España navíos de cualquier tipo procedentes de tres lugares específicos: Argel, Alejandría y Esmirna, prohibición que se extendía de forma

[16] *Colección de providencias sobre sanidad hecha de orden de la Suprema Junta*, vol. I, p. 3.

genérica a las islas del Egeo[17]. Se trataba, por tanto, de impedir que la enfermedad viajara desde el Mediterráneo Oriental, donde se había generado, hasta las costas españolas[18]. Las cuarentenas marítimas y su equivalente terrestres, las llamadas "barreras" eran consideradas el único remedio eficaz para impedir la expansión de las enfermedades[19], por lo que no es de extrañar que el decreto de 1740 se centrara en la primera de estas medidas, a la que se recurría sistemáticamente antes que a cualquier otra[20].

La responsabilidad de hacer cumplir esta prohibición quedaba en manos de las autoridades que ejercían su jurisdicción sobre cada tramo de costa española:

> "*Y porque alguna de dichas Embarcaciones podrá acercarse a las Playas, Ensenadas, Caletas y demás surgideros de nuestras costas, los Capitanes Generales, Comandantes, Gobernadores, y demás Cabos de los*

[17] Las relaciones entre la monarquía hispánica y la orilla sur del Mare Nostrum no fueron sencillas a lo largo del siglo XVIII; a modo de ejemplo, puede verse FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "La guerra justa y la declaración de guerra a Marruecos de 1774", en *Norba. Revista de Historia*, nº 27, 2017.

[18] El Levante distaba de ser el único origen de epidemias. así, por ejemplo, la devastadora epidemia de fiebre amarilla que mató a veinte personas diarias en la ciudad durante buena parte del periodo constituyente tuvo su origen, según se cree, en la Habana y Veracruz, y llegó a España a través de buques procedentes de esos puertos que habían escapado al control sanitario de las autoridades efectuando paradas intermedias en puertos de los Estados Unidos (HERNÁNDEZ VILLALBA, Mª. J., "La Sanidad Pública y la influencia de la fiebre amarilla en torno al debate constitucional de 1812", *Revista de Historiografía*, nº 20, 2014, p. 64).

[19] CALBET, CAMARASA, J. M., *Legislación sanitaria marítima en Cataluña, 1717-1752*. Barcelona, 1998, p. 10.

[20] CABALLERO PONCE, F., "Las dificultades para cumplir la cuarentena en Murcia durante la peste de 1648", en *Revista Historia Autónoma*, 9 (2016), p. 52.

> *Puertos Marítimos deberán celar esta importancia en sus respectivas jurisdicciones, a efecto de prohibir el que entren, ni se arrimen a la tierra Embarcaciones mayores, ni menores, ya sean de Naturales o Extranjeros: como asimismo el que echen, y desembarquen gente, frutos, mercaderías, ni otros géneros con ningún pretexto, haciéndolos retirar la Mar afuera, disparando sobre ellos en caso necesario*"[21].

Si no se lograba impedir el desembarco de los hombres o las mercancías provenientes de esos puertos, las autoridades debían contenerles en el lugar donde los hallaran, poniendo cuidado en no tener contacto físico "ni tocar en los géneros, o mercaderías que hubieren desembarcado"[22]. De inmediato, la autoridad debía notificar la ubicación de los sujetos al comandante de la plaza más cercana, con lo que la responsabilidad de mantenerlos aislados pasaba a manos de las autoridades militares, a quienes también correspondía informar a la Junta Suprema de Madrid del hecho, debiendo aguardar, sin realizar

[21] AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 3. No es de extrañar la mención a los objetos, pues se creía que incluso el correo podía servir para difundir los "miasmas" de una epidemia (CALBET CAMARASA, J. M., *Legislación sanitaria marítima en Cataluña, 1717-1752*. Barcelona, 1998, p. 10).

[22] AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 3. Los géneros del Levante eran los más controlados, hasta el punto de que el 4 de junio de 1728 la Suprema Junta de Sanidad estableció que el único algodón, uno de los principales productos que navegaban a Occidente desde Egipto, que se admitiera en los puertos españoles fuera el procedente de la isla de Malta, a fin de evitar contagios (VARELA PERIS, F., "El papel de la Junta Suprema de Sanidad en la política sanitaria española del siglo XVIII", en *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus*, nº 18, 1998, P. 322)

más iniciativa sobre la cuestión, a que el órgano central el que determinara como proceder a continuación[23].

La prohibición de acceder al reino de España era absoluta para los navíos que procediesen de Argel, Esmirna, Alejandría y las islas del Egeo, pero también existía una limitación al acceso de las embarcaciones, cualesquiera fuera su tamaño y porte, procedentes -o que hubieran efectuado paradas- en la isla de Tabarca, en Gibraltar y en el puerto de Mahón. Estas embarcaciones debían ser sometidas a una inspección detallada de sus patentes Sanidad, que se clasificaban en tres categorías: limpias, sucias -cuando provenían de puertos afectados por la epidemia- o sospechosas, "aquellas que provenían de un país cuyo estado sanitario era dudoso, las de países que habían mantenido contacto con naciones contagiadas y que se hubieran comunicado con personas o cosas sospechosas de contagio"[24]. Estas patentes permitían rastrear el origen geográfico tanto de las personas embarcadas en un navío como de las mercancías que transportaba[25]. Si de esa revisión se desprendía algún tipo de sospecha de que la embarcación pudiera estar infectada, se le prohibía de forma taxativa la entrada. Aún si no hubiera sospecha, la embarcación debía someterse a un periodo de cuarentena que garantizara que el navío estaba libre de enfermedad antes de permitírsele el acceso a un puerto.

[23] "…dando cuenta luego al Comandante de la Plaza inmediata, a fin que por este se dé a la Junta establecida en la Capital de aquella inmediación, con información del suceso, y sus circunstancias, esperando su resolución, sin innovar esta providencia, hasta que se le comunique por la misma la conveniente" (AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 3).

[24] GÓMEZ DÍAZ, D., y GÓMEZ DÍAZ, Mª. J., "Almería ante el contagio: la práctica sanitaria del siglo XVIII", en *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus.* 2003, nº 23, p. 227.

[25] RODRÍGUEZ OCAÑA, E., y MARTÍNEZ NAVARRO, F., *Salud pública en España. Desde la Edad Media al siglo XXI*. Sevilla, 2012, p. 23.

El decreto ordenaba que también se prestara atención a las mercancías que navíos no procedentes de esos puertos pudieran haber adquirido del comercio, intercambio o apresamiento en alta mar de navíos que sí hubieran tocado esos puertos. El objetivo, lógicamente, era impedir que géneros infectados pudieran entrar a los puertos españoles por esta vía indirecta, no tan improbable como pudiera parecer, ya que no cabe olvidar que España se encontraba en guerra con Inglaterra, por lo que no eran extraño que se apresaran, en virtud de las leyes de corso y guerra naval, cargamentos de buques que navegaban bajo bandera enemigo o incluso de buques neutrales que transportaran bienes consignados a sociedades ubicadas en la nación adversaria. cualquier buque que hubiera aprehendido o adquirido este tipo de mercancías se veía obligado, igualmente a someterse una cuarentena[26]. Este era el mejor de los casos posibles, porque si de la revisión de la documentación se encontraba "alguna fundada y grave presunción de que dichos géneros puedas ser de las referidas Plazas en que hay Peste, se mandarán salir con toda la carga, sin admitirlos a la plática[27], ni a la cuarentena, y siempre que se reconozca poderse admitir a esta, se de cuenta a la Junta de la Capital inmediata, con remisión de las diligencias practicadas, y no se les de plática antes de recibirle la resolución, que la Junta tomare sobre ello"[28].

[26] De este tipo de interacciones entre navíos en alta mar quedaba constancia a través de los registros de Visitas, en los que cada barco debía consignar las naves con las que interactuaba en mar abierto (AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 4).

[27] La admisión a plática era la terminología utilizada para referirse a la concesión de libre acceso al puerto para la embarcación en cuestión (GÓMEZ DÍAZ, D., y GÓMEZ DÍAZ, Mª. J., "Almería ante el contagio: la práctica sanitaria del siglo XVIII", en *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus.* 2003, nº 23, p. 21).

[28] AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 4.

Lo cierto es que las provisiones del decreto de 1740 no se apartaban de las tomadas habitualmente en las mismas circunstancias, tanto por las autoridades centrales[29], encarnadas por la Suprema Junta de Sanidad, como por las autoridades locales, como puede desprenderse del edicto dado por las autoridades catalanas con relación a la peste de 1720:

> "*La absoluta prohibición y repulsa en el comercio de géneros y personas de cualquier reino que viniesen de Marsella o hubiesen tocado en ella o sus cercanías, a diez leguas en su contorno, no dándoles plática, ni admitiéndolas a ellas, ni a las embarcaciones*"[30].

La labor de inspeccionar los navíos que llegaban a los puertos era puesta en manos de la Diputación de Sanidad, órgano existente en todos los puertos de la monarquía, que debían revisar todos y cada uno de los navíos que llegaran a ellos, ya fuera de Levante o de cualquier otro lugar. A los miembros de esta diputación les reforzaba el Real Decreto con un médico y un cirujano, para inspeccionar a los pasajeros y sus equipajes, y de un escribano que registrara adecuadamente todo el

[29] La asunción de las competencias relativas a sanidad por la administración central tiene una larga trayectoria histórica en la monarquía hispánica. Desde inicios de la Edad Moderna han existidos órganos centralizados con competencias en materia sanitaria, comenzando por las magistraturas de sanidad de la Italia septentrional, surgidas en el siglo XV (CORTÉS VERDAGUER, J. Mª. J., "Notas sobre la sanidad marítima mallorquina en el siglo XVIII", en *BSAL*, nº 57, 2001, p. 163). En España puede mencionarse el Tribunal del Protomedicato, sobre el cual pueden verse los trabajos de la profesora Campos Díaz, en especial CAMPOS DÍAZ, Mª. S., "El Protomedicato en la administración central de la Monarquía Hispánica", en *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Rlus.* nº 16, 1996.

[30] Citado en CALBET, CAMARASA, J. M., *Legislación sanitaria marítima en Cataluña, 1717-1752*. Barcelona, 1998, p. 22.

proceso. Uno de los documentos clave que se revisaban eran las patentes de salud, donde constaban los datos sobre el estado de cada viajero, así como los llamados rollos de equipaje, a fin de asegurarse de que los objetos tampoco portaran agentes de la plaga[31]. Cualquier duda suponía que o bien se obligara al buque a pasar una cuarentena o bien se le expulsara directamente, prohibiéndole el acceso a los puertos españoles.

La gran dificultad práctica de este proceso se encontraba en cómo conseguir inspeccionar las embarcaciones entrantes sin que el barco de sanidad encargado de ello corriera riesgo de verse contagiado el personal que debía llevar a cabo la inspección:

> "*Se ha de practicar pasando el Barco de la Sanidad a los Navío o embarcaciones que llegaren a nuestros puertos y que su cabo, sin entrar en ellos, ni persona alguna de los que forman la visita, les pida las patentes y papeletas de Sanidad de los Puertos en los que hubieren estado, o hecho escala, las que recibirá con todas las precauciones que fueren convenientes para el mejor resguardo, y así recogidas, las pasará a los Diputados de la Sanidad, que asistieren aquel día al paraje, que en cada puerto se destinase a este fin y examinadas por estos, se dará cuenta al gobernador y junta y no siendo de las comprendidas en la prohibición, se reconocerán los oficiales y gente que trajera equipaje por el cabo, escribano y médico que pasará, acercándose a la embarcación o navío, sin entrar en ellos, harán que el*

[31] Las ropas del pasaje y las tripulaciones habían preocupado siempre a los legisladores sobre sanidad. Ya en septiembre de 1717 se había publicado un edicto sobre ropas en relación con las situaciones de epidemia (CALBET, CAMARASA, J. M., *Legislación sanitaria marítima en Cataluña, 1717-1752*. Barcelona, 1998, p. 19). (JORI, G., *Salud pública e higiene urbana en España durante el siglo XVIII. Una perspectiva geográfica*. Barcelona, 2012)

> *capitán o patrón ponga toda la gente a la borda, apercibiéndole con pena de la vida sin ocultarle alguno o algunos como también las partes donde hubiesen entrado, o tocado y así puestos los irán contando y reconociendo los semblantes, para ver si de ellos hay algún enfermo y hecho, verán si es la misma gente que consta de las patentes, tomándoles su declaraciones juradas de si han tocado en algún puerto o paraje donde hubiese el contagio, o que tenga comunicación con él, o puesto donde tenga abierto comercio sin estos resguardos como son Puerto Mahón y Gibraltar y faltando un hombre que diga el oficial está enfermo o muerto no se les admita al comercio ni se les permita saltar ninguno en tierra hasta pasada la cuarentena, que tuviese la Junta por conveniente que haga*"[32].

Una vez que terminaba el periodo de cuarentena, la admisión no era inmediata, sino que se efectuaba una segunda visita de inspección, que era llevada a cabo tan solo por el cabo de barco, el escribano y el médico -sin presencia ya de cirujano-. En esta segunda visita era suficiente con que hubiera fallecido a causa de la enfermedad un hombre a bordo durante el periodo de cuarentena para que esta se renovara o se expulsara al navío de forma definitiva. Si no era así, el testimonio del escribano se enviaba al gobernador del puerto, que era quien debía autorizar en último extremo el desembarco de las personas y objetos que viajaran en el barco.

Existía una segunda dificultad práctica, de la que se ocupa el punto VI del Decreto: cómo atender las necesidades de los barcos que quedaban sometidos a cuarentena. El decreto traslada la responsabilidad inicial al cónsul de la nación a la que pertenezca el barco:

[32] AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 6.

> "*Pudiendo ocurrir que alguna de las embarcaciones sospechosas de Peste y de las que comprende la prohibición de poderse admitir, necesite del socorro de víveres o de agua en este caso hará la junta de sanidad advertir inmediatamente al cónsul de la nación cuya fuere la embarcación, disponga su remesa, con tal que esta se ejecute con la intervención y a vista del Barco de Sanidad, precaviendo de que la gente de dicha embarcación se tripule o mezcle con la del barco o lancha que condujere los víveres y si el cónsul se la negase a enviarle, se sacará testimonio del requerimiento y su respuesta y se remitirá a la Junta de Sanidad de esta Corte*"[33].

Las embarcaciones que debían alejarse de las costas españolas recibían una severa advertencia de que no tocaran en posesiones del rey de España, "so pena de ser quemada con su tripulación y géneros"[34].

La difusión del edicto y de las medidas que contenía quedó encomendada, nuevamente, a la jurisdicción militar, ya que serán los comandantes generales de cada jurisdicción quienes debían dar a conocer el edicto y su contenido, mientras que las juntas de sanidad de cada territorio -compuestas, por lo general, por el gobernador, tres diputados, un contador, un tesorero y un caballero[35]- debían informar a la Junta Suprema de Sanidad de si dicha publicación se había efectuado conforme a lo previsto[36]. Esta intervención de las autoridades militares

[33] AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 7.
[34] AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 7.
[35] RODRÍGUEZ OCAÑA, E., y MARTÍNEZ NAVARRO, F., *Salud pública en España. Desde la Edad Media al siglo XXI*. Sevilla, 2012, p. 23.
[36] Las juntas de sanidad habían sustituido, a nivel local, a los antiguos órganos responsables de las competencias sanitarias, las morberías (CORTÉS VERDAGUER, J. Mª. J., "Notas sobre la sanidad marítima mallorquina en el

no era una novedad, sino más bien la norma en el control de epidemias[37]. Por ejemplo, el marqués de Castel Rodrigo, como capitán general de Cataluña, elaboró una de las primeras normativas, para hacer frente a la peste de 1720, en lo que hace referencia a cuarentenas sanitarias y al establecimiento de barreras. Las medidas del marqués de Castel Rodrigo eran incluso más estrictas que las de 1740, ya que incluían en el control de la flota pesquera, que cada amanecer salía a faenar y que veía como a su regreso, al final de la tarde, era sometida al mismo estricto control que las embarcaciones que procedían de lejanos puertos[38].

La última cláusula del edicto de 1740 era un llamamiento tanto al estricto y pronto cumplimiento de su contenido como a su implementación de forma que, en la medida de lo posible, ahorrara posibles conflictos y problemas internacionales:

> "*Y últimamente se advierte, que así como su Majestad manda el más exacto cumplimiento de lo contenido en este Edicto bajo las penas impuestas, igualmente ordena, que las precauciones prevenida, se ejecuten procurando evitar agravios, o perjuicios excusables o voluntarios al Comercio, que tanto importa fomentas y conservar, encargando a todas las Juntas de Sanidad tengas particular cuidado para no consentirlos y que las diligencias mandadas en los casos mencionados se*

siglo XVIII", en *BSAL*, nº 57, 2001, p. 164), juntas del morbo, mustafaz o mustacen (RODRÍGUEZ OCAÑA, E., y MARTÍNEZ NAVARRO, F., *Salud pública en España. Desde la Edad Media al siglo XXI*. Sevilla, 2012, p. 21).

[37] Otro efecto de la preocupación por limitar las consecuencias de las epidemias fue el convertir en el siglo XVIII a la higiene en una preocupación de ámbito público y, por tanto, político (CASTRO ORELLANA, R., "Capitalismo y medicina: los usos políticos de la salud", en *Ciencia Política*, nº 7, 2009, p. 13)

[38] CALBET, CAMARASA,J. M., *Legislación sanitaria marítima en Cataluña, 1717-1752*. Barcelona, 1998, p. 12.

> *ejecuten con la mayor brevedad, evitando cuanto sea posible los dispendios, que se siguen a las Embarcaciones en la demora de su despacho, porque verificada la detención por culpa o negligencia de los que las componen, no solo serán responsables a los daños y perjuicios que resultaren a los interesados, sino a otras arbitrarias penas, que se le deberán imponer. Madrid quince de octubre de mil setecientos y cuarenta*"[39].

Las medidas contenidas en el decreto de 1740 dan una idea del impacto que las leyes promulgadas durante las excepcionales condiciones de las plagas y epidemias podían llegar a tener sobre el comercio, por lo que no cabe extrañarse ante el hecho de que la normativa sobre cuarentena formara parte de un debate integral mucho más amplio, el que afectaba a la cuestión del libre comercio, para el que tan dañino era este tipo de legislación, que lo entorpecía notablemente[40].

A mediados del siglo XVIII, el proteccionismo, vinculado al modelo de capitalismo comercial de comienzos de la era moderna, consideraba uno de sus elementos más importantes el mantener una

[39] AHN, Diversos-Colecciones, leg. 151, doc. 4, fol. 8. A la postre, no parece que las medidas fueran, en el medio plazo, demasiado exitosas, ya que en los años posteriores queda constancia de brotes de la enfermedad en ciudades de la costa mediterránea española, caso de Almería, donde la enfermedad hizo su aparición en 1743 (GÓMEZ DÍAZ, D., y GÓMEZ DÍAZ, Mª. J., "Almería ante el contagio: la práctica sanitaria del siglo XVIII", en *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus.* 2003, nº 23, p. 224), mismo año en que se produjo el gran brote de peste de Messina (CORTÉS VERDAGUER, J. Mª. J., "Notas sobre la sanidad marítima mallorquina en el siglo XVIII", en *BSAL*, nº 57, 2001, p. 163).

[40] BONASTRA, Q., "La red de resguardo sanitario marítimo y la articulación del territorio costero español a mediados del ochocientos", en *XIII Coloquio de Geocrítica*, p. 3.

balanza comercial positiva que permitiera acumular metales preciosos, verdadera fuente de la riqueza en su modo de entender la economía. El librecambismo, surgido en los escritos de teóricos como Petty, Hume y Smith, se cimentaba sobre una libertad de comercio irrestricta que garantizara la especialización en el trabajo y el intercambio de bienes, sin más mecanismo regulador que la competencia[41]. Medidas como la implementada por Felipe V en 1740 eran la norma en el siglo XVIII, es decir, intervenciones aisladas de cada reino en particular, sin tomarse ningún tipo de medida coordinada entre varias naciones y sin que existiera un consenso en el sistema internacional que dotara a las normas de cuarentena, intrínsecamente internacionales, de una formulación básica aceptable por el conjunto de la comunidad de naciones. Una evolución de este tipo no se produjo hasta entrado el siglo XIX, con lo que se ha dado en llamar la "revolución de las cuarentenas", ante la necesidad de regular esta medida para que no se convirtiera en una seria traba al comercio mundial, que había entrado en una fase de enorme expansión merced, en gran medida, a la revolución industrial y a la navegación a vapor. Cuando Inglaterra limitó los periodos de cuarentenas a 14 días, estaba creando un precedente que fue seguido por la mayor parte de los países europeos, para los cuales la ley de Sanidad británica de 1848 fue un verdadero modelo[42].

En ella se basó la ley de Sanidad española de 1855, que confirmaba y consolidaba buena parte de las previsiones que se habían puesto en vigor, años antes, a través de un decreto publicado en 1847. Sin embargo, la ley careció de dotación presupuestaria para su implementación en los puertos hasta 1867 y el reglamento que debía detallar buena parte del sistema trazado grosso modo en la ley no vio la

[41] BONASTRA, Q., "La red de resguardo sanitario marítimo y la articulación del territorio costero español a mediados del ochocientos", en *XIII Coloquio de Geocrítica*, p. 4.

[42] BONASTRA, Q., "La red de resguardo sanitario marítimo y la articulación del territorio costero español a mediados del ochocientos", en *XIII Coloquio de Geocrítica*, p. 4.

luz hasta más de dos décadas después de que aquella fuera aprobada, publicándose finalmente en 1887[43].

Otro aspecto que merece ser mencionado respecto de las medidas de cuarentena en particular y de las sanitarias en general es el hecho de que eran una de las materias en las que más habitualmente el gobierno central intervenía en la administración local[44], lo cual no siempre era visto con agrado por las autoridades municipales.

El profesor Castro Orellana va más allá de la limitación al comercio y del intervencionismo del poder central en la esfera municipal de competencias, y vincula buena parte de la política sanitaria de los siglos XVII y XVIII con el desarrollo del capitalismo y sus intereses:

> "*La medicina ha sido desde el siglo XVIII una herramienta fundamental en la gestión de la población y un recurso decisivo para la incorporación de los cuerpos en el orden productivo del capitalismo. De hecho, siguiendo los análisis de Foucault, pueden identificarse una serie de procedimientos a través de los cuales la medicina ha ido incrementado su poder político en nuestras sociedades. En este contexto, cabe mencionar: la invención de la infancia, el uso de la familia, la promoción de la higiene, la creación del hospital moderno, el desarrollo del concepto de salud pública y de salubridad de los espacios urbanos, la práctica de campañas médicas orientadas a las clases populares, etc. El resultado de*

[43] BONASTRA, Q., "La red de resguardo sanitario marítimo y la articulación del territorio costero español a mediados del ochocientos", en *XIII Coloquio de Geocrítica,* p. 6.

[44] GÓMEZ DÍAZ, D., y GÓMEZ DÍAZ, Mª. J., "Almería ante el contagio: la práctica sanitaria del siglo XVIII", en *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus.* 2003, nº 23, p. 222.

> *todos estos procesos ha sido una medicalización absoluta de la sociedad y la identificación completa del problema de la salud con los intereses de la economía*"[45].

Pese a los inconvenientes y perjuicios económicos, a los roces con la administración municipal y a la poca predisposición de las autoridades locales a respaldar los esfuerzos de la administración central para imponer las cuarentenas, estas siguieron siendo una medida sanitaria utilizada con frecuencia a lo largo de la segunda mitad del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX, siempre tomada como un recurso jurídico-sanitario excepcional frente a la amenaza de una epidemia.

[45] CASTRO ORELLANA, R., "Capitalismo y medicina: los usos políticos de la salud", en *Ciencia Política*, nº 7, 2009, p. 8.

# GOVERNARE LA TRANSIZIONE: DINAMICHE ISTITUZIONALI ED ESITI LEGISLATIVI PER UN APPROCCIO COMPARATO ALLA STORIA DEL DIRITTO IN ETÀ MODERNA[1]

**Loris De Nardi**
**Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)**

**Rocco Giurato**
**Università della Calabria (Italia)**

## 1.- Introduzione

Nella storia giuridica e politico-istituzionale i momenti di transizione rappresentano un campo d'indagine privilegiato. Specialmente nei tempi brevi, le transizioni offrono infatti all'interprete una prospettiva assai vantaggiosa per cogliere le interazioni tra gli assetti precedenti, gli sviluppi intermedi e gli esiti teorico-pratici, che insieme costituiscono il 'prima' e il 'dopo'. Questa constatazione di

[1] L'introduzione e il paragrafo "*La "Gloriosa Rivoluzione" e il suo esito legislativo (1688-1689)*" sono stati scritti da Rocco Giurato. La redazione del paragrafo "Vittorio Amedeo II di Savoia, re in Sicilia (1714-1721)" e delle conclusioni è invece di Loris De Nardi.

carattere generale risulta ancor più evidente se si adotta un approccio che consenta di mettere a confronto i nuovi assetti costituzionali e le soluzioni normative, le quali a loro volta scaturiscono dai valori, dagli atteggiamenti e dalle concezioni di chi detiene il potere di fare le leggi in quel preciso momento storico. In questo modo, la storia del diritto supera gli steccati imposti non solo dalla pur necessaria e legittima specializzazione professionale, bensì dall'esigenza di difendere a qualsiasi costo lo "specifico" giuridico e incontra la storia delle istituzioni, beneficiando quindi dei metodi e degli strumenti di ricerca delle discipline che si orientano allo studio dei fenomeni sociopolitici.

Fatta questa premessa, che espone liminarmente gli assunti metodologici sui quali si basa questo contributo, possiamo cercare ora di rispondere a tre quesiti basilari, utili per inquadrare a livello teorico il fenomeno storico della transizione: che cos'è il momento di transizione? come e quando si determina? e, infine, come si risolve?

Nella storia politico-istituzionale, il momento di transizione corrisponde a un mutamento costituzionale, il quale necessariamente genera una nuova configurazione dei poteri pubblici nonché del sostrato ideologico-culturale dominante nella società. Proprio come nel corpo e nella psiche dell'essere umano qualsiasi passaggio da una condizione precedente a una successiva può comportare inizialmente squilibri e disarmonie, così nelle società il percorso che conduce al ripristino della stabilità politica si articola in determinate fasi o passaggi obbligati. L'instaurazione del nuovo ordinamento politico-istituzionale è il primo passo verso il ristabilimento dell'equilibrio, dopodiché segue la fase di assestamento, nella quale le nuove regole e i nuovi valori iniziano a circolare nella società e si decantano nelle menti degl'individui incominciando a orientare i comportamenti sociali. Si ha infine il consolidamento del nuovo assetto costituzionale, all'interno del quale una volta ottenuto il sostegno del popolo il governo acquisisce la legittimità e può aspirare alla continuità.

A livello pratico, il momento di transizione si determina a causa di un cambiamento nei rapporti di forza tra gli attori politici. Fenomeni interni quali ad esempio una rivoluzione, la caduta di un regime, un cambio di dinastia, oppure esterni come l'invasione da parte di una potenza straniera e altre situazioni analoghe, rappresentano le occasioni tipiche alle quali seguono le suddette fasi che portano all'equilibrio politico-istituzionale.

La transizione termina e si risolve propriamente con l'affermazione definitiva di un nuovo assetto politico-istituzionale. Durante l'Età moderna, il consolidamento del nuovo assetto veniva seguito oppure accompagnato sul piano normativo da uno o più provvedimenti legislativi di rilievo[2]. Ecco che in tal modo il potere *de facto* diveniva *de jure* e il nuovo governo incominciava a esercitare legittimamente il monopolio della forza. Da quel punto in avanti, il momento di transizione acquista rilievo e diviene oggetto di studio anche per gli storici del diritto.

Entrambi i casi di cui ci occuperemo in questo lavoro possono identificarsi come momenti eccezionali di crisi politico-istituzionale. Come si vedrà, entrambi i momenti di transizione furono governati mediante l'emanazione di specifiche leggi, adatte a risolvere il momento eccezionale attuando un trasferimento delle prerogative politiche e istituzionali da un attore a un altro. Proprio gli atti legislativi emanati dal Parlamento in Inghilterra e dalla Corona in Sicilia saranno il nostro oggetto principale di studio, in chiave interdisciplinare e comparata. Questo contributo mira perciò a raggiungere due obiettivi principali: in primo luogo, sottolineare l'importanza della storia del diritto al fine di comprendere questo tipi di eventi, che sono cruciali per spiegare fenomeni storici di una durata più ampia; secondariamente,

[2] Dal tardo diciottesimo secolo in poi, a partire dalle grandi Rivoluzioni occidentali, l'americana e la francese, i provvedimenti che normalmente scaturiscono dal consolidamento dei nuovi assetti politico-istituzionali sono, com'è noto, le costituzioni scritte.

riaffermare l'importanza dell'approccio comparativo e interdisciplinare negli studi storico-giuridici.

Appare evidente a questo punto che tali momenti offrono grandi opportunità, soprattutto grazie all'approccio interdisciplinare che coniuga la storia giuridica con la storia delle istituzioni politiche. Un'indagine del contesto storico condotta in tal modo consente di dar vita a un metodo innovativo, quindi basato non solo sullo studio delle fonti, che s'ispira alla necessità di scoprire volta per volta *le radici non giuridiche dei provvedimenti legislativi*. Questo metodo si propone così d'individuare la relazione che intercorre tra il livello "alto" dei sistemi giuridici, cioè quello dei testi e delle forme, e il livello "basso", cioè quello della struttura socio-istituzionale. Il *focus* dell'indagine storiografica si allarga perciò sino a richiedere all'interprete «lo sforzo d'individuare […] l'origine degli interessi e delle mentalità che nel campo del diritto […] modellano, sorreggono e legittimano il modo di essere reale delle istituzioni e degli istituti, ossia il loro modo di funzionare»[3]. I risultati portano quindi alla luce le implicazioni socio-politiche delle norme prodotte dal potere legislativo al termine dei momenti di transizione.

## 2.- La "Gloriosa Rivoluzione" e il suo esito legislativo (1688-1689)

La Rivoluzione del 1688-'89, "glorificata" prima dai contemporanei e poi dalla storiografia *Whig*, rappresenta un momento cruciale di transizione nella storia costituzionale inglese[4]. Numerosi

[3] AJELLO R., *L'esperienza critica del diritto*, Napoli, 1999, p. 6.

[4] La "Gloriosa Rivoluzione" fu definita così da John Hampden (1653-1696), deputato *Whig* radicale al *Convention Parliament*, o nel novembre del 1689 dinanzi a un comitato dei *Lords*, benché il resoconto ufficiale riporti le parole «most happy Revolution» (*Journals of the House of Lords*, London, 1767-2013, vol. XIV, p. 379), oppure in precedenza, come riferisce in modo

sono gli eventi rivoluzionari e fin troppo complessi per esporli tutti qui, ancorché sommariamente[5]. In questo contributo mi limiterò quindi a descrivere in sintesi le diverse fasi del mutamento costituzionale per poi concentrarmi sull'esito legislativo della crisi politico-istituzionale, ovvero l'emanazione del *Bill of Rights*[6], in modo da presentare un'analisi del testo normativo coerente con l'approccio metodologico delineato in precedenza.

inequivocabile un'altra fonte: FOXCROFT C. H. (ed.), *The Life and Letters of Sir George Savile*, London, 1898, vol. II, p. 95. L'aggettivo "gloriosa" aveva iniziato a circolare già prima della Rivoluzione stessa; come scrisse il principe George Frederik van Waldeck-Eisenberg (1620-1692), uno dei comandanti militari olandesi, allo statista Constantijn Huygens jr. (1628-1697) il 21 ottobre 1688, «nous allions à une grande et glorieuse entreprise»: cit. in DEKKER R., *Family, Culture and Society in the Diary of Constantijn Huygens Jr, Secretary to Stadholder-King William of Orange*, Leiden-Boston, 2013, p. 35. In Olanda fu invece definita pressoché immediatamente «Glorieuse overtogt» la traversata di Guglielmo d'Orange, come testimonia la didascalia che accompagna una stampa celebrativa contemporanea: SCHOONEBEEK A., *Engelants Schouwtoneel*, by Adriaan Schoonebeek in de Kalverstraat, Amsterdam, c. 1691, tav. II. L'espressione si sarebbe poi definitivamente affermata nel lessico storiografico olandese: DER KUIJL, A. VAN, *De glorieuze overtocht: de expeditie van Willem III naar Engeland in 1688*, Amsterdam 1988.

[5] Data la sua importanza storica, innumerevoli lavori sono stati dedicati ai vari aspetti della "Gloriosa" Rivoluzione. Segnalo perciò soltanto i più importanti studi apparsi negli ultimi decenni: ISRAEL J. I. (ed.), *The Anglo-Dutch Moment: Essays on the Glorious Revolution and Its World Impact*, Cambridge, 1991; PINCUS S., *1688: The First Modern Revolution*, New Haven-London, 2009. Utilissima anche la sintesi di MILLER J., *The Glorious Revolution*, London, 1997.

[6] 1 Will. and Mary, Sess. 2, c. 2.

Va chiarito innanzitutto che la «Glorious Revolution» non fu un mero cambio di dinastia, men che mai un *putsch* o una congiura di palazzo, bensì una vera e propria rivoluzione[7]. È altresì fuorviante la definizione alternativa di «bloodless revolution», dal momento che la Rivoluzione fu tutt'altro che incruenta, tanto al centro quanto nelle periferie. Vi furono sommosse e scontri armati in Inghilterra e in Scozia, e in Irlanda le truppe di Guglielmo d'Orange – nel frattempo divenuto re – e di Giacomo II Stuart si fronteggiarono in una guerra durata quasi tre anni[8]. Sul piano politico-istituzionale, la Rivoluzione in quanto tale modificò la costituzione inglese ridisegnando l'assetto dei poteri pubblici. La peculiarità del *constitutional settlement* (cioè l'accordo), come si vedrà a breve, fu l'assegnazione al Parlamento di un peso maggiore rispetto al passato nei confronti dell'esecutivo. L'origine di questa caratteristica propria del *settlement*, così come delle specifiche disposizioni contenute nel *Bill of Rights*, è da ricercare nel mutato rapporto tra la Corona e i ceti dirigenti del Paese all'indomani dello sbarco del principe Guglielmo d'Orange sulle coste dell'Inghilterra meridionale con 15.000 armati[9].

[7] Spesso sostenuta in passato dagli storici, questa caratterizzazione ha riscosso credito anche tra gli esponenti della sinistra britannica, come si evince dai discorsi pronunciati in Parlamento in occasione del terzo centenario della Rivoluzione: per ulteriori dettagli, rinvio al mio saggio "Libertà, prerogativa e statualità in Inghilterra dopo la Rivoluzione del 1688-'89", in MISFUD BONNICI C., COMITE U. (eds.), *Libertà e diritti tra regole ed economia*, Padova 2015, pp. 113-128, specialm. 113-116. Oggi la storiografia di lingua inglese non accetta più unanimemente la tesi per cui la *Glorious Revolution* non sia stata una rivoluzione. Per una rassegna completa della letteratura su questo punto, cruciale per comprendere il significato costituzionale della Rivoluzione, rinvio a PINCUS, *1688: The First Modern Revolution*, cápitulos 8-10.

[8] Sulle guerre irlandesi, si vedano le seguenti monografie: CHILDS J., *The Williamite Wars in Ireland, 1688-91*, London 2007; DOHERTY R., *The Williamite War in Ireland, 1688-1691*, Dublin, 1998.

[9] Guglielmo giunse a Torbay il 5 novembre 1688.

Fu la caduta del regime di Giacomo II a dare inizio alla Rivoluzione e alle sue dinamiche istituzionali. Divenuto re d'Inghilterra alla morte del fratello Carlo II il 6 febbraio 1685, Giacomo si era convertito al cattolicesimo verso la fine degli anni Sessanta del diciassettesimo secolo, ma la sua fede religiosa fu tenuta nascosta al pubblico sino al 1673[10]. Le *policies* filocattoliche del nuovo monarca suscitarono sospetti e timori tra i sudditi – specialmente tra le *élites* dirigenti del Paese – in larghissima parte protestanti. Il cattolicesimo, o *popery*, nell'immaginario collettivo della società inglese evocava infatti l'orrore delle persecuzioni religiose e la tirannia del governo arbitrario[11]. Nonostante ciò, Giacomo desiderava che nel suo regno i cattolici e gli anglicani godessero degli stessi diritti sia in campo spirituale sia politico.

Ciò che preoccupava maggiormente i sudditi erano tuttavia i mezzi con cui Giacomo II perseguiva i suoi obiettivi politici. Una serie di leggi volta a discriminare i non anglicani impediva ai cattolici di celebrare i propri riti religiosi, di ricoprire uffici, e persino di farsi eleggere alla Camera dei Comuni[12]. Poiché il monarca nel suo primo e unico Parlamento (riunito il 19 maggio 1685 e sciolto il 2 luglio 1687) non riuscì a ottenere l'abrogazione di quelle leggi, decise di superare

[10] MILLER J., *James II*, New Haven-London, 2000, p. 70. Tutte le date citate in questo paragrafo seguono il calendario giuliano (*old style*), ma l'anno comincia il 1°gennaio anziché il 25 marzo come si usava oltre manica sino al 1752.

[11] Come notò argutamente Daniel Defoe, «I believe there are an 100000 stout Fellows, who would spend the last Drop of their Blood against Popery, that do not know whether it be a Man or a Horse». DEFOE D., *The Great Law of Subordination Consider'd: Or, the Insolence and Unsufferable Behaviour of Servants in England Duly Enquir'd Into*, London 1724, p. 20.

[12] La legislazione contro il dissenso religioso era composta dalle *penal laws* (una lunga serie di atti emanati a partire dall'Età elisabettiana) e dai due *Test Acts* del 1673 e del 1678 (25 Car. II. c. 2 e 30 Car. II. st. 2), che imponevano a tutti gli *officeholders* di aderire alla Chiesa anglicana.

l'ostacolo impiegando i poteri di prerogativa, cercando persino di ampliarli. Usò infatti la prerogativa prima per dispensare i sudditi cattolici dagli obblighi e dalle pene previste dai *Test Acts* e poi per sospendere l'efficacia delle leggi penali in materia religiosa mediante la *Declaration of Indulgence* (4 aprile 1687)[13]. Infine, tra il 1686 e il 1687, Giacomo iniziò a mettere in atto una strategia volta a influenzare le elezioni parlamentari per ottenere una maggioranza favorevole ad abrogare le leggi penali e i *Test Acts*. Di conseguenza, le azioni del monarca resero il suo governo sempre più impopolare. Sino ai primi mesi del 1688, non s'intravedeva però alcuna seria minaccia interna al regime di Giacomo. Soltanto ad aprile, Guglielmo d'Orange manifestò l'intenzione di recarsi in Inghilterra «se fosse stato invitato […] a salvare la nazione e la religione»[14]. Si può ben dire perciò che la mobilitazione dell'esercito di Guglielmo funse da detonatore della Rivoluzione.

Appena giunto in Inghilterra, Guglielmo d'Orange fu sostenuto da gran parte dei sudditi inglesi. Giacomo II, non sentendosi più al sicuro nel suo regno avviò dei negoziati con il principe invasore, ma il 10 dicembre 1688 tentò –senza riuscirvi – di fuggire nottetempo da Londra. Il 18, scortato dalle guardie olandesi che ormai presidiavano il palazzo reale, Giacomo prese la via dell'esilio con il benestare di

[13] Nel 1686, il *King's Bench* – una delle tre corti centrali di *common law* – nel caso *Godden v. Hales* si espresse a favore del monarca in merito all'esercizio del *dispensing power*: COBBETT W., *A Complete Collection of State Trials*, London, 1809-1826, vol. XI, coll. 1165-1200. È tuttavia il caso di notare che Giacomo aveva in precedenza rimosso i giudici che si opponevano alle sue *policies*: cfr. HAVIGHURST A.F., "James II and the Twelve Men in Scarlet", in *Law Quarterly Review*, n. 69, 1953, pp. 522-46.

[14] BURNET G., *History of His Own Time*, Oxford, 1833, vol. III, p. 230. Guglielmo ricevette poco tempo dopo la lettera d'invito firmata da 7 politici ed ecclesiastici, i cd. 'Sette immortali'.

Guglielmo. Essendo ormai vuoto il trono[15], Guglielmo accolse l'invito dei *Lords* e dei Comuni eletti al precedente Parlamento di assumere la responsabilità del governo. Svolgendo *de facto* le funzioni regali, Guglielmo iniziò a lavorare di concerto con le *élites* del Paese per ripristinare la stabilità politica.

Il primo atto di Guglielmo d'Orange finalizzato a instaurare il nuovo assetto politico-istituzionale fu l'ordine di eleggere un «libero Parlamento»[16]. Il *Convention Parliament* si riunì il 22 gennaio 1689 e il 13 febbraio con la *Declaration of Rights* offrì la Corona congiuntamente a Guglielmo e a sua moglie Maria Stuart, figlia (protestante) di Giacomo II[17]. Il nuovo Parlamento, rimasto in carica sino al 6 febbraio 1690, contribuì a esaurire assai rapidamente le fasi di assestamento e di consolidamento del nuovo regime prendendo decisioni importanti circa l'assetto costituzionale del regno d'Inghilterra che riguardarono anche la religione e le finanze pubbliche – in quest'ultimo caso con notevoli ricadute successive sul piano politico-istituzionale. Verso la fine del 1689, il momento di transizione volgeva ormai al termine. Dal *constitutional settlement*, concluso in un anno circa da Guglielmo III e dai rappresentanti del corpo sociale riuniti nel *Convention Parliament*, scaturì il *Bill of Rights*, approvato il 16 dicembre 1689.

[15] Nella risoluzione del 28 gennaio 1689, i Comuni dichiararono che Giacomo aveva «abdicato al governo»: *Journals of the House of Commons*, London, 1802-2011, vol. X, p. 14.

[16] Guglielmo ordinò le elezioni per mezzo di lettere datate 29 dicembre 1688. *Ivi*, p. 7.

[17] Il testo della *Declaration* fu la base per la successiva elaborazione del *Bill of Rights*. Il Parlamento scozzese dichiarò Guglielmo e Maria re e regina con un atto legislativo analogo denominato *Claim of Right*, approvato l'11 aprile 1689.

Benché nel complesso non fosse particolarmente innovativo, il *Bill of Rights* fu considerato sin dall'inizio un documento di grande rilievo[18]. Questo paradosso si spiega per due motivi: da un lato il *Bill of Rights* sancì comunque alcuni importanti princípi costituzionali che rispecchiano i valori e le idee diffuse in quel momento storico tra le *élites* del Paese, dall'altro simboleggia *la battuta d'arresto che subì l'espansione della prerogativa regia in Inghilterra dopo la Rivoluzione*. Le disposizioni concernenti i poteri monarchici contenute nel *Bill of Rights* acquisirono forza e produssero effetti giuridici e politici di lungo periodo perché furono emanate in un contesto politico-istituzionale che non permetteva alla Corona di espandere ulteriormente i suoi poteri, cosicché la Rivoluzione invertì una tendenza iniziata nel tardo sedicesimo secolo[19].

Sin dai tempi di Enrico VII, la prerogativa era divenuta la "parola chiave" del linguaggio giuridico e politico utilizzato dai monarchi inglesi. I Tudor (che regnarono dal 1485 al 1603) giustificarono nel nome della prerogativa numerose azioni e *policies* messe in atto anche allo scopo di accrescere l'autorità della monarchia e dello Stato. Enrico VII era però molto attento nel sottolineare che i poteri monarchici derivavano pur sempre dalla legge, mentre Elisabetta preferiva non dare spiegazioni sul perché determinate materie fossero riservate alla Corona

[18] Il 26 aprile 1690, in un dibattito ai Comuni il deputato *Tory* William Digby (1661-1752) affermò che: «The Foundation of the Government is the Bill of Rights; wherein the King promises his part, &c. and we swear Fealty. This is our original Contract; if there be any, I am of opinion that is it»: GREY A., *Debates of the House of Commons, from the Year 1667 to the Year 1694*, London, 1763, vol. X, p. 75.

[19] La prerogativa iniziò a espandersi in modo sensibile sin dalla tarda Età elisabettiana: su questo punto, rinvio al mio "The Language of Constitutionalism and the Royal Prerogative in the English Parliament of 1593: James Morice's Speech on the Ex Officio Proceedings and his Constitutional Thought", in *Parliamentary History*, in corso di stampa.

in virtù della prerogativa[20]. I re di casa Stuart, al contrario, a partire da Giacomo I (1603-1625) svilupparono un'idea della prerogativa molto differente, ovvero un potere superiore alla legge, addirittura slegato da essa. Nel 1608, Edward Coke, il più influente *common lawyer* del tempo, su questo punto osò contraddire il monarca, che vedendo in tal modo sminuita la propria autorità andò immediatamente su tutte le furie[21].

Poiché gli Stuart per decenni avevano tentato di espandere i poteri della Corona, il *Bill of Rights* fu emanato per gestire il momento di transizione costituzionale con lo specifico obiettivo di far sì che i successivi monarchi non potessero ripetere gli "abusi" dei precedenti. Procederò quindi all'analisi delle più importanti disposizioni del *Bill of Rights* riguardanti la prerogativa per metterne in luce le radici storiche.

Dopo un lungo preambolo in cui sono elencati numerosi atti con cui Giacomo II, con la collaborazione di «cattivi consiglieri, giudici e ministri», aveva cercato di «sovvertire e di estirpare la religione protestante e le leggi e le libertà» del regno d'Inghilterra, il *Bill of Rights* dichiarò illegale «il preteso potere» di sospendere l'efficacia o l'esecuzione delle leggi «per mezzo dell'autorità regale senza il consenso del Parlamento»[22]. L'articolo successivo dispone altrettanto con riguardo al «potere di dispensare dalle leggi o dall'esecuzione delle leggi»[23]. La formulazione di questi due articoli fu molto discussa nel *Convention Parliament*. Persino i giudici delle corti centrali di *common law* furono interrogati al fine di acquisire informazioni sull'uso del

[20] ELTON G. R., *The Tudor Constitution*, Cambridge, 1982, p. 310.
[21] SMITH D. C., *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws. Religion, Politics and Jurisprudence, 1578-1616*, Cambridge, 2014, pp. 176-179.
[22] Art. 1: «That the pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal».
[23] Art. 2: «That the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is illegal».

*dispensing power* durante i regni di Carlo II e di Giacomo II[24]. Usando questo potere, entrambi i monarchi avevano precedentemente causato tensioni in Parlamento.

Il 15 marzo 1672, Carlo II emanò una Dichiarazione d'Indulgenza, con la quale si sospendeva l'esecuzione delle leggi penali. Il fine del monarca era di garantire una limitata tolleranza religiosa ai cattolici, ma quel provvedimento fece sorgere il sospetto che Carlo stesse preparando l'ascesa del *popery* in vista di un'invasione da parte della Francia. Quell'ipotesi era oltretutto avvalorata dal fatto che nel 1670 con il Trattato di Dover Carlo aveva concluso un'alleanza con Luigi XIV in funzione anti-olandese[25]. Nel febbraio del 1673, i Comuni obiettarono che il re non poteva sospendere arbitrariamente le leggi approvate dal Parlamento e riuscirono, con la minaccia di non finanziare la guerra contro l'Olanda, non solo a far ritirare la Dichiarazione (8 marzo), ma anche a obbligare Carlo ad approvare il primo dei *Test Acts*. Nel 1678, l'isteria anti-cattolica fu ulteriormente alimentata dal *Popish Plot*, un complotto del tutto immaginario finalizzato all'assassinio del re e alla conseguente instaurazione di una monarchia cattolica con l'appoggio dei Gesuiti[26]. Dato il clima politico e ideologico del regno precedente, e per giunta dopo la conversione pubblica di Giacomo II al cattolicesimo, le due Dichiarazioni d'Indulgenza che quest'ultimo emanò a sua volta nel 1687 e nel 1688 non poterono non esacerbare gli animi e spingere il *Convention Parliament*, eletto senza l'influenza della Corona, a dichiarare illegale

[24] COBBETT W., *The Parliamentary History of England, From the Earliest Period to the Year 1803*, London, 1806-1820, vol. V, coll. 308-313.

[25] Al trattato di Dover era allegata una parte segreta siglata il 22 maggio 1670 che predisponeva la reintroduzione ufficiale del cattolicesimo in Inghilterra con l'appoggio militare e finanziario del re di Francia. Il testo della clausola segreta è stato riprodotto in BROWNING A. (ed.), *English Historical Documents, 1660-1714*, London,1953.

[26] Si veda al riguardo il classico di KENYON J.P., *The Popish Plot*, London, 1972.

un potere utilizzato a fini estremamente sgraditi all'*élite* protestante riunita nel massimo consesso rappresentativo del Paese.

Le disposizioni degli articoli 1 e 2, per quanto univoche e perentorie, di fatto chiarivano aspetti della costituzione inglese non del tutto inesplorati sino a quel momento[27]. L'articolo 6 del *Bill of Rights* appare invece molto più innovativo. Vi si legge che la formazione e il mantenimento di un «esercito stabile» in tempo di pace «a meno che il Parlamento non vi acconsenta, è contro la legge»[28]. Prima di Carlo II, nessun monarca inglese aveva mantenuto in tempo di pace un esercito stabile entro i confini del regno. Pur non avendo una gran consistenza numerica, il Parlamento espresse preoccupazione nel 1673 e nel 1678 quando Carlo chiese di aumentare le forze di terra[29]. Nell'immaginario collettivo inglese l'esercito era considerato uno strumento di governo nelle mani dei monarchi continentali "assolutisti" e cattolici, in quanto tale estraneo alla tradizione politico-istituzionale e alla sensibilità degl'Inglesi, quindi non più tollerabile dopo la Rivoluzione. A ciò si aggiunga che le leggi inglesi non assegnavano all'esercito una posizione chiara e distinta. Oltre alla previsione del *Bill of Rights* sulle forze armate in generale, dopo il 1689 il Parlamento iniziò ad approvare anno per anno una serie di leggi che autorizzavano per brevi periodi le corti marziali a punire l'ammutinamento e la diserzione, comportamenti che il *common law* non qualificava come crimini[30].

[27] I giudici, come ho già ricordato, nel caso *Godden v. Hales*, avevano preso in esame il potere di dispensare dalle leggi.
[28] Art. 6: «That the raising or keeping a standing army within the kingdom in time of peace, unless it be with consent of Parliament, is against law».
[29] MILLER, *The Glorious Revolution*, p. 35.
[30] Il primo di questi provvedimenti legislativi fu il *Mutiny Act* del 1689 (1 Will. and Mary, c. 5). Per una trattazione generale del rapporto tra legge marziale e *common law* in Età moderna, si veda il recentissimo lavoro di COLLINS J. M., *Martial Law and English Laws, c.1500-c.1700*, Cambridge, 2016.

Sin qui le più importanti previsioni normative sulla prerogativa emanate nel 1689. Altri due articoli, meno innovativi, ma non per questo trascurabili, riguardano la giurisdizione in materie ecclesiastiche e la tassazione. Come ho già detto, la Rivoluzione fu innescata dal timore che Giacomo II stesse cercando di trasformare la monarchia inglese in senso "assolutistico" e d'imporre il cattolicesimo alla popolazione. L'articolo 3, che proibisce l'istituzione di «commissioni e corti» ecclesiastiche, concerne proprio la sfera religiosa[31]. Sin dalla metà del sedicesimo secolo, nel regno d'Inghilterra operavano giudici ecclesiastici nominati volta per volta dal monarca in virtù della prerogativa, ma solo con l'*Act of Supremacy* del 1559[32], che qualificò Elisabetta I (1558-1603) «supreme governor» della Chiesa anglicana, sorse la *Court of High Commission*, con funzioni giurisdizionali di ultima istanza[33]. I giudici della *High Commission* (ecclesiastici e laici) erano nominati con lettere patenti ed esercitavano ampi poteri giurisdizionali derivanti dalla prerogativa. Fu proprio l'ampiezza dei suoi poteri a rendere la *High Commission* un formidabile strumento di repressione del dissenso religioso, specialmente negli ultimi decenni del regno elisabettiano, al punto che alcuni contemporanei la paragonarono all'Inquisizione[34]. Poiché la *High Commission* era stata

[31] Art. 3: «That the commission for erecting the late Court of Commissioners for Ecclesiastical Causes, and all other commissions and courts of like nature, are illegal and pernicious».

[32] 1 Eliz. I, c. 1.

[33] Su questa importante istituzione giudiziaria inglese, è ancora in gran parte valido come riferimento generale il classico di USHER R. G., *The Rise and Fall of the High Commission*, Oxford, 1913. Per informazioni più aggiornate, rinvio a ELTON, *The Tudor Constitution*, pp. 221-226, e HELMHOLZ R. H., *The Oxford History of the Laws of England. Volume I: The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, Oxford, 2004, pp. 286-289.

[34] Il potentissimo *chief minister* elisabettiano William Cecil, primo barone Burghley (1520-1598), protestò che i metodi e le procedure della *High Commission* erano «too much savouring of the Romish Inquisition»: STRYPE J., *The Life and Acts of John Whitgift*, Oxford, 1822, vol. III, p. 106. Sul punto rinvio a SHAGAN E. H., "The English Inquisition: Constitutional Conflict and

istituita con uno statuto, nel 1641 il Parlamento – in conflitto con il monarca Carlo I (1625-1649) – si ritenne autorizzato a sopprimerla. Quando Giacomo II nel 1686 diede vita a un tribunale ecclesiastico analogo alla *High Commission*, i primi condannati furono quei prelati anglicani i quali si contrapponevano alle *policies* filocattolica del monarca.

L'articolo 4 tocca un altro punto assai controverso e dibattuto nella prima metà del diciassettesimo secolo, ovvero il potere assoluto (cioè non sottoposto all'approvazione di altri organi o istituzioni) d'imporre tasse senza l'approvazione del Parlamento[35]. Carlo I aveva spesso usato la prerogativa per accrescere le finanze pubbliche, una necessità derivante dallo sforzo – intrapreso già dai Tudor – di modernizzare il Paese ampliando i compiti e gli apparati statuali, ma i Comuni contestarono l'imposizione fiscale senza il consenso popolare, come nel celebre caso della *ship money*. Nel 1637, anche i giudici di *common law*, come sarebbe accaduto in seguito per il *dispensing power*, si pronunciarono al riguardo dando ragione al monarca in una causa promossa da John Hampden (c.1595-1643)[36], ma infine il 7 agosto 1641, il re fu costretto ad approvare uno statuto che aboliva la *ship money*[37]. Si può dire che il *Bill of Rights* ampliò la portata di un principio che in parte era già stato costituzionalizzato alcuni decenni prima, ma se si guarda agli effetti del *financial settlement* rivoluzionario

Ecclesiastical Law in the 1590s", in *Historical Journal*, XLVII (2004), pp. 541-565.

[35] Art. 4: «That levying money for or to the use of the Crown by pretence of prerogative, without grant of Parliament, for longer time, or in other manner than the same is or shall be granted, is illegal».

[36] *Rex v. Hampden* (1637-8), in COBBETT W., *Complete Collection of State Trials and Proceedings for High Treason and Other Crimes and Misdemeanours from the Earliest Period to the Present Time*, London, 1809-1826, vol. III, pp. 825-1316. Si veda al riguardo KEIR D. L., "The Case of the Ship-Money", in *Law Quarterly Review*, n. 52, 1936, pp. 546-574.

[37] 16 Car. I, c. 14.

si nota che il Parlamento acquisì un ampio controllo sulle entrate della Corona, tale da fornire ai Comuni un maggior potere negoziale rispetto al passato[38]. Molto più efficaci delle disposizioni legislative furono insomma i limiti che l'ordinamento partorito dalla Rivoluzione pose al potere monarchico.

Al di là delle specifiche previsioni sin qui richiamate, la Carta del 1689 lasciò intatti gli altri poteri di prerogativa. La Rivoluzione e i successivi sviluppi politico-istituzionali – ancor più del *Bill of Rights*, che al di là del dettato normativo rappresenta l'inversione di una tendenza – non privarono quindi la Corona di tutti i suoi poteri, tuttavia la prerogativa fu per alcuni aspetti ridimensionata. La transizione dal regno di Giacomo II a quello di Guglielmo III e Maria II fu perciò nel complesso un momento cruciale nell'esperienza costituzionale d'oltremanica. Tuttavia, traendo qualche conclusione da questo rapido resoconto della transizione costituzionale inglese tardo-seicentesca, non mi sembra possibile considerare la Rivoluzione e il suo esito legislativo come una trasformazione in senso democratico della società e dello Stato inglese[39]. Dopo la Rivoluzione, l'Inghilterra non divenne un Paese democratico, e difficilmente si può parlare di una «democrazia nascente»[40]. Il Parlamento, in particolare la Camera dei Comuni, si rafforzò grazie alla Rivoluzione, ma l'*élite* politica rimaneva ancora espressione di un elettorato molto ristretto. La stessa Carta del 1689 prevedeva che le elezioni parlamentari da quel momento in poi sarebbero state «libere»[41], senza però specificare da quali interferenze. E l'alta aristocrazia inglese, riunita e rappresentata nella Camera dei

[38] MILLER, *The Glorious Revolution*, capp. 5 e 8.

[39] Sui rischi di anacronismo connessi all'uso del termine "democrazia", si veda il recente studio di IHALAINEN P., "Agents of the People: Democracy and Popular Sovereignty", in *British and Swedish Parliamentary and Public Debates, 1734-1800*, Leiden-Boston, 2010.

[40] ROTELLI E., *Forme di governo delle democrazie nascenti, 1689-1799*, Bologna 2005.

[41] Art. 8: «That election of members of Parliament ought to be free».

*Lords*, non perse la propria influenza sociale e politica, che in pratica si traduceva nel controllo delle elezioni ai Comuni. Si conservò insomma il «carattere aristocratico» della società inglese[42], che non è mai completamente scomparso. L'assetto socio-istituzionale inglese in Età moderna si può tutt'al più qualificare in alcuni periodi storici come una «repubblica monarchica»[43], nella quale soltanto pochi esponenti dell'alta nobiltà potevano aspirare a partecipare al governo.

## 3.- Vittorio Amedeo II di Savoia, re in Sicilia (1714-1721)

L'atto di cessione del Regno di Sicilia redatto in favore di Vittorio Amedeo II da Filippo V di Spagna tra le condizioni poste annoverava la seguente:

> *"que ayan de ser mantenidos, y se conserven qualesquiera Leyes, Fueros, Capitulos de el Reyno, Privilegios, gracias, y exempiones, que al presente gozan, y han debido gozar en mi tiempo, y de mis Predecesores, assi el Reyno, como qualesquiera Comunidades seculares, ó Eclesisticas, y todos los avitantes de aquel Reyno, manteniendo á todos en común, y en particular las que tuvieren, y sus Leyes, Constituciones, Capitulos de Reyno, Pragmaticas, Costumbres, Livertades é inmunidades, y exempciones á ellos concedidos, y concedidas por mi, y los Reyes mis Predecesores tanto al común del Reyno, como á las Ciudades, Villas, y Lugares, y Tierras, y aqualesquiera personas assi Eclesiasticas, como*

[42] TOCQUEVILLE, A. DE, "Voyages en Sicile et aux Etats-Unis", in MAYER J.P. (a cura di), *Oeuvres complètes*, Paris, 1957, tomo V, vol. I, p. 191

[43] L'espressione si riferisce ai primi tre decenni del regno di Elisabetta I: COLLINSON P., "The Monarchical Republic of Queen Elizabeth I", in *Bulletin of the John Rylands Library*, vol. 69, n. 2, 1987, pp. 394-424.

*seculares, según y como han usado, y gozado, y debido usar, y gozar de ellas"*[44].

Il giovane e ambizioso sovrano venne così obbligato a rispettare le leggi di uno Stato che vantava una impalcatura giuridica e istituzionale ampiamente garantista nei confronti delle prerogative di governo della classe dirigente isolana, e quindi assai distante da quella di stampo assolutista che lui stesso stava imponendo ai territori che componevano il suo ducato[45]. La transizione era poi resa ancora più delicata dalla difficile congiuntura internazionale e dal clima politico dell'isola. Infatti, come ebbe a sottolineare Isidoro La Lumia, il duca di Savoia «avrebbe aspirato a tutt'altro che a un suo ingrandimento in Sicilia», ma, sollecitato a farsene carico dall'Inghilterra, interessata a smembrare la gigantesca Monarchia per indebolire i Borboni e gli Asburgo, «stese volentieri la destra al nuovo dominio, materia

[44] STELLARDI V.E., *Il regno di Vittorio Amedeo II di Savoia nell'isola di Sicilia dall'anno 1713 al 1719*, Torino, 1862, vol. I, p. 8. Il concetto era anche sancito dall'articolo VII del trattato di Utrecht, che prevedeva l'obbligo «de aprobar, confirmar y ratificar todos los privilegios, inmunidades, exénciones, libertades, usos, qualesquier costumbres de que el dicho Reyno [de Sicilia] goza, ó haya gozado ántes de ahora explicados por menor en dicha cesion». *Coleccion de Los Tratados de Paz: Alianza, Comercio Etc. Ajustados por la Corona de Espana*, Madrid, 1796, vol. I, p. 137.

[45] Dal 1713, in tutti i domini Vittorio Amedeo II dedicò molti sforzi a «sottrarre i funzionari sabaudi all'influenza dei ceti dirigenti locali, per porli sotto il controllo del governo e della Corona». MERLOTTI A., "«Le armi e le leggi»: governatori, prefetti e gestione dell'ordine pubblico nel Piemonte del primo Settecento", ANTONIELLI L. – DONATI C., *Corpi armati e ordine pubblico in Italia (XVI-XIX sec.)*, Soveria Mannelli, 2003, p. 116. Sulle riforme di Vittorio Amedeo II, oltre a Merlotti vedasi SYMCOX G., *Vittorio Amedeo II. L'assolutismo sabaudo (1675-1730)*, Torino, 1989, pp. 255-306; RECUPERATI G., *Lo Stato sabaudo nel Settecento*: *dal trionfo delle burocrazie alla crisi* d'*antico regime*, Torino, 2001.

opportuna, in ogni caso, per baratti e per compensi futuri[46]». Del resto, gli accordi siglati a Utrecht risultarono fin da subito assai precari. Le cancellerie europee erano coscienti che molti dei contraenti avevano accettato il nuovo *status quo* a torto collo, e che la cessione dell'importante isola mediterranea al Savoia era uno dei punti più controversi. Per esempio, le repubbliche e principati italiani, temendo un eccessivo rafforzamento dello Stato sabaudo, accolsero con inquietudine tale decisione; l'Austria reputandosi legittima erede degli Asburgo nei domini italiani reclamò fin da subito l'isola per sé e non riconobbe mai Vittorio Amedeo come re di Sicilia; Roma, già da tempo in contrasto con il Savoia, non perse occasione per metterlo in difficoltà, ad esempio, esacerbando la diatriba sorta a suo tempo tra il governo vicereale spagnolo e la Santa Sede per il Tribunale della Monarchia; la Spagna, infine, che si era privata a malincuore di un dominio così importante, prima cercò di ostacolare l'azione di governo del giovane sovrano, dopo, nel 1718, non esitò a finanziare una spedizione per riconquistarla[47]. Infine, la situazione interna dell'isola non era certo delle migliori. Gran parte dell'élite siciliana avrebbe preferito restare "spagnola" o per lo meno asburgica. Vale a dire, sarebbe stata favorevole a che la Sicilia continuasse a essere uno dei domini facenti parte della Monarchia Cattolica o entrasse a far parte degli stati soggetti agli Asburgo di Austria. In particolare, tale sentimento era molto diffuso tra i togati, ovvero, tra coloro a cui le costituzioni, capitoli e pragmatiche affidavano di fatto il governo dell'isola[48]. Su «141 titolati

[46] LA LUMIA I., *La Sicilia sotto Vittorio Amedeo di Savoia. Narrazione istorica*, Livorno, 1877, p. 23

[47] LO FASO DI PIETRASANTA A., "Vittorio Amedeo II. Un anno in Sicilia (ottobre 1713 - novembre 1813)", in *Studi della Società italiana di studi araldici*, a. I (2005), p. 1.

[48] Naturalmente non mancò una parte minoritaria che «si attestò sul versante dell'attuazione delle riforme» e quindi della nuova dinastia. LIGRESTI D., "Uno stato del patrimonio del Regno di Sicilia del 1713", in *Quaderni dei Dipartimento di Studi Politici dell'Università degli Studi di Catania*, n. 2, a. 2007, p. 132.

e cavalieri esponenti della nomenclatura siciliana (74 titolati, 29 ministri e 38 cavalieri), 82 erano considerati dalla Corona "di poca fedeltà e mali costumi: tra questi 53 erano titolati di prima sfera (il 71,6% dell'intero campione) e 21 alti ministri (il 72,4% dell'intero campione)"[49]». E la resistenza alla nuova dinastia doveva essere assai radicata se ancora nel 1717 da Torino si intimava al viceré di «adoperare tutta l'attenzione per venire in cognizione di quelli Ministri ed altri che ponno essere di genio spagnuoli, o per qualche altro motivo aderenti alla Spagna, affine di ben in vigilare alli loro andamenti[50]».

Per far fronte a tale congiuntura avversa, Vittorio Amedeo II cercò di imporre all'isola un governo di chiaro stampo assoluto, a lui più consono, senza mettere però in discussione formalmente il pattismo connaturato nelle sue istituzioni[51]. Tale azione si concretizzò in due fasi conseguenti e trovò nell'emanazione di provvedimenti legislativi il fulcro principale. La prima, che si potrebbe identificare come fase "conservatrice", si sviluppò dall'assunzione della Corona alla celebrazione del Parlamento, vale a dire dal 22 settembre 1713 al 20 febbraio 1714. La seconda, che si potrebbe denominare fase "riformatrice", caratterizzò il restante periodo del governo dell'isola, conclusosi nel 1720 con la cessione del Regno di Sicilia in cambio di quello di Sardegna, come stabilito dal trattato dell'Aia.

La prima fase fu contrassegnata dall'emanazione di atti di carattere diplomatico e cerimoniale tesi a palesare la volontà della Corona di salvaguardare l'impalcatura giuridica e istituzionale del

[49] DE NARDI L., "Between Spanish pactismo and French absolutism: the model of government of Vittorio Amedeo II in Sicily (1713-1720)", in Álvarez Ossorio A. – Cremonini C. – Riva E. (coord.), *The Transition in Europe between XVII and XVIII centuries. Perspectives and case studies, Milano, 2015, pp. 270.*

[50] *Ivi*, p. 271.

[51] *Ivi*, p. 266.

dominio, come anche i privilegi attribuiti ai soggetti istituzionali e politici in esso operanti.

Il 23 settembre da Vittorio Amedeo inviò un biglietto alla Deputazione del Regno per avvisare del suo imminente arrivo e rassicurare i suoi membri, nominati dal Parlamento e quindi rappresentanti dell'intero dominio, di poter «trovar sempre in me ogni pienazza di paterno affetto e protettione[52]». Due giorni dopo la comitiva reale partì alla volta di Palermo[53]. In Nizza, il primo di settembre, Vittorio Amedeo ricevette il principe di Roccafiorita, inviato dalla Deputazione del Regno, «con numerosa comitiva di cavalieri siciliani», per testimoniare al nuovo sovrano la fedeltà dell'isola. Le cronache ci dicono che «cominciò [il principe] con baciare la mano al Re, il che fecero immediatamente que' cavalieri siciliani che con lui si trovavano. Finito il baciamano parlò il principe di Roccafiorita, lodando Iddio della felice sorte toccata al Regno di Sicilia d'acquistare un tal Re, sotto il di cui dominio avea il paese luogo di sperare ogni prosperità[54]».

Durante l'udienza il principe avrebbe voluto che gli fosse riconosciuto «qualche trattamento», molto probabilmente il privilegio della sedia, per essere lui deputato e grande di Spagna, ma gli fu negato perché «S.M. era di passaggio, e in quel palazzo non v'era ciò abbisognava per dare un'udienza formale»[55]. Vittorio Amedeo però ordinò che per salvaguardare i suoi diritti, che quindi egli riconosceva e rispettava, fosse redatta la seguente certificazione:

[52] Concetto poi ribadito anche al Senato di Palermo e a quello di Messina, con due biglietti inviati lo stesso giorno. STELLARDI, *Il regno di Vittorio Amedeo II*, vol. I, p. 40.
[53] *Ibidem*, p. 41.
[54] *Ivi*.
[55] *Ibidem*, p. 45.

> *Dichiaro io sottoscritto marchese di San Tomaso, ministro e primo segretaro di Stato di S.M., che intanto il signor principe di Roccafiorita non ha avuto la sua udienza accompagnata da tutte quelle formalità che potessero convenire, in quanto la M.S. si è trovata qui di passaggio, e che la casa ove abita è sprovvista di que' mobili che convengono in simili occasioni. Per altro il re nostro signore intende e vuole che li deputati del Regno di Sicilia godano sotto al suo real dominio di tutti quelli onori e preminenze delle quali hanno goduto sin ora in casi simili sotto le Cattoliche Maestà dei re di Spagna loro sovrani*[56].

Il rispetto della prassi cerimoniale, lungi dall'essere accessorio, ricopriva un ruolo centrale nelle dinamiche istituzionali d'antico regime. La modifica di precedenze e trattamenti avrebbe determinato agli occhi dei contemporanei un ridimensionamento, o una estensione, a seconda che la novità fosse positiva o negativa, dell'autorità pubblica riconosciuta al soggetto interessato dalla riforma; e questo valeva sia per i singoli come per le istituzioni[57]. Di conseguenza, le cronache cerimoniali, soprattutto quando redatte da magistrati a questo preposti, e riguardanti atti pubblici, come poteva essere un'udienza reale, un'entrata viceregia, o qualsiasi altra manifestazione che vedeva la partecipazione di personalità, si elevavano per loro natura intrinseca a atti giuridici; e come tali, potendo determinare gravi pregiudizi politici ai soggetti interessati, dovevano essere neutralizzati da appositi atti legislativi di salvaguardia. Del resto, in antico regime l'emanazione

[56] *Ibidem*, pp. 45-46.

[57] DE NARDI L., *Oltre il cerimoniale dei viceré. Le dinamiche istituzionali nella Sicilia barocca,* Padova, 2014; ID., "The ceremonial of the Sicilian General Parliament through an inedited report of the 17th Century", in ROMANO A., *Culture parlamentari a confronto. Modelli della rappresentanza politica e identità nazionali,* Bologna, 2016, pp. 419-429.

della legge trovava nel riconoscimento della consuetudine la sua prima legittimazione[58]. Il sovrano non poteva modificare a suo piacimento l'ordine ricevuto in gestione da Dio, in quanto la sua azione doveva essere finalizzata unicamente a conservarlo, adeguandolo ai tempi, attraverso il riconoscimento formale, quindi giuridico, di consuetudini comunemente accettate, o, in assenza di queste, di casistiche comprovate[59]. Si trattava di una regola generale valida naturalmente anche per il Regno di Sicilia, e questo nonostante che una certa storiografia continui ad affermare il contrario, ignorando sistematicamente fonti di carattere giuridico / istituzionale che provano molto chiaramente quanto si sta dicendo[60].

Vittorio Amedeo II ordinò quindi la stesura dell'atto pocanzi citato per evitare che il principe di Roccafiorita interpretasse il diniego opposto alle sue rivendicazioni di carattere cerimoniale come una messa in discussione degli equilibri istituzionali isolani. Anzi, il rilascio dell'atto di salvaguardia cerimoniale permise al nuovo sovrano di ribadire la ferma intenzione di rispettare l'impalcatura giuridica del dominio, e, per tanto, il ruolo fino a quel momento riconosciuto all'élite siciliana. E lungi dall'essere un caso unico, tale *modus operandi* fu ripetuto anche in occasione dell'entrata solenne che Vittorio Amedeo fece in Palermo il 21 di dicembre del 1714. La struttura del corteo fu decisa a Torino, in quanto oltre all'élite siciliana alla cerimonia avrebbe

[58] RAMOS NÚÑEZ C. "Consideración de la costumbre en la doctrina jurídica virreinal. De la valoración clásica a su impugnación moderna", in HAMPE MARTÍNEZ T. (coord.), *La tradición clásica en el Perú virreinal*, Lima, 1999, pp. 285-308.

[59] DI DONATO F. "La manutenzione delle norme nell'Antico Regime. Ragioni pratiche e teorie giuspolitiche nelle società pre-rivoluzionarie", in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 172, 2010, pp. 35-60.

[60] Di parere contrario BAZZANO N., *Palermo Fastosissima. Cerimonie cittadine in età spagnola*, Palermo, 2016; BENIGNO F., "Leggere il cerimoniale nella Sicilia Spagnola", in *Mediterranea Ricerche Storiche*, n. 12 (2008), pp. 133-148.

dovuto prendere parte la casa del re, della regina, i ministri e i cortigiani. Stando così le cose, era necessario ampiamente derogare al sistema di precedenze che fino a quel momento aveva regolato la vita pubblica del dominio. Tanto più che al solenne avvenimento furono invitate a partecipare anche componenti regnicole, solitamente escluse da simili cerimonie. Tra gli altri, e solo a fine d'esempio, i giudici pretoriani e capitanali, l'araldo della Deputazione del Regno, l'araldo della Tavola di Palermo e i prelati parlamentari[61]. Essendo il cerimoniale una rappresentazione plastica della gerarchia sociale, e pertanto politica, basata su un complesso reticolato giuridico, nel quale la normativa, casistica e consuetudini atte alla regolazione di trattamenti e precedenze rientravano a pieno titolo, le novità introdotte suscitarono aspre polemiche e rivendicazioni[62]. La Corona, ancora una volta, per ribadire la volontà di conservare l'ordine ereditato emanò un atto di «riserva sopra il cerimoniale». Il 15 dicembre 1723, in vista dell'imminente celebrazione Vittorio Amedeo scriveva al duca di Giampilero:

> *"Non essendovi potuto prima delle imminenti funzioni del publico ingresso ed incoronazione nostra sufficientemente discuter le pretensioni da molti proposte attorno alle precedenze e posti da tenersi nelle medesime, Vi facciamo sapere essere mente nostra, che tutto quello che pratticherassi in dette funzioni, sia sempre senza pregiudizio d'ogni prerogativa, che venisse in avvenire a riconoscersi poter competere a chi si sia, e che non habia mai ad intendersi acquistata contro di essi ragione alcuna dovendosi intanto pienamente eseguire il regolamento che per le predette funzioni è stato fatto"*[63].

[61] STELLARDI, *Il regno di Vittorio Amedeo II,* vol. I, pp. 72-75.
[62] Sulle modifiche apportate al corteo, e una loro interpretazioni, si rimanda a DE NARDI, *Between Spanish pactism and French absolutism,* pp. *271-274.*
[63] STELLARDI, *Il regno di Vittorio Amedeo II,* vol. I, p. 70.

Che non si tratti di casi eccezionali è poi dimostrato da altri due esempi. Il 20 dicembre, l'ambasciatore dell'ordine Gerosolomitano prestò il consueto giuramento al nuovo sovrano. Durante la cerimonia al signor Baglivo Gioanni Battista Spinola fu chiesto di deporre la spada, contrariamente a quanto molto probabilmente era previsto dalla consuetudine affermatasi durante l'epoca spagnola. L'incidente fu risolto come in precedenza con l'emissione di un atto di salvaguardia, nel quale il marchese di San Tomaso, ministro e primo segretario di Stato di Vittorio Amedeo, dichiarò che

> *l'havere l'ambasciatore della Sacra Religione Gerosolimitana signor Baglivo Gioanni Battista Spinola deposta la spada nel prestare il giuramento di fedeltà per l'investitura dell'isole di Malta, Gozo, e Castello di Tripoli è stato fundato su gli esempi di Re, ed altri Prencipi Sovrani, e degl'istessi ambasciatori dell'ordine Teutonico, ma che non intende la Maestà Sua, che ciò faccia stato in pregiudicio di essa religione, sempre che si farà constare, che vi sia qualche particolare privilegio in contrario a favore della medema religione*[64].

Il 20 di febbraio, in occasione della celebrazione del Parlamento, su cui si ritornerà a breve, per decisione di Vittorio Amedeo II il cerimoniale fu modificato nella parte in cui regolava le modalità di assistenza del Senato palermitano. In risposta alle lamentele del pretore, la Corona corse ai ripari rilasciando un atto di salvaguardia cerimoniale, con il quale si certificava la volontà di rispettare le tradizioni regnicole e si affermava che quanto successo non potesse costituire un precedente in occasione di manifestazioni future[65].

[64] *Ivi*, p. 88.
[65] *Ivi*, p. 129,

La Corona sabauda durante la prima fase del suo governo, che per maggior chiarezza si è deciso di identificata come "fase conservatrice", approfittò quindi di ogni momento pubblico per ribadire la volontà di preservare gli assetti politici e giuridici del dominio ereditato da Filippo V. Come si è detto, il rispetto della legislazione cerimoniale, intesa nel senso più ampio del termine, vale a dire comprensivo della casistica e della consuetudine, ebbe in questa fase un ruolo fondamentale, anche se, naturalmente, tale tendenza politica non si articolò solo in questo ambito. Infatti, fin dal suo arrivo nell'isola Vittorio Amedeo estese la sua azione, finalizzata a conseguire il consenso dell'élite siciliana, anche all'ambito amministrativo. Alcuni brevi esempi dimostreranno quanto si sta dicendo.

Appena giunto nella baia di Palermo, l'11 ottobre del 1713, il sovrano ricevette dal Presidente della Gran Corte, don Vincenzo de Ugo, la nota dei carcerati, affinché potesse scegliere quelli da perdonare e scarcerare, in attuazione dell'indulto generale che era solito concedersi in occasione dell'inizio di nuovo regno. Il sovrano però delegò la scelta al togato, a cui, tramite il primo ministro, fu recapitato il seguente ordine:

> "*Illustrissimo Signore. Ho ricevuta la nota de' carcerati trasmessami da V.S. Ill.ma, del cui contenuto ho reso conto a S.M., la quale mi comanda di dire a V.S. Ill.ma ch'ella debba far porre in libertà all'ingresso in città della M.S. quelli che V.S. stimerà degni d'essere gratiati della loro liberatione fra gl'enonciati nella colonna componente il numero di ventisette, e quanto a tutti gli altri è intentione della M.S. che V.S. le formi una memoria de´ delitti a loro rispettivamente ascritti, colle loro prove, per riconoscere quelli che potranno essere degni della clemenza di S.M*[66].

[66] *Ivi*, p. 51.

Ancora prima della presa di possesso formale dell'isola, Vittorio Amedeo II confermò il pieno esercizio delle sue prerogative alla principale magistratura regnicola, permettendo al suo presidente di continuare ad amministrare la principale prerogativa reale: l'amministrazione della giustizia. E lo stesso giorno, per palesare ulteriormente la sua volontà di conservare l'ordine ricevuto in eredità dalla dominazione spagnola, il sovrano emanò un apposito atto per ordinare al tribunale della Gran Corte di continuare a operare secondo le modalità fino a quel momento osservate:

> *Premendoci sommamente che non sia ritardato il dovuto corso della giustitia in pregiudicio del servitio publico di questo fedelissimo Regno, vi faciamo sapere essere mente nostra, che da voi si continui il medemo esercitio di giurisdittione et autorità, che havete sino al presente esercitate, e sotto gli stessi stabilimenti, regole e stili sin qui osservati, non dubitando che la vostra attentione e zelo non siano per corrispondere ala nostra aspettatione*[67].

Un «Atto di giurisdizione» similare fu poi inviato anche alle altre principali magistrature giudiziarie: tribunale del Concistoro, tribunale della Monarchia, corte Pretoriana, corte Capitanale, Real Udienza di Messina, giudice dell'appellazione di Messina. In realtà, non vi fu istituzione siciliana a cui il sovrano non dichiarò la volontà di mantenere intatta l'impalcatura giuridica in vigore, in quanto comunicazioni dello stesso tenore vennero inviate al tribunale del Sant'Officio, al tribunale del Patrimonio, alla Città di Palermo e a quella di Messina[68].

[67] *Ivi*, p. 111.
[68] *Ivi*, p. 112.

La fase conservatrice del governo siciliano di Vittorio Amedeo II fu però di breve durata. Come abbiamo già avuto modo di dire, infatti, si concluse già durante la celebrazione del Parlamento ordinario, convocato nel mese di febbraio del 1714. Lo dimostra il discorso rivolto dal Savoia ai tre bracci congregati. «I miei pensieri», affermò in tale occasione, «ad altro non sono rivolti che al cercare di avantagiare questo Regno per rimetterlo, á Dio piacendo, col progresso del tempo nell'antico suo lustro, ed in quel stato, in cui dovrebbe essere per la fecondità del suolo, per la felicità del clima, per la qualità degli habitanti e per l'importanza della sua situazione[69]». In altre parole, l'obiettivo non era già più governare l'impalcatura giuridica ricevuta, preservandola e proteggendola, ma «far rifiorire il Regno sì nel buon ordine della giustizia, avvanzamento delle scienze ed ampliatione del commercio, che per la restaurazione ed accrescimento delle sue forze per la di lui propria sicurezza, ed in tutto quel di più, che col megliorare il suo stato ponno insieme rendere più distinta la sua estimatione nel concetto delle altre Nationi[70]». In questo cambio di rotta sicuramente giocò un ruolo importante la concezione assolutista del potere, propria di Vittorio Amedeo, e i sentimenti filospagnoli di gran parte della nobiltà siciliana, giacché la nuova fase politica fu rivolta a ridimensionare le prerogative di autogoverno godute dalla classe dirigente isolana durante l'epoca spagnola.

Durante questa fase, che per maggior chiarezza potremmo definire fase "riformatrice", a differenza di quanto era avvenuto durante la precedente, la Corona sabauda evitò qualsiasi atto palese. Le misure istituzionali e giuridiche funzionali a imporre all'isola un governo di chiaro stampo assolutista furono solitamente di carattere minore, e riguardarono il funzionamento della macchina amministrativa. Non coinvolsero cioè aspetti cerimoniali, la cui riforma avrebbe determinato un duro scontro con le componenti regnicole coinvolte. Anzi, la classe

[69] *Ivi*, p. 119.
[70] *Ivi*, p. 120.

di governo siciliana, almeno formalmente, continuò a godere delle prerogative del periodo spagnolo, in quanto il ruolo istituzionale del Parlamento e l'impianto generale delle magistrature isolane non vennero formalmente modificati. La Corona si limitò unicamente a marginalizzare l'istituzione rappresentativa, che non venne più convocata, e a neutralizzare nel concreto della prassi amministrativa il ruolo politico del ceto togato, chiamato dai Capitoli del Regno a occupare la stragrande maggioranza delle magistrature isolane e a rappresentare gli interessi del dominio presso il sovrano, attraverso un organo consigliare appositamente istituito nella capitale. Dato che tali aspetti della politica sabauda sono già stati affrontati in altra sede[71], in questo contributo ci si limiterà a riassumerne i tratti essenziali.

Appena giunto in Sicilia Vittorio Amedeo II dovette piegarsi al Parlamento per riceverne l'investitura, ma fin da subito gli si dimostrò nemico, tanto da definirlo sprezzantemente «Parlamento di gelati e di sorbetti[72]». L'assolutismo di modello francese da lui sostenuto, del resto, era in contrasto con il costituzionalismo nobiliare del Regno, di matrice aragonese, che nell'assemblea rappresentativa aveva per l'appunto il suo baluardo. Il lento declino del Parlamento iniziato con l'ultimo Asburgo di Spagna si fece così più repentino sotto il dominio sabaudo, che, al solo fine di estromettere dal governo una classe dirigente ritenuta inaffidabile, non tornò più a convocarlo, anche quando la situazione internazionale lo avrebbe permesso[73]. La risposta del baronato non tardò ad arrivare. Nel 1717, Antonino Mongitore, nelle sue *Memorie istoriche,* contenute nella raccolta degli atti parlamentari promossa dalla Deputazione del Regno, rivendicò «l'analogia tra l'assemblea rappresentativa siciliana e le Corti della Corona d'Aragona» e, non contento, per denunciare le aspirazioni assolutistiche della Corona, «richiamò "scandalosamente" il conflitto tra Carlo I e il

[71] DE NARDI, *Between Spanish pactism and French absolutism,* pp. *266-281.*
[72] SMITH M., *Storia della Sicilia medievale e moderna*, Bari, 1970, p. 339.
[73] DE NARDI, *Between Spanish pactism and French absolutism,* pp. *275-277.*

Parlamento[74]». Il governo sabaudo, lungi dal retrocedere, ne approfittò per mortificare ulteriormente il Parlamento, la Deputazione e la nobiltà, ordinando di bruciare pubblicamente l'opera, considerata lesiva della sovranità regia[75].

Durante l'epoca spagnola al ceto togato era stata attribuita la gestione dell'amministrazione regnicola e grande influenza sulla politica della Corona. Vittorio Amedeo II si ritrovò quindi nella delicata situazione di dover ridimensionare tali prerogative senza potere stravolgere l'architettura statale o mutare sensibilmente l'organico ministeriale, costituito quasi interamente da naturali. Per conseguire l'obiettivo il governo sabaudo attuò un articolato piano di riforme, per lo più di carattere procedurale, per imporre un governo burocratico, basato sulla divisione delle competenze e funzionale a neutralizzare politicamente il ceto togato[76]. Al viceré vennero concesse solo formalmente, al fine di salvaguardare l'autorità della carica, le stesse prerogative del periodo spagnolo. Infatti, molte furono le limitazioni imposte da Torino al rappresentante del sovrano nell'isola: gli fu proibito legiferare, concedere grazie, nominare i capitani di giustizia delle città demaniali e gli uffici annuali, rimasti vacanti anzitempo, prendere decisioni senza prima aver consultato i ministri piemontesi, il *contador* generale Fontana, il consultore Borda e il conservatore Serpellani, che sostituirono così di fatto i regnicoli nel processo decisionale[77]. La segreteria del viceré fu riorganizzata: sotto Carlo II annoverava solo un segretario di nomina viceregia, mentre con l'avvento del nuovo governo venne spacchettata in tre sotto-segreterie e la scelta delle relative figure apicali venne riservata al Sovrano[78]. Il controllo delle finanze divenne competenza di un ministro piemontese,

[74] MATTONE A., "Il Parlamento: un istituto estraneo alla cultura politica italiana?", in *Rivista Storica italiana*, n.1, a. CXIV (2002), p. 36.
[75] *Ibidem*.
[76] *Ivi*, p. 278.
[77] *Ibidem*.
[78] *Ibidem.*

il conte Fontana, capo dell'azienda militare in Piemonte[79]. Le riparazioni e i rifornimenti delle fortificazioni, in precedenza di competenza del Tribunale del Real Patrimonio, vennero affidate a un Consiglio per gli affari di artiglieria, fabbriche e fortificazioni militari, istituto a Palermo, ma dipendente da quello di Torino e composto unicamente da piemontesi[80]. La giunta di Messina chiamata ad amministrare i beni confiscati ai Messinesi ribelli e alla città venne affidata al prefetto di Nizza. Il comando del porto fu assegnato al maestro d'artiglieria Giuseppe Ferrero, anch'egli piemontese[81]. Infine, il Supremo Consiglio di Sicilia, istituito a Torino solo nel 1717, se da un punto di vista istituzionale ricalcava quello spagnolo, le sue prerogative politiche vennero fortemente ridimensionate[82]. Il nuovo organismo venne collocato alle dipendenze della Segreteria di Stato e privato così di ogni possibilità di influenzare concretamente le decisioni della Corona. Al viceré, ministri e ufficiali in Sicilia venne ordinato di interfacciarsi solo con la Segreteria, affinché fosse il Sovrano a decider quali affari richiedessero un maggiore approfondimento in sede consigliare. In questo modo la quasi totalità delle decisioni poté essere presa senza richiedere il suo preventivo parare[83].

## 4.- Conclusioni

Lo studio della Gloriosa Rivoluzione Inglese e dell'azione politica e istituzionale di Vittorio Amedeo II di Savoia come re di Sicilia ha permesso dimostrare quanto affermato nell'introduzione di questo contributo: «nella storia politico-istituzionale, il momento di transizione corrisponde a un mutamento costituzionale, il quale necessariamente genera una nuova configurazione dei poteri pubblici

[79] *Ivi*, p. 279.
[80] *Ibidem.*
[81] *Ibidem*.
[82] *Ibidem*.
[83] *Ivi*, p. 280.

nonché del sostrato ideologico-culturale dominante nella società». Come si è avuto modo di costatare, infatti, a questo "sbilanciamento" del sistema corrispondeva una intensa dialettica politico-istituzionale funzionale a ridefinire le prerogative giuridiche degli attori coinvolti, in quanto l'adeguamento dei poteri pubblici ai nuovi equilibri politici poteva avvenire con l'emanazione di appositi atti legislativi. Per questo lo studio della normativa, come dei provvedimenti legislativi, dovrebbe assumere grande importanza agli occhi dello storico politico e istituzionale. Quanto si sta dicendo, poi, non vale solo per lo studio dei momenti di transizione. Infatti, la dimensione politico-istituzionale e quella giuridica non possono, e non devono, essere disgiunte, poiché agli occhi dei contemporanei non lo erano. La società d'antico regime si caratterizzava per essere una società profondamente giuridica e politica, che trovava nelle istituzioni il suo campo dialettico più significativa. In altre parole, la lotta politica era solita combattersi sul piano istituzionale, attraverso il ricorso a prerogative di matrice giuridica. Non a caso, nell'Inghilterra pre-rivoluzionaria furono le leggi emanate da Giacomo II a mettere in allarme i sudditi, e la situazione si aggravò quando il sovrano tentò di modificare a suo vantaggio gli equilibri parlamentari. Vale a dire, tentò di condizionare le scelte dell'istituzione chiamata a limitare i poteri della Corona, come anche a orientarne la produzione normativa. In Sicilia, invece, Vittorio Amedeo II, non potendo modificare le leggi esistenti, a causa dei trattati internazionali che gli imponevano il rispetto dell'impalcatura giuridica ereditata da Filippo V, cercò di ridimensionare la partecipazione del ceto togato al processo legislativo, attraverso l'attuazione di riforme procedurali.

## 5.- Bibliografía

- COBBETT W., *Complete Collection of State Trials and Proceedings for High Treason and Other Crimes and Misdemeanours from the Earliest Period to the Present Time*, London, 1809-1826, vol. III, pp. 825-1316.

- AJELLO R., *L'esperienza critica del diritto*, Napoli 1999.

- BAZZANO N., *Palermo Fastosissima. Cerimonie cittadine in età spagnola*, Palermo, 2016.

- BENIGNO F., "Leggere il cerimoniale nella Sicilia Spagnola", en *Mediterranea Ricerche Storiche*, n. 12 (2008), pp. 133-148.

- BROWNING A. (ed.), *English Historical Documents, 1660-1714*, London,1953.

- BURNET G., *History of His Own Time*, Oxford, 1833, vol. III.

- CHILDS J., *The Williamite Wars in Ireland, 1688-91*, London 2007.

- COBBETT W., *A Complete Collection of State Trials*, London, 1809-1826, vol. XI.

- COBBETT W., *The Parliamentary History of England, From the Earliest Period to the Year 1803*, London, 1806-1820, vol. V.

- *Coleccion de Los Tratados de Paz: Alianza, Comercio Etc. Ajustados por la Corona de Espana*, Madrid, 1796, vol. I.

- COLLINS J. M., *Martial Law and English Laws, c.1500-c.1700*, Cambridge, 2016.

- COLLINSON P., "The Monarchical Republic of Queen Elizabeth I", in "Bulletin of the John Rylands Library", vol. 69, n. 2, 1987, pp. 394-424.

- DE NARDI L., "Between Spanish pactismo and French absolutism: the model of government of Vittorio Amedeo II in Sicily (1713-1720)", en Álvarez Ossorio A. – Cremonini C. – Riva E. (Coord.), *The Transition in Europe between XVII and XVIII centuries. Perspectives and case studies*, Milano, 2015, pp. 266-281.

- DE NARDI L., "The ceremonial of the Sicilian General Parliament through an inedited report of the 17th Century", en ROMANO A., *Culture parlamentari a confronto. Modelli della rappresentanza politica e identità nazionali*, Bologna, 2016, pp. 419-429.

- DE NARDI L., *Oltre il cerimoniale dei viceré. Le dinamiche istituzionali nella Sicilia barocca*, Padova, 2014;

- DEFOE D., *The Great Law of Subordination Consider'd: Or, the Insolence and Unsufferable Behaviour of Servants in England Duly Enquir'd Into*, London 1724.

- DEKKER R., *Family, Culture and Society in the Diary of Constantijn Huygens Jr, Secretary to Stadholder-King William of Orange*, Leiden-Boston, 2013.

- DER KUIJL, A. VAN, *De glorieuze overtocht: de expeditie van Willem III naar Engeland in 1688*, Amsterdam 1988.

- DI DONATO F. "La manutenzione delle norme nell'Antico Regime. Ragioni pratiche e teorie giuspolitiche nelle società pre-rivoluzionarie", en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 172, 2010, pp. 35-60.

- DOHERTY R., *The Williamite War in Ireland, 1688-1691*, Dublin, 1998.

- ELTON G. R., *The Tudor Constitution*, Cambridge, 1982.

- FOXCROFT C. H. (ed.), *The Life and Letters of Sir George Savile*, London, 1898, vol. II.

- GIURATO R., "Libertà, prerogativa e statualità in Inghilterra dopo la Rivoluzione del 1688-'89", en MISFUD BONNICI C.,

- COMITE U. (eds.), *Libertà e diritti tra regole ed economia*, Padova 2015, pp. 113-128.

- GIURATO R., "The Language of Constitutionalism and the Royal Prerogative in the English Parliament of 1593: James Morice's Speech on the Ex Officio Proceedings and his Constitutional Thought", en *Parliamentary History*, in corso di stampa.

- GREY A., *Debates of the House of Commons, from the Year 1667 to the Year 1694*, London, 1763, vol. X.

- HAVIGHURST A.F., "James II and the Twelve Men in Scarlet", en *Law Quarterly Review*, n. 69, 1953, pp. 522-46.

- HELMHOLZ R. H., *The Oxford History of the Laws of England. Volume I: The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, Oxford, 2004, pp. 286-289.

- IHALAINEN P., "Agents of the People: Democracy and Popular Sovereignty", *in British and Swedish Parliamentary and Public Debates, 1734-1800*, Leiden-Boston 2010.

- ISRAEL J. I. (ed.), *The Anglo-Dutch Moment: Essays on the Glorious Revolution and Its World Impact*, Cambridge, 1991.

- *Journals of the House of Commons*, London, 1802-2011, vol. X.

- *Journals of the House of Lords*, London, 1767-2013, vol. XIV. KEIR D. L., "The Case of the Ship-Money", in «Law Quarterly Review», n. 52, 1936, pp. 546-574.

- KENYON J.P., *The Popish Plot*, Heinemann, London, 1972.

- LA LUMIA I., *La Sicilia sotto Vittorio Amedeo di Savoia. Narrazione istorica*, Livorno, 1877.

- LIGRESTI D., "Uno stato del patrimonio del Regno di Sicilia del 1713", en *Quaderni dei Dipartimento di Studi Politici dell'Università degli Studi di Catania*, n. 2, a. 2007, pp. 119-136.

- LO FASO DI PIETRASANTA A., "Vittorio Amedeo II. Un anno in Sicilia (ottobre 1713 - novembre 1813)", en *Studi della Società italiana di studi araldici*, a. I (2005).

- MATTONE A., "Il Parlamento: un istituto estraneo alla cultura politica italiana?", en *Rivista Storica italiana*, n.1, a. CXIV (2002), pp. 5-119.

- MERLOTTI A., "«Le armi e le leggi»: governatori, prefetti e gestione dell'ordine pubblico nel Piemonte del primo Settecento", ANTONIELLI L. – DONATI C., *Corpi armati e ordine pubblico in Italia (XVI-XIX sec.)*, Soveria Mannelli, 2003, pp. 111-140.

- MILLER J., *James II*, New Haven-London, 2000.

- MILLER J., *The Glorious Revolution*, London, 1997.

- PINCUS S., *1688: The First Modern Revolution*, New Haven-London, 2009.

- RAMOS NÚÑEZ C. "Consideración de la costumbre en la doctrina jurídica virreinal. De la valoración clásica a su impugnación moderna", en HAMPE MARTÍNEZ T. (coord.), *La tradición clásica en el Perú virreinal*, Lima, 1999, pp. 285-308.

- RECUPERATI G., *Lo Stato sabaudo nel Settecento*: *dal trionfo delle burocrazie alla crisi* d'*antico regime*, Torino, 2001.

- ROTELLI E., *Forme di governo delle democrazie nascenti, 1689-1799*, Bologna 2005.

- SCHOONEBEEK A., *Engelants Schouwtoneel*, by Adriaan Schoonebeek in de Kalverstraat, Amsterdam c. 1691, tav. II.

- SHAGAN E. H., "The English Inquisition: Constitutional Conflict and Ecclesiastical Law in the 1590s", in *Historical Journal*, XLVII (2004), pp. 541-565.

- SMITH D. C., *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws. Religion, Politics and Jurisprudence, 1578-1616*, Cambridge, 2014.

- SMITH M., *Storia della Sicilia medievale e moderna*, Bari, 1970.

- STELLARDI V.E., *Il regno di Vittorio Amedeo II di Savoia nell'isola di Sicilia dall'anno 1713 al 1719*, Torino, 1862, vol. I.
STRYPE J., *The Life and Acts of John Whitgift*, Oxford, 1822, vol. III.

- SYMCOX G., *Vittorio Amedeo II. L'assolutismo sabaudo (1675-1730)*, Torino, 1989.

- TOCQUEVILLE, A. DE, "Voyages en Sicile et aux Etats-Unis", in MAYER J.P. (A cura di), *Oeuvres complètes*, Paris, 1957, tomo V, vol. I.

- USHER R. G., *The Rise and Fall of the High Commission*, Oxford, 1913.

# DE LA "CARIDAD LEGAL" O PRIMERA LEGISLACIÓN OBRERA DE CARÁCTER "EXCEPCIONAL". ESTUDIO COMPARADO*.

**Dra. Isabel Ramos Vázquez**
**Universidad de Jaén**

## 1. El paradigma de la libertad

El pensamiento liberal que se impuso en los primeros modelos constitucionales europeos, de corte individualista y burgués, creía en sociedades perfectas en las que el mercado libre, o el libre juego de la oferta y la demanda (*"laissez faire, laissez passer"*), autorregularía la economía y el trabajo, poniendo fin a la crisis económica y salvando a la población del pauperismo y la vagancia que se habían instalado como uno de los grandes males del Antiguo Régimen[1]. En palabras de

* Este artículo se ha redactado como parte del Proyecto de Investigación "De la libertad de trabajo al nacimiento del derecho obrero. Estudio comparado del derecho español y francés durante el siglo XIX y principios del siglo XX" (UJA 2015/06/26), financiado por el Plan de Apoyo a la Investigación de la Universidad de Jaén.

Voltaire, con el triunfo de la libertad de trabajo *"tous les paysans ne seront pas riches ; et il ne faut pas qu'ils le soient. On a besoin d'hommes qui n'aient que leurs bras et de la bonne volonté. Mais ces hommes (…) seront libres de vendre leur travail à qui voudra le mieux payer. Cette liberté leur tiendra lieu de propriété. L'espérance certaine d'un juste salaire les soutiendra. Ils élèveront avec gaieté leurs familles dans leurs métiers laborieux et utiles"*[2].

En este mismo sentido, afirmaba en España Jovellanos que *"el hombre debe vivir de los productos de su trabajo (…). De este principio se deriva el derecho que tiene todo hombre á trabajar para vivir; derecho absoluto, que abraza todas las ocupaciones útiles, y tiene tanta extensión como el de vivir y conservarse. Por consiguiente, poner límites á este derecho, es defraudar la propiedad más sagrada del hombre, la más inherente á su ser, la más necesaria para su conservación"*[3].

La dignificación del trabajo como la propiedad más sagrada del hombre, y su consideración como una mercancía básica para impulsar el mercado, permitieron su liberalización con la progresiva supresión de las relaciones feudales o señoriales, la prohibición de corporaciones gremiales, y la aparición de un buen número de decretos que reconocieron libertades económicas o de industria tanto en Francia como en España entre finales del siglo XVIII y principios del XIX.

---

[1] TANGUE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie. 1789-1848-1989: de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Bruxelles, 1989, p.11.

[2] VOLTAIRE, "Questions sur l'Encyclopçedie. Article Propriété" (1771), *Oeuvres de Voltaire*, t.32, Paris, 1829, p.21.

[3] JOVELLANOS, G. M. de, *Informe dado á la Junta General de Comercio y Moneda sobre el libre ejercicio de las artes*, Madrid, 1785, pp.4-5.

En Francia, cuna del pensamiento liberal y del Estado constitucional, fueron especialmente significativas en este sentido las leyes que abolieron paulatinamente las relaciones feudales o de servidumbre a partir del decreto del 4 de agosto de 1789[4]; y las que pusieron fin al corporativismo gremial propio del Antiguo Régimen a partir del famoso edito Turgot de 1776, que fue seguido del posterior decreto d'Allarde de 1791, estableciendo el principio fundamental de la libertad de trabajo, y, finalmente, la ley Chapelier de 17 de junio de 1791, que prohibía el establecimiento en Francia de cualquier corporación de oficios[5].

Si atendemos a las palabras de Anne Robert Jacques Turgot en el famoso edicto de supresión de los gremios de 1776: *"Dieu, en donnant à l'homme des besoins, en lui rendant nécessaire le ressource du travail, a fait du droit de travailler la propriété de tout homme, et cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes. Nous regardons comme un des premiers devoirs de notre justice, et comme un des actes les plus dignes de notre bienfaisance, d'affranchir nos sujets de toutes les atteintes portées à ce inaliénable de l'humanité. Nous voulons en conséquence abroger ces institutions arbitraires, qui ne permettent pas à l'indigent de vivre de son travail; qui repoussent un sexe à qui son travail a donné plus de besoins et moins de ressources, et qui semblent, en le condamnant à une misère inévitable, seconder la séduction et la débauche; qui éteignent l'émulation et l'industrie, et rendent inutiles les talents de ceux que les*

[4] DONIOL, H., *La Révolution française et la féodalité*, Paris, 1876, AULARD, A., *La Révolution française et le régime féodal*, París, 1919, o más recientemente CLERE, J, "L'abolition des droits féodaux en France", *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 94-95 (2005), pp.135-157.

[5] SOREAU, E., "La loi Le Chapelier", *Annales historiques de la révolution*¸tomo.VIII, 1931, pp.287-314, SOBIRAN-PAILLET, F., "Nouvelle règles du jeu? Le decret d'Allarde et la loi Chapelier", *Deux siécles de droit du travail*, París, 1998, pp.17-24, o KAPLAN, S.L., *La fin des corporations*, Paris, 2001.

*circonstances éloignent de l'entrée d'une communauté; qui privent l'état et les arts de toutes les lumières que les étrangers y apporteraient; qui retardent les progrès de ces arts par les difficultés multipliées que rencontrent les inventeurs, auxquelles différentes communautés disputent le droit d'exécuter des découvertes qu'elles n'ont point faites; qui, par les frais immenses que les artisans sont obligés de payer pour acquérir la faculté de travailler, par les saisies multipliées pour de prétendues contraventions, par les dépenses et dissipations de tout genre, par les procès interminables qu'occasionnent entre toutes ces communautés leurs prétentions respectives sur l'étendue de leurs privilèges exclusifs, surchargent l'industrie d'un impôt énorme, onéreux aux sujets, sans aucun fruit pour l'état; qui, enfin, par la facilité qu'elles donnent aux membres des communautés de se liguer entre eux, de forcer les membres les plus pauvres à supporter la loi des riches, deviennent un instrument de monopole et favorisent des manoeuvres dont l'effet est de hausser, au-dessus de leur proportion naturelle, les denrées les plus nécessaires à la subsistance du peuple"*[6].

Siguiendo la estela francesa, y en el contexto de las Cortes de Cádiz, España también promulgó de forma temprana leyes como el decreto de 6 de agosto de 1811, para la abolición de las relaciones de servidumbre, que sería confirmado posteriormente por el propio Fernando VII en una real cédula de septiembre de 1814; o el decreto de 8 de junio de 1813, llamado "decreto del Conde de Toreno", que establecía una primera supresión de las corporaciones gremiales[7].

[6] TURGOT, A.R.J., *Édit du roi portant suppression des jurandes et communautés de commerce, arts et métiers*, donné a Versailles au mois de février 1776.

[7] Éste sería derogado al regreso de Fernando VII por un posterior decreto de 29 de junio de 1815, pero durante el Trienio Liberal volvería a promulgarse, y se restablecería definitivamente tras la muerte del rey a través de los decretos de 20 de enero de 1834, y de 2 y 6 de diciembre de 1836, que declararon finalmente abolidos todos los gremios o corporaciones de oficios en España, consolidando la libertad de trabajo como un derecho fundamental básico del

Al debatirse en las Cortes de Cádiz el artículo 2 del citado "decreto del Conde de Toreno", sobre la libertad de trabajo o *"la absoluta libertad á qualquiera para entrar en el ejercicio de la maestría de las artes y de la industria"*, afirmaba el diputado Antillón que *"desde los primeros libros que se leen de economía política, desde que se reconocen las actas de nuestras sociedades económicas, no pueden mirarse las corporaciones gremiales sino como monopolios funestísimos de la industria; sus reglamentos como absurdos e indignos de las luces del siglo, y la misma institución como esencialmente injusta. Y tales han sido también los sentimientos de todos los economistas españoles desde que se han conocido lo que es la riqueza y el trabajo"*[8].

Los libros de economía política a los que se refería el diputado Antillón eran fundamentalmente la obra de Adam Smith, que ya había sido traducido al castellano en 1794[9], o las de autores como Turgot, Jean-Baptiste Say o Bastiat, que fueron los economistas franceses más traducidos en nuestro país. A la defensa del principio de la libertad de trabajo, también se sumaron desde la filosofía política pensadores de la influencia de Montesquieu o Voltaire, y juristas del prestigio de Pothier, pudiendo citar en España como principales valedores del mismo a

individuo. Me remito al valioso análisis sobre el fin de los gremios y proclamación de la libertad de trabajo de BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Límites a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Madrid, 1955, pp.270-308.

[8] Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, nº872, de 3 de junio de 1813, p.5413.

[9] ALONSO ORTIZ, J., *Investigación de la naturaleza y causas de la Riqueza de las naciones, obra escrita en inglés por Adam Smith*, Valladolid, 1794.

personajes de la talla de Campomanes[10], Ward[11], Foronda[12], Capmany[13] o Jovellanos[14].

Los primeros textos constitucionales franceses y españoles, desde la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 hasta la Constitución de 1830 en Francia (antes de la revolución de 1848), y desde la Constitución de 1812 hasta la Constitución de 1876 en España, recogieron estas ideas y consagraron el principio de libertad de trabajo (*"liberté du travail"*) como uno de sus principios económicos básicos o estructurales. Desde ese momento, el trabajo libre volvió a quedar sometido exclusivamente a los principios de la contratación privada propios del derecho civil, en el ámbito de la autonomía de la libertad de las partes.

El instrumento jurídico utilizado para ello fue el antiguo contrato romano de la *"locatio conductio"* o arrendamiento de obras y servicios, que fue reelaborado por los redactores del primer Código civil o Código napoleónico de 1804 a través de la figura del *"louage d'ouvrage"*[15]. El

[10] CAMPOMANES, P., *Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento*, Madrid, 1775.
[11] WARD, B., *Proyecto económico en que se promueven varias providencias dirigidas a promover los intereses de España con los medios y fondos necesarios para su planificación*, Madrid, 1779.
[12] FORONDA, V. de, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política, y sobre las leyes criminales*, Madrid, 1789.
[13] CAMPMANY, A. de, *Discurso económico-político en defensa del trabajo mecánico de los menestrales, y de la influencia de sus gremios en las costumbres populares, conservación de las artes, y honor de los artesanos*, Madrid y Barcelona, 1778.
[14] JOVELLANOS, G. M. de, *Informe dado á la Junta General de Comercio y Moneda sobre el libre ejercicio de las Artes por Gaspar Melchor de Jovellanos*, Madrid, 1785.
[15] Sobre la importancia del derecho romano como fuente del Código civil de 1804, BERTAULD, A., *Introduction à l'histoire des sources du Droit français*, París 1860, pp.I-II, y más recientemente ARNAUD, A.J., *Les origines*

*Code* de 1804 consagró las libertades de industria, contratación y trabajo, consolidando el contrato como la principal manifestación de la libertad o de la autonomía de la voluntad del individuo[16].

En el Discurso Preliminar al Código, afirmaba Portallis que *"la libertad de contratar solo puede ser limitada por la justicia, por las buenas costumbres y por la utilidad pública (...). Se gobierna mal cuando se gobierna demasiado. Un hombre que trata con otro hombre debe ser cuidadoso y prudente; debe velar por su interés, recoger las informaciones convenientes y no descuidar lo que es útil. El oficio de la ley es protegernos contra el fraude ajeno, no el de eximirnos de hacer uso de nuestra propia razón. De otro modo, la vida de los hombres bajo la vigilancia de las leyes no sería sino una larga y vergonzosa minoría de edad; y la propia vigilancia degeneraría en inquisición"*[17]. Por ello, , concluía Portallis, *"nos hemos limitado a indicar de nuevo las reglas comunes. En esta materia no iremos nunca más allá de los principios que nos ha transmitido la antigüedad y que nacieron con el género humano"*[18].

*doctrinales du Code civil français*, París, 1969, MARTIN X., "Aux sources thermidoriennes du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé", *Droits*, 1987, pp.107-116, LASSERRE-KIESOW, V., "L'esprit scientifique du Code civil", *Droits*, 2005, pp.53-67, o THIREAU, J.L., "Fondements romains et fondements coutumiers du Code civil", *Droits*, 2006, pp. 3-18.

[16] MARTIN, X., "Sur l'essor et l'essence de l'individualisme libéral en France", *Bulletin de la Société française d'Histoire des idées et d'Histoire religieuse*, 1986, n° 3, pp.37 y ss, JOUARY, P., "La lésion dans le Code civil de 1804. Études sur l'influence du libéralisme économique sur le Code civil", *Droits*, 2005, pp.103-122.

[17] PORTALLIS, J.E.M., *Discurso preliminar al Código civil francés*, traducción de Adela Mora, Madrid, 2014, p.43 y p.47.

[18] PORTALLIS, J.E.M., *Discurso preliminar al Código civil francés*, traducción de Adela Mora, Madrid, 2014, pp.48-49.

En el caso del contrato de arrendamiento de obras y servicios utilizado para la contratación del trabajo, tales principios no fueron otros, como se ha dicho antes, que los del antiguo contrato romano de la *"locatio conductio"*, desarrollados fundamentalmente en Francia por Robert Joseph Pothier[19]. En atención a los mismos, el *"louage des ouvrages"* se reguló en el *Code* de 1804 junto con el *"louage des choses"*, como marcaba la tradición iusromanista[20]. Se definía como un contrato consesual y bilateral por el cual una de las partes se comprometía a hacer alguna cosa por la otra a cambio de precio determinado, y se subdividía en tres tipos básicos: el arrendamiento de trabajadores domésticos o criados, el de conductores por tierra o por agua, y el de contratistas de obras por cotización o mercado.

La disposición más importante que se introdujo en el Código civil, fue la limitación temporal del contrato, señalándose que sólo podían arrendarse los servicios de otra persona por un tiempo o para una empresa determinada, porque lo contrario era considerado una especie de esclavitud. Así lo señalaron juristas como Maleville, Locré, Mouricault[21], o Troplong, quien afirmaría que *"nous avons vu le lègislateur considérer le travail de l'homme comme un capital*

[19] POTHIER, R.J., *Pandectae Justinianeae, in novum ordinem digestae: cum legibus Codicis, et Novellis, quae Jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant. I. Prolegomena seu praefationem, et viginti-duos priores libros*, Lugduni, 1782, p.533, y Robert Joseph Pothier, *Traité du contrat de louage*, Paris-Orléans, 1778.

[20] GUILLOUARD, L.V., *Traité du contrat de louage. Livre III, titre VIII, du Code Civil. II. Articles 1752 à 1831*, vol.1, París, 1887, p.7

[21] MALEVILLE, J. de, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État,* Librairie de la Cour de Cassation (Paris, 1805), 3e éd. París, 1822, vol.III, p.401, LOCRÉ, J.G. baron, *Législation civile, commerciale et criminelle. Commentaire et complément des Codes Français*, tome septième, Bruxelles, 1836, pp.168-171, MOURICAULT, T.L., *Rapport fait par Mouricault, au nom de la section de législation, sur le projet de loi concernant le contrat de louage, et formant le titre XIII du livre III du Code civil*, Paris, Séance du 14 ventôse an XII., pp.21-23

*commercial"*, tratando de separar este nuevo trabajo libre en el mercado de cualquier otro tipo de trabajo dependiente o vinculado[22].

Por lo demás, los escasos artículos que el Código civil napoleónico dedicó a este contrato, solo se pronunciaron sobre la necesidad de salario o precio del arrendamiento, estableciendo que en caso de duda era el maestro o patrón quien debía ser creído sobre el mismo. Cualquier otra cuestión relativa a la prestación del trabajo se dejaba a la autonomía de la voluntad de las partes, en el marco de una extraordinaria libertad de contratación.

Dejando a un lado los distintos proyectos que le precedieron, el definitivo Código civil español de 1889, recogió una interpretación muy similar de la antigua *locatio conductio* romana, inspirándose sin duda en la ley y la doctrina francesa[23]. Al igual que el Código napoleónico, se regulaba junto con el arrendamiento de cosas (teoría dual clásica), se hacía un especial hincapié en el carácter temporal del mismo, y se distinguían tres tipos fundamentales de arrendamiento de obras y servicios: el de criados y trabajadores asalariados, el de obras por ajuste o precio alzado, y el de transportes por agua y tierra. El texto español también se pronunció sobre la presunción de veracidad del patrón en caso de litigios sobre el salario (su cuantía o su devengo), y reguló algunas cuestiones relativas al despido[24]. Todo lo demás quedó, como

[22] TROPLONG, R.T.*, Le Droit civil expliqué selon l'ordre des articles du Code. De l'echange et du louage*, Bruxelles, 1841, p.225.

[23] ALONSO OLEA, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, op. cit., p.12 y pp.175-176, o RAMOS VÁZQUEZ, I., "Marco jurídico de las relaciones de trabajo en el siglo XIX. Del antecedente de *locatio conductio*, la influencia del *louage d'ouvrage et d'industrie*, hasta el *arrendamiento de obras y servicios"*, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXVI (2016), pp.547-574

[24] GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo 3, Madrid, 1852, pp.480-482, FALCÓN, M., *Código civil español, ilustrado con notas, concordancias, motivos y comentarios*, vol.5,

en el caso francés, dentro de la esfera de la absoluta libertad de contratación.

## 2. La caridad privada y la "caridad legal"

Las nefastas consecuencias para la clase trabajadora que se derivaron de este régimen de la absoluta libertad de contratación (la extrema pobreza, el hambre, la falta de viviendas, el hacinamiento en torno a las fábricas, la opresión, la insalubridad, las enfermedades, el trabajo de las mujeres, la explotación infantil, etc.), fueron señaladas ya de forma temprana en Francia por pensadores como Étienne-Gabriel Morelly y Léger Marie Deschamps, que pueden considerarse precursores del posterior socialismo utópico de Cabet, Fourier o Saint-Simon[25].

En los primeros decenios del siglo XIX, comenzó a hablarse de la "cuestión social" (*"question sociale"*)[26], y a formarse un incipiente movimiento obrero o socialista que más adelante protagonizaría en gran medida la revolución popular de 1848. Pero la corriente mayoritaria seguía siendo la del liberalismo original o la economía política, sostenida por una nueva generación de políticos, juristas o economistas que continuaban defendiendo la libre concurrencia como única forma

Madrid, 1890, pp.178-182, o MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, tomo X, 1908, pp.725-739

[25] RAPPOPORT, C., *Le Socialisme III. Le Socialisme au XVIIIe siècle. Morelly*, París, 1921, BERNARDI, W., *Morelly y Dom Deschamps. Utopía e ideología en la época de la Ilustración*¸ Florencia, 1979, o BART J., "De la contrainte au plaisir. Le travail chez Morelly et Dom Deschamps", *Du droit du travail aux droits de l'humanité*, Rennes, 2003, pp.35-46.

[26] CAPELLÁN de MIGUEL, G., "Cambio conceptual y cambio histórico. Del pauperismo a la "cuestión social", *Historia Contemporánea*, 29 (2005), p.548, y *Enciclopedia del pauperismo*, vol. I, Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp.21-91.

de acabar con los "sufrimientos sociales", y la caridad privada como el único medio de afrontar los "desajustes sociales" hasta el triunfo definitivo de la sociedad de mercado[27].

En este incipiente debate entre el liberalismo (que defendía la libertad de contratación en el mercado), y un primigenio socialismo (que proponía soluciones colectivistas todavía muy utópicas), no tardó en aparecer una nueva expresión, la de *"charité légale* o "caridad legal", para referirse, frente a la caridad privada de los liberales más conservadores, a una posible intervención del Estado en labores de beneficencia o ayuda a los pobres a través de la ley: *"La Charité légale, si l'on s'en tient à l'etymologie du mot, est celle qui s'exerce en vertu de la loi"*[28].

En principio, el término "caridad legal" (que ya había utilizado Malthus en Inglaterra para oponerse a las *"poor laws"* desde la óptica del liberalistmo tradicional), tenía connotaciones negativas y venía a denunciar las nefastas consecuencias que se producirían de esta

[27] DESTUTT de TRACY, M. le comte, *Traité d'economie politique*, Paris, 1823, TOCQUEVILLE, A. de, *Mémoire sur le paupérisme*, Paris, 1835, SAY H., A*vant-propos à la discussion d'une nouvelle loi sur les faillites*, Paris, 1837, SISMONDI, J.C.L., *Études sur l'economie politique*, Paris, 1838, GARNIER, J., *Introduction à l'étude de l'économie politique, avec des considérations sur la statistique, la liberté du commerce et l'organisation du travail. Ouverture du cours d'économie politique à l'Athénée, le 4 janvier 1843*, Paris, 1843, CHEVALIER, M., *Cours d'économie politique du Collège de France. Discours d'ouverture de l'année scolaire 1843-44, par Michel Chevalier* (extrait du *Journal des économistes*), Paris, 1844, DUNOYER, C., *De la liberté du travail ou simple exposé des conditions dans les quelles les forces humaines s'exercent avec le plus de puissance*, París, 1845, 3 vols, BASTIAT, F., "Propriété et loi, justice et fraternité", *Journal des économistes*, Paris, 1848, THIERS, A., *De la propriété*, Paris, 1848.

[28] NAVILLE, M.L., *De la charité légale, de ses effets, de ces causes, et spécialement des maisons de travail, et de la proscription de la mendicité* , Paris, 1836, p.31.

intervención pública. Así lo utilizaron, por ejemplo, Alexis de Tocqueville[29], Tanneguy Duchâtel[30], o François Marc Louis Naville en una de las obras sobre la cuestión más reconocidas dentro y fuera de las fronteras francesas: *"A l'ingratitude et à l'impudence qui inspire à l'indigent, sous le régimen de la charité légale, l'idée qu'il a droit à être assisté, se joignent la paresse, l'imprévoyance, la dissipation, la dégradation morale, qui résultant de que ce qu'il regarde cette asistance comme lui étant assurée"*[31].

Sin embargo, frente a la absoluta negativa de Tocqueville y el resto de los liberales conservadores a cualquier tipo de intervención pública, en las obras de autores como Duchâtel o Naville comenzaron a admitirse algunas excepciones o matices de interés, como la necesidad de mantener determinados establecimientos públicos de asistencia social, o la defensa de que se repartieran socorros entre los indigentes verdaderamente necesitados, o en momentos de especial carestía.

En esta línea de promover una intervención estatal de carácter absolutamente "excepcional" a través de la ley, para proteger exclusivamente a los más débiles o desfavorecidos, abundaron otros pensadores como Alban de Villeneuve-Bargemont[32], y Joseph Marie de Gérando, Brouckère, de Morogues, Armand de Melun, o Alexandre Monnier[33]. Incluso, aunque Michel Lux continuaba relacionando

[29] TOCQUEVILLE, A. de, "Mémoire sur le paupérisme", *Mémoires de la Société académique de Cherbourg*, 1835, pp.293-344.
[30] DUCHÂTEL, T., *De la charité dans ses rapports avec l'état moral et le bien-être des classes inférieures de la Société*, Paris, 1829.
[31] NAVILLE, M.L., *De la charité légale, de ses effets, de ces causes, et spécialement des maisons de travail, et de la proscription de la mendicité* , Paris, 1836, p.68.
[32] TIANO, A., *Alban de Villeneuve-Bargemont (1784-1850): le précurseur de l'état social, ou un grand notable bien ordinaire?*, Nîmes, 1993.
[33] REYBAUD, L., "Du paupérisme et des institutions de charité en France", *Revue des Deux Mondes*, 2e période, tome 11, 1857, pp. 296-322.

fundamentalmente la solución de la pobreza de las clases trabajadoras con la misericordia o caridad cristiana en su estadística de pobres de 1841, se permitió hacer una llamada de atención al poder público, que en su opinión no podía permanecer ajeno al problema social por la amenaza que las clases trabajadoras empezaban a suponer para el mantenimiento del Estado liberal[34].

El principal impulsor de la *"charité légale"* en la Francia liberal del momento, sería, no obstante, el Ministro del Interior Charles de Remusat a través de su discurso *"Du paupérisme et de la Charité Légale"* (1840), en el que defendía una intervención de carácter muy excepcional, al objeto de evitar que el sistema liberal se resquebrajara desde la base y pudiera seguir funcionando en su conjunto[35]. Remusat aseguraba que *"dans les établissemens nouveaux créés par les associations particulières de bienfaisance, lés résultats n'ont pas toujours répondu aux intentions"*[36]. Y, por ello, frente a la acción privada o particular, era necesaria una mayor intervención pública a través de leyes de *"charité légale"*: *"Le moment était venu pour l'administration de soumettre à une étude approfondie les diverses questions qui touchent aux services de bienfaisance"*[37].

Frente a las críticas de los economistas a esta propuesta de normas protectoras de *"charité légale"*, continuaba Remusat, principalmente sobre su coste económico (decían que no serían sostenibles), o sobre lo que él llamaba *"les abus de la charité"* (es decir, las cada vez mayores exigencias que harían los trabajadores al Estado, o el riesgo que tendrían de acomodarse y no buscar su progreso),

[34] LUX, M., *De la question du pauperisme sous le point de vue politique et social ou Memorire a l'occasion de la statistique de pauvres*, Paris, 1842. Cfr. CAPELLÁN de MIGUEL, G., "Cambio conceptual y cambio histórico. Del pauperismo a la "cuestión social", op.cit., p.554.

[35] REMUSAT, C., *Du paupérisme et de la Charité Légale*, París, 1840.

[36] REMUSAT, C., *Du paupérisme et de la Charité Légale*, París, 1840, p.18.

[37] REMUSAT, C., *Du paupérisme et de la Charité Légale*, París, 1840, p.19.

Remusat afirmaba que la intervención que él defendía debía ser absolutamente excepcional: *"la charité publique doit principalement faire en sorte d'empêcher l'individu de tomber dans l'indigence, ou l'aider à en sortir, en entretenent en lui l'amour du travail"*[38].

En definitiva, concluía Remusat, las normas de caridad legal eran necesarias para corregir, desde el propio Estado y de forma unitaria (*"la charité légale doit procéder d'un principe commun"*), sin dejar a la siempre voluble voluntad privada o acción de los particulares, los errores que se habían derivado para las clases trabajadoras de aplicar los principios del viejo liberalismo individualista, a los que, por primera vez desde una parte del propio sector liberal, comenzaba a achacarse los males sociales: *"Il faut reconnaître que le manque d'ouvrage et l'insuffisance des salaires sont les causes les plus g´nérales de l'indigence parmi les individus valides"*[39].

A consecuencia de esta forma de pensar, y en atención al estudio que la Academia de Ciencias Morales y Políticas, refundada por el doctrinario Guizot en 1832, había encargado hacer a Louis René Villermé sobre las condiciones de vida de las clases obreras[40], en 1841 se promulgaba en Francia la primera ley de "caridad legal" sobre el trabajo de los niños: la ley de 22 de marzo de 1841, que, como veremos más abajo, prohibía el trabajo a los menores de 10 años y el trabajo nocturno a los menores de 13 años, y limitaba la jornada de trabajo a los niños de hasta 16 años[41].

---

[38] REMUSAT, C., *Du paupérisme et de la Charité Légale*, París, 1840, pp.25-26.
[39] REMUSAT, C., *Du paupérisme et de la Charité Légale*, París, 1840, p.48.
[40] VILLERMÉ, L.R., *Tableau de L'État physique et moral des ouvriers employés dans le manufactures de coton, de laine et de soie*, Paris, 1840.
[41] DOLLÉANS, E. et DEHOVE, G., *Histoire du travail en France, mouvement ouvrier et législation sociale, vol. 1: Des origines à 1919*, Paris, 1953, p.76.

El debate sobre las normas de "caridad legal" que se estaba produciendo en la vecina Francia, y también en la Inglaterra del momento, no tardó en llegar a nuestro país. En las noticias de la Gaceta de Madrid del 2 de abril de 1838, al informar sobre las leyes de socorro de pobres que se estaban dictando en Inglaterra, ya se aludía a la obra de Naville para afirmar que dicha obra *"ataca la caridad legal, porque los pobres, armados con éste derecho civil, renuncian al instinto de independencia y de previsión, seguros de encontrar auxilios el dia de la necesidad. Pero en primer lugar, la caridad legal no hace mas que sancionar el derecho social que tiene el indigente al sócorro que deben darle sus semejantes: y en segundo, esa imprevisión es mucho mayor y tiene peores consecuencias en la mendicidad, convertida en profesión. Los mendigos á la verdad conservan su independencia; pero ¿está independencia es útil á la sociedad? ¿no es por el contrario una escuela permanente de vicios y raterías, descritas no solo por nuestros autores satíricos, como Quevedo, sino también en nuestros entremeses antiguos y comedias de santos?"*[42]

El filántropo Ramón de la Sagra, que tenía una gran relación con el país vecino, en el que viajaba e incluso publicó algunas de sus obras, también se mostraría partidario al recurso de la *"caridad legal"* en 1844, requiriendo para la Administración pública *"otras miras, que sin ser contrarias á la caridad cristiana, le obligen á prescindir de las individualidades y á egercerla mas bien de una manera colectiva, ó sea la "caridad legal"*[43]. Con los años, el pensamiento de Ramón de la Sagra en favor de la causa obrera iría mucho más allá, sumándose a la defensa de una verdadera "organización del trabajo" (*"organisation du travail"*),

[42] http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1838/1224/A00002-00003.pdf (consultado el 04/06/2017)

[43] SAGRA, R. de la, *Revista de los intereses materiales y morales. Periódico de doctrinas progresistas a favor de la humanidad*, tomo primero, Madrid, 1844, p.137.

tal y como estaba haciendo en Francia Louis Blanc[44]. Pero antes de llegar a estos planteamientos de carácter socialista, De la Sagra se pronunció, al menos, a favor de una intervención pública de carácter excepcional a través de la ley para paliar el sufrimiento de las clases trabajadoras.

En contra de esta opinión, podemos citar la defensa del liberalismo individual clásico que hicieron autores coetáneos como José Posada Herrera o Zeferino González. Para el primero, la caridad legal, ése *"monstruo que amenazaba devorar las sociedades modernas"* citando a los discípulos de Malthus, era la peor solución que se podía dar al problema obrero, concluyendo que *"el legislador solo puede confiar en la caridad privada para el alivio de los pobres"* e impulsar en la medida de lo posible la beneficencia como acción organizativa del Estado[45].

---

[44] SAGRA, R. de la, *Organisation du travail: questions preliminaries à l'examen de ce probleme*, París, 1848. Véase también sobre esta cuestión, CAPELLÁN de MIGUEL, G., "Cambio conceptual y cambio histórico. Del pauperismo a la "cuestión social", op.cit., pp.564-567.

[45] POSADA HERRERA, J. de, *Lecciones de administración*, tomo IV, Madrid, 1845, pp.19-24: *"La sociedad puede creerse en el deber de mantener á todas las personas que no posean ningunos, ó no posean los bastantes medios de subsistencia; puede creerse solo obligada á mantener los individuos que no teniendo de qué vivir, no tengan tampoco aptitud para el trabajo por incapacidad física o moral; puede pensar que si los sentimientos de humanidad y su propio interés la estimulan á aliviar los males de la pobreza, no le imponen obligación alguna exigible, y que por consiguiente no está en el deber de emplear medios que graven de una manera exorbitante á las clases acomodadas, y puede en fin mirar como propio de los particulares el ejercicio de la caridad y beneficencia, creyendo que solo compete al poder público influir de una manera indirecta y por disposiciones legislativas en la riqueza respectiva de las clases de la sociedad, sin cuidarse especialmente de los individuos. Al primero y segundo de estos sistemas se le ha dado el nombre de caridad legal; al tercero beneficencia pública (...)".*

Zeferino González, por su parte, cifró en los siguientes términos los males de la *"caridad legal"*: *"Quien dice caridad legal, dice caridad forzada, caridad impuesta por el Estado, lo cual vale tanto como unir términos contradictorios, porque la caridad es esencialmente libre y voluntaria. Por eso la caridad cristiana, que es la caridad verdadera, la caridad legítima, la única digna de este nombre, reconoce por base y por origen el sacrificio y la abnegación de si mismo por amor de Dios y en favor del prójimo, amando en Dios y por Dios. De aquí nace la eficacia y fecundidad admirable de la caridad cristiana, al paso que la caridad legal tiene que ser ineficaz, estéril e infecunda, como originada de la violencia y obligación legal. A esto se añade que la acción de la caridad legal solo alcanza al don y al auxilio material del indigente, al paso que la acción de la caridad cristiana se dirige principalmente al mejoramiento y auxilio moral del indigente (...).*

*Otro de los inconvenientes y peligros de la caridad legal es disminuir y hasta apagar la caridad privada, porque es muy natural, o al menos muy frecuente, que el que ha pagado su cuota o impuesto legal para los pobres, se considere dispensado ya y libre de todo deber para con los mismos (...).*

*Ni es menor el peligro moral que lleva consigo la caridad legal de inspirar el espíritu de orgullo al que la recibe (...)"*[46].

Como ejemplo de posiciones intermedias o eclécticas, podemos citar finalmente a Manuel Durán y Bas, que hablaba de *"caridad administrativa"* en vez de *"caridad legal"* (*"preferimos esta denominación á la de "caridad legal". Encontramos su significación más clara y concreta"*[47]). Según este autor, aunque *"la base de la*

[46] GONZÁLEZ, Z., *La economía política y el cristianismo* (1862), edic. Barcelona, 2017, pp.70-71.

[47] DURÁN y BAS, M., "Ensayo sobre dos cuestiones sociales", *Memorias sobre la extinción de la mendicidad, y el establecimiento de las Juntas de*

*caridad social ha de ser la caridad privada"* (*"nos alarma"*, decía, *"la sola idea de que el individuo, descansando en la caridad administrativa, mate en su misma aparición los sentimientos compasivos que brotan en su pecho, y de que pueda llegar un día en que la caridad administrativa se ejerza con languidez y sin bastantes medios"*), *"la caridad administrativa tiene señalada su misión; y esta misión es la de venir á completar la caridad privada"*[48].

La acción administrativa o de "caridad legal" del Estado, para promover una primera legislación proteccionista de las clases trabajadoras, frente a las altas cotas de conflictividad que estaba alcanzando el movimiento obrero, tuvo su primer intento de concreción en España durante el Bienio Progresista (1854-1856). A iniciativa del Ministro de Fomento Francisco Luxán y del Presidente del Congreso Pascual Madoz, un proyecto de Real Decreto, en enero 1855, disponía la creación de una Comisión para *"reconocer y apreciar en su justo valor las causas de las dificultades suscitadas entre los fabricantes y los trabajadores de nuestras provincias manufactureras y proponer al Gobierno los medios más oportunos de terminarlas felizmente"*.

Pocos meses después, en octubre de 1855, el nuevo Ministro de Fomento Manuel Alonso Martínez presentaba ante las Cortes el primer proyecto de ley obrera que se hizo en España, *"sobre ejercicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección de la industria manufacturera"*[49], tras los sucesos de la huelga general realizada ese año en Barcelona.

---

*caridad, premiadas por la Sociedad Económica Matritense*, Madrid, 1851, p.93

[48] DURÁN y BAS, M., "Ensayo sobre dos cuestiones sociales", *Memorias sobre la extinción de la mendicidad, y el establecimiento de las Juntas de caridad, premiadas por la Sociedad Económica Matritense*, Madrid, 1851, pp.93-95.

[49] DSC nº214, de 8 de octubre de 1855, pp.7045-7049.

Aunque fundamentado en los principios liberales, este proyecto de ley se preocupa por vez primera de *"la suerte del obrero"*, reconociendo en su preámbulo que *"la actividad del trabajo, el considerable número de operarios atraidos por un mismo destino, la lucha de intereses encontrados, las rivalidades de las diversas profesiones y los esfuerzos del ingenio para extender los límites de la producción industrial, agitando los ánimos é hiriendo las imaginaciones exaltadas, mas de una vez apartan de su objeto el movimiento productor, y con las miras legítimas para acrecerle procuran también ancha entrada á otras que le paralizan ó destruyen, igualmente reprobadas por la moral y por las leyes"*[50].

Se justifica en ello, según el preámbulo, *"la necesidad de hacer más aplicables y fecundas las doctrinas que desde las Cortes de 1813 aseguraron con la libertad y la concurrencia del productor el espíritu de asociación y el respeto al trabajo"*, frente a las *"falsas y peligrosas doctrinas, utopías especiosas, insidiosamente proclamadas como la inspiración de una mentida filantropía; teorías quiméricas invocadas en nombre de la virtud, y contrarias sin embargo a todo orden social, traidas por la violencia de las pasiones ó la hipocresía del crímen al campo de los hechos"*[51].

Es decir, el proyecto se defendió desde los valores liberales y como corrección del propio sistema liberal, frente a las nuevas ideologías de carácter socialista o anarquista que empezaban a forjarse, y con carácter de absoluta excepcionalidad: *"No ha menester el Gobierno reglamentos minuciosos que recordando las trabas gremiales y las cavilosidades del fisco, acabarían por destruirla: tampoco necesita una intervención opresora que desaliente al genio y coarte sus inspiraciones y ponga coto á sus empresas. Bástele proclamar el principio de la libertad industrial y ponerla á cubierto de*

[50] DSC nº214, de 8 de octubre de 1855, p.7045.
[51] DSC nº214, de 8 de octubre de 1855, p.7046.

*sus mismos excesos: bástale respetar los contratos establecidos entre el fabricante y el operario con arreglo al derecho comun, procurando solo que en la manera de cumplirlos no destruyan la organización industrial y lleven la perturbación y el escándalo al seno de las familias y de la sociedad que los sustenta y protege"*[52].

La motivación última era la *"caridad legal"*, y por ello los principales objetos de protección fueron el trabajo de los menores y unas mínimas condiciones de higiene y seguridad en los establecimientos fabriles, para cuya garantía se crearía un servicio de inspección: *"Si el proyecto de ley impone una condición sola al que ha de ser recibido en los establecimientos industriales, esta condición es precisamente un beneficio relacionado con la humanidad, un homenaje tributado á la dignidad de nuestra especie. No podrá consentirse nunca que la niñez desvalida y menesterosa, al someterse á un trabajo prematuro y continuo, debilite su físico, enerve su inteligencia, pierda apartada del hogar doméstico los tiernos afectos de la familia, para consumirse en un artefacto, condenada sin remordimiento y sin piedad á la impotencia y los dolores de una vejez anticipada. Este mismo interés por el hombre exige á los establecimientos fabriles las condiciones higiénicas, luz, ventilación, órden y propiedad en todo; precauciones para evitar los peligros y estragos ocasionados por los grandes procedimientos y la fuerza de poderosos motores"*[53].

En atención a estos principios, podemos señalar como principales avances en el contenido de este proyecto de ley la prohibición para los niños y niñas de trabajos nocturnos o peligrosos, la limitación a 8 años de la edad mínima para trabajar, limitaciones de 10 horas diarias para la jornada de niños entre 12 y 18 años, la exigencia de medidas de higiene, orden y disciplina a los dueños de los establecimientos para prevenir accidentes de trabajo, y la creación de un servicio de

[52] DSC nº214, de 8 de octubre de 1855, p.7046.
[53] DSC nº214, de 8 de octubre de 1855, p.7046.

inspección para asegurar el cumplimiento de la ley en los establecimientos fabriles. Lamentablemente, el proyecto nunca llegó a aprobarse, pero al menos dejó marcadas las líneas de acción que recogerían las primeras leyes obreras españolas[54].

## 3. La primera legislación obrera de carácter "excepcional": la protección de los niños. estudio comparado.

Como ya se ha dicho, la primera ley obrera que se promulgó en Francia, con carácter excepcional al principio de la libertad y en defensa de un intervencionismo de mínimos, o de caridad legal, fue la ley de 22 de marzo de 1841, o *loi du 22 de mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers*[55].

Fundamentalmente, esta ley limitó el tipo de trabajos o establecimientos en los que podían emplearse los niños, prohibió para ellos el trabajo nocturno, fijó en 8 años la edad mínima para trabajar, y estableció limitaciones en las jornadas laborales de niños entre 8 y 12 años, y de 12 a 16, exigiendo que se permitieran descansos para ellos, y promoviendo su educación obligatoria al menos hasta los 12 años[56]. La ley también previó un servicio de inspección para velar por su cumplimiento, compuesto por una serie de inspectores que podrían trasladarse a los establecimientos fabriles acompañados de médicos, en su caso.

---

[54] ELORZA, A., "El Proyecto de Ley de Alonso Martínez sobre el trabajo en la industria (1855)" en *Revista de Trabajo* 27-28 (1969), pp. 253-483.

[55] GRIGAUT, M., *Histoire du travail et des travailleurs*, Paris, Librairie Delagrave, 1931, pp. 196-199.

[56] LEFRANC, G., *Histoire du travail et des travailleurs*, Paris, Flammarion, 1975, pp. 262-265.

Como podemos comprobar, las medidas apuntadas por esta primera ley obrera francesa, que se basaba en las conclusiones del estudio oficial realizado por Louis René Villermé sobre las condiciones de vida de las clases obreras[57], eran muy similares a las que poco después se propusieron en España mediante el proyecto de ley de Alonso Martínez de 1855, del que se ha tratado en el epígrafe anterior y que desgraciadamente nunca llegó a aprobarse.

Los paralelismos entre estas dos normas francesa y española, casi miméticos en algunos aspectos, no deben sorprendernos. Aunque esta primera etapa de desarrollo del derecho obrero en Europa ha sido calificada como "nacional", y no sería hasta la creación de organismos internacionales como la Organización Internacional de Trabajo, tras la Primera Guerra Mundial, cuando las directrices y políticas acerca del trabajo adquirieran un carácter "internacional"; lo cierto es que existía una evidente influencia entre los Estados de Derecho occidentales, que compartían características político-sociales y económicas muy similares, y estaban acometiendo conjuntamente el cambio de régimen.

En el caso español, Francia era el espejo más cercano, por razones geográficas pero también políticas, ya que en ella se había inaugurado el Estado de Derecho constitucional, frente al sistema jurídico anglosajón o sistema del *"common law"*, cuya tradición y características nos eran mucho más ajenas. Sin embargo, la Revolución Industrial y el liberalismo se habían desarrollado previamente en Inglaterra, que por ese motivo creó un derecho obrero o de protección de los trabajadores más temprano, y se convirtió en el modelo o *"ideal type"* para el resto de los países europeos[58].

[57] Louis René Villermé, *Tableau de L'État physique et moral des ouvriers employés dans le manufactures de coton, de laine et de soie*, Paris, 1840.
[58] RAMM, T., "*Laissez-faire* and State Protection of Workers", *The making of labour law in Europe*, London and New York, 2010, pp.77-88.

Cabe decir, en este sentido, que el desarrollo del derecho obrero, industrial, de protección de los trabajadores o de "caridad legal", siguió las fases y los temas previamente marcados por Inglaterra en prácticamente todos los países europeos, a excepción de Alemania, donde la protección de los trabajadores fue afrontada de forma paternalista desde el Estado mediante la reorganización del sistema gremial (*"guild system"*) y la protección del trabajo a partir de la *Reich Trade Act* de 1869[59].

El resto de los países occidentales europeos siguieron fundamentalmente las líneas marcadas por Inglaterra porque, aunque su sistema jurídico era distinto, el problema social derivado de la nuevas relaciones de trabajo fue exactamente el mismo, y la forma de afrontarlo desde el pensamiento liberal imperante en el época resultó muy similar. De tal manera, si en Inglaterra la protección de los trabajadores se originó con la preocupación o protección de los niños a través de las *"poor laws"* o leyes de pobres, y de las primeras *"factory acts"* o leyes industriales (conjunto de leyes que desde 1802 comenzaron a regular las condiciones del empleo industrial, con una especial preocupación por el trabajo de las niños); esta misma inquietud se trasladó posteriormente a Francia dando lugar a la *loi du 22 de mars 1841 relative au travail des enfants*; y a España, donde, tras el frustrado intento de 1855, y otro que se produjo en 1872, se promulgó finalmente la *ley sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros, de 24 de julio de 1873*, conocida como ley Benot[60].

Frente a la teoría del liberalismo más radical (el famoso *"laissez faire"*), y el sistema jurídico que dejaba a la autonomía de la voluntad de las partes, a través del arrendamiento de obras y servicios (la antigua *"locatio conductio"*), la contratación del trabajo, estas primeras

[59] RAMM, T., "*Laissez-faire* and State Protection of Workers", *The making of labour law in Europe*, London and New York, 2010, p.77.
[60] MARTÍNEZ PEÑAS, L., "Los inicios de la legislación laboral española: la ley Benot", *Revista Aequitas*, nº.1, 2011, pp.25-70.

excepciones que permitieron la intervención del Estado para la protección de los niños a través de la ley, se basaron en muy diversos factores o corrientes que concurrieron unitariamente en la misma dirección. Por un lado, las corrientes humanitarias o filantrópicas de las que emergió la teoría de la *"caridad legal"* dentro de las propias filas liberales (y en contra de los postulados socialistas). Por otro, las nuevas corrientes pedagógicas que coadyuvaban a crear una nueva imagen positiva y revalorizada de la infancia, como un valor social más allá que una pertenencia del padre, a comienzos del siglo XIX[61]. Y, finalmente, una nueva interpretación jurídica de la teoría contractualista que, partiendo de la base de que los niños no tenían ninguna capacidad o libertad contractual (*"freedom of contract in the case of children is but another word for freedom of coercion"*, en palabras de John Stuart Mill), se oponía a la absoluta autoridad paterna en la contratación del trabajo de sus hijos, en defensa de su derecho a la educación[62].

Al margen de todos estos argumentos, el momento histórico en el que se promulgó la primera ley de derecho obrero español tampoco deja de ser significativo, pues fue impulsada por el efímero gobierno de la Primera República española, y en particular por su Presidente Francisco Pí y Margall, que fue uno de los políticos republicanos más comprometidos con la cuestión social, como demuestra el hecho de que ya en 1855 presentara ante las cámaras una *"Exposición presentada por la clase obrera a las Cortes Constituyentes"*[63].

[61] LÓPEZ NÚÑEZ, J. (coord), *Los inicios de la protección social a la infancia en España*, Madrid, 1992.
[62] RAMM, T., "*Laissez-faire* and State Protection of Workers", *The making of labour law in Europe*, London and New York, 2010, p.79.
[63] MARTÍNEZ PEÑAS, L., "Los inicios de la legislación laboral española: la ley Benot", *Revista Aequitas*, nº.1, 2011, p.31, al pie, citando el documento publicado a su vez por TUÑÓN DE LARA, M., El movimiento obrero en la historia de España. Madrid, 1972, pp. 133-135.

Un año antes de la publicación de esta ley, en 20 de octubre de 1872, el diputado Manuel Becerra había presentado a las Cortes un segundo proyecto de ley obrera sobre el trabajo de la infancia que no llegó a ser aprobado. El recién nombrado Ministro de Fomento Eduardo Benot Rodríguez, en junio de 1873, no tardó en recoger la iniciativa y redactar en menos de un mes la que sería primera ley española de derecho laboral.

El proyecto de Benot, titulado "*proyecto de ley, presentado por el señor ministro de Fomento, regularizando el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos"*, fue enviado previamente a la Comisión de Fomento, que sólamente limitó el tipo de empresas en las que quedaba prohibido el trabajo nocturno de los niños, en atención al artículo cuarto del proyecto, en defensa de la excepcionalidad de la norma, o en palabras de diputado Martínez Veiga, al objeto de *"proteger algún tipo de actividad laboral y a la vez excluir de la protección gran parte de la actividad de trabajo"*[64].

Con esa única modificación, el texto fue remitido a las Cortes el 25 de junio y aprobado, sin apenas discusión parlamentaria, el día 24 de julio de 1873, dando lugar a la *ley sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros*[65]. Se trataba de una ley breve, de tan sólo once artículos, que en la exposición de motivos de su proyecto de ley volvía a ampararse en la excepcionalidad de la misma frente al principio de la libertad de trabajo y de industria, y señalaba como principal objeto de protección a los niños:

---

[64] Cfr. MARTÍNEZ PEÑAS, L., "Los inicios de la legislación laboral española: la ley Benot", *Revista Aequitas*, nº.1, 2011, p.36.

[65] DSC nº48, de 24 de julio de 1873, pp.873-874. La ley también ha sido editada en la colección del Congreso de los Diputados coordinada por MARTÍN VALVERDE, A. (coord.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, pp.6-7.

> *"Quedando su ámbito de aplicación circunscrito a establecimientos industriales y mineros, la ley se ocupa de tres grandes cuestiones a lo largo de su breve articulado: la protección a la infancia -en especial, a través de la fijación de límites a la extensión de las jornadas laborales que podían ser desempeñadas por niños, así como de la exclusión del mundo laboral de los menores de diez años-; la educación de los menores –a través de la existencia de escuelas en las fábricas y de la obligatoriedad de que los niños recibieran educación durante al menos tres horas diarias-; y la creación de los jurados mixtos"*[66].

Mejorando lo dispuesto por la ley francesa de 1841 y en los proyectos españoles previos, esta ley elevó la edad mínima para trabajar de los 8 a los 10 años (*"los niños y las niñas menores de diez años no serán admitidos al trabajo en ninguna fábrica, taller, fundición o mina"*, rezaba su artículo primero); y mantuvo restricciones de jornada para los niños y niñas de edades superiores: cinco horas diarias para niños menores de 13 y niñas menores de 14, y ocho horas diarías para chicos menores de 15 y chicas menores de 17.

También prohibió el trabajo nocturno a niños menores de 15 y niñas menores de 17, limitándolo en atención a la enmienda que se hizo desde la Comisión de Fomento, a *"los establecimientos en que se empleen motores hidráulicos o de vapor"*. Con ello se defendían los intereses competitivos de otro tipo de industrias, que podían seguir disponiendo del trabajo infantil nocturno a voluntad, al tiempo que se garantizaba la seguridad de los niños en los trabajos más peligrosos, por los riesgos que podían corren en ellos.

[66] Cfr. MARTÍNEZ PEÑAS, L., "Los inicios de la legislación laboral española: la ley Benot", *Revista Aequitas*, nº.1, 2011, p.38.

Las distintas reducciones de la jornada de trabajo de los niños, según su edad, respondían a la preocupación que se ha señalado más arriba acerca de su educación, por lo que iban acompañadas de la obligación de asistencia a la escuela por parte de éstos. En el caso de los establecimientos fabriles o industriales situados a más de cuatro kilómetros de un lugar poblado, se incorporó por ello en el artículo quinto de la ley la *"obligación de sostener un establecimiento de instrucción primaria, cuyos gastos serán indemnizados por el Estado"*.

También estaban obligados todos los establecimientos industriales a tener un botiquín y a celebrar contratos de asistencia con un médico cirujano, cuyo punto de residencia no excediera de diez kilómetros, para atender los accidentes de trabajo. Esta disposición del artículo sexto, ampliaba el objeto de protección a otro tipo de trabajadores, no sólo a los niños, y dejaba consignada otra de las preocupaciones o temas que poco después comenzaría a afrontar la legislación obrera de carácter excepcional: la seguridad en el trabajo.

Por último, el servicio de inspección que se venía requiriendo para el cumplimiento de este tipo de normas, se dejaba fundamentalmente en manos de una nueva institución, los *"jurados mixtos de obreros, fabricantes, maestros de escuela y médicos, bajo la presidencia del juez municipal"*, que también se encargarían desde su constitución a velar porque los establecimientos fabriles cumplieran las precauciones indispensables de higiene y seguridad de los obreros.

Los jurados mixtos era el órgano que venía siendo reclamado desde el movimiento obrero para la negociación colectiva, fundamentalmente en Cataluña donde el asociacionismo obrero había cobrado mayor fuerza. Sin embargo, criticados por los patronos o dueños de los establecimientos, las facultades que finalmente asumieron en la ley Benot difirieron mucho de las demandadas de los trabajadores, quedando convertidos en unos meros órganos de inspección que además, a pesar del intento de reglamentación de los

mismos que se hizo con un posterior proyecto de ley de 14 de agosto de 1873, nunca llegaron a constituirse[67].

Sin servicio de inspección específico, esta competencia de control quedó en manos de los jueces municipales ordinarios, que en la práctica poco hicieron por el cumplimiento de la ley Benot, y mucho menos tras finalizar el gobierno de la República en diciembre de 1874, tal y como vendrían a demostrar los estudios realizados más adelante por la Comisión de Reformas Sociales.

Ante el reiterado incumplimiento de la ley Benot, una nueva ley, de 26 de julio de 1878, *"de trabajo peligrosos de los niños"*, vino a completarla. Esta ley venía a dar respuesta a una problemática muy específica que indignaba a la opinión pública y fue denunciada ante las Cortes: la de los menores expuestos por sus propios padres o guardadores a los riesgos de espectáculos públicos u otras actividades relacionadas con la mendicidad o la vagancia[68]. La ley sólo iba dirigida a este sector de actividad y castigaba, elevando la acción a la categoría de delito, a quienes empleasen en este tipo de actividades (*"acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros, directores de circo o otras análogas"*) a menores de 16 años que no fueran sus descendientes, o menores de 12 años en el caso de ser sus propios descendientes.

[67] MARTÍNEZ PEÑAS, L., "Los inicios de la legislación laboral española: la ley Benot", *Revista Aequitas*, nº.1, 2011, pp.40-42.

[68] ESPUNY TOMAS, M. J., "Los niños y la mendicidad: explotación infantil y legislación histórica (1878-1912) en V Congreso de Historia Social, *Las figuras del desorden: heterodoxos, proscritos y marginados*, Ciudad Real, 2005; ESPUNY TOMAS, M. J., "Mendicidad infantil: Ley de mendicidad y vagancia de los menores de dieciséis años de 23 de julio de 1903" *Iuslabor* 4(2005).

Entre tanto, en la vecina Francia se había promulgado en este tiempo una segunda ley de derecho obrero, todavía circunscrita al ámbito fundamental de la defensa del menor, que fue la *loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l' industrie*. La importancia de la misma residió esencialmente, en palabras de Mª Jesús Espuny, en que amplió y diversificó el objeto de protección[69], y, además, por vez primera, y aunque de forma muy parcial, hizo una primera referencia específica a la protección de la mujer.

La ley francesa de 1874, bastante más extensa que la de 1841, prohibía el trabajo de los niños en las fábricas o trabajos señalados como insalubres o peligrosos (salvo reglamentación excepcional en contrario), y en particular en aquellos en los que se manipulara materias explosivas o en los que se prepara, destilara o manipulara substancias corrosivas, venenosas o perjudiciales para la salud. Por lo demás, elevaba la edad mínima para trabajar a los 12 años en la mayoría de las industrias o trabajos (incluido el trabajo en las minas, del que también se excluyó expresamente por primera vez a las mujeres de cualquier edad), aunque dejaba abierta la posibilidad de emplear a niños de más de 10 años en algunas fábricas, previa reglamentación administrativa y "aviso" a una Comisión superior que creaba la propia norma.

Estos niños de hasta 12 años no podrían trabajar más de seis horas, y los de edades superiores no podían trabajar más de doce horas diarias. Todos ellos estaban obligados a ir a la escuela, salvo los mayores de 15 años que demostrasen, mediante un certificado del profesor o de un inspector de primaria, con el asentimiento del alcalde, que habían adquirido la instrucción primaria elemental.

---

[69] ESPUNY TOMÁS, M.J., *"La primera legislación social protectora de la mujer: una perspectiva comparada"*, conferencia impartida en el Congreso Nacional "De la libertad de trabajo al nacimiento del derecho obrero. Marco jurídico de las relaciones de trabajo en el siglo XIX", celebrado en Jaén en octubre de 2016, en prensa.

En cuanto al trabajo nocturno, se limitaba a los niños menores de 16 años, y también, por vez primera, a las mujeres menores de 20 años, salvo casos de *"fuerza mayor"* . A estos mismos grupos de trabajadores, niños hasta 16 y niñas o mujeres hasta 21, se les garantizaba el descanso dominical y las fiestas, aunque excepcionalmente se permitía el recurso de los mismos en turnos de noche, domingos o festivos en aquellas industrias en las que su trabajo fuera indispensable, previa reglamentación administrativa.

La norma también abundaba en las medidas de higiene, limpieza u orden que debían tener las industrias para garantizar unas buenas condiciones de seguridad y salubridad, señalando por vez primera una serie de fábricas (con motores mecánicos, ruedas, correas, engranajes y cualquier otro aparato) en las que se tenían que adoptar especiales medidas de seguridad por su peligrosidad (aunque sin especificar qué tipo de medidas). Además, imponía la obligación a los patronos de velar por la moralidad y las buenas costumbres de sus trabajadores dentro de los establecimientos industriales.

Las medides de inspección y control aumentaron asimismo en la ley francesa de 1874, con la institucionalización de un servicio de inspección. Se preveía el nombramiento de quince inspectores por divisiones territoriales, que estaban facultados para entrar en todos los establecimientos, visitar a los niños, exigir los libros u hojas de presencia en las escuelas, los reglamentos interiores, etc. Si alguno de ellos detectaba una causa grave de peligro o insalubridad, estaba obligado a comunicarlo a una Comisión superior establecida por la propia ley. Tales Comisiones, de carácter local, también tenían atribuidas funciones de inspección y control, y con los informes de los inspectores podían dirigirse a los prefectos de cada departamento (figura similar a los gobernadores civiles españoles), para que éstos adoptaran las medidas oportunas.

Al frente de todas las Comisiones locales debía crearse un Consejo general en cada departamento, que en su caso podía nombrar también un inspector especial. Además, el Presidente de la República debía establecer a propuesta del Ministro de Comercio una Comisión superior para velar por la aplicación la ley, informar a los trabajadores protegidos sobre los reglamentos que se publicasen, y supervisar las candidaturas de los inspectores. El presidente de esta comisón habría de enviar cada año un informe al Presidente de la República, que daría cuenta a la Asamblea Nacional.

## 4. La incorporación de la mujer a la legislación obrera de carácter excepcional. Estudio comparado

Tal y como acabamos de ver más arriba, la ley de 1874 *"sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l' industrie"*, llamaba la atención sobre un nuevo colectivo que, junto a los niños, requería una especial protección pública frente a los abusos de la contratación privada: las mujeres.

En la pionera Inglaterra, la protección de las mujeres había comenzado treinta años antes, tras un informe de la *Children's Employment Commisión* en el que se señalaba que las mujeres eran utilizadas en los trabajos que deshechaban los hombres, y que se abusaba de su contratación por ser más barata que la de aquellos. Una originaria *Mines Act* de 1842 prohibió el trabajo de las mujeres en las minas, y tras unos años de movilización de los *"short-times committees"*, especialmente en las industria textil, otra *Act* de 1844 consiguió que se les asimilara a los niños en relación a la prohibición de la jornada nocturna y la reducción de la jornada laboral a 12 horas diarias, que a partir de una nueva *Act* de 1847 quedaron reducidas a 10 horas. Durante los años siguientes, la legislación inglesa abundó

fundamentalmente en estas cuestiones, dejando relegado sin embargo el tema de la maternidad[70].

Los demás Estados liberales europeos, incluidas Francia y España, con una industrialización más tardía, se sumaron años después a la protección de la mujer trabajadora, pero desde presupuestos muy parecidos a los de Inglaterra: preocupaba su debilidad o salud en el trabajo (la mujer era más "débil" por naturaleza); su moralidad (especialmente en el caso de las jóvenes, que comenzaron a ser protegidas antes que las mujeres adultas); y el desarrollo de la maternidad (había que apartarlas del trabajo para reconducirlas a su labor de esposas y madres). Pero también preocupaba, y mucho, la competencia "desleal" que suponían en el mercado al trabajo de los hombres; ya que las mujeres, al igual que los niños, eran considerados trabajadores imperfectos (las llamadas *"medias fuerzas"*), y por ese motivo resultaban mucho más baratos para el empleador.

Desde estas premisas, vemos como la protección excepcional de la mujer, como segundo grupo vulnerable frente al trabajo, comenzó en Francia a partir de la citada ley de 1874 siguiéndose el mismo esquema que en Inglaterra: en principio, se protegía exclusivamente a las mujeres jóvenes frente a trabajos peligrosos (se prohibió que trabajaran en las minas), y frente al trabajo nocturno (se prohibió la jornada nocturna a las menores de 20 años), tratándose de limitar su jornada laboral (en este primera ley, garantizándoles el descanso dominical). Otros países como Luxemburgo, Bélgica o Dinamarca, promulgaron legislaciones similares en años sucesivos para apartar o proteger a las mujeres jóvenes del trabajo, y en particular del trabajo en las minas u otros trabajos peligrosos[71].

[70] RAMM, T., "*Laissez-faire* and State Protection of Workers", *The making of labour law in Europe*, London and New York, 2010, pp.82-88.
[71] RAMM, T., "*Laissez-faire* and State Protection of Workers", *The making of labour law in Europe*, London and New York, 2010, p.95.

En 1892 se publicaba una nueva ley en Francia, la *loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et de femmes dans les établissements industriels*, que pretendía mejorar la ley de 1874 y venía a derogar aquella. En esta nueva norma, la problemática de la mujer ya aparecía en primer plano junto con la de los menores, y no de forma anecdótica o incidental como en la ley anterior, y además extendía su ámbito de aplicación a los talleres (salvo en el caso de los familiares), y no sólo la gran industria[72].

Con respecto a los niños, la nueva ley de 1892 aumentaba en un año la edad mínima para trabajar, fijándola en 13 años, salvo excepciones formalmente acreditadas y con certificados de estudios. La jornada reducida para los menores de 16 años se estableció en 10 horas diarias, quedando fijada en 60 horas semanales la de los menores de 18 años, sin distinción de sexo en ningún caso. Para los menores de 16 años, se reguló asimismo la necesidad de un examen médico a solicitud de los inspectores de trabajo, al objeto de comprobar si el trabajo que ejercían excedía de sus fuerzas o podía ser perjudicial a su salud. En las industrias con caldera de vapor, motor mecánico, o calificadas como peligrosas o insalubres, los inspectores tenían que prescribir medidas adicionales de seguridad.

Por lo demás, se aumentaba la protección de niños de hasta 18 años y mujeres de cualquier edad frente a los trabajos considerados insalubres o peligrosos y los trabajos en minas o canteras, permitiéndose reglamentaciones especiales en el caso de los niños o según el trabajo realizado. También se prohibió expresamente el trabajo de menores de 13 años en representaciones públicas, y se fijaron

[72] ESPUNY TOMÁS, M.J., *"La primera legislación social protectora de la mujer: una perspectiva comparada"*, conferencia impartida en el Congreso Nacional "De la libertad de trabajo al nacimiento del derecho obrero. Marco jurídico de las relaciones de trabajo en el siglo XIX", celebrado en Jaén en octubre de 2016, en prensa.

limitaciones de jornada de 6 horas diarias para menores o mujeres en otra serie de establecimientos enumerados en la ley.

De la misma manera, se aumentaba la protección frente al trabajo nocturno de niños de hasta 18 años y mujeres de cualquier edad (el límite anterior estaba en los 16 años en el caso de los niños y 20 en el de las mujeres). Excepcionalmente, se podía acordar aumentar su jornada hasta las once de la noche en determinados periodos o industrias, o incluso obviarla en industrias determinadas que así lo requiriesen (por ejemplo, las fábricas de vapor), previa autorización administrativa y con obligación de que se les concediese un día de descanso semanal.

Estos mismos colectivos, menores de 18 y mujeres, tenían derecho a un día de reposo semanal, que generalmente sería el domingo salvo excepciones, aunque dicha obligación de reposo semanal y las restricciones relativas a la duración del trabajo podían ser temporalmente levantadas por el inspector de trabajo en las industrias que se señalaran reglamentariamente.

La ley de 1892 elevaba también las medidas de higiene y seguridad, a las que se dedicó su sección quinta, y estableció un procedimiento especial a seguir en el caso de accidentes ocurridos en el lugar de trabajo, que constaba de la declaración del jefe de la empresa, un certificado médico con las consecuencias del accidente y un aviso que se debía comunicar en plazo al inspector.

Finalmente, se regularon las medidas de vigilancia y control, que seguieron fundamentalmente en manos de los inspectores, divididos en esta ley en divisionarios o departamentales, y nombrados todos ellos por el Ministro de Comercia e Industria. Sólo en el caso de minas o canteras, el control de la ejecución de la ley quedó en manos de los ingenieros o contraladores de minas. Por encima de todos ellos, se mantuvieron unas comisiones superiores y consejos generales en cada

departamento, añadiéndose a esta estructura unos novedosos comités de patronazdo para la exclusiva protección, en cada departamento, de los aprendices y de los niños empleados en la industria, y el desarrollo de su instrucción profesional.

El Decreto de 13 de mayo de 1893, sobre el trabajo de niños, jóvenes muchachas y mujeres en trabajos peligrosos e insalubres que excedieran de sus fuerzas o fueran contrarios a la moralidad, vino a completar a la ley anterior, señalando de forma más detalladas cuáles eran los establecimientos industriales y los trabajos de los que debían quedar excluidos los niños y las mujeres, en consonancia con lo prescrito por el artículo primero de la ley de 1892.

Veamos ahora cuándo y cómo llegaron a España estas consideraciones, consolidando también a la mujer como el segundo grupo objeto de especial protección frente al trabajo por parte del Estado.

En el caso español, el fracaso del proyecto de Alonso Martínez en 1855, y la falta de aplicación de la ley Benot de 1873, había determinado que, a finales del siglo XIX, aún no existiera una especial legislación obrera o de *"caridad legal"*. Sin embargo, las ideas en favor de ésta de Ramón de la Sagra, fueron desarrolladas de forma muy especial en el último tercio de siglo por los liberales de carácter más progresista que frecuentaban el círculo krausista.

El pensamiento krausista, con origen en el filósofo alemán Krause, fue introducido en nuestro país por Julián Sanz del Río y se desarrolló especialmente en España a partir de la creación de la Institución Libre de Enseñanza en 1873. Defendía la aplicación de la ética al derecho, desde un sentimiento religioso, buscando el entendimiento armónico del hombre y la sociedad, y sirvió de revulsivo a intelectuales de carácter liberal como Giner de los Ríos, Nicolás Salmerón, Francisco de Paula Canalejas, Emilio Castelar, Gumersindo

de Azcárate o Segismundo Moret[73], que gracias a él empezaron a defender una cierta intervención del Estado para corregir los errores del sistema liberal y que éste pudiera seguir funcionando sin fricciones[74].

Con su propuesta ética y armónica, los krausistas jugaron un papel muy importante en la redefinición de la *"cuestión social"*, y desarrollaron al máximo la idea de la *"caridad legal"*, adalidando el proceso que se dio en llamar en España de la "reforma social". En palabras de Castelar, lo que desde este concepto de *"reforma social"* se proponía era un "derecho a la asistencia"[75], es decir, una ordenación mínima del trabajo para proteger a los más débiles. Si la humanidad y la ética eran los presupuestos (el "dolor" de los desfavorecidos o los desheredados de la tierra), el derecho comenzó a exigirse como parte esencial de la solución.

Gumersindo de Azcárate afirmaba que para superar el enfrentamiento entre el antiguo liberalismo "individualista" y las nuevas corrientes "socialistas" que estaban emergiendo, había que

[73] DIAZ GARCÍA, E., *La filosofía social de Krausismo español*, Madrid, 1973, GIL CREMADES, J.J., *Krausistas y liberales*, Madrid, 1981, o CAPELLÁN de MIGUEL, G., *La España armónica: el proyecto del krausismo español para una sociedad en conflicto*, Madrid, 2006.

[74] MONTERO GARCÍA, F., "La polémica sobre el intervencionismo y la primera legislación obrera en España (1890-1900). Primera parte: el debate académico", *Revista del Trabajo*, nums.59-60 (1980/1981) pp.121-165, CLAVERO, B., "Institución de la reforma social y constitución del Derecho del Trabajo", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 49 (1989), pp. 859-884, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho Español del Trabajo (1873-1923)*, Madrid, 5ª edic., 1995, MONEREO PÉREZ, J.L., *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, 1996, o CABRERA, M.A., *El reformismo social en España (1870-1900)*, Madrid, 2014.

[75] CASTELAR, E., *Discursos académicos*, Madrid, 1881, p.171. Véase también, CASTELAR, E., *La fórmula del progreso*, Madrid, 1870 o *Estudios sobre el socialismo*, Madrid, 1890.

acometer *"reformas positivas"* capaces de llevar *"al derecho civil el espíritu de progreso que informa todas las esferas del derecho público "*[76].

Para resumir los principios básicos de esta nueva teoría en defensa del derecho como medio para corregir el sistema liberal y solucionar la cuestión obrera, me voy a quedar con las palabras introductoria de uno de los juristas más influyentes de la época, Adolfo Posada[77], en su traducción de *El derecho civil y los pobres* de Menger: *"Se ha dicho que la llamada cuestión social es una cuestión de estómago: pareciendo esto quizá demasiado grosero ó poco humano, se ha afirmado, con mejor sentido, que la cuestión social es una cuestión moral; y recientemente, un espíritu atrevido, ha llegado á pensar que podría indicarse el remedio para curar ese inmenso dolor, que los economistas con su prosa llaman cuestión, diciendo que la cuestión social es una cuestión de método. Probablemente el dolor social, el dolor de los pobres, de los desvalidos, de todos los que no cuentan con el mínimum de lo indispensable para vivir vida de hombres, transformado en cuestión, tiene de todo. Hay en ella, en efecto, mucho que importa á la economía, mucho que toca á la moral, y algo quizá que corresponde á la lógica; pero no sólo esto: como al fin y al cabo, en el fondo de los grandes dolores humanos, hay una cuestión de conducta, conducta del que los sufre y conducta de quienes acaso los producen, la cuestión social es además un problema de educación y un problema jurídico (...) Porque, precisamente, uno de los más claros defectos de las doctrinas sociales modernas, tal cual aparecen formuladas en los economistas y en los socialistas anarquistas, es el que resulta de que las formulan gentes, que apenas si se han dado cuenta de que el Derecho es algo real y vivo, y algo con*

[76] AZCÁRATE, G. de, *Alcance y significación de las llamadas leyes obreras, Discurso leído en el Ateneo Científico y Literario de Madrid*, Madrid, 1893, pp.15-16.

[77] MONEREO PÉREZ, J.L., *La reforma social en España: Adolfo Posada*¸ Madrid, 2003.

*que inevitablemente se ha de tropezar, cada vez que se quiera transformar, para mejorarla, la condición de los hombres"*[78].

La intervención "excepcional" del Estado frente a la "cuestión social" fue ganando así adeptos en España[79], e incluso destacados personajes del partido moderado o conservador, como Antonio Cánovas del Castillo[80] o Eduardo Dato[81] fueron convenciéndose de su necesidad, pasando de la defensa del liberalismo individualista o el abstencionismo más absoluto a una concepción más social o "proteccionista" de la economía.

Tras haber comprobado que los postulados tradicionales del librecambismo y la beneficencia o la caridad privada en las que se basaba aquel, no habían funcionado, la preocupación social se elevó en

[78] POSADA, A., "El derecho y la cuestión social. Estudio preliminar", *El derecho civil y los pobres de A. Menger*, Madrid, 1898, pp.5-8.

[79] Léase el Discurso "La cuestión social y el derecho civil" de Raimundo Fernández Villaverde, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en la sesión inaugural del curso de 1900-901, celebrada en 17 de noviembre de 1900, Madrid, 1900, publicado también como FERNÁNDEZ VILLAVERDE, R., "La cuestión social y el derecho civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol.48, nº97 (1900), pp.365-388, en el que se resumen, en términos comparados, las cada vez más numerosas aportaciones en este sentido.

[80] CÁNOVAS del CASTILLO, A., "La economía política y la democracia economista en España" o "De cómo he venido yo a ser proteccionista", *Obras. Problemas contemporáneos*, tomo III, Madrid, 1890, pp.257-293 y pp.407-449. Véase SERRANO SANZ, J.M., "Las ideas económicas de Don Antonio Cánovas del Castillo", *Antonio Cánovas del Castillo. Homenaje y Memoria de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (1879-1997)*, Madrid, 1997, pp.299-316.

[81] DATO, E., "Armonía entre el capital y el trabajo. Conferencia pronunciada en la Sociedad El Sitio de Bilbao el 26 de marzo de 1904, *La Tribuna El Sitio. 125 años de expresión libre en Bilbao (1875-2000)*, Bilbao, 2001, pp.781-783, y también DATO, E., *La justicia social*, Madrid, 1910.

este momento a una cuestión de Estado por la mayor parte de la doctrina y la opinión pública, que empezó a apostar por una mínima protección legal para las clases más desfavorecidas. Al sentimiento humanitario de la *"caridad legal"*, acompañaba además otro mucho más mundano: el miedo a una posible "revolución" del proletariado, a la vista de los acontecimiento violentos que comenzaba a protagonizar el llamado "movimiento obrero"[82].

Todo ello, unido a la llegada al poder de destacados pensadores krausistas como Segismundo Moret, Ministro de Gobernación que fundó la Comisión de Reformas Sociales en 1883, o Gumersindo de Azcárate, que creó el Instituto de Reformas Sociales en 1903[83], impulsaría definitivamente en España el proceso de intervencionismo estatal en las relaciones de trabajo, promoviéndose, con carácter excepcional, la que en realidad fue la primera legislación obrera proteccionista de las clases trabajadoras en España[84], entre la que se contaba la ley de 13 de marzo de 1900 sobre las *"condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños"*[85].

---

[82] MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje de las primeras leyes laborales de España*, Madrid, 1975, SÁNCHEZ AGESTA, L., "Orígenes de la política social en la España de la restauración", *Revista de Derecho Político*, Madrid, 1981, n. 8, p. 2-20, MONTERO GARCÍA, F., "La polémica sobre el intervencionismo y la primera legislación obrera en España (1890-1900). Segunda parte: el debate político-parlamentario", *Revista del Trabajo*, nums.61-62 (1982), pp.35-91.

[83]AA.VV., *El reformismo social en España: la Comisión de Reformas Sociales*, Córdoba, 1987, o PALACIO MORENA, J.I., *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Madrid, 1988.

[84] ESPUNY i TOMAS, M.J., "El tiempo del trabajo: la ordenación histórica de una conquista laboral", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67 (1997), pp.1823-1841, o VILLA GIL, L.E. de la, *La formación histórica del derecho español del trabajo*, Granada, 2003.

[85] PALOMEQUE LOPEZ, M. C., "Orígenes de la regulación del trabajo femenino en España: la Ley de 13 de marzo de 1900" en *Cuadernos de*

La ley de 13 de marzo de 1900 y su posterior reglamento de desarrollo, de 13 de noviembre de 1900[86], se promulgaron siendo Ministro de Gobernación Eduardo Dato[87], y en respuesta a los informes redactados por la Comisión de Reformas Sociales desde 1883.

Se trataba de una ley mucho más amplia que la de 1873, que, siguiendo el modelo de las anteriores leyes francesas de 1874 o 1892, afrontaba por primera vez en España la problemática de la mujer junto a la de los menores. Su ámbito de aplicación se extendía asimismo a todos los establecimientos industriales o mercantiles y a los talleres (exceptuando sólo el trabajo agrícola o en talleres familiares); y para el control de su ejecución preveía unas novedosas Juntas provinciales y locales de reformas sociales, con importantes facultades de inspección y vigilancia, que a pesar de la polémica que rodeó su creación, consiguieron finalmente la implementación de la misma.

En cuanto a los menores, la ley mantuvo en 10 años la edad mínima para trabajar (frente a los 13 años de la legislación francesa), e incluso redujo a 14 la edad en la que se prohibía el trabajo nocturno para niños de ambos sexos (en la legislación francesa la prohibición afectaba a menores de 18 y mujeres de cualquier edad, y en la anterior ley Benot española se había fijado en 15 para los niños y 17 para las niñas).

Sin embargo, aumentó la protección de los menores de 16 años frente a los trabajos "subterráneos" u otros trabajos considerados peligrosos o insalubres, que fueron enumerados tanto en la propia ley

*Derecho del Trabajo* 1-2 (1975-1976), pp. 223-271; *Dona i treball tèxtil, Sabadell, 1900-1960*, Sabadell, Museu d´Història de Sabadell, 1999.

[86] Ambas publicadas en MARTÍN VALVERDE, A. (coord.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, pp.65-70.

[87] ESPUNY TOMÁS, M.J., "Eduardo Dato y la legislación obrera" en *Historia Social* 43 (2002), pp. 3-14.

como en su posterior reglamento de desarrollo (y también en un posterior Real Decreto de 25 de enero de 1908[88]). Siguiéndose lo establecido por la anterior ley de 1878, el reglamento estableció asimismo que se exigiría acreditar la mayoría de 16 años para trabajos en espectáculos públicos o callejeros.

La limitación de la jornada en el caso de los mayores de 10 años seguía respondiendo a la correlativa preocupación por su formación, y conllevaba la obligación de asistir a la escuela. A tal fin, entre los 10 y los 14 años la jornada de trabajo se redujo a 6 horas en la industria y 8 en el comercio, estableciéndose la obligación de asistir durante al menos dos horas diarias a la escuela. El empresario que no contara con una escuela a menos de dos kilómetros de la industria para enviar a sus trabajadores, y tuviera contratados a más de veinte niños, tenía que mantener escuela propia en el centro de trabajo[89].

En el caso de la mujer, frente a lo regulado en otros países, y en especial la vecina Francia, en la que se preocuparon también por los trabajos de la misma en minas e industrias peligrosas o insalubres, en España la prohibición con respecto al ejercicio de determinados trabajos para la mujer sólo se contempló en esta ley para *"talleres en los cuales se confecciones escritos, anuncios, grabados, pinturas, emblemas, estampas y demás objetos que, sin estar bajo la acción de las leyes penales, sean de tan naturaleza que puedan herir su moralidad"* (art.6). Posteriormente, el reglamento añadiría a ésta la prohibición de mujeres

[88] MARTÍN VALVERDE, A. (coord.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, pp.73-77.

[89] Sobre la problemática de los menores ante esta ley, TOLOSA LATOUR, M., "El problema infantil y la legislación" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 96 (1900), pp. 146-164, y GARCÍA FERNÁNDEZ, J., "Reglamento para la protección a la infancia" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 112 (1908), pp. 131-135, referente al desarrollo reglamentario de la Ley de protección a la infancia de 12 de agosto de 1904.

menores de edad para trabajar en establecimientos o espectáculos nocturnos, en atención nuevamente a la exclusiva protección de su moralidad.

La ley de 1900 y su reglamento de desarrollo también garantizaron el descanso dominical a menores y mujeres, y exigieron una certificación sanitaria (*"de estar vacunados y de no padecer ninguna enfermedad contagiosa"*) para que pudieran entrar a trabajar. Es decir, en el caso español los controles médicos no se establecieron con posterioridad, para velar por su salud frente al trabajo, como había ocurrido en Francia, sino con anterioridad y para evitar que pudieran ser un foco de infección a otros trabajadores; o lo que es lo mismo, en garantía de la producción y no de la persona.

Finalmente cabe destacar una originalidad española, en la que esta ley fue pionera frente a otros países del entorno, como Francia, Italia o Portugal: la preocupación por proteger, junto a la moralidad de la mujer, su maternidad. En esta cuestión, sólo Alemania se había adelantado a la legislación española, con una ley de 1878 de contenido muy similar[90], siendo precursores ambos países de las directrices internacionales que poco después comenzarían a darse en ese sentido. En el caso español, el artículo noveno de la ley de 1900 reconocía por vez primera a la trabajadora el derecho a tres semanas de reposo tras el parto con reserva del puesto de trabajo (al igual que en el caso alemán), aunque sin salario. Este descanso puerperal se amplió una semana más en el reglamento, permitiendo a la trabajadora solicitarlo a partir del octavo mes de embarazo.

Tras el descanso puerperal, la ley garantizó también a la mujer trabajadora una hora de lactancia diaria, que no podía descontarse del salario de la mujer. Dicha hora podía dividirse en dos medias horas si

[90] RAMM, T., "*Laissez-faire* and State Protection of Workers", *The making of labour law in Europe*, London and New York, 2010, p.95.

la trabajadora así lo prefería, o, en atención al reglamento, podía incluso fragmentarse en cuatro periodos de quince minutos *"siempre que al niño se lo lleven al taller o establecimiento donde aquélla preste sus servicios".*

El Real Decreto de 26 de junio de 1902[91], vino a completar esta regulación, reduciendo a 11 horas diarias la jornada laboral de los menores y las mujeres. La jornada de 11 horas podía cambiarse por una jornada máxima de 66 horas semanales con el acuerdo mutuo de los patronos y los trabajadores protegidos, respetándose siempre el descanso dominical. Por su parte, la ley de 11 de julio de 1912 también vino a completar la regulación protectora de la mujer trabajadora prohibiendo, veinte años después que en el país vecinos, el trabajo nocturno en talleres y fábricas a las mujeres de cualquier edad[92].

## 5. La duración, la higiene y la seguridad en el trabajo

La evolución que hemos visto en los epígrafes precedentes sobre las primera leyes obreras protectoras de los niños y las mujeres, apunta claramente los siguientes temas que comenzaron a ser objeto de preocupación pública: la duración de la jornada laboral, el descanso dominical, la higiene y la seguridad en el trabajo.

Estos temas trasladaron el ámbito de aplicación de la ley excepcional de los grupos más débiles o especialmente desfavorecidos (niños y mujeres), al trabajador adulto. En Inglatera, fueron los filántropos, algunos aristócratas y sobre todo las asociaciones obreras (las *"trade unions"*), las que empezaron a realizar este tipo de reivindicaciones, que en el caso inglés contemplaban también de forma

[91] MARTÍN VALVERDE, A. (coord.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, p.71.
[92] MARTÍN VALVERDE, A. (coord.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, p.80.

temprana la regulación del salario en moneda de curso legal, para evitar prácticas abusivas como el *truck* o pago en especie[93].

En los países europeos continentales de tradición jurídica romana, como Francia y España, en pleno proceso de codificación del derecho, además de las reivindicaciones sociales del movimiento obrero, que también tuvieron su importancia, hay que señalar el desarrollo cada vez más importante de la doctrina jurídica que defendía la necesidad de corregir el principio absoluto de la libertad de contratación de trabajo, recogido en los Códigos Civiles europeos mediante la figura del contrato de arrendamiento de obras o servicios. Esta tendencia, que más arriba hemos descrito en el caso español, también se había producido en Francia tras la revolución parisina de 1848 y la efímera experiencia socialista y republicana que supuso la Segunda República, cuando los propios liberales se vieron obligados a reconocer que sin una mínima corrección de su ordenamiento jurídico, el sistema liberal estaba abocado a desaparecer[94].

Ahora bien, señalada en todos los Estados liberales europeos la necesidad de introducir mayores "reformas sociales" a través de leyes excepcionales, durante la etapa "nacional" o primera etapa de desarrollo del derecho obrero, éstas dependieron en cada uno de ellos de sus propias circunstancias político-sociales, económicas y culturales. Más allá de la primigenia protección de menores y mujeres, en las que prácticamente los intereses y las medidas fueron coincidentes, en los temas relativos a las condiciones del trabajo adulto, podemos señalar mayores diferencias antes de que comenzara la fase "internacional" de construcción del derecho del trabajo tras la Primera Guerra Mundial.

---

[93] RAMM, T., "*Laissez-faire* and State Protection of Workers", *The making of labour law in Europe*, London and New York, 2010, pp.77-88.

[94] COTTEREAU, A., *"Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle)", Annales HSS*, n° 2, nov.-déc. 2006, pp. 1521- 1557.

De tal manera, si Francia consiguió como una de sus primera reformas la limitación de la jornada laboral de los adultos (ya se había conseguido en menores y mujeres); en España la primera ley que en este sentido protegía al trabajador adulto sólo le garantizaba el descanso dominical (culturalmente asociado a sus obligaciones religiosas), imponiéndose todavía por algún tiempo los intereses de los patronos en cuanto a la duración de la jornada.

El debate sobre la duración de la jornada laboral se abrió oficialmente en Francia tras el triunfo de la revolución social de 1848 (*"que les chefs d'industrie qui encouragent ou exigent un travail de 14 heures ne viennent pas dire que les ouvriers y consentent, et couvrir l'homicide de ce beau nom de liberté des contrats, de liberté des transactions. On peut toujours leur répondre: Vous n'avez pas le droit d'attenter à la vie de votre semblable, même avec son consentement. La loi vous le défend. La vie humaine est sacrée et la société est instituée pour la protéger"*[95]); y tras una intensa discusión en la Asamblea[96], finalmente consiguió promulgarse el Decreto de 22 de marzo de 1848, que limitaba a 10 horas la jornada de trabajo en París y a 11 horas en las provincias[97].

[95] LEROUX, P., *Sur la fixation des heures de travail. Discours du 3-8-1848*, *Le Moniteur Universsel*, 31-8-1848, cfr. TANGHE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie. 1789-1848-1989: de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Bruxelles, 1989, p.61.

[96] TANGHE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie. 1789-1848-1989: de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, Bruxelles, 1989, BOUCHER, T., *Un jeudi à l'Assemblée. Politiques du discours et droit au travail dans la France de 1848*, Quebec, 2007, o HAYAT, S., "Les controverses autour du travail en 1848", *Raisons politiques*, n°47, août 2012, pp.13-34.

[97] RAMM, T., "*Laissez-faire* and State Protection of Workers", *The making of labour law in Europe*, London and New York, 2010, p.105.

Desafortunadamente, este decreto fue derogado el 8 de septiembre de 1848 por otra ley que restableció la jornada de 11 horas en París y 12 en las provincias, no volviéndose a conseguir la limitación de la jornada laboral del trabajador adulto, en este caso hasta las 8 horas que marcaba la normativa internacional, hasta el año 1919[98].

Por su parte, en España, al debatirse la ley de 13 de marzo de 1900 sobre el trabajo de mujeres y niños, y en concreto el artículo que limitaba la jornada laboral de los menores de 14 años, ya se planteó la necesidad de establecer una limitación de la jornada laboral más general, extendiendo también la protección del Estado al trabajador adulto. El Ministro de la Gobernación y promotor de la ley, Eduardo Dato, afirmaba en sesión del 23 de febrero ante las Cortes*: "Yo entiendo que no hay nada mas eficaz para atajar los progresos del socialismo, ya en sus manifestaciones colectivistas, ya en sus manifestaciones anarquistas, que atender, en la medida en que los Gobiernos y los Parlamentos deben hacerlo, todo lo que tienen de legítimas las aspiraciones de la clase obrera. Yo creo con el Sr. Azcarate, que sin atacar a la libertad de contratación, base fundamental del derecho civil, debe llegar la acción del Estado no sólo a los débiles, no sólo a los menores, sino también a los mayores de edad"*[99].

Sin embargo, el propio aludido Azcarate le replicaba con preocupación que él *"entendía que esto se refería tan solo a la jornada de los niños y de las mujeres"*, pero en caso de afectar también a los adultos solicitaba que el Ministro de la Gobernación que reparase en la *"gravedad del asunto. ¿Es que así, de soslayo y por sorpresa, vamos a resolver un problema tan grave que casi ningún pueblo se ha atrevido a resolver hasta el presente, por este inciso, como el de la jornada del trabajo de los adultos?"*[100].

[98] LE CROM, J.P. (éd.), *Deux siècles de droit du travail: l'histoire par les lois*, Paris, Editions de l'Atelier, 1998, pp.89-95.
[99] DSC nº23, de 23 de febrero de 1900, p.4759.
[100] DSC nº23, de 23 de febrero de 1900, p.4763.

El ejemplo francés se trajo a colación en el debate, advirtiendo de su ineficacia y de los problemas que había suscitado al imponer una limitación general de la jornada de trabajo para todo tipo de establecimientos, trabajos y trabajadores (*"las horas de trabajo están en relación con las industrias, con el país en que se legisla, con el clima, con la alimentación; hay una porción de concausas que imposibilitan que la duración del trabajo sea igual para todas las industrias y para todas las Naciones"*[101]). Por eso, aunque muchos estuvieron de acuerdo en que la jornada de trabajo adulto podía ser excesiva, y pidieron que se diera ejemplo desde el gobierno, finalmente se decidió que la intervención del Estado en el sistema liberal tenía sus límites, y estas normas de *"transacción"* con la clase obrera debían circunscribirse a la protección de los menores y no a la clase adulta[102]. En consecuencia, al margen una posterior Real Orden de 11 de marzo de 1902, dictada por el gobierno para "dar ejemplo", y que limitaba exclusivamente la jornada de trabajo en los establecimientos de la Hacienda pública[103], el debate sobre la duración del trabajo no volvió a plantearse en España hasta la presentación en las Cortes del proyecto de ley sobre descanso dominical de 13 de marzo de 1904 y su posterior reglamento de desarrollo de 19 de agosto de 1904[104].

De nuevo en este caso volvieron a plantearse cuáles debían ser los límites de la intervención del Estado en la frágil construcción del primer derecho obrero de carácter "excepcional". Pero al margen de las críticas de los liberales más conservadores, en defensa de los intereses de los empresario y preocupados por el pago del salario en ese día de descanso semanal; y al margen también de quienes centraron el debate en las connotaciones religiosas y no laicas del día elegido para el

[101] DSC nº23, de 23 de febrero de 1900, p.4768.
[102] DSC nº23, de 23 de febrero de 1900, pp.4759-4768.
[103] MARTÍN VALVERDE, A. (coord.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, p.84.
[104] MARTÍN VALVERDE, A. (coord.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, pp.128-132.

descanso semanal; diputados como Moret consiguieron centrar el verdadero espíritu de la ley y consiguieron su aprobación:

> *"Oía decir a uno de nuestros amigos, notable en el ejercicio de la medicina, que esta ley, en último término, es una ley de higiene, para dar descanso al trabajador, para que no se agoten sus fuerzas y para que la especie humana se desarrolle en condiciones de salud y de fuerzas superiores a las que hoy tiene (…) la cuestión social es que tal como vive el obrero no puede, no tiene condiciones ni medios de ningún género para disfrutar de lo que se llama la vida social; para él no hay más que trabajar todo el día y concluir con las horas de luz, ó trabajar con luz artificial, sin tener un solo instante para la vida de familiar; volver a empezar al día siguiente, y luego seguir de la misma manera hasta que estén agotadas sus energías"*[105].

La higiene en el trabajo, como apuntaba en el párrafo anterior el diputado Moret (*"esta ley, en último término, es una ley de higiene"*), era otro de los grandes temas de los que comenzaban a preocuparse los poderes públicos, y gracias a los numerosos escritos de médicos e higienistas (el *"higienismo industrial"*), admitía mucha menos discusión. Por ese motivo, desde las primeras leyes sobre el trabajo de niños y mujeres, como la ley francesa de 22 de marzo de 1841 o el frustrado proyecto español de Alonso Martínez de 1855, hasta los reglamentos que comenzaron a dictarse también de forma temprana para sectores específicos de la industria (por ejemplo, en España el reglamento de policía minera de 15 de julio de 1897[106]), ya contenían

[105] DSC nº94, de 10 de diciembre de 1903, pp.2819-2820.
[106] MARTÍN VALVERDE, A. (coord.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, pp.141-147.

disposiciones específicas que urgían a los dueños de los establecimientos a adoptar determinadas medidas de higiene.

Esas mismas normas contenían también disposiciones genéricas que apremiaban a los patronos a adoptar otro tipo de medidas de orden y disciplina para prevenir accidentes de trabajo, pero nada más se decía al respecto en el tema de la seguridad. Los riesgos y consecuencias de los accidentes de trabajo seguían siendo asumidos exclusivamente por los trabajadores, ya que el contrato de arrendamiento de obras o servicios no preveía ningún tipo de responsabilidad del patrón o empresario en esta cuestión, dando lugar a situaciones de grave desamparo derivadas de las mutilaciones, daños o enfermedades que impedían el ejercicio del trabajo, o incluso de la muerte del trabajador en accidente laboral, dejando viudas o huérfanos abandonados a su suerte y sin derecho a ningún tipo de indemnización.

Esta cuestión suscitó una extensa polémica en Francia, donde la doctrina y la jurisprudencia recorrieron un largo camino antes de que se lograra la publicación de la ley de 9 de abril de 1898, o *loi du 9 avril 1898, concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*; ley que, además, pasó más de diez y ocho años de discusiones y vaivenes entre la Cámara y el Senado antes de lograr su aprobación. De todo ello nos da cuenta Horden, quien ha estudiado las variaciones que se fueron produciendo en la jurisprudencia, especialmente a partir de los años ochenta del siglo XIX, hasta dar lugar al nacimiento de esta primera ley sobre accidentes de trabajo en Francia[107].

[107] HORDEN, F., "Le droit des accidents du travail auo XIXe siècle", *Texte extrair, avec l'autorisation de l'auteur, des cahiers nº3 de l'Institut regional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II*, 1991, en http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Le_droit_des_accidents_du_travail_au_XIXe_siecle.pdf (14/06/2017).

En ella, el accidente de trabajo se definió exclusivamente como un atentado o daño sobre el cuerpo humano producido por la acción súbita y violenta de una causa externa, que debía haber ocurrido por el hecho y con ocasión del trabajo, en el lugar de trabajo y durante las horas de trabajo. De esta definición quedaban excluidas, en consecuencia, las enfermedades profesionales y todos aquellos accidentes que se produjeran fuera de un establecimiento industrial, que eran los únicos objetos de protección.

Por lo demás, se establecía una indemnización o compensación a tanto alzado, que se podía prever de antemano de acuerdo con los grados de incapacidad laboral que pudieran derivarse de los accidentes (tarificación legal de las indemnizaciones por accidente), lo que permitía a los empleadores calcular esta tipo de gastos en sus cuentas generales. En caso de negligencia grave del trabajador la tasa se reducía, mientras que si podía demostrarse negligencia por parte del patrón se incrementaba. No se establecían, por lo demás, garantías específicas para el pago de estas indemnizaciones, ni la obligación para el empresario o patrón de suscribir un seguro para sus trabajadores. La contratación del mismo era opcional.

Durante el tiempo de baja laboral, si era menor de cinco días el trabajador no recibía ninguna compensación económica. Para periodos de tiempo superior, si la incapacidad era temporal, se preveía el pago de medio salario diario. Si se trataba de una invalidez absoluta y permanente, se recibían dos tercios del salario anual como pensión; si la invalidez era parcial y permanente, recibía la mitad; y en caso de accidente falta, la pensión la recibiría el cónyuge sobreviviente y los hijos legítimos y naturales de hasta 16 años.

A pesar de las numerosas críticas, protestas de los patronos por sus costes económicos, y problemas de aplicación, esta ley francesa fue implementándose poco a poco, sobre todo tras la aprobación de los

decretos de aplicación que, para calmar el movimiento obrero, se dictaron por el gobierno a partir del 1 de julio de 1899.

Todo ello era bien conocido en España cuando comenzó a plantearse la ley sobre accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, a la que aquella sirvió sin duda como referente[108]. En palabras de su promotor, el Ministro de la gobernación Eduardo Dato*, "convencidos de que éramos una lastimosa excepción en la legislación europea en punto a este importantísimo problema de los accidentes del trabajo; en el deseo de hacer algo práctico en beneficio de la clase obrera, y aun de los patronos, y con el propósito de establecer las relaciones entre el obrero y su patrono sobre bases de concordia, de armonía, de consideración y ayuda reciprocas, hemos traído este proyecto de ley"*[109].

Sin apenas discusión parlamentaria[110], y felicitándose la mayoría de los diputados, incluso del sector más conservador, de una ley que pretendía ayudar a los obreros que pudieran ser objeto de estos accidentes industriales (*"no era posible cerrar los ojos al espectáculo frecuente de seres humanos heridos, mutilados o deshechos por la fuerza incontrastable de las máquinas o el poder expansivo y deletério de sustancias aún más potentes"*), la ley resultó finalmente aprobada el 30 de enero de 1900, desarrollándose con posterioridad a través del reglamento de 28 de julio de 1900[111].

---

[108] Véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ VILLAVERDE, R., *Discurso "La cuestión social y el derecho civil" de Raimundo Fernández Villaverde, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en la sesión inaugural del curso de 1900-901, celebrada en 17 de noviembre de 1900*, Madrid, 1900, pp.17-18.

[109] DSC nº107, de 17 de enero de 1900, p.3568.

[110] DSC nº107, de 17 de enero de 1900, p.3566-3573.

[111] MARTÍN VALVERDE, A. (coord.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, pp.141-147, pp.255-262.

Con respecto a su contenido específico, el accidente se definía como *"toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión ó por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena"*, excluyéndose la enfermedad profesional, salvo que se demostrara su intrínseca conexión con el trabajo (por sentencia judicial), y reduciendo las industrias a las señaladas en el artículo tercero, en el que no se contemplaban ni los talleres familiares, ni los establecimientos comerciales, ni el trabajo en el campo.

La cuantía de la indemnización también estaba cerrada en atención a la norma. Si el accidente producía incapacidad temporal, la indemnización sería la mitad del jornal diario desde el día del accidente hasta el de regreso al trabajo; si producía incapacidad permanente y absoluta, la indemnización sería igual al salario de dos años (aunque sólo sería de dieciocho meses cuando la incapacidad sólo se refiriera a la profesión habitual y no impidiera otro género de trabajo); y si la incapacidad era parcial, aunque permanente, para el trabajo al que se dedicaba la víctima, el patrono quedaba obligado a destinarlo a otro trabajo compatible con su estado y de igual remuneración. Finalmente, si el accidente producía la muerte del obrero, el patrono estaba obligado a sufragar los gastos del sepelio e indemnizar a la viuda, descendiente legítimos y menores de diceiséis años, y ascendientes, según los criterios y límites establecidos por la propia ley[112].

En definitiva, aunque con sus peculiaridades específicas, pueden señalarse importantes paralelismos entre esta ley y la ley francesa que le precedió en el tiempo, así como con otras leyes europeas que comenzaron a promulgarse a raíz de aquella[113]. La construcción del

[112] ALONSO OLEA, M., "El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900", *Revista del Ministerio de Trabajo*, nº24 (2000), pp.21-30.

[113] COLINA ROBLEDO, M., "La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito universal:

derecho obrero emergía ya nítidamente en Europa en una misma dirección, que terminaría de aunarse a lo largo del siglo XX gracias a las directrices internacionales que comenzaron a dictarse desde la creación, en 1919, de la Organización Internacional de Trabajo.

la OIT", *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, 2000, pp.91-112.

# DISCIPLINE E GIUDICI SPECIALI PER LA TERRA: L'APPLICAZIONE *DELL'ACT TORRENS* E LA CREAZIONE DEL TRIBUNALE MISTO IN TUNISIA

**Ludovico Maremonti**
**Università degli Studi di Roma "La Sapienza"**

## 1.- Introduzione

Il Protettorato francese in Tunisia fu senza dubbio opera di ingegneria amministrativa di elevata qualità: la caratterizzazione di un sistema istituzionale binario, che lasciava formalmente intatto quello indigeno, senza quindi imporre ai colonizzati un traumatico e impopolare distacco dal proprio retaggio, fu decisiva per risolvere a favore della Francia la partita coloniale. In particolare, dal punto di vista giurisdizionale, l'idea di due giustizie parallele che, dal 1883, distinsero la propria competenza *ratione personae*, sulla base della nazionalità dei soggetti che si rivolgevano di volta in volta alla giustizia francese o a quella del bey, consentì di consolidare le conquiste conseguite sul piano amministrativo.

In questo solco, si inserì la realizzazione di una legge sulla proprietà terriera che, a partire dal 1885, disciplinò la materia immobiliare su basi nuove, sostituendosi alla normativa tunisina di stampo coranico fino ad allora esclusivamente in vigore nella Reggenza: alcune caratteristiche sostanziali e procedurali del nuovo sistema improntarono tratti di indubbia innovatività al rapporto giuridico con la terra, in un Paese fondamentalmente rurale che si stava aprendo alla colonizzazione europea. All'interno di questo progetto, figlio non a caso del grande sforzo riformatore attuato dalla Francia in quegli anni, si inserì anche l'istituzione del Tribunale Misto: un nuovo soggetto giudicante, con caratteristiche genetiche e funzionali peculiari, una vera giurisdizione speciale che, attraverso una procedura di inedita concezione, si proponeva di dare effettività all'intero sistema escogitato dalla riforma fondiaria del 1885. L'evoluzione del Tribunale, pur se non sempre lineare e pacifica, ma che proseguì di pari passo con quella della vita economica, sociale e politica del Protettorato tunisino, dimostra a pieno titolo che la riforma del 1885 e le sue ramificazioni meritano di occupare un posto di primo piano nell'architettura della colonizzazione francese nella Reggenza e soprattutto nella comprensione dell'equilibrio tra l'elemento francese e quello indigeno; ciò, anche attraverso il riconoscimento di uno schema di integrazione e collaborazione tra colonizzatori e colonizzati, sorprendentemente attuato, seppur a fasi alterne, attraverso l'attività e l'autorità di questo giudice speciale.

## 2.- La legge sulla proprietà fondiaria del 1885: genesi e sviluppo di un progetto (quasi) inedito

Il grande economista bretone Yves Guyot quasi non credeva ai propri occhi, leggendo la lettera inviatagli dal Ministro Residente di Francia in Tunisia, Paul Cambon[1]: l'accademico aveva passato gli ultimi anni a suggerire invano, soprattutto agli alti quadri amministrativi della colonia algerina, l'applicazione di una rivoluzionaria legge sulla proprietà immobiliare già vigente da anni nella britannica Australia, soprannominata *Act Torrens*[2], che secondo il

[1] Cambon, funzionario senza alcuna precedente esperienza in contesti coloniali, fu chiamato nel 1882 a ricoprire la carica di Ministro Residente francese in Tunisia. Personaggio di spiccata intelligenza e lungimiranza politica, si rivelò, grazie a queste sue qualità, uno dei principali artefici dell'assetto istituzionale e amministrativo del Protettorato. Sulla biografia di Cambon, si veda CAMBON, H., *Paul Cambon, ambassadeur de France, 1843-1924*, Parigi, 1937 e EUBANK, K., *Paul Cambon: master diplomatist*, Norman, 1960.

[2] Il nome ufficiale della legge australiana era "*Real Property Act*": emanato nel 1858, era stato appunto ideato da sir Robert Torrens, un politico locale, allo scopo di stabilire una disciplina semplice e certa della proprietà immobiliare e delle vicende che l'avevano a oggetto. Lo scopo era raggiunto attraverso la redazione di un titolo di proprietà da parte di un funzionario amministrativo, il "*Registrar General*": il titolo veniva emesso a beneficio di chi, in seguito ad accurati accertamenti, risultava proprietario del fondo in questione. In caso di controversie sullo status dell'immobile, i litiganti convenivano di fronte alla giurisdizione civile. Il titolo faceva fede nei confronti di terzi e in sede giurisdizionale. L'iscrizione del bene nel sistema di registrazione gli assegnava anche un numero d'ordine che consentiva la sua identificazione a prescindere dalla persona del singolo proprietario, come se gli venisse donata una propria, indipendente soggettività giuridica. Anche tutte le successive vicende del bene sarebbero state progressivamente annotate, garantendo così la massima trasparenza su ogni aspetto della sua vita giuridica, indispensabile per garantire la facile circolazione e disposizione della proprietà in un contesto economico coloniale incontaminato e in rapida trasformazione. Sull'*Act Torrens*, e sulle sue applicazioni anche al di fuori dell'Australia, si veda VIOLLETTE, R.,

suo autorevole parere avrebbe risolto i problemi della disciplina fondiaria nella colonia nordafricana[3], ma solo ora, nel dicembre del 1884, qualcuno finalmente aveva dato fiducia alla sua proposta normativa. E poco importava se, in realtà, chi gli scriveva non aveva

*L'Act Torrens. Son application en Australie et en Tunisie*, Parigi, 1900, pp. 11 e ss., CALDWELL NIBLACK, W., *An Analysis of the Torrens System of Conveying Land*, Callaghan, 1912; KIDD, A. M., *Applicability of the Torrens Act in California*, in *California Law Review*, vol. 7, n. 2, gennaio 1919, pp. 75 – 92; TAYLOR, G., *Law of the Land: the advent of the Torrens System in Canada*, Toronto, 2008.

[3] Il progetto di una riforma agraria in Algeria era dibattuto già da tempo: Guyot aveva proposto al governatore dell'epoca, Louis Tirman, l'applicazione di un derivato dell'*Act Torrens* nella colonia, con scarsi risultati che avevano fortemente deluso l'economista (GUYOT, Y., *Lettres sur la politique coloniale*, Parigi, 1885, p. 198). Lo stesso Guyot del resto si vantava (GUYOT, Y., *Lettres sur la politique coloniale*, pp. 197 – 198) di essere stato tra i primi a diffondere la conoscenza dei vantaggi del sistema *Torrens* in Francia, magnificandone le virtù di semplificazione e assicurazione delle vicende immobiliari in una serie di articoli pubblicati su giornali come *Le Globe*; inoltre, un passaggio della sua famosa opera *La science économique* era stata pure dedicata alla descrizione della normativa australiana (cfr. GUYOT, Y., *La science économique*, quarta edizione, Parigi, 1923, pp. 272 – 273). Altri contemporanei avvalorano il ruolo di Guyot in quanto divulgatore del *Real Property Act* in Francia: si veda, ad esempio, D'ESTOURELLES DE CONSTANT, P. H., *La politique française en Tunisie. Le protectorat et ses origines (1854-1891)*, Parigi, 1891, p. 389, il quale, peraltro, sottolinea come l'idea originale di un sistema conformato alla maniera dell'*Act Torrens* sia stata, in verità, di tal "*M. Decourdemanche*, [che propose] *en 1832, un projet qu'il aurait soumis au gouvernement britannique, et intitulé «Projet de loi sur la mobilisation de la propriété foncière». L'acte Torrens fut promulgué en 1858 en Australie*". Anche in Italia Guyot e il suo studio sull'*Act Torrens* fecero proseliti: si vedano, ad esempio, i lavori del giurista Ettore Coppi, e in particolare COPPI, E., *L'ordinamento del catasto probatorio in Italia*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, anno IX, vol. 2, pp. 399 – 413 e 463 – 479; COPPI, E., *Il sistema di Torrens e la sua applicazione nell'ordinamento della proprietà fondiaria della colonia eritrea*, Firenze, 1892.

certo in mente un'applicazione delle idee di Guyot in Algeria. Cambon infatti, che lo aveva incontrato due anni prima durante un soggiorno proprio nella colonia nordafricana, dichiaratosi colpito dagli studi effettuati dall'economista su quella legge della lontana Australia, annunciava che la Tunisia era pronta ad applicarne una sorta di derivato. Per dimostrarlo, il Ministro Residente allegava alla corrispondenza un progetto di legge fondiaria allo studio nel nuovo Protettorato della Repubblica[4].

Cambon specificava[5] che il progetto in questione era stato composto "*par le gouvernement tunisien*", sfruttando "*quelques-unes des meilleurs dispositions de l'Act Torrens*" e, in particolare, l'idea fondamentale alla base di quella legge: "*l'inscription constituant l'origine de tout droit réel*". Il funzionario raccontava a Guyot di aver studiato a fondo i vantaggi del sistema Torrens, "*dont je ne connaissais l'économie que par vos articles du Globe e du Petit Colon*"[6] e, dopo tanto approfondimento, si dimostrava convinto che l'applicazione del

[4] La Convenzione di La Marsa del 1883 aveva appena sviluppato e affinato l'incompleto e troppo restrittivo prototipo di protettorato approntato dal Trattato del Bardo del 1881: il nuovo documento costituì infatti l'effettiva base giuridica del Protettorato francese sulla Reggenza. Il 'via libera' alla politica riformatrice di Parigi nella Reggenza, che comprendeva a pieno titolo la riforma fondiaria, fu dunque in gran parte dovuto alle disposizioni di La Marsa, che consentivano alla Francia di porre in atto tutte quelle iniziative indispensabili all'"*accomplissement de son Protectorat*": cfr. l'art. 1 della Convenzione di La Marsa, riprodotta in (a cura di) MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *Documents officiels relatifs à l'organisation du protectorat français en Tunisie*, p. 13 – 14.

[5] Cfr. il testo della lettera di Cambon riprodotto in GUYOT, *Lettres sur la politique coloniale*, p. 206.

[6] Guyot raccontava di aver lui stesso donato a Cambon i suoi articoli giornalistici, in occasione del loro incontro algerino di due anni prima, allo scopo di interessarlo ad una possibile riforma da attuare nella Reggenza (GUYOT, *Lettres sur la politique coloniale*, p. 205).

nucleo fondamentale della legge australiana avrebbe potuto risolvere i problemi genetici del regime della proprietà fondiaria in Tunisia[7].

Secondo la nuova amministrazione francese, infatti, quello della legge della terra era un problema di primaria importanza, che necessitava di una soluzione immediata, allo scopo di non compromettere le potenzialità espansive della nascente colonizzazione europea (ovvero francese) della Reggenza. I difetti del sistema indigeno di disciplina della proprietà immobiliare erano noti[8] e andavano rimossi

[7] La Tunisia, concludeva Cambon, avrebbe potuto fare da apripista per simili interventi in Algeria prima e in Francia poi (GUYOT, *Lettres sur la politique coloniale*, p. 207).

[8] La terra, in un Paese musulmano come la Tunisia, era ritenuta 'proprietà di Dio'; conseguentemente, le leggi sulla terra acquistavano la caratteristica impronta mistica e religiosa, risolvendosi spesso in vere e proprie trasposizioni del Corano. Vi erano istituti complessi, con cui gli europei avrebbero faticato ad entrare in confidenza, come l'*enzel*, sorta di locazione perpetua di un immobile, o che paralizzavano la circolazione della proprietà, come l'*habous*, una sorta di manomorta a carattere religioso o anche laico. Ad ogni modo, il problema più grave era dato dall'inaffidabilità del sistema di certificazione della proprietà, che ne comprometteva la circolazione. I titoli di proprietà indigeni erano infatti redatti su documenti che contenevano l'intera storia giuridica di un immobile, ordinata cronologicamente, dal primo diritto di proprietà all'ultimo diritto reale costituito sul bene. Di questo titolo non esistevano copie: il possesso dell'originale valeva quindi a identificare il legittimato. Si comprende come fossero facili le frodi immobiliari, nel momento in cui qualcuno, redigendo una copia falsa del titolo, si dichiarava unico proprietario del bene, magari disponendone la vendita ai danni di qualche sprovveduto acquirente europeo (esponendolo alle rivendicazioni) e all'insaputa del vero legittimato. Inoltre, se il titolo andava perso, era possibile rimpiazzarlo attraverso un atto notorio, detto *outika*, composto da notai indigeni su base essenzialmente testimoniale. Si immagina come, anche in questo caso, le frodi fossero facili da attuare; almeno, presso la giurisdizione islamica competente in materia immobiliare, il *chara*, era invalsa la regola di valutare come meno attendibile l'*outika* più recente, privilegiando gli atti notori più risalenti. Su questi temi, si veda il già molto citato, all'epoca, DAIN,

con decisione. Tuttavia, era necessaria anche e soprattutto una certa prudenza: "*nous sommmes en effet ici obligés de satisfaire à un double necessité* – scriveva Cambon – *En premier lieu, il faut donner aux Européens et aux acquéreurs de terres qui affluent en ce moment dans la Régence une sécurité absolue et les mettre à l'abri des rivendications du passé et des incertitudes de la justice musulmane. En second lieu, nous voulons respecter les lois et les institutions du pays et nous tenons essentiellement à ménager les influences religieuses qui sont maîtresses ici de l'opinion indigène*"[9]. Il sistema che si proponeva, nel solco della lezione di Guyot e dell'esperienza dell'*Act Torrens*, era improntato alla certezza dei diritti, al consolidamento della proprietà in mano ai legittimati, all'accesso riservato a chiunque, a dispetto della nazionalità, ai benefici della normativa e, infine, specialmente alla facoltatività dell'opzione per il nuovo strumento legislativo: chi lo avesse preferito,

---

A., *Le système Torrens. De son application en Tunisie & en Algérie*, Algeri, 1885, pp. 4 – 8.

Queste criticità della disciplina musulmana del diritto di proprietà sui beni immobili erano largamente dibattute negli ambienti accademici e governativi francesi, soprattutto a causa della somiglianza dell'ordinamento algerino a quello tunisino (considerato comunque più evoluto, a causa di una maggiore diffusione della proprietà individuale rispetto a quella collettiva di stampo tribale, che in Algeria complicava ulteriormente le cose). Si sottolineava così la necessità di riforme finalmente favorevoli agli affari della colonizzazione europea. Sul punto, BRAS, J.-P-, *L'imperfection de la propriété indigène, lieu commun de la doctrine juridique coloniale en Afrique du Nord*, in (a cura di) BARGAOUI, S., CERUTTI, S., GRANGAUD, I., *Appartenance locale et propriété au nord et au sud de la Méditerranée*, Aix-en-Provence, 2015, pp. 39 – 60.

[9] GUYOT, *Lettres sur la politique coloniale*, p. 206. Il rispetto del mondo culturale ed istituzionale indigeno sarà un punto fermo, almeno formalmente, dell'intera esperienza francese in Tunisia. Il modello, secondo i contemporanei, era quello inglese, che facevano del sincretismo e della tolleranza lo strumento principe della loro preponderanza politica coloniale (cfr. D'ESTOURELLES DE CONSTANT, *La Politique Française en Tunisie*, p. 391 in nota).

infatti, avrebbe senz'altro potuto continuare a far disciplinare i propri diritti al tradizionale sistema di matrice islamica. "*Ainsi les indigènes ne peuvent se plaindre d'être contraints à accepter de force une législation qui leur répugne. Ils s'apercevront d'eux-mêmes des avantages de la nouvelle loi. Et à mesure que les transactions avec les Européens s'étendront, nous verrons peu à peu la terre tunisienne se franciser*"[10].

Il progetto allegato alla lettera era, come affermava Cambon, nominalmente elaborato del Governo tunisino. Si trattava presumibilmente di quello che il Primo Ministro del bey aveva indirizzato precedentemente (il 6 dicembre 1884) allo stesso Ministro Residente, accompagnato da una dettagliata relazione, allo scopo di fargli prendere visione dello stato di avanzamento dei lavori della speciale Commissione del Governo tunisino, incaricata dal Reggente della redazione della legge e di cui era stato posto alla presidenza lo stesso Cambon[11].

[10] GUYOT, *Lettres sur la politique coloniale*, p. 207.

[11] Cfr. l'art. l testo del decreto beylicale del 31 luglio 1884 in SEBAUT, A., *Dictionnaire de la législation tunisienne*, Digione, 1888, pp. 196 – 197. Il decreto era titolato "*Décret étendant la compétence des tribunaux français en Tunisie*" e il suo fine (art. 1), era di investire i tribunali francesi della cognizione di "*toutes les affaires Civiles et Commerciales dans lesquelles des Européens seront en cause*". Il decreto era dunque coerente con il proposito di progressiva estensione dei limiti di giurisdizione dei tribunali francesi nella Reggenza, istituiti il 27 marzo 1883, e cui gli europei residenti nella Reggenza erano anch'essi ormai sottoposti, in virtù delle convenzioni che avevano da poco abolito la giurisdizione consolare. Tuttavia, la materia immobiliare era l'unica, tra quelle civilistiche, su cui il bey non aveva potuto cedere la giurisdizione, nemmeno quando le vicende implicavano solo gli europei. Il preambolo del decreto, infatti, avvertiva: "*ayant l'intention d'étendre (…) la compétence des tribunaux français dans le cas où des Européens sont en cause aux matières immobilières, mais reconnaissant l'impossibilité de le faire avant que la codification des lois qui les règlent ait été établie, nous n'avons pu que mettre ce sujet à l'étude et le confier à une commission d'hommes éclairés et*

Il progetto non era particolarmente lungo o dettagliato e la relazione del primo Ministro tradiva lo stato ancora acerbo di lavorazione[12]. Tuttavia, dalla lettura del documento si potevano evincere alcuni dei concetti chiave per la costruzione della disciplina definitiva, vale a dire: a) lo stabilimento di una serie di diritti reali

*instruits tant dans les lois de notre sainte religion que dans celles des puissances amies*". In sostanza, fintantoché rimaneva in vigore il tradizionale sistema tunisino di disciplina della proprietà immobiliare, di derivazione coranica, non sarebbe stato possibile nemmeno per gli europei sottrarsi alla giurisdizione del supremo tribunale islamico, il *chara*. Bisognava dunque studiare una nuova legge della terra, che andasse incontro agli europei e alle loro istanze di certezza dei diritti sulla proprietà immobiliare e di sottoposizione delle eventuali liti alla giurisdizione francese, da loro accettata perché ritenuta garantista e affidabile; tutto ciò, però, senza urtare il tradizionalismo mistico-religioso degli indigeni. Ecco dunque spiegata la genesi e l'incarico della Commissione: sanzionata formalmente dal bey, risulta chiaro che fosse voluta *in primis* dalla Francia. Per di più, essa nasceva forzatamente composita: la necessità che vi sedessero esperti in diritto indigeno ed europeo ne rendeva indispensabile il carattere multinazionale. Tra i diciotto membri, oltre a Cambon e al Primo Ministro tunisino, figuravano altri undici francesi (tutti giuristi, tra cui il Presidente del tribunale di Tunisi Pontois) e tre indigeni (alti funzionari della Reggenza). Inoltre, nell'organico figuravano anche un suddito italiano e uno inglese, rappresentanti delle più folte comunità europee della Reggenza: entrambi furono selezionati dal corpo dei cosiddetti *avocats – défenseurs*, patrocinanti presso il tribunale francese. L'elenco completo dei componenti della Commissione è riportato in (a cura di) ECOLE DE DROIT D'ALGER, *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, vol. I, prima parte, Algeri, 1885, pp. 121 – 122 in nota.

[12] Nella *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 38, "A. D." (queste iniziali probabilmente corrispondono a quelle di Alfred Dain, avvocato presso la Corte di Algeri e *professeur agrégé* alla Facoltà di Legge, nonché membro del comitato di redazione della rivista), in un breve saggio introduttivo al progetto di legge fondiaria presentato dal Primo Ministro del bey, ne esprimeva una valutazione nel complesso positiva, pur rilevando che in alcuni punti era ancora impreciso e confuso.

(proprietà, usufrutto, uso, abitazione, servitù) che per la prima volta entrassero nell'ordinamento tunisino in una caratterizzazione 'europea', di diretta derivazione francese; b) la regolazione, in senso finalmente chiaro e definito, di istituti tradizionali tunisini, come l'*enzel*; c) la sottoposizione degli immobili tunisini alla giurisdizione dei tribunali francesi nella Reggenza, da attuare senza però passaggi traumatici o forzati, senza ricorrere ad imposizioni, ma mediante dei meccanismi formali assolutamente rispettosi delle costumanze culturali e religiose indigene e, soprattutto, senza delegittimare definitivamente il tribunale supremo della giurisdizione musulmana, il *chara*.

Quest'ultimo punto è sicuramente il più interessante. "*Il y a lieu tout d'abord de remarquer que le changement de jurisdiction est laissé à la libre initiative des propriétaires fonciers*", scriveva il Primo Ministro nella sua relazione: come già anticipato dallo stesso Cambon nella sua lettera a Guyot, la facoltatività dell'adesione alla nuova disciplina e, conseguentemente, alla sottoposizione alla giurisdizione francese delle vicende immobiliari, era reclamizzata come il punto nodale del sistema. Chiunque avrebbe potuto optare per il sistema legale (e giurisdizionale) preferito, senza subire forzature da parte del Governo o dell'amministrazione del Protettorato. L'unica guida sarebbe stata esclusivamente il proprio, specifico e privato interesse. Una volta scelto, però, non si tornava indietro: al compimento delle formalità stabilite dalla nuova legge, l'immobile rimaneva per sempre giudicabile dalla giurisdizione francese, e così le sue vicende. Sarebbero tramontate irrimediabilmente, pertanto, la disciplina e la giurisdizione indigena.

Era l'immobile, non il soggetto giuridico, ad essere interessato dall'applicazione del nuovo sistema. Il cambio di giurisdizione non riguardava lo status personale del proprietario del bene che sceglieva di compiere le formalità, ma quello dell'immobile che vi veniva sottoposto. Questo, proprio come nell'*Act Torrens*, acquisiva una vita giuridica sua propria, che lo rendeva indipendente dal proprietario: il

tunisino che disponeva di una terra, insomma, rimaneva sottoposto alla giurisdizione del *chara* per il suo statuto personale o alla giurisdizione laica dell'*ouzara* per le altre vicende che lo riguardavano pure se, per esempio, avesse compiuto le formalità previste dalla nuova legge fondiaria per far ricadere il suo bene sotto la giurisdizione francese. Era il nuovo status dell'immobile che imponeva il cambio di giurisdizione, non il proprio. Ciò implicava, viceversa, che se lo stesso tunisino fosse stato proprietario di un altro immobile, su cui non avesse ancora compiuto alcuna formalità, per vicende che avessero interessato quest'ultimo avrebbe dovuto rivolgersi comunque esclusivamente al *chara*. Lo stesso discorso sarebbe valso per un qualsiasi europeo residente nella Reggenza.

Il momento del 'passaggio' al nuovo regime giuridico avrebbe risolto anche il problema della indeterminatezza della titolarità della proprietà e dei 'pesi', dei diritti reali ulteriori, gravanti sull'immobile: l'effetto decisivo delle formalità previste dalla nuova legge sarebbe stato infatti una purgazione totale di quei diritti, anche facenti capo a terzi, che non fossero stati correttamente denunciati secondo i passaggi previsti dalla nuova legge[13]. Anche uno sprovveduto nuovo proprietario europeo avrebbe potuto, così, mettersi al riparo dalle frodi, imponendo al proprio immobile, magari appena acquistato da un indigeno di dubbia reputazione, la purgazione, il passaggio di regime giuridico e quello di giurisdizione. Così si assicurava che nessuno avrebbe sminuito la pienezza del suo diritto: la nuova legge gli consentiva finalmente di uscire dalla pericolosa palude del diritto tunisino.

Cambon, nella lettera a Guyot, aveva chiamato "*inscription*" la formalità che, nella nuova normativa, determinava il passaggio formale definitivo individuato dalla nuova normativa, il nuovo punto di inizio

[13] "*Les formalités dont il vient d'etre parlé ont pour effet, non-seulement de placer l'immeuble sous la juridiction française, mais aussi de purger les droits réels de tous les vices dont ils pouvaient être affectes*" (*Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 40).

della vita giuridica dell'immobile. Il termine "*inscription*" era ben presente nel progetto relazionato dal primo Ministro: commentando l'art. 1, il dignitario riferiva che un ente particolare, la "*conservation de la propriété foncière*", al cui vertice si poneva il "*conservateur*", avrebbe avuto il compito della *"transcription des actes qui affectent les droits réels inscrits conformément aux dispositions de la présente loi*"[14]. Il punto di arrivo della procedura, dunque, era questa 'trascrizione', su speciali registri, che consolidava gli effetti della 'iscrizione' dei diritti reali esistenti sull'immobile e che purgava qualsiasi posizione giuridica che non fosse specificata nei documenti redatti dalla "*conservation*". Nel procedere alle formalità dell'iscrizione, considerando l'effetto finale della purgazione, andavano comunque tutelati anche i diritti dei terzi: bisognava tenere in conto le solite variabili, ovvero che, come spesso capitava, chi si vantava proprietario poteva non esserlo, oppure che potevano esistere altri legittimi diritti reali di cui era necessario tenere conto, prima di procedere al 'colpo di spugna'. Ecco il motivo di una vasta pubblicità del procedimento di iscrizione, in maniera tale che un qualunque interessato potesse intervenire e opporsi alla richiesta formulata dal sedicente proprietario. Se non ci fossero state opposizioni, il progetto prevedeva che, alla scadenza di certi termini, il conservatore avrebbe proceduto all'iscrizione dei diritti reali senza ritardo: il procedimento, in questo caso, era pensato come puramente amministrativo. Invece, se fossero insorte contestazioni, ne sarebbe derivato un momento contenzioso, che sarebbe dovuto essere giudicato da un soggetto da definire. Non poteva più essere competente né il *chara*, né il tribunale francese, entrambi senza una piena legittimazione a giudicare[15]. Perciò, "*le Gouvernement a cru devoir* (…) *offrir une voie*

[14] Art. 1 del progetto di legge fondiaria in *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 42. La figura del conservatore era chiaramente, anche se non dichiaratamente, ispirata al funzionario principe dell'analogo procedimento previsto dall'*Act Torrens*, il cosiddetto *Registrar General*.

[15] Non avrebbe avuto senso optare per il *chara*, perché l'intrapresa stessa del procedimento offerto dalla nuova legge esprimeva la volontà di sottrarsi alla giurisdizione del tribunale islamico; non poteva essere quello francese, perché

*nouvelle, et il proposé, à cet effet, la création d'un tribunal spécial ayant une procédure sommaire*"[16].

L'idea rivoluzionaria del nuovo tribunale speciale era assolutamente inedita, frutto dell'ingegneria giuridica della Commissione e non presente nemmeno nell'*Act Torrens*, in cui tutta la procedura di registrazione degli immobili era fondamentalmente amministrativa, con la fase contenziosa affidata eventualmente al giudice civile ordinario. La nuova corte sarebbe stata composta, secondo il progetto, da delegati del *chara* e del tribunale francese, nominati dal bey, "*réunis sous la présidence d'un délégué de S.A. le Bey* (…) *Sa composition garantit l'impartialité, sa procédure la promptitude des décisions*".

Una giurisdizione posta in mezzo al guado di un cambio di status giuridico di un bene immobile non poteva che essere concepita come giurisdizione mediana anche nella composizione. Magistrati tunisini e francesi avrebbero sovrinteso insieme alle fasi critiche del passaggio irrevocabile dell'immobile dalla giurisdizione di matrice islamica a quella francese. Tale giurisdizione "*ne statuera pas sur le fond, il contrôlera la régularité des opérations exigées pour changer la juridiction de l'immeuble*"[17]: la speciale cognizione del nuovo tribunale veniva così definita e limitata. In ogni caso, traspariva ancora qualche indecisione sul carattere esclusivo della nuova giurisdizione immobiliare: secondo l'art. 7 del progetto, infatti, in caso di presentazione di opposizioni alla richiesta, proprio il richiedente avrebbe potuto decidere, se per lui conveniente, di derogare alla competenza del nuovo tribunale per ottenere il giudizio sulla lite,

in materia immobiliare, di cui avrebbe avuto natura il contenzioso appena insorto, fino all''iscrizione' e al cambio di regime giuridico del bene, in linea di principio era ancora competente solo il *chara*. Era necessaria, quindi, una terza via.

[16] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 40.

[17] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 40.

piuttosto, dal *chara* o dal tribunale francese (se tutte le parti in causa erano giudicabili dalla giustizia francese)[18].

In conclusione del rapporto, il Primo Ministro illustrava gli istituti che sarebbero stati applicati dalla giurisdizione francese dopo la purgazione dell'immobile dalle incertezze della tradizione indigena. Impossibile, avvertiva, applicare il codice civile francese a immobili con cui non solo gli europei, ma anche i tunisini, avrebbero dovuto avere a che fare: era troppo vecchio ed espressione di una tradizione giuridica troppo lontana da quella della Reggenza, quel codice, per trovare applicazione pura e semplice nella Reggenza, pure se davanti ai tribunali francesi[19]. Anche in questo caso, la commissione aveva ricercato una sorta di compromesso: applicando alcuni articoli del codice civile di Francia, in quanto utili per certi determinati fini normativi, si riteneva che il corpo fondamentale della nuova legge dovesse essere assolutamente originale, in grado di sposare tutte le esigenze. In breve, si cercava di stabilire "*un régime foncier particulier à la Tunisie pour les immeubles soumis à la jurisdiction française*". Usando il codice civile francese, così, sarebbe stata definita la natura dei beni immobili e la disciplina 'all'europea' dei diritti reali (la proprietà, l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, le servitù)[20]. Il sincretismo giuridico della nuova legge sarebbe stato invece rispettato disciplinando, in particolare, l'istituto indigeno dell'*enzel*, finalmente codificandolo entro limiti normativi certi e lineari[21].

[18] Cfr. il testo dell'art. 7 del progetto in *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 44.
[19] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 41.
[20] Cfr. artt. 11, 13, 15, 16 e 17 del progetto, in *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, pp. 45 – 46.
[21] Art. 14 del progetto: "*l'enzel est l'état de la propriété foncière grevée d'une rente perpétuelle. Le montant doit en être indiqué dans l'acte transcrit*", in *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 45.

Come prevedibile, il primo progetto non si rivelò sufficiente: di lì a poco, una sottocommissione[22] creata in seno all'organo maggiore puntò a redigere il testo definitivo della legge. Il Presidente del Tribunale di Tunisi, Pontois, redasse la relazione conclusiva dei lavori della sottocommissione, in cui, per la prima volta, si nominava esplicitamente il mutuo contratto dal nuovo progetto nei confronti dell'*Act Torrens* australiano, a causa delle felici somiglianze tra quest'ultimo ed alcuni aspetti e costumanze della tradizionale disciplina immobiliare tunisina[23]. Calcare, per quanto possibile, il sentiero tracciato dal *Real Property Act* era ora dichiarata apertamente la strada vincente per arrivare alla genesi della nuova normativa immobiliare, conservando però gli aspetti utili della legislazione francese e delle costumanze locali. "*Ce n'est donc, à proprement parler, ni la législation australienne dans toutes ses prescriptions, ni la loi française dans son intégralité que nous* (…) *proposons, mais une législation essentiellement tunisienne, répondant à la situation sociale du pays* (…) *et dans laquelle nous avons cherché à faire entrer tout ce qui, dans les législations étrangères, pouvait aisément s'adapter aux conditions sociales actuelles de la Tunisie*"[24].

[22] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 122. La sottocommissione era composta da quattro membri francesi e due tunisini.

[23] L'*Act Torrens* non era mai stato nominato nel rapporto del Primo Ministro del bey, nonostante il progetto da lui esplicato in realtà già contenesse decisivi elementi ispirati alla legge australiana. Pontois invece, molto più esplicito a tale riguardo, riferì tra l'altro che il maggiore punto di contatto tra il sistema australiano e quello tradizionale indigeno era l'usanza di annotare le vicende dell'immobile su un titolo. La differenza stava nella capacità di quel documento di far fede tra le parti di una compravendita o di qualsiasi altra vicenda immobiliare. Cfr. sul punto *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 124.

[24] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 125.

Nel progetto illustrato da Pontois[25], ormai ben definito e complesso (contava già quattordici titoli), le novità derivate dalla reinterpretazione dell'*Act Torrens* erano evidenti: all'uso del termine "*inscription*" si sostituiva quello di "*immatriculation*", ritenuto migliore equivalente lessicale francese dell'inglese "*registration*". Questo atto complesso connotava il passaggio formale a partire dal quale "*les immeubles sis en Tunisie seront* (…) *soumis au régime de la présente loi*" e di conseguenza sottoposti alla giurisdizione dei tribunali francesi, come veniva precisato poche righe più avanti, anticipando il contenuto del futuro art. 20[26]. Di 'iscrizione' si continuava a parlare solo per gli altri diritti reali riconosciuti durante la procedura come gravanti sull'immobile: questi sarebbero stati annotati sul titolo costituito in conseguenza dell'immatricolazione, "*lequel formera leur point de départ unique à l'exclusion de tous droits antérieurs*"[27]. Il principio della purgazione del passato giuridico dell'immobile veniva così riproposto ed esaltato: "*le système de la loi nouvelle a pour effet, grâce à l'accomplissement des formalités qui y sont édictées, de mettre fin à toutes les contestations relatives au passé des immeubles, de mobiliser la propriété foncière, d'en faire une sorte de valeur représentée par un titre nominatif, susceptible d'être transmis avec la même facilité qu'une valeur mobilière quelconque, et avec la certitude, pour celui qui l'acquiert, de n'être en aucun cas tenu dans l'ignorance des charges dont elle peut être grevée*"[28].

La definizione degli 'immobili', l'oggetto della disciplina della nuova legge, veniva trasferita al primo capitolo del nuovo Titolo I: accanto alla riproduzione degli articoli del codice civile francese si poneva la caratterizzazione come 'immobili' anche di altri diritti reali,

[25] La data della presentazione della relazione al Presidente della commissione non è presente nella copia riprodotta in *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, pp. 121 – 145.
[26] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 129.
[27] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 129.
[28] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 125.

come l'enfiteusi, la superficie e, soprattutto, l'*enzel*. La parte di diritto sostanziale, invece, con la disciplina dei diritti reali ammessi dalla nuova legge, dalla proprietà alle ipoteche, rimaneva successiva a quella sui modi dell'immatricolazione. Veniva confermata la figura del "*conservateur*", dichiarando finalmente che questo soggetto derivava dal "*Registrar general*" dell'*Act Torrens* e che sarebbe stato "*chargé non seulement de l'immatriculation des immeubles, mas encore de la constitution des titres de propriété, de la conservation des actes relatifs aux immeubles immatriculés et de l'inscription des droits et charges dont ces immeubles peuvent être gravés*"[29]. Il conservatore, insomma, era figura di spicco, su cui si contava per assicurare legalità, fedeltà e certezza a tutta la procedura.

Pontois rivendicava l'inserimento nel progetto, da parte della sottocommissione, di un art. 22 che avrebbe codificato espressamente la facoltatività dell'immatricolazione: questa scelta non doveva essere solo politicamente opportuna, ma anche in grado di venire incontro a coloro che non potevano permettersi di sostenere tutte le spese del procedimento. In questo modo, affermava, si facevano gli interessi sia dello Stato che dei privati[30].

Anche nel nuovo progetto, tutto il procedimento di immatricolazione ruotava però intorno al perno della nuova giurisdizione speciale. Avendo ben chiaro che il nuovo soggetto giudicante avrebbe determinato la corretta applicazione della disciplina, si sceglieva significativamente di inserirne la normazione all'interno del decisivo Capitolo II sulle immatricolazioni[31], nell'ambito della sezione III sulle opposizioni all'immatricolazione. La natura contenziosa della giurisdizione del nuovo "*Tribunal mixte*" era quindi confermata: "*en cours de la procédure en immatriculation, des*

[29] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 130.
[30] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 130.
[31] Definita da Pointois "*la partie fondamentale et essentielle de la loi*" (*Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 129).

*contestations viennent à s'élever, il sera sursis à l'immatriculation jusqu'à complète solution des litiges* (…) *tous les litiges immobiliers seront déférés à un tribunal spécial institué par la présente loi. La compétence de ce tribunal spécial ne s'étendra pas au-delà de l'immatriculation*"[32]. Ancora, accennando al testo del venturo art. 37: "*le tribunal mixte (...) est un tribunal de purge, chargé seulement de se prononcer sur l'admissibilité ou le rejet de toutes les demandes en immatriculation qui pourront être introduites*"[33].

La caratteristica 'mista' veniva sviluppata da una struttura tricamerale, con una camera francese (con tre magistrati francesi), una indigena (con tre magistrati tunisini) e una, appunto, mista (con due francesi e due tunisini): ciascuna assumeva la cognizione degli affari a seconda della nazionalità delle parti in causa (rispettivamente, solo europea, solo tunisina, europea e tunisina insieme). Così com'era stato progettato, il Tribunale Misto era "*une nécessité resultant du l'état meme des choses et des traités internationaux*", come precisava Pontois. Non aveva, lo si ribadisce, nessun legame con l'*Act Torrens*: il Tribunale Misto era un giudice speciale disciplinato da leggi tunisine, che nasceva per comporre con sveltezza liti spesso dal contenuto indecifrabile per la giustizia ordinaria e per la cui interpretazione necessitava dell'apporto congiunto, alla pari, della cultura giuridica sia dei francesi che degli indigeni.

Veniva definitivamente operata anche un'altra scelta, che si rivelerà fondamentale: si stabiliva l'inappellabilità delle decisioni del Tribunale misto, che per giunta si reputava non dovessero essere nemmeno motivate[34]. Essendo giurisdizione speciale ed esclusiva sull'immatricolazione, sarebbe stato incongruo imporle un grado d'appello non interno alla stessa giurisdizione speciale; prevedere più

[32] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 127.
[33] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 133.
[34] *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 133.

gradi di giudizio, alla stregua delle lente e macchinose giurisdizioni francesi di diritto comune, sarebbe stato anche antieconomico per la speditezza della procedura, che si voleva rapida per consentire all'immobile di ricollocarsi subito sul mercato dopo l'immatricolazione. Il carattere inappellabile delle pronunce del Tribunale Misto non veniva mai messo in discussione, prevedendosi che un eventuale danneggiato dalla purgazione non avrebbe potuto che esperire, a procedura chiusa, un'azione di risarcimento danni contro chi gli aveva causato un pregiudizio[35].

Altre disposizioni configuravano però delle valvole di sicurezza del sistema: al giudicabile dai tribunali francesi, autore di un'opposizione nel corso del procedimento di immatricolazione, il futuro art. 36 avrebbe riservato la possibilità di far sospendere il giudizio davanti al Tribunale Misto, per rimettere la questione alla giurisdizione di diritto comune. Questa opzione, che aveva sicuramente il fine di consentire, a chi lo avesse voluto, di accedere ai più gradi di giudizio del sistema francese almeno in merito alla questione dedotta nell'opposizione, era esercitabile solo a certe condizioni[36].

Su queste premesse, finalmente il 12 luglio 1885 veniva promulgata dal bey, pubblicandola nel *Journal Officiel Tunisien*[37], la nuova legge fondiaria di Tunisia (datata al 1° luglio): il testo definitivo modificava solo in alcuni punti l'ultimo progetto, cosicché la struttura

[35] Per il commento al provvisorio art. 38, in *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 133.

[36] "*À la condition que la demande en dessaisissement de juridiction soit faite avant que l'instance ne soit liée devant le tribunal mixte, et que le droit sur lequel cette demande est fondée soit antérieur à l'insertion au Journal Officiel de la demande d'immatriculation*". Cfr. *Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 133. Rispetto al primo progetto, scompariva la facoltà accordata al richiedente di 'rifugiarsi' nella giurisdizione *charaica* o francese in caso di opposizione.

[37] *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, pp. 611 e ss.

della legge constava dei già annunciati quattordici titoli, divisi ciascuno in capitoli e sezioni, per un totale di 381 articoli. La disposizione dei titoli rimaneva la stessa: al Titolo I si confermava sede delle definizioni degli "*immeubles*" (art. 12)[38] e dei "*droits réels immobilières*" (art. 13)[39], seguite dalla disciplina della procedura di immatricolazione.

Questa veniva ulteriormente affinata[40] e poi specificata con: la descrizione dell'ufficio del conservatore[41]; la caratterizzazione dei soggetti legittimati, facoltativamente, a "*requérir*" l'immatricolazione[42]; i requisiti di ammissibilità della richiesta; la

[38] "*Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent: les droits réels immobiliers; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble*" (cfr. art. 12 della legge 12 luglio 1885 in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 611)

[39] "*Les droits réels immobiliers sont: la propriété immobilière, l'enzel et la rente de l'enzel, l'usufruit des immeubles, l'usage et l'habitation, l'emphytéose, la superficie, les servitudes foncières, l'antichrèse, les privilèges et les hypothèques*" (cfr. art. 13 della legge 1° luglio 1885 in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 611). La disciplina di ciascuno di questi istituti era sviluppata a partire dal Titolo II.

[40] Art. 18: "*l'immatriculation a pour objet de placer l'immeuble qui y a été soumis sous le régime de la présente loi*" ; art. 19: " *tous les droits réels existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation sont inscrits sur un titre de propriété, qui forme leur point de départ unique à l'exclusion de tous droits antérieurs*"; art. 20, primo comma: "*les immeubles immatriculés ressortiront exclusivement et d'une manière définitive à la juridiction des tribunaux français*". Per tutti, cfr. legge 1° luglio 1885 in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 611.

[41] "*Le conservateur de la propriété foncière est chargé: 1° De l'immatriculation des immeubles; 2° De la constitution des titres de propriété; 3° De la conservation des actes relatifs aux immeubles immatriculés; 4. De l'inscription des droits et charges sur ces immeubles*" (cfr. art. 21 della legge 1° luglio 1885, in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 612).

[42] "*L'immatriculation est facultative. Pourront seuls requérir l'immatriculation: 1° Le propriétaire; 2° L'enzeliste (débi-rentier); 3° L'usufruitier; 4° L'antichrésiste; 5° Le créancier hypothécaire; 6° L'emphytéote; 7° Le superficiaire. Ces cinq derniers avec le consentement du*

definizione della pubblicità da attuare per metterne a conoscenza i terzi; i soggetti partecipanti alle operazioni di accertamento del buon titolo del richiedente, tra cui spiccava il "*bornage*", la definizione dei confini dell'immobile; il ruolo di giudici di pace francesi e *caïds* tunisini, i maggiori funzionari amministrativi tunisini delle province, garanti sul territorio della bontà degli accertamenti[43]; i termini di decadenza per le formalità a carico del richiedente e degli oppositori; le modalità di protezione dei diritti degli incapaci e degli assenti[44].

Si arrivava così alla fatidica Sezione III del Capitolo II, nominata, come nel progetto, "*Des oppositions à l'immatriculation*": composizione, competenza e procedura del Tribunale Misto trovavano posto nei paragrafi 1, 2, e 3, che completavano l'assetto della giurisdizione speciale. La struttura fondamentale della disciplina non cambiava particolarmente rispetto al progetto. Innanzitutto, si precisava meglio che la pianta organica del tribunale si dotava "*d'un président, de six membres et d'un greffier, nommés par S. A. le Bey. Le président du tribunal mixte sera un magistrat français, nommé sur la proposition du Ministre Résident de France à Tunis. Les membres seront proposés, trois par le tribunal français, trois par le chara, ou à son défaut par le Gouvernement tunisien. Le greffier sera nommé sur la proposition du tribunal français*"[45]. Seguiva la regola, già nota, della composizione

*propriétaire, ou de l'enzeliste pour les immeubles tenus à enzel*" (cfr. art. 22 della legge 1° luglio 1885, in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 612).

[43] Giudici di pace e *caïds* erano responsabili di alcuni, importanti aspetti della pubblicità delle operazioni di "*bornage*" sul luogo dell'accertamento; erano competenti anche a ricevere le opposizioni all'immatricolazione presentate all'esito del "*bornage*" stesso, insieme pure al conservatore (cfr. artt. 25, 27 secondo comma e 28 in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 612).

[44] Per tutta la disciplina citata, si veda la Sezione II, "*De la procédure d'immatriculation*", del Capitolo II nel Titolo I della legge 1° luglio 1885, in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 612.

[45] Art. 33 della legge 1° luglio 1885, in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 613.

francese o tunisina delle camere, a seconda della nazionalità delle parti, coi numeri dei componenti di ciascuna camera lasciato invariato rispetto all'ultimo progetto[46]; tuttavia, "*si des conflits surgissaient relativement à la compétence des diverses chambres du tribunal mixte, ces conflits seraient tranchés souverainement par une décision du tribunal, toutes chambres réunies*"[47].

Veniva meglio stabilito anche il paragrafo 2, su "*Compétence et pouvoirs du tribunal mixte*": una fondamentale disposizione veniva fissata all'art. 35, che si occupava del destino dei procedimenti attualmente pendenti su questioni immobiliari davanti alla giustizia francese: questa avrebbe dovuto cedere la propria competenza al Tribunale Misto, se, su istanza di parte e a particolari condizioni, lo si fosse richiesto. Era poi specificata ulteriormente anche la già accennata facoltà ex art. 36: "*dans le cas où une opposition à une immatriculation, requise par un justiciable des tribunaux français, serait formée par un justiciable de ces mêmes tribunaux, il sera loisible à ce dernier de la porter devant la juridiction française, pourvu qu'il le fasse avant toute défense au fond devant le tribunal mixte et pourvu que l'instance soit fondée sur un droit existant entre ses mains avant l'insertion au journal officiel de la déclaration d'immatriculation. Auquel cas, le tribunal mixte surseoira à statuer sur l'admissibilité de la demande à fin d'immatriculation, jusqu'après décision, passée en force de chose jugée, du tribunal compétent*"[48].

[46] La presidenza della camera in composizione mista veniva assegnata dall'art. 34, terzo comma, obbligatoriamente al presidente del Tribunale Misto o a un suo delegato (cfr. *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 613). In questo modo, la composizione paritaria (due francesi e due indigeni) della camera mista era solo sulla carta, poiché di fatto, col presidente, i francesi erano tre.

[47] Art. 34, comma terzo, della legge 1° luglio 1885, in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 613.

[48] Art. 36 della legge 1° luglio 1885, in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 613. Appaiono significativi due dati: il limite di decadenza per la sottoposizione al tribunale francese della questione dedotta nell'opposizione

Altra aggiunta significativa, rispetto al progetto, era quella dei "*fonds d'assurance*" che dovevano, nel disposto definitivo, servire a far fronte alle richieste di indennizzo da parte di chi fosse stato pregiudicato nei propri diritti da una decisione di immatricolazione del Tribunale Misto (e dalla conseguente purgazione)[49]. In sostanza, l'eventuale danneggiato da un'immatricolazione erroneamente concessa aveva non solo diritto (ex art. 38) all'azione di danno nei confronti di colui che aveva beneficiato dell'immatricolazione (o di un'scrizione di un certo diritto reale), ma, ai termini degli artt. 39 e 40, poteva anche rifarsi su questi speciali fondi nel limite dei due terzi delle risorse disponibili. I "*fonds d'assurance*", ispirati ad analoghi meccanismi dell'*Act Torrens*, erano costituiti attraverso il versamento di un diritto dell'uno per mille sul valore dell'immobile immatricolato o di qualsiasi diritto iscritto dopo l'immatricolazione; altrimenti, da un diritto fisso di un franco per diritti reali dal valore non determinabile[50].

davanti al Tribunale Misto, fissato nell'esame "*au fond*" dell'opposizione stessa da parte del collegio speciale (evidentemente per esigenze di economia processuale, evitando duplicazioni della cognizione di due giurisdizioni diverse sulla stessa questione); in secondo luogo, la sospensione del procedimento di immatricolazione fino al consolidamento del giudicato sulla decisione resa dal giudice ordinario. Si consolidava, dunque, in questo caso, l'accennata possibilità di usufruire di un secondo grado di giudizio almeno per le opposizioni stralciate dal procedimento di immatricolazione: il Tribunale Misto, dovendo tenere conto della questione giudicata dalla giurisdizione francese, avrebbe emanato a sua volta una decisione ponderata, presumibilmente, su tali due gradi, prima di sanzionare irrevocabilmente l'eventuale immatricolazione e la purgazione.

[49] Non era stato ritenuto necessario creare i fondi, all'interno del progetto presentato da Pontois, poiché si era ritenuto che le garanzie poste dalla legge a favore di eventuali danneggiati sarebbero state di per sé già sufficienti (*Revue algérienne et tunisienne*, vol. I, prima parte, p. 126).

[50] Cfr. art. 39 della legge 1° luglio 1885, in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, p. 613.

Per quanto concerneva la procedura, una parte fondamentale l'aveva il cosiddetto "*juge-rapporteur*", una sorta di relatore della causa nominato di volta in volta dal presidente del Tribunale, che, a partire dagli accertamenti preliminari e dalle opposizioni presentate, si preoccupava di comporre il fascicolo processuale ricevendo in forma scritta dalle parti istanze, documentazioni e osservazioni. Questa fase era decisiva perché il processo era esclusivamente cartolare[51]. Era peraltro implicito che la parte comparisse personalmente in giudizio[52].

All'esito delle udienze, il Tribunale Misto aveva solo due possibilità: o accogliere la richiesta di immatricolazione, o respingerla. Nel primo caso, il giudice vagliava i presupposti formali della richiesta (era stata confermata l'impossibilità che giudicasse nel merito delle questioni) e semplicemente acconsentiva all'immatricolazione nei limiti del diritto accertato. Nel secondo caso, invece, si rigettava la richiesta puramente e semplicemente, senza produrre altri effetti giuridici: lo status dell'immobile rimaneva tal quale era prima della richiesta. Coerentemente con l'ultimo progetto, le decisioni del Tribunale erano confermate come del tutto inappellabili e non motivate (art. 37).

In caso di accoglimento della richiesta di immatricolazione, il conservatore aveva il compito di redigere un titolo di proprietà, custodito nei registri della "*Conservation de la propriété foncière*"; il titolo era conforme in ogni sua parte alla decisione del Tribunale Misto,

[51] Nel 1904 la giurisprudenza avrebbe fissato il principio per cui in udienza sarebbero stati discussi soltanto memorie e documenti depositati nei termini e dedotti nel fascicolo processuale. Cfr. LAGRANGE, H., FONTANA, H., *Codes et lois de la Tunisie: annotés des décisions de la jurisprudence*, Parigi, 1912, p. 12.

[52] La possibilità di avvalersi della rappresentanza di un mandatario, dotato di procura speciale e scelto tra i *défenseurs*, gli *avocats* del *barreau* di Tunisi o gli *oukils* abilitati a patrocinare davanti al tribunale laico tunisino dell'*ouzara*, fu introdotta all'art. 41 solo con le riforme successive, a partire dal 1886.

che poteva rettificare, nel caso, gli esiti degli accertamenti preliminari effettuati prima dell'inizio del dibattimento (ad esempio, poteva modificare le misure dei confini rilevati col "*bornage*", o accogliere solo parzialmente la richiesta). Del titolo veniva redatta una copia conforme, che veniva consegnata al richiedente l'immatricolazione e che faceva fede assoluta nei confronti di terzi e della giurisdizione francese, da cui ormai sarebbero state giudicate le vicende successive dell'immobile. Ogni passaggio di proprietà dava luogo all'emissione di un nuovo titolo; ogni iscrizione di un diritto reale ulteriore, a partire dall'immatricolazione, imponeva un'annotazione sull'originale e sulla copia del titolo stesso. La conformità tra i due documenti era assoluta, a garanzia di trasparenza della nuova vita giuridica dell'immobile[53].

## 3.- Legge fondiaria e Tribunale Misto sullo scorcio del XIX secolo: le grandi riforme

Diceva Paul Cambon, nel suo "*Rapport*" sulla legge del 1885 che, rispetto alle normative che ne avevano costituito le matrici, l'*Act Torrens* e il codice civile francese, solo una piccola parte del nuovo disposto era assolutamente innovativo, allo scopo di far funzionare meglio il sistema nel complesso. Tra queste novità, sicuramente quella del Tribunale Misto era la più considerevole: "*le tribunal mixte est une innovation de la loi du 1er juillet 1885; sa création répond à un besoin spécial: on a pensé qu'il fallait associer à l'œuvre de constitution de la propriété une juridiction expéditive chargée de surveiller l'exécution de la loi et de résoudre les litiges que son application ne peut manquer de soulever*"[54]. Bisogni speciali giustificavano una giurisdizione speciale: "*elle répond à cette pensée fondamentale que l'œuvre de constitution de la propriété doit être placée sous la surveillance et le contrôle de*

[53] Sulla disciplina del titolo di proprietà, cfr. il Capitolo III del Titolo I della legge 12 luglio 1885, in *Journal Officiel Tunisien*, n° 134, pp. 613 – 614.
[54] Cfr. il rapporto di Cambon in (a cura di) RÉGENCE DE TUNIS, *Loi foncière et règlements annexes. Recueil officiel*, Parigi, 1893, pp. XIII.

*l'autorité judiciaire, sans que pourtant la lenteur tutélaire de ses formes puisse arrêter la prompte exécution d'une entreprise qui, pour donner tous ses résultats, doit être conduite avec rapidité*"[55]. Ripercorrendo tutta la disciplina della legge, in sostanza, Cambon concludeva che "*par la simplicité, le bon marché et la rapidité de sa procédure le système inauguré en Tunisie aidera puissamment au développement de la Régence* (…) *est donc une partie essentielle de l'œuvre entreprise en Tunisie et s'inspire de l'idée générale qui a présidé à l'organisation du Protectorat* [ovvero] *ouvrir un pays nouveau aux capitaux et au travail français, leur donner toute sécurité sans troubler les populations indigènes, confondre des intérêts si divers et les faire concourir au développement des ressources de la Régence, préparer ainsi un champ d'expansion plus vaste, à l'activité de notre pays* (…) *Réservant l'avenir, elle permet d'asseoir notre suprématie sur la confiance et la prospérité du peuple protégé et d'augmenter pacifiquement la puissance de la République et de la grandeur du nom français*".

Stando al Residente, dunque, si trattava solo di attendere il successo annunciato e incontestabile di questa iniziativa. In realtà, la storia della legge fondiaria nei 15 anni seguenti e, in particolare, l'evoluzione degli istituti attinenti al procedimento di immatricolazione, nonché le interazioni tra la giurisprudenza di diritto comune e quella dello stesso Tribunale Misto, testimoniano un'evoluzione convulsa e non sempre lineare di una disciplina in continua trasformazione. Importanti giuristi nei loro trattati, accademici e funzionari si sarebbero occupati di offrire il proprio contributo alla decifrazione di alcuni aspetti oscuri e contraddittori di una legge che, in fin dei conti, non ebbe vita facile.

Dopo la promulgazione, per consentire alla "*loi foncière*" di entrare pienamente in vigore restavano da approntare i regolamenti amministrativi sui vari soggetti coinvolti a vario titolo nella procedura

[55] *Loi foncière et règlements annexes*, p. XIV.

di immatricolazione[56]: entro i primi sei mesi del 1886 arrivarono dunque l'organizzazione del servizio topografico[57], quella del servizio della conservazione della proprietà fondiaria, i "*plans*" della proprietà rurale e urbana, l'organizzazione del servizio degli interpreti – traduttori dei documenti della procedura[58]. Il 14 giugno 1886 arrivò anche il primo decreto beylicale "*portant organisation du tribunal mixte*"[59]. Curiosamente, l'art. 1 riservava un'apparente precarietà ai suoi componenti, inconsueta per una giurisdizione così importante: la circostanza che "*les fonctions de président et celles de membre du tribunal mixte sont conférées pour une année à partir du 1er août 1886*" prefigurava un insolito rinnovo annuale della composizione del Tribunale Misto, che sarebbe durato di fatto fino al 1889[60]. Interessanti

[56] L'elenco completo dei provvedimenti in questione è riportato nel preambolo al decreto beylicale del 28 giugno 1886, sulla messa in esecuzione della legge fondiaria (cfr. [a cura di] ECOLE DE DROIT D'ALGER, *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, vol. II, terza parte, Algeri, 1886, p. 135).

[57] Si trattava dell'organismo deputato ad eseguire le operazioni di "*bornage*" e, pertanto, considerato di primo valore per la buona realizzazione dei fini della legge. Cfr. sul punto il rapporto di Cambon in *Loi foncière et règlements annexes*, pp. XX – XXI.

[58] Anche il ruolo degli interpreti era fondamentale: essi dovevano occuparsi di tradurre integralmente in francese i titoli arabi allegati alla richiesta di immatricolazione e, viceversa, gli atti della procedura dal francese all'arabo. In questo modo, tutto il procedimento, fino alla decisione del Tribunale Misto, era pensato per essere bilingue. Cfr. ancora il commento di Cambon in *Loi foncière et règlements annexes*, pp. XXII – XXIII.

[59] Il decreto è riprodotto in *Revue algérienne et tunisienne*, vol. II, terza parte, p. 121.

[60] Quando, cioè, il decreto dell'8 novembre 1889 abrogò l'art. 1 del decreto 14 giugno 1886. Su questo decreto, cfr. *Journal des tribunaux français en Tunisie. Revue pratique de législation et de Jurisprudence*, anno 1889, p. 245 e ZEYS, P., *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, Parigi, 1901, p. 1098 in nota.

erano le norme sugli eventuali rimpiazzi del presidente e dei giudici francesi e tunisini, in caso di indisposizione (art. 4[61]).

Tuttavia, era chiaro che qualcosa non stava del tutto funzionando. Già mesi prima si erano registrati pareri piuttosto critici nei confronti di alcuni aspetti della legge fondiaria: il famoso giurista Alfred Dain, per esempio, in una pubblicazione che avrebbe avuto molta fortuna negli anni a seguire, asseriva che proprio il Tribunale Misto, la creatura più originale della Commissione beylicale, rappresentava uno dei punti più critici dell'intero sistema e ne metteva persino in dubbio l'utilità[62]. D'altra parte, le problematiche non riguardavano soltanto la giurisdizione speciale: una vasta riforma organica individuò infatti, a meno di un anno dalla promulgazione della legge, i molti punti su cui si era già ritenuto inderogabile intervenire. Il rapporto del Primo Ministro del bey[63], che illustrava l'imponente decreto del 16 maggio 1886, dava conto degli interventi: dagli aspetti meramente tecnici, a quelli più 'delicati' da un punto di vista sostanziale[64], si sottolineava

[61] "*En cas d'absence ou d'empêchement du président, il sera remplacé par le membre français du tribunal mixte le plus ancien. En cas d'absence ou d'empêchement d'un des membres français du tribunal mixte, il sera, pour compléter le nombre indispensable, remplacé par le juge de paix du tribunal de Tunis ou par l'un de ses suppléants. En cas d'absence ou d'empêchement d'un des membres indigènes, il sera, pour compléter le nombre indispensable, remplacé par un suppléant désigné par outre premier ministre, sur la proposition du Chara*".

[62] "*Il est assez difficile de préciser exactement le rôle, le caractère et le but de cette institution.* (…) *son organisation me paraisse une des parties les plus défectueuses de la loi*" (DAIN, *Le système Torrens*, p. 14).

[63] Il rapporto è riprodotto in *Revue algérienne et tunisienne*, vol. II, terza parte, pp. 97 – 100.

[64] Il Primo Ministro stimava persino che "*il conviendrait de profiter de ces modifications pour élucider quelques points douteux, pour stipuler, d'une manière précise, que la nouvelle législation ne porte aucune atteinte au statut personnel*": praticamente, si insinuava che proprio il principale fine politico

che "*certaines dispositions de la loi sur la propriété foncière du 19 Ramadan 1302 (1er juillet 1885) demandent à être complétées*". L'operazione avveniva in realtà non su 'certe', bensì su una lunghissima serie di articoli della legge fondiaria, a volte solo riformulandoli per esigenze di chiarezza, altre rivoluzionando più in profondità il loro contenuto[65].

Riguardo le sole modifiche apportate al Titolo I[66], almeno tre articoli del decreto del 16 maggio 1886 incisero direttamente su aspetti della procedura del Tribunale Misto: si decise infatti di intervenire sul disposto degli artt. 37, 41 e 42. In particolare, si guardi la modifica all'art. 37: "*les décisions du tribunal mixte ne seront susceptibles d'aucune opposition, appel ou recours quelconque. Le tribunal statuera au fond sur toutes les contestations autres que celles prévues au premier alinéa de l'article 35 et à l'article 36. Il prononcera l'admission ou le rejet, en tout ou en partie, de l'immatriculation, et ordonnera, en cas d'immatriculation, l'inscription des droits dont il aura reconnu l'existence. En cas de rejet, les parties seront renvoyées à se pourvoir devant la juridiction compétente*". L'architettura dell'articolo era stata stravolta rispetto al testo originale. Era stata abrogata la mancanza di motivazione delle decisioni del Tribunale. Inoltre, era stato aggiunto un

della legge, il rispetto della soggettività dei consociati, risultasse poco chiaro o persino equivoco.

[65] "*Article unique. — Les articles 2, 22, 23, 25, 27, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 49, 53, 175, 250, 252, 294, 295, 342, 343, 344, 348, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 357, 359, 360, 362, 365, 366, 367. 375, 377, 378 et 381 de la loi du 19 Ramadan 1302 sont abrogés et remplacés par les articles suivants. Un décret ultérieur fixera la date de l'application, dans la Régence, de la loi ainsi modifiée*" (cfr. *Revue algérienne et tunisienne*, vol. II, terza parte, pp. 97 – 98).

[66] Tra cui si nota quella all'art. 22, sui legittimati alla richiesta di immatricolazione: si consentì di inoltrare la richiesta a tutti i titolari dei diritti reali ex art. 13, proprietà ed *enzel* esclusi, sotto la condizione che ottenessero il consenso del proprietario del bene (o dell'*enzelista*), allo scopo di considerare l'atto ricevibile.

importante secondo comma, che stabiliva la cognizione "*au fond*" su tutte le contestazioni della richiesta di immatricolazione non comprese nei tipi dei due articoli precedenti[67]: così si chiariva l'estensione della competenza del Tribunale 'per differenza' da quella del giudice ordinario. Infine, dopo essere stato ribadito che l'accoglimento della richiesta poteva essere totale o parziale, si connetteva esplicitamente un effetto giuridico anche al rigetto: il rinvio della lite alla giurisdizione competente, vale a dire il *chara* in caso di parti indigene e i tribunali francesi in caso di presenza di europei nella causa. Il contenzioso che non aveva consentito di pronunciare l'immatricolazione sarebbe stato così risolto dal giudice ordinario; in seguito, una nuova richiesta di immatricolazione sarebbe potuta essere proposta da chi ne avesse avuto eventualmente titolo ai termini della sentenza resa in suo favore dal tribunale di diritto comune[68].

---

[67] Erano dunque escluse tutte quelle questioni ancora pendenti davanti agli organi di giurisdizione ordinaria da prima della promulgazione della legge (art. 35, primo comma) o pendenti davanti al Tribunale Misto in seguito al cambio di giurisdizione chiesto e ottenuto a norma dell'art. 35 secondo comma, nonché delle opposizioni presentate da giudicabili dalla giurisdizione francese, nell'ambito di procedure di immatricolazione intraprese, ugualmente, da un giudicabile da quella giurisdizione (art. 36).

[68] Come accennato, con la decisione di rigetto si lasciava impregiudicato lo *status quo ante*; ciò significava però che, specialmente nel caso in cui il Tribunale rigettava richieste di immatricolazione perché aveva giudicato ben fondate le eventuali opposizioni, il destino dell'immobile rimaneva incerto. Era già implicito nell'originale art. 37 che alle parti che avessero voluto definitivamente risolvere la lite non rimanesse che rivolgersi al giudice naturale di diritto comune: in DAIN, *Le système Torrens*, pp. 15 – 16, si era già fatto presente pochi mesi dopo la promulgazione della legge che era proprio questo uno dei punti deboli del sistema, perché in tali circostanze il potere del Tribunale Misto sembrava davvero insufficiente e di scarso valore. Era impensabile, affermava l'autore, che una giurisdizione creata apposta per semplificare e velocizzare, in caso di rigetto della richiesta di immatricolazione lasciasse irrisolta una controversia che a quel punto non poteva che finire davanti alla lenta giustizia ordinaria. Peraltro, l'inconcludenza della

La riforma degli art. 41 e 42, invece, riguardò gli aspetti procedurali dominati dal "*juge-rapporteur*", che acquisiva così sempre più elevata importanza nel procedimento, nonostante non avesse ancora un ruolo fisso, ma fosse di volta in volta nominato dal presidente del Tribunale; in secondo luogo, si occupò delle modalità di decisione da parte del Tribunale Misto. In materia, tra l'altro, si aggiunse che le pronunce del giudice speciale sarebbero state rese in pubblica udienza, alla presenza delle parti.

Potrebbe sembrare che la riforma del 16 maggio 1886 fu un'operazione di portata massiccia, in grado di chiudere i conti con le incertezze della legge del 1885; del resto, un altro decreto, in data 28 giugno 1886, prendendo atto di tutte le modifiche intervenute fino ad allora, rendeva finalmente applicabile la normativa, in quanto modificata il 16 maggio precedente, a partire dal 15 luglio seguente[69]. Tuttavia, la stasi durò ben poco: si era solo inaugurata una stagione di riforme che, nell'arco dei sei anni seguenti, avrebbero ritoccato la legge a più riprese e che culminò con le modifiche imposte dalla serie di provvedimenti emanati tra il 15 e il 16 marzo 1892.

giurisdizione speciale, secondo Dain, cozzava con l'ipertrofia assegnatale dalla legge nel momento in cui si permetteva di stroncare, senza motivazione, le opposizioni presentate e pronunciare un'immatricolazione inappellabile che definitivamente faceva andare perdute le pretese vantate dall'opponente. Evidentemente, la riforma dell'art. 37 non migliorava questa condizione di fatto, anzi, la istituzionalizzava, determinando il rinvio davanti alla giurisdizione ordinaria delle parti in caso di rigetto e codificando, di fatto, l'impotenza del Tribunale Misto nel risolvere il momento contenzioso per mancanza di attribuzioni di cognizione nel merito.

[69] Il testo del decreto è pubblicato in *Revue algérienne et tunisienne*, vol. II, parte terza, p. 135.

Dopo un decreto più contenuto, datato 6 novembre 1888[70], in cui pure si era proceduto a riscritture parziali di articoli già modificati nel 1886[71] e di disposizioni non precedentemente riguardate da interventi[72], ci si rese conto che, nonostante tutto, le immatricolazioni in Tunisia non decollavano. I numeri delle richieste erano rimasti molto bassi e non premiavano il grande sforzo normativo e organizzativo compiuto fino ad allora[73]. Le autorità del Protettorato ne conclusero che i problemi

[70] Cfr. (a cura di) ECOLE DE DROIT D'ALGER, *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, vol. IV, terza parte, Algeri, 1888, p. 199. L'articolo unico così recitava: "*les articles 22, 26, 36 et 295 de la loi du 19 ramadan 1302 (1er juillet 1885) modifiée par la loi du 12 chaban 1303 (16 mai 1886) sur la propriété foncière, sont abrogées et remplaces par les dispositions suivantes…*"

[71] Come accadde per l'art. 22, sui legittimati a richiedere l'immatricolazione, che fu di nuovo riformulato. Fu aggiunta esplicitamente la possibilità del comproprietario e del *coenzelista* di chiedere l'immatricolazione, o di prestare ai titolari dei diritti ex art. 13 il consenso alla presentazione della richiesta.

[72] Era il caso dell'art. 36, da cui si eliminò l'inciso che consentiva di usufruire dell'eccezione di rinvio ai tribunali francesi della questione dedotta nell'opposizione da parte del giudicabile da quella giurisdizione solo quando la richiesta proveniva da un altro giudicabile dalla giustizia francese.

[73] Davvero esemplificativo in questo senso è il quadro prospettato in (a cura di) MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *Rapport au Président de la République sur la situation de la Tunisie (1881-1890)*, Parigi, 1890, pp. 191 – 192. L'allegato "*Q*" offriva il resoconto delle richieste di immatricolazione nel periodo tra l'entrata in vigore della legge fondiaria (15 luglio 1886) e l'ottobre del 1889: "*la loi foncière tunisienne a reçu l'application suivante:* (…) *le nombre des demandes d'immatriculation a été de 106, portant sur des immeubles d'une contenance totale de cinquante-trois mille trois cent quatre-vingt-treize hectares 85ares et d'une valeur déclarée de six millions cent cinquante-deux mille trois cent soixante-trois piastres soixante-six centièmes. 67 de ces demandes ont déjà reçu une solution définitive. Les 67 immatriculations opérées portent sur des immeubles d'une contenance totale de trente-quatre mille six cent quatre-vingt-dix-huit hectares, 99 ares, 4 centiares et d'une valeur déclarée de quatre millions neuf cent sept mille onze piastres. La plupart des propriétés immatriculées ou dont l'immaculation a été*

residui erano di due tipi: in primis, la normativa non era ancora perfetta, per cui bisognava rimettere di nuovo mano all'assetto generale; in secondo luogo, e forse soprattutto per questo, le spese della procedura di immatricolazione erano troppo elevate, per cui molti non potevano permettersi di accedervi[74]. Qualcuno segnalava, in più, i persistenti equivoci sull'esecutorietà o meno delle decisioni del Tribunale Misto, che, rischiava di rimanere ostaggio della propria natura di giurisdizione speciale contenziosa, ma non in grado di giudicare in senso proprio (cioè nel merito), e vittima del proprio ambiguo sincretismo politico – culturale, essendo corte formalmente tunisina, ma non propriamente beylicale, né tantomeno francese[75].

Una Commissione detta "*des frais de justice*", formata da un Cambon[76] ormai al passo d'addio come Residente di Francia e su diretta indicazione del Governo della Repubblica[77], fu incaricata da un "*arrêté résidentiel du 18 novembre 1890*"[78] di studiare il modo di sciogliere i nodi fin lì costatati, primo tra tutti quello dell'ammontare eccessivo delle spese di immatricolazione: la presidenza dell'organismo, stavolta composto da soli francesi (quindici e tutti giuristi o funzionari implicati nelle immatricolazioni), fu affidata al nuovo Residente Massicault. Fu individuata anche stavolta una sottocommissione, incaricata di studiare

*requise appartiennent à des Français*". In particolare, le domande francesi erano state 33, come si evinceva dall'allegato "*R*", pubblicato a seguire.

[74] Tali questioni erano affrontate in (a cura di) MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *Rapport au Président de la République sur la situation de la Tunisie en 1891*, Parigi, 1892, pp. 33 – 35.

[75] WORMS, É., *De la propriété consolidée, ou Tableau historique et critique de tous les systèmes les plus propres à la sauvegarde de la propriété foncière et de ses démembrements*, Parigi, 1888, pp. 97 – 98.

[76] WORMS, *De la propriété consolidée*, p. 98.

[77] Riferisce questo particolare un rapporto del nuovo Residente, Michel Massicault, in *Loi foncière et règlements annexes*, p. XXIX.

[78] Il testo del provvedimento è riprodotto in *Journal des tribunaux français en Tunisie*, anno 1890, p. 298

più specificamente le questioni attinenti al merito della legge fondiaria. In questo modo, fu elaborata la più grande delle riforme mai imposta alla legge del 1885, articolata in cinque diversi provvedimenti, vertenti ciascuno su cinque materie diverse, ma connessi per funzionalità ed efficacia. Le linee guida erano state lo snellimento delle varie sottoprocedure del procedimento di immatricolazione e la proporzionale riduzione delle spese.

I nuovi dispositivi, emanati nei giorni 15 e 16 marzo 1892 furono: a) una "*loi beylicale du 15 Mars 1892 (16 Châban 1309): Portant modifications à la loi foncière*"; b) un "*décret beylical du 16 Mars 1892 (17 Châban 1309): Fixant le montant et le mode de perception des frais d'immatriculation*" ; c) un "*décret du 16 Mars 1892 (17 Châban 1309): Sur les interprètes*"; d) un "*décret beylical du 16 Mars 1892 (17 Châban 1309): Sur l'organisation du service de la Conservation foncière*"; e) un "*décret beylical du 16 Mars 1892 (17 Châban 1309) : Relatif aux ventes immobilières poursuivies devant les Tribunaux français*"[79].

Lo strumento normativo utilizzato per incidere, con riscritture, modifiche o abrogazioni pure e semplici, su più di un terzo degli articoli della legge fondiaria fu una legge a sua volta, non il consueto decreto, e ciò è ben indicativo della portata della riforma del 15 marzo: solo per restare nell'ambito della modifiche apportate al Titolo I della legge 1° luglio 1885, furono interessati 25 articoli su 55, di cui la maggior parte aveva a che fare con aspetti procedurali della legge, che furono, come detto, semplificati (con conseguente risparmio sulle spese del procedimento[80]) e meglio esplicati. Fu riscritto per la terza volta in sei

[79] I testi dei provvedimenti sono tutti riportati in *Journal des tribunaux français en Tunisie*, anno 1892, pp. 165 e ss.

[80] Valga per tutti un esempio: fu stabilito che, per rispettare le formalità di presentazione della documentazione da associare alla richiesta, l'unico atto a dover essere tradotto in francese per esteso sarebbe dovuto essere l'ultimo annotato sul titolo di proprietà arabo originale, mentre, in precedenza, la

anni l'art. 22 sui legittimati alla richiesta[81], mentre furono ritoccati svariati altri articoli già modificati nel 1886 e, in misura minore, nel 1888[82].

disciplina pretendeva la traduzione completa dell'intero titolo. Ne derivava quindi per il ricorrente una notevole semplificazione, con risparmio di tempo e denaro, stimato nell'ordine del 50% della spesa sostenuta per retribuire un interprete – traduttore (cfr. il nuovo testo dell'art. 23 della legge fondiaria in *Journal des tribunaux français en Tunisie*, anno 1892, pp. 178 – 179, il rapporto di Massicault in *Loi foncière et règlements annexes*, p. XXX e VIOLLETTE, *L'Act Torrens*, p. 139).

[81] Per quanto si cercasse di rendere più aperte e intellegibili le disposizioni dell'art. 22, una difficoltà, in particolare, era persistita fino ad allora: identificare con certezza i proprietari di un bene ai termini di un titolo islamico, per capire correttamente chi fossero i legittimati alla richiesta e dunque che contorni dovesse assumere l'eventuale immatricolazione. Ciò accadeva specialmente quando la proprietà era indivisa, uno dei comproprietari produceva la richiesta, ma gli altri spesso non erano tutti individuabili (WORMS, *De la Propriété consolidée*, p. 97). Con la riforma del 15 marzo 1892, comunque, furono notevolmente liberalizzati i requisiti di legittimazione per intraprendere il procedimento: l'autorizzazione del proprietario fu mantenuta come requisito di ricevibilità solo a carico di titolari di servitù ed ipoteche; fu invece liberalizzata la posizione dei detentori di diritti di usufrutto, uso e abitazione, enfiteusi, superficie e anticresi, fino ad allora subordinati al consenso del proprietario del bene. Il creditore ipotecario poteva richiedere l'immatricolazione, ma solo se "*non payé à l'échéance, huit jours après une sommation infructueuse*". Cfr. il nuovo art. 22 della legge fondiaria in *Journal des tribunaux français en Tunisie*, anno 1892, p 177.

[82] Tra questi, si decise di abrogare gli artt. 39 e 40 sui "*fonds d'assurance*", perché ritenuti poco utilizzati (SIVAN, P., *La réforme hypothécaire, spécialement au point de vue de la publicité*, Marsiglia, 1900, p. 213). A beneficio di chi era stato pregiudicato da un'immatricolazione o da un'iscrizione, dunque, rimase solo l'azione risarcitoria ex art. 38: all'interno di quest'ultimo disposto, veniva peraltro aggiunto l'onere di dimostrare che il pregiudizio legittimante l'azione fosse derivato da un dolo attuato dal beneficiario dell'immatricolazione, che aveva evidentemente inteso frodare il Tribunale Misto.

Fu il "*décret beylical du 16 Mars 1892 (17 Châban 1309): Fixant le montant et le mode de perception des frais d'immatriculation*" ad affrontare direttamente la materia delle spese, caratterizzando non solo la riduzione del valore nominale degli importi, ma impostando anche un sistema di pagamenti forfettari. In questo modo, era come se lo Stato si facesse carico di una parte del costo della procedura di immatricolazione, con l'impiego di risorse che avrebbe poi recuperato con la contribuzione fiscale sul valore degli immobili usciti dal limbo giuridico e dalle frequenti evasioni consentite dalla porosa legge tunisina[83].

Per effetto delle modifiche stabilite dagli interventi del 1892, la quota delle immatricolazioni, già dopo i primi mesi successivi alle riforme, prese finalmente ad aumentare in modo considerevole, come testimoniò il Rapporto al Presidente della Repubblica sulla Tunisia per il 1892[84].

Un ulteriore passo avanti in direzione dell'incremento delle immatricolazioni fu determinato pure da un altro fattore: il decreto 16 marzo 1892 "*relatif aux ventes immobilières poursuivies devant les*

[83] Massicault si mostrava particolarmente convinto della bontà di questa e altre soluzioni in materia: cfr. *Loi foncière et règlements annexes*, pp. XXX – XXXII).

[84] "*Depuis le 15 juillet 1886, date à partir de laquelle la loi du 1er juillet 1885 a été appliquée, jusqu'au 21 mars 1892, date de la mise en vigueur du nouveau régime, l'immatriculation avait été demandée pour 196 immeubles représentant une surface approximative de 64,000 hectares. Du 21 mars au 31 décembre 1892, il a été inscrit à la conservation de la propriété foncière 292 demandes d'immatriculation représentant une surface présumée de 80,000 hectares. Jusqu'à l'application des derniers décrets, le nombre des demandes d'immatriculation avait été, en moyenne, de 34 par an; il s'est élevé, depuis lors, à 30 par mois*". Cfr. (a cura di) MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *Rapport au Président de la République sur la situation de la Tunisie en 1892*, Parigi, 1893, p. 33.

*Tribunaux français*" determinò importanti addizioni 'dall'esterno' al novero dei legittimati alla richiesta. Era frequente che, quando un tribunale francese si trovava a vendere all'incanto un immobile oggetto di sequestro, questo non fosse immatricolato: la solidità del diritto acquisito dall'aggiudicatario poteva essere quindi messo a rischio da parte di un potenziale vero proprietario di cui né lui, né il creditore del sequestrato, né il tribunale francese erano mai stati a conoscenza, ma che intanto avrebbe potuto legittimamente chiedere l'immatricolazione, con la purgazione che ne derivava, pur dopo l'aggiudicazione stabilita da un tribunale francese. Del resto, a causa dell'inattaccabilità delle pronunce del Tribunale Misto, nessun rimedio sarebbe stato a disposizione dell'aggiudicatario contro il redivivo proprietario; in questo caso, peraltro, non sarebbe stata esercitabile nemmeno l'azione di danno a beneficio dei titolari di diritti reali pretermessi dal titolo perché la posizione dell'aggiudicatario era naturalmente 'esterna' all'ambito di applicazione della legge fondiaria. Ebbene, per risolvere questa problematica, che metteva a rischio la stessa forza cogente delle decisioni del tribunale francese in tema di aggiudicazione, il decreto del 16 marzo 1892 legittimava: o il creditore del sequestrato (o anche uno dei protagonisti di una licitazione) a richiedere l'immatricolazione prima della vendita all'incanto; o l'aggiudicatario a farlo immediatamente dopo la vendita conclusa in suo favore. Nel primo caso, l'aggiudicazione si sospendeva fino alla conclusione del procedimento di immatricolazione; nel secondo caso, l'aggiudicatario aveva a disposizione un termine perentorio per presentare la domanda di immatricolazione[85]. Era però all'art. 3 di questo decreto che si

[85] Secondo la giurisprudenza del Tribunale Misto, risalente al 22 giugno del 1896 e riportata in ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, pp. 936 – 937, l'immatricolazione posteriore all'aggiudicazione non doveva far altro che constatare il dato di fatto dell'aggiudicazione e della nuova titolarità del diritto di proprietà: pertanto, si doveva consentire che tutte le potenziali pretese rivolgibili contro l'aggiudicazione, allo scopo di modificarne l'esito, fossero fatte valere prima di intraprendere il percorso di immatricolazione. Affinché ciò si rendesse possibile, il Tribunale Misto imponeva che si specificasse nella

stabiliva un'importante deroga al principio di facoltatività dell'immatricolazione: "*le Tribunal pourra d'office subordonner la vente à l'immatriculation préalable, si le titre ne lui a pas été produit avant l'adjudication ou s'il apprécie que le titre produit n'est pas suffisant*"[86]. Per la prima volta, si stabiliva che un tribunale avrebbe potuto procedere d'ufficio[87] ad una richiesta di immatricolazione, senza che un soggetto di diritto intervenisse con una richiesta per proprio, privato interesse: l'immatricolazione preventiva all'aggiudicazione, che avrebbe seguito le forme ordinarie, aveva così il compito, nell'interesse del futuro aggiudicatario e della legge, di consolidare gli effetti della vendita giudiziaria in maniera incontestabile. La giurisdizione speciale del Tribunale Misto veniva così chiamata in soccorso di quella ordinaria[88].

---

richiesta, e quindi nella conseguente pubblicità, che il procedimento avrebbe avuto ad oggetto un bene aggiudicato all'incanto.

[86] Cfr. *Journal des tribunaux français en Tunisie*, anno 1892, p. 165.

[87] Bastava, secondo la giurisprudenza (del 24 aprile 1896) del Tribunale di Tunisi, che solo che il tribunale francese presumesse l'insufficienza di un titolo di proprietà a legittimare il diritto sul bene da aggiudicare, per suscitare la richiesta d'ufficio. Cfr. il principio di diritto in ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, p. 936.

[88] Il caso dell'immatricolazione richiesta d'ufficio dal tribunale francese è eclatante, ma se si considera che, in linea di principio, l'immatricolazione doveva essere richiesta dietro il solo, esclusivo apprezzamento del sedicente proprietario dell'immobile, non si può non concordare con VIOLLETTE, *L'Act Torrens*, pp. 135 – 137, sul fatto che la facoltatività della richiesta in realtà era stata quantomeno già contemperata anche da altre disposizioni. L'autore infatti ritiene che stesso il nuovo disposto dell'art. 22 della legge fondiaria, consentendo che l'autorizzazione del proprietario (o del comproprietario o del *coenzelista*) all'immatricolazione richiesta da (altri comproprietari, *coenzelisti* o da) titolari di svariati diritti reali non fosse praticamente più necessaria, aveva di fatto scavalcato il principio di facoltatività. Tuttavia, spiegava una giurisprudenza del Tribunale Misto (decisione del 10 gennaio 1900), se i titolari di diritti reali sono individuati dalla legge in quanto richiedenti al posto del proprietario, è perché sono

*L'evoluzione del Tribunale Misto negli anni Novanta dell'800.*

Nel 1892, la grande opera di riforma della legge fondiaria poteva dirsi conclusa e il decollo del numero di immatricolazioni testimoniava che, forse, una quadra soddisfacente era stata finalmente raggiunta. Procedura chiara e spese contenute contribuirono a incoraggiare questa tendenza negli anni a seguire[89].

L'incremento delle pronunce del Tribunale Misto fece emergere progressivamente una nutrita giurisprudenza, che consentì un'interpretazione più efficace della lettera delle norme. Tuttavia, per conferire reale concretezza al ruolo giurisdizionale del Tribunale Misto era stato necessario un ulteriore passaggio normativo. Nel 1888 il Presidente della Repubblica francese aveva emanato un decreto per cristallizzare l'incontestabilità delle decisioni con cui il giudice immobiliare sanciva l'immatricolazione e il titolo di proprietà di un immobile. Si era infatti avvertita l'esigenza di chiarire un punto che non solo l'opinione pubblica, ma anche gli stessi quadri della giustizia francese in Tunisia faticavano ad accettare: non si concepiva che una giurisdizione disciplinata da leggi tunisine, ma in realtà a composizione mista, comprendente quindi dei francesi (anzi, a maggioranza francese, quattro – compreso il presidente – a tre) pescati nell'organico dei tribunali francesi, emettessero decisioni che in realtà non potevano essere riformate né da tribunali francesi né tantomeno da quelli tunisini.

considerati titolari di un "*mandat légal qu'ils tiennent de la loi*"; questo principio, nel 1900, portò a stabilire che questi soggetti "*doivent formuler la réquisition au nom du propriétaire de l'immeuble avec demande d'inscription des droits réels dont ils sont titulaires*" (cfr. ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, p. 902).

[89] La legge fondiaria cominciò presto a rivelarsi un successo anche presso gli indigeni, soprattutto grazie alla preziosa opera di promozione da parte dei giudici tunisini del Tribunale Misto (LECLERC, A., *De l'Application de l'act Torrens dans la Régence de Tunis et des modifications à apporter à la loi foncière*, Tunisi, 1899, p. 19).

Ancora a metà degli anni '90, insigni giuristi si interrogavano sulla natura di quella giurisdizione speciale e persino sulla sua legittimazione a rendere decisioni vincolanti nei confronti non solo dei francesi, ma di tutti gli europei che, in fondo, avevano acconsentito a rinunciare alla loro giustizia consolare per essere sottoposti solo a quella francese, non certo ad una tunisina spuria[90]. Col provvedimento presidenziale del 17 luglio 1888 (all'art. 2), quindi, sostanziato nella stessa Convenzione di La Marsa del 1883[91], si troncava qualsiasi dubbio sulla imperatività e

[90] In BERGE, S., *De la juridiction française en Tunisie: étude de législation et de jurisprudence*, Parigi, 1895, pp. 40 – 42, ci si chiedeva se il Tribunale Misto in realtà non violasse le convenzioni internazionali che stabilivano la rinuncia degli europei alla giustizia consolare in favore di quella francese: il dubbio sorgeva perché sembrava che la legge imponesse che un contenzioso tra europei insorto nel corso di un'immatricolazione dovesse inderogabilmente risolversi davanti ad un giudice regolato da leggi tunisine, come era il Tribunale Misto. L'imposizione di una giurisdizione non francese e per di più inappellabile sembrava in contrasto con lo status giuridico peculiare degli europei nella Reggenza: molti tra questi erano arrivati persino a chiedere la nullità delle pronunce del Tribunale speciale immobiliare, perché contrarie alle capitolazioni. Alla domanda se dunque fosse possibile che il Tribunale Misto violasse in qualche modo il diritto di un europeo, di derivazione capitolare, a farsi giudicare da un tribunale francese in quanto giudice naturale anche in materia immobiliare, la risposta doveva però essere negativa. I consoli non avevano mai avuto attribuzioni su quella materia: questa era sempre stata di naturale competenza del *chara*, salvo che per controversie solo tra europei. Si riteneva poi risolutoria la disciplina ex art. 36 della legge fondiaria, che consentiva all'europeo la presentazione dell'opposizione davanti alla giustizia francese: così l'opponente europeo conservava la percezione di non essere costretto a rivolgersi a una giurisdizione indigena, o quantomeno non francese, per far giudicare una propria posizione giuridica.
Anche SORBIER DE POUGNADORESSE, G. DE, *La Justice française en Tunisie*, Parigi, 1897, p. 402 – 403 poneva la stessa questione, risolvendola a sua volta con la chiave dell'art. 36.

[91] Era stato il Ministro degli Esteri, nel suo rapporto al progetto preliminare del decreto, a suggerirne tale fondamento giuridico: "*afin de prévenir toute possibilité d'un malentendu à ce sujet, nous avons pensé qu'il y avait lieu de*

intangibilità della giurisdizione del Tribunale Misto nei confronti specialmente di quella giurisdizione ordinaria francese da cui la speciale andava tenuta nettamente distinta[92].

Chiarito questo punto fondamentale, da allora le giurisdizioni francese e del Tribunale Misto collaborarono su binari paralleli al buon funzionamento della legge fondiaria[93]. La giurisdizione ordinaria aiutò,

---

*préciser le caractère irrévocable, à l'égard de nos juridictions, des décisions du tribunal mixte* (…) *nous* (…) *proposons d'user des pouvoirs qui vous ont été donnés en matière de réforme judiciaire dans la régence par l'article 1er de la convention du 8 juin 1883* (…) *pour déterminer d'une manière indiscutable la valeur des titres de propriété des immeubles immatriculés*". Cfr. il rapporto e il testo del decreto in *Journal Officiel de la République Française*, anno 1888, p. 9130.

[92] Con una decisione del 28 novembre 1895, anche il Tribunale di Susa avrebbe statuito che quella del Tribunale Misto era una giurisdizione incontestabilmente tunisina, sconfessando una pronuncia della Corte d'Appello di Algeri del 26 marzo precedente, che invece riteneva che il Tribunale Misto non potesse essere considerato giurisdizione straniera (SORBIER DE POUGNADORESSE, *La Justice française en Tunisie*, p. 387 e p. 402).

[93] Con una fondamentale sentenza del 30 gennaio 1893, il tribunale di Tunisi stabilì l'inattaccabilità delle decisioni del Tribunale Misto nei confronti "*d'aucune opposition, appel ou recours quelconque.* [La legge fondiaria che istituisce il Tribunale], *visée par le Résident général de la République française, est obligatoire en Tunisie devant toutes les juridictions et notamment devant les tribunaux françaises*" (cfr. *Journal des tribunaux français en Tunisie*, anno 1893, pp. 146 e ss.) ; questa giurisprudenza fu poi definitivamente consacrata dalla Cassazione, il 2 febbraio 1898 (*Journal des tribunaux de la Tunisie*, anno 1898, p. 144 e ss.). Su questa strada, si verificò un solo, piccolo 'incidente di percorso': il 28 novembre 1895, un'altra sentenza del tribunale di Susa tentò di aprire (senza riuscirci) una nuova linea interpretativa, quando sconfessò nel merito un'immatricolazione pronunciata dal Tribunale Misto, parzialmente riformandola. I giudici di Susa infatti, usarono l'argomento della incompletezza del titolo, redatto sulla base di una decisione di immatricolazione del Tribunale Misto, per accogliere una

con le sue decisioni, a chiarire numerosi punti applicativi degli articoli sulla competenza del Tribunale Misto, specialmente il 35[94] e il 36[95], per

successiva azione di rivendicazione (cfr. il dispositivo della sentenza in *Journal des tribunaux français en Tunisie*, anno 1896, p. 107 – 108). Gli autori contemporanei stigmatizzarono l'atteggiamento di quella corte, in aperta violazione della legge fondiaria e del decreto presidenziale del 17 luglio 1888 (cfr. SORBIER DE POUGNADORESSE, *La Justice française en Tunisie*, p. 396; VIOLLETTE, *L'Act Torrens*, p. 151).

[94] L'art. 35 evidentemente non conteneva mere disposizioni transitorie, atte solo a gestire il passaggio tra il vecchio regime e quello del 1885, quando stabiliva le modalità per il trasferimento al Tribunale Misto della cognizione sulle "*contestations actuellement pendents*" davanti ai tribunali di diritto comune; infatti, lo si adoperò anche negli anni a venire, per gestire i casi in cui una parte in un giudizio di diritto comune decideva di ricorrere all'immatricolazione, allo scopo di farsi assegnare più velocemente e incontestabilmente la titolarità del bene. Così, numerose pronunce, fino alla fine del secolo, statuirono sull'interazione tra il prevenuto giudizio di giurisdizione ordinaria francese e il procedimento di immatricolazione successivamente intrapreso ex art. 35: una delle più rilevanti (emessa dal tribunale di Tunisi il 10 giugno 1896) stabiliva, con un'interpretazione *stricto sensu* dell'art. 35, che solo il convenuto avesse titolo per presentare la richiesta di immatricolazione al Tribunale Misto in corso di giudizio di diritto comune. Se, all'esito dell'immatricolazione, il convenuto – richiedente avesse ottenuto il titolo, l'attore avrebbe visto cadere ogni sua pretesa sul bene, potendo a quel punto solo agire per il risarcimento del danno, qualora avesse provato un comportamento doloso della controparte (decisione del tribunale di Tunisi del 15 marzo 1897).

[95] Riguardo l'art. 36, vale la pena citare la decisione del tribunale di Tunisi del 24 gennaio 1900, secondo cui l'eccezione ivi prevista potesse essere esercitata solo se l'opposizione fosse stata già stata ritenuta ammissibile da parte del Tribunale Misto. Secondo un'altra pronuncia del tribunale di Tunisi del 14 giugno 1899, non costituiva parametro di inammissibilità dell'opposizione, e quindi del rinvio della stessa al giudice francese, il fatto che provenisse da un soggetto cui era stata precedentemente negata un'immatricolazione o sulla cui pretesa il *chara* si fosse pronunciato sfavorevolmente: nel primo caso, il motivo era che il rigetto della richiesta non aveva effetto di giudicato; nel

regolare specialmente i meccanismi delle interazioni reciproche tra le due giustizie che derivavano da quelle disposizioni[96].

Piuttosto approfondita fu pure la casistica applicativa dell'art. 37, sull'efficacia delle decisioni del Tribunale Misto. Le sue pronunce non erano considerate suscettibili di esecuzione in senso proprio; secondo la Corte di Algeri (sentenza del 26 marzo 1895), poi, non necessitavano nemmeno dell'*exequatur* necessario alle sentenze degli organi giurisdizionali indigeni[97]; un decreto beylicale, inoltre, le aveva pure già dispensate dalla formalità dell'"*enregistrement*"[98]. Il tribunale immobiliare era un giudice solo talvolta contenzioso, che emetteva delle decisioni di natura solo dichiarativa, perché non poteva giudicare nel merito e dunque null'altro faceva che constatare la bontà dei requisiti formali di un richiedente per essere individuato come titolare di un diritto di proprietà. Non essendoci alcun valore costitutivo della pronuncia, in effetti non c'era bisogno di esecuzione. L'effetto esecutivo della decisione sull'immatricolazione era nel fatto stesso di imporre al conservatore la redazione del titolo nelle proporzioni specificate dal Tribunale. La giurisprudenza di Tunisi faceva comunque risalire gli effetti dell'immatricolazione al momento della sua pronuncia

secondo, che le pronunce del *chara* non erano esecutive senza un *exequatur* del tribunale francese, che avrebbe quindi ben potuto esaminare la questione, prima di omologare la decisione prevenuta e sfavorevole all'opponente. Le pronunce citate e il resto della cospicua giurisprudenza, aggiornata al 1900, si trovano in ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, p. 907.

[96] In teoria, tra differenti giurisdizioni non sarebbe esistita litispendenza; tuttavia, dato il carattere speciale della giurisdizione immobiliare e le interazioni con i tribunali francesi previste dalla legge fondiaria, era necessario porsi il problema della conciliazione dei tempi e dei modi dei due momenti giurisdizionali (SORBIER DE POUGNADORESSE, *La Justice française en Tunisie*, p. 408).

[97] SORBIER DE POUGNADORESSE, *La Justice française en Tunisie*, p. 407.

[98] Cfr. l'art. 8 del decreto beylicale del 20 luglio 1896 in *Journal des tribunaux français en Tunisie*, anno 1896, p. 397.

e non da quello della redazione del titolo[99]. Ne conseguiva che anche il giudicato sulla decisione si consolidava *ipso facto* della emissione della decisione di accoglimento: a partire da quel momento, infatti, l'immatricolazione era ormai definitiva e inattaccabile. Al contrario, però, nel caso di rigetto della richiesta, si sa che nulla era precluso per la riproposizione della domanda dalla legge fondiaria: la giurisprudenza stabilì solo il requisito delle nuove prove per poter accedere ad una nuova procedura[100].

---

[99] Sentenza del tribunale di Tunisi del 12 luglio 1899 riportata in ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, p. 907.

[100] Lo stabiliva una pronuncia del tribunale di Tunisi in data 26 febbraio 1897, che sottolineava anche l'alternativa, consentita dall'ultimo comma dell'art. 37, di presentarsi con la stessa documentazione della propria pretesa davanti alla giurisdizione ordinaria. Cfr. ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, p. 908. Vent'anni dopo, però, il 2 novembre 1916, una decisione miliare in materia del Tribunale Misto sancì però che "*lorsque le tribunal mixte a rejeté une réquisition d'immatriculation (ou a exclu une parcelle avant d'ordonner l'immatriculation), en se basant sur des motifs impliquant que l'immeuble (ou la parcelle exclue) appartenait non au requérant, mais à un opposant, le requérant ne peut plus saisir ce tribunal d'une nouvelle réquisition portant sur le même immeuble*". Ben consapevole che una simile giurisprudenza avrebbe significato configurare un effetto di giudicato anche per le pronunce di rigetto, il Tribunale si affrettava a precisare che "*il est vrai que la décision de rejet n'a pas l'autorité de la chose jugée et que le tribunal mixte, en rejetant l'immatriculation, doit, aux termes de l'article 37 paragraphe 3 de la loi foncière, renvoyer les parties à se pourvoir devant la juridiction compétente, il faut entendre les juridictions de droit commun, à l'exclusion du tribunal mixte. Si cette disposition de l'article 37 paragraphe 3 ne peut pas être considérée comme faisant obstacle au dépôt d'une demande d'immatriculation de la part de l'ancien opposant qui a obtenu la décision de rejet, elle refuse très certainement à l'ancien requérant dont la demande a été rejetée la faculté de saisir de nouveau le tribunal mixte de la même demande reconnue, une première fois, mal fondée*". Per il testo della sentenza, cfr. (a cura di) FACULTÉ DE DROIT D'ALGER, *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, voll. 36 – 37, seconda parte, Algeri, 1921, pp. 62 – 66.

Ulteriore giurisprudenza fu infine elaborata sulla definizione dei presupposti di legittimazione all'intrapresa dell'azione risarcitoria del danno da pregiudizio da immatricolazione, ex art. 38[101].

Verso gli ultimi anni del secolo, l'aumento del numero e della complessità degli affari rese necessario incidere su due aspetti della disciplina del Tribunale Misto, che fino ad allora non erano stati posti in discussione: l'inappellabilità delle decisioni e l'ampliamento del quadro organico. Furono due decreti emanati dal bey nello stesso giorno, il 25 febbraio 1897, a tentare di incidere su questi temi.

La questione dell'ipotetica riforma delle pronunce del Tribunale era particolarmente delicata: la pratica giudiziaria aveva rivelato l'esigenza, considerati gli effetti della purgazione, di porre rimedio agli errori del giudice speciale. Tuttavia, l'art. 37 della legge fondiaria era chiaro, nel non contemplare alcuna possibilità di revisione nel merito delle decisioni del Tribunale Misto. Altro discorso sarebbe stato, invece, aprire ad una ipotesi di correzione quantomeno degli errori materiali: considerati gli effetti dell'immatricolazione, un refuso sull'estensione di una proprietà, del resto, rischiava di rivelarsi dannoso quasi quanto assegnare un diritto al soggetto sbagliato. Il vantaggio della correzione degli errori materiali, inoltre, era che non sarebbe stato necessario un grado ulteriore di giudizio per riformare le pronunce del Tribunale Misto, ma sarebbe potuto essere lo stesso giudice speciale a provvedere. Così, un primo decreto beylicale del 25 febbraio 1897 stabilì che tutti gli errori materiali sarebbero potuti essere appunto rettificati dal Tribunale, su istanza di parte o su segnalazione di un funzionario della procedura che avesse scovato l'errore. Non era

[101] Secondo una sentenza del tribunale di Tunisi del 4 dicembre 1895, per esperire l'azione poteva bastare anche dimostrare la colpa grave, invece del dolo; inoltre, se si dimostrava che la colpa grave era stata alla base di un'opposizione temeraria, pure se in buona fede, ugualmente si era legittimati all'azione di danno (tribunale di Tunisi, pronuncia del 29 giugno 1896). Cfr. ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, p. 908.

prevista alcuna formalità o spesa allo scopo di comandare la rettifica, che veniva concordata tra le parti grazie alla mediazione del "*juge-rapporteur*", a meno che non si fosse verificato un disaccordo sull'entità della correzione: in quel caso, una breve comparizione davanti al Tribunale avrebbe risolto l'*impasse*. Evidentemente, tutte le correzioni sarebbero dovute essere riportate sui titoli e le copie già eventualmente formati[102].

L'altro decreto del 25 febbraio 1897 si occupò invece di regolare una nuova composizione e funzionamento del Tribunale Misto. "*Considérant que les demandes d'immatriculation deviennent de plus en plus nombreuses; qu'il est donc nécessaire de coordonner et de compléter les dispositions légales qui concernent l'organisation du Tribunal mixte; considérant, notamment, l'extension récente des immatriculations dans le centre et dans le sud de la Régence, et la nécessité de rapprocher, autant que possible, la justice des justiciables*"[103], il provvedimento riorganizzava il Tribunale in più sensi: aumento dei componenti e definitiva istituzionalizzazione della figura del "*juge-rapporteur*"; consolidamento di una seconda camera del Tribunale; creazione di una nuova sezione dello stesso a Susa, con caratteristiche 'itineranti'.

[102] Cfr. il testo del decreto in *Journal des tribunaux de la Tunisie*, anno 1897, pp. 110 – 111. Un altro decreto, intervenuto il 19 marzo successivo, chiarì cosa si intendeva per "*erreur materiélle*" e stabilì una minima procedura, con dei termini perentori a decorrere dalla pronuncia del giudizio, per effettuare la richiesta di correzione. Infine, si precisò che "*la décision du Tribunal mixte ne pourra en aucun cas porter atteinte à la propriété et aux droits réels établis par le jugement d'immatriculation*". Lungi dal legislatore, perciò, aver creato uno strumento di riforma delle immatricolazioni già rese.

[103] Cfr. il preambolo del decreto 25 febbraio 1897 in *Journal des tribunaux de la Tunisie*, anno 1897, pp. 106 – 107.

In primo luogo, quindi, l'art. 1 stabilì che "*le Tribunal mixte est composé de: un président, un vice-président, un juge-rapporteur, six juges, un greffier et un commis-greffier*". Lo status dei magistrati del Tribunale Misto, ancora sospeso tra giurisdizione ordinaria e speciale, veniva confermato dall'art. 2: "*le président, le vice-président et le juge rapporteur sont des magistrats français, nommés-par* [il bey], *sur la proposition du Résident Général de France à Tunis. Les six juges sont: les juges suppléants du Tribunal français de Tunis et trois juges proposés par le Chaâra de Tunis, ou, à son défaut, par* [il] *Premier Ministre* [tunisino]"[104].

In secondo luogo, l'art. 3 rendeva definitiva la seconda camera già provvisoriamente costituita nel 1896[105] e istituzionalizzava la figura del vicepresidente; un'ordinanza del presidente del Tribunale avrebbe statuito sulla distribuzione dei magistrati tra le due camere, oltre che su quella dei ruoli tra questi due corpi della giurisdizione speciale[106]. Le

[104] Per il rimpiazzo dei magistrati impossibilitati a sedere in una delle due camere (art. 5), per quanto possibile, si cercava di ricorrere a soluzioni interne, ma, in caso di necessità, i giudici di pace di Tunisi e i loro supplenti potevano essere chiamati a sostituire i magistrati francesi; due tunisini, nominati dal bey su proposta del Primo Ministro, potevano invece supplire ai connazionali impediti.

[105] Il decreto del 9 maggio 1896, infatti, aveva istituito tale seconda camera del Tribunale Misto solo per due anni rinnovabili di uno di volta in volta, a seconda del volume degli affari (già considerato insostenibile); la cognizione verteva solo su affari che interessavano giudicabili dalla giustizia francese e su affari 'misti', che coinvolgevano dunque francesi e tunisini insieme. La composizione, in quest'ultimo caso, era la classica della camera mista (due tunisini e due francesi), con la presidenza affidata ad un nuovo soggetto, il vicepresidente del Tribunale misto, necessariamente di nazionalità francese. Il vicepresidente, all'occorrenza, poteva sostituire il presidente nell'esercizio delle sue funzioni. Cfr. il testo del decreto in *Journal des tribunaux français en Tunisie*, anno 1896, pp. 249 – 251.

[106] Pare che già nel corso del 1897 si scatenarono polemiche sul fatto che la seconda camera avesse conosciuto molti più affari della prima: si insinuava

regole sulla composizione delle camere e quelle sulla soluzione delle controversie in materia ricalcavano la legge fondiaria[107].

In terzo luogo, l'art. 6 disponeva che "*le seconde Chambre du Tribunal mixte se transportera au moins une fois parmois à Sousse pour y juger les affaires relatives aux immeubles situés dans l'arrondissement du Tribunal français de Sousse*". Senza dubbio, era questa l'innovazione più originale portata dal decreto, in grado di rispondere a quelle esigenze di giudizio che ormai si andavano moltiplicando nell'entroterra ancora poco interessato dal nuovo regime della terra; tali esigenze, però, non erano ancora non particolarmente pressanti, vista la scarsa frequenza con cui era stato previsto il trasferimento della seconda camera a Susa. La composizione della camera itinerante era del tutto peculiare: vi partecipavano "*le vice-président, le juge-rapporteur du Tribunal mixte, le juge suppléant du Tribunal français de Sousse, le président du Tribunal régional tunisien et un membre du Châara de Sousse désigné par cette Compagnie, ou, à défaut, par le Gouvernement tunisien, et le commis-greffier du Tribunal mixte*"[108]: si premiavano, così, i giudici radicati sul territorio, ma va segnalato che, in caso di questioni che coinvolgevano, contemporaneamente, immobili siti in Tunisi e nell' "*arrondissement*

che questo indicasse un certo lassismo della stessa prima camera. Cfr. LECLERC, *De l'Application de l'act Torrens*, p. 20.

[107] Va rimarcato che in realtà la composizione delle camere del Tribunale Misto risultava usualmente quella congiunta franco-tunisina, indipendentemente dalla nazionalità delle parti (ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, p. 1102 in nota).

[108] In caso di giudizi con implicati soli tunisini, per completare la consueta composizione tripartita del collegio un magistrato indigeno del Tribunale Misto si recava da Tunisi a Susa per la durata dei lavori (art. 7, secondo comma).

*judiciairie*" di Susa, l'udienza era comunque accentrata nella capitale (art. 6, secondo comma)[109].

Il rinnovamento organizzativo era dunque completo: tra il 1897 e il 1900, solo un altro decreto sarebbe di nuovo intervenuto in maniera rilevante[110] sui quadri del Tribunale Misto. Nel 1899[111], infatti, si crearono un nuovo posto di "*juge-rapporteur*" a Tunisi (coi relatori che qui salirono a due) e, per la prima volta, uno stabile a Susa, che conoscesse delle richieste da sottoporre poi alla camera itinerante. Gli affari crescenti, che interessavano questo particolare soggetto sempre più direttamente e con maggiore autorevolezza, grazie al ruolo decisivo assegnatogli dalla procedura di immatricolazione[112], ne legittimava l'incremento del numero e delle attribuzioni, ormai anche in udienza. Ad ulteriore testimonianza di ciò, l'art. 3, comma terzo, del decreto 25 febbraio 1897 aveva già stabilito che "*le juge-rapporteur sera spécialement chargé des fonctions spécifiées par les articles 31 et 41*

[109] Un ulteriore decreto del 25 febbraio 1897 (cfr. ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, p. 1103) stabilì i rimborsi di viaggio che i magistrati coinvolti nei trasferimenti tra Tunisi e Susa avevano diritto a percepire.

[110] Un decreto del 16 maggio 1898 (cfr. *Journal des tribunaux français en Tunisie*, anno 1898, p. 283) aveva nel frattempo portato da tre a cinque il numero di giudici francesi del Tribunale Misto. Come recitava il preambolo del provvedimento, la misura si era rivelata necessaria alla luce della creazione di una terza camera, operata stavolta da un decreto emanato il 30 luglio 1897 direttamente dal Presidente della Repubblica francese. A Tunisi, così, il numero di giudici diventava di otto (cinque francesi e tre indigeni).

[111] Il decreto è riprodotto in ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, p. 1103.

[112] "*Le rôle de ce magistrat est des plus importants.* (…) *c'est lui qui doit composer le dossier d'immatriculation; c'est lui qui est chargé de toute la procédure; lui qui doit sommer les opposants de produire leurs requêtes d'opposition avec les pièces à l'appui; c'est lui enfin qui doit veiller aux intérêts des mineurs, des absents et des incapables, et empêcher* [le] *spoliations. La moindre omission de la part du juge-rapporteur peut entraîner des conséquences désastreuses*" (LECLERC, *De l'Application de l'act Torrens*, p. 9).

*de la loi foncière; il prendra rang immédiatement après le vice-président et fera partie des deux Chambres*". Tuttavia, con un parziale passo indietro, destinato ad essere molto discusso, col decreto 15 aprile 1899 si sottrasse al "*rapporteur*" la sua voce deliberativa nel collegio giudicante, attribuendogli solo una eventuale funzione consultiva[113]: l'art. 3 infatti controrordinava che "*hormis les cas où il n'y a que des Tunisiens en cause, le tribunal mixte siège en présence d'un juge-rapporteur qui est entendu, s'il y a lieu, sur l'accomplissement de sa mission*"[114].

[113] Cfr. ZEYS, *Code annoté de la Tunisie*, vol. II, p. 1103 in nota: "*ce magistrat siège pour ainsi dire comme ministère public et ne participe plus aux délibérations du tribunal*".

[114] Dirà Charles Martineau, "*juge-rapporteur*" a Tunisi, in una pubblicazione agli atti del *Congrès de l'Afrique du Nord* del 1908, che questo passo indietro piuttosto negativo "*procédait d'une idée juridiquement fausse et d'autre part aboutissait, en fait, à réduire le rôle du juge rapporteur, dont la loi avait fait l'organe le plus important de l'instruction, le véritable pivot de toute la procédure. La réduction du rôle du juge rapporteur était une diminution des garanties pour les justiciables*". L'idea sbagliata che aveva condizionato la nuova riforma era che il relatore non potesse avere voce deliberativa in giudizio perché incaricato, nel corso della procedura, della 'difesa d'ufficio' degli interessi di incapaci e assenti. Non poteva essere, perciò, contemporaneamente, parte (pur se in via indiretta) e giudice. Tuttavia, faceva notare Martineau, quell'attribuzione del "*rapporteur*" ex art. 31 della legge fondiaria era esclusivamente riferita all'istruzione della causa, che doveva tenere conto della posizione di tutti i potenziali interessati, e soprattutto di quelli di incapaci e assenti; il relatore, insomma, pur tutelando tutti, non assumeva le parti di nessuno ed era al contempo il funzionario più informato su tutta la vicenda dell'immatricolazione. Perciò, sottrarre il suo apporto attivo alla decisione del Tribunale, rinunciando all'innovazione introdotta dal decreto del 25 febbraio 1897, non era stata considerata una mossa saggia. Cfr. MARTINEAU, C., *Le nouveau régime foncier de la Tunisie (une expérience économique par voie législative)*, in (a cura di) DEPINCÉ, C., *Congrès de l'Afrique du Nord, tenu à Paris, du 6 au 10 octobre 1908. Compte-rendu des travaux*, vol. I, Parigi, 1909, pp. 217 – 276.

## 4.- Il ’900 del Tribunale Misto: dalle polemiche di inizio secolo alle nuove attribuzioni

I lavori del “*Congrès de l’Afrique Coloniale*” del 1908 si accesero particolarmente, quando i relatori approcciarono la materia della legge fondiaria e, soprattutto, del funzionamento del Tribunale Misto. Alcuni dei presenti alla sessione sulle “*questions économiques*” della colonizzazione in Algeria e Tunisia presero la parola per confrontarsi con toni piuttosto aspri su questi temi: i detrattori di quel sistema, già rivoluzionato più volte e che anche in quel primo decennio del nuovo secolo aveva subito delle riforme importanti, erano in maggioranza. Le critiche si concentravano su due punti fondamentali: l’inappellabilità delle decisioni del Tribunale Misto e le discutibili scelte del legislatore nel caratterizzare alcuni nuovi aspetti della disciplina ex art. 36 della legge fondiaria.

Charles Martineau, giudice relatore al Tribunale Misto di Tunisi, aveva appena terminato la sua breve relazione, che illustrava gli ottimi risultati conseguiti negli ultimi anni dalla legge del 1885 e dal Tribunale Misto, quando Louis Pelletier, rappresentante della “*Chambre d'Agriculture*” di Tunisi, prese la parola per cominciare una lunga arringa contro quel successo solo apparente della disciplina sulla terra[115] e, soprattutto, contro il Tribunale Misto[116]. Usando un tono

[115] “*Nous sommes bien des gens en Tunisie* (…) *qui estimons que la loi foncière, fort séduisante en théorie, l'est beaucoup moins en pratique, et donne lieu à d'assez graves critiques*”. Cfr. l’intervento di L. Pelletier in (a cura di) DEPINCÉ, *Congrès de l'Afrique du Nord*, vol. I, p. 95.

[116] Proprietario terriero, rappresentante degli interessi dei *colons* in quanto vice prima e presidente poi della Camera dell’Agricoltura tunisina, Pelletier si era già espresso con vigore dalle colonne del giornale “*La Tunisie française*” contro il Tribunale Misto, definito come “*le fléau* (…) *sur la vie des colons*”. Cfr. BEN ACHOUR, S., *Juges et magistrats tunisiens dans l’ordre colonial. « Les juges musulmans » du Tribunal mixte immobilier de Tunisie (1886-1956)*, in (a cura di) AUZARY-SCHMALTZ, N., *La justice française et le droit*

provocatorio e spesso canzonatorio, Pelletier discusse l'irragionevolezza del lasciare al Tribunale Misto il privilegio dell'insindacabilità delle decisioni, che nessun altro organo giurisdizionale poteva arrogarsi, diceva, in nessun "*point du globe*". Questo status quo, proseguiva Pelletier, irritava gli indigeni e lasciava perplessi anche i magistrati dei tribunali francesi[117]: ormai, il Tribunale Misto si permetteva impunemente di riscrivere il senso della legge fondiaria, aiutato in ciò da una legislazione compiacente, emanata da uno Stato tunisino ormai sempre più invadente nelle questioni immobiliari. Pelletier indicava come particolarmente insoddisfacente, in questo senso, la nuova interpretazione autentica dell'art. 36 della legge fondiaria, fornita dal decreto beylicale del 6 gennaio 1902, che aveva consentito il rinvio al tribunale francese delle opposizioni all'immatricolazione soltanto previo giudizio di rilevanza dell'opposizione stessa espresso dal Tribunale Misto: questa riforma, tuonava Pelletier, non aveva fatto altro che attribuire un potere di cognizione su questioni di diritto ad un soggetto giudicante che, per sua stessa natura speciale, doveva limitarsi alla constatazione di circostanze di fatto. La riflessione di Pelletier sull'art. 36 fu di seguito accolta con particolare interesse dall'avvocato Delmas, che arrivò persino a insinuare che il Tribunale Misto fosse ormai asservito agli interessi dello Stato, perché troppo spesso evitava di rinviare le opposizioni al giudice francese proprio quando erano in causa, nel procedimento di immatricolazione, interessi economici governativi. Sfruttando le facoltà concesse dal decreto del 1902 e non avendo nulla da temere per la granitica solidità della propria decisione una volta pronunciata

*pendant le protectorat en Tunisie*, Rabat, 2017 (disponibile in linea http://books.openedition.org/irmc/465), paragrafo 19.

[117] Pelletier riferiva che un giudice del tribunale civile di Tunisi gli aveva confidato che, secondo il suo punto di vista, "*le tribunal mixte ne rend pas des sentences, mais des oracles! Ses membres ne sont pas des juges mais des augures!*", a significare che, quasi per diritto divino, la legge aveva ritenuto che i magistrati del Tribunale speciale non potessero sbagliare (cfr. [a cura di] DEPINCÉ, *Congrès de l'Afrique du Nord*, vol. I, p. 97).

l'immatricolazione, il Tribunale Misto stravolgeva così lo spirito garantista dell'art. 36 e la *ratio* della legge fondiaria[118]. L'onorabilità stessa dei giudici speciali era, a questo punto, messa in questione.

Accuse di arbitrarietà, di superbia, persino di corruzione: c'è da chiedersi cosa fosse successo, in quei pochi primi anni del Novecento, al Tribunale Misto, per giustificare un simile polverone. Aveva concluso il vecchio secolo protetto dal confortevole ombrello delle ultime riforme e della giurisprudenza, offrendo una sensazione di migliore confidenza con una disciplina apparentemente più chiara ed efficace. In realtà, era stato proprio il consolidamento delle attribuzioni del Tribunale Misto a caratterizzare una prima fase di declino della sua popolarità. Le avvisaglie di questo cambio di segno erano state avvertite già nel 1899.

Una pronuncia del Tribunale speciale, datata 22 marzo 1899, era stata fortemente criticata perché inaugurava una linea giurisprudenziale considerata poco accettabile: in sostanza, si era statuito che l'immatricolazione doveva essere retrodatata al momento della presentazione della richiesta di immatricolazione. Ciò, allo scopo di troncare sul nascere ogni possibile questione derivante dal fatto che, come talvolta accadeva, nelle more del procedimento la situazione giuridica del bene poteva mutare: infatti, poteva capitare che, in quel tempo, l'immobile venisse ceduto dal richiedente a qualcun altro. Ebbene, proprio per evitare, com'era stato fino ad allora, che si rendessero necessari una quantità di accertamenti antieconomici in ottica processuale che tenessero conto pure delle vicende intervenute durante la procedura, il Tribunale Misto aveva deciso che tutti i diritti eventualmente acquisiti, anche in buona fede, sul bene oggetto della procedura a partire dal deposito della richiesta stessa e fino alla decisione, sarebbero stati purgati. Il termine ultimo per caratterizzare lo

[118] Cfr. l'intervento di Delmas in (a cura di) DEPINCÉ, *Congrès de l'Afrique du Nord*, vol. I, pp. 102 – 105.

status giuridico del bene, quale sarebbe emerso dall'immatricolazione, diventava dunque inderogabilmente quello della presentazione della richiesta. Una simile giurisprudenza apparve incompatibile con la lettera (art. 37) e lo spirito della legge fondiaria: l'inappellabilità dell'immatricolazione andava poi ad acuire il senso di ingiustizia di una decisione che, di fatto, nella migliore delle ipotesi paralizzava per mesi la circolazione sul mercato di un immobile oggetto della procedura, poiché nessuno avrebbe acquistato un immobile in corso di immatricolazione se era certo che, in conseguenza della decisione del Tribunale Misto, non avrebbe poi potuto rivendicare alcun diritto su di esso[119]. Ecco dunque che si rese necessario un intervento normativo dirimente: il decreto beylicale del 16 luglio 1899 stabilì che tutte le vicende intervenute sull'immobile dopo il deposito della richiesta di immatricolazione e fino alla decisione del Tribunale Misto, regolarmente complete di tutti i requisiti formali esatti dalla legge fondiaria, sarebbero state iscritte nel titolo, per renderle opponibili ai terzi dopo l'immatricolazione[120]. Per usufruire di questo beneficio, era quindi sufficiente presentare al Tribunale una richiesta di iscrizione (completa della documentazione del diritto acquisito) entro la decisione sull'immatricolazione. Si cercava così una soluzione di compromesso, che però risultò insoddisfacente. Da una parte, si disse che l'effetto proprio dell'immatricolazione veniva comunque ad essere retrodatato alla richiesta, non essendo le iscrizioni parte di quella speciale formalità: il decreto del 16 luglio 1899, in sé, aveva dunque cambiato poco dell'inaccettabile sostanza della sentenza del 22 gennaio precedente[121]. In più, si riteneva ulteriormente stravolto il senso dell'immatricolazione, con la creazione persino di un doppio binario per la formazione del titolo: uno, che faceva capo alla richiesta

[119] Sulla sentenza del 22 marzo 1899, si veda nel dettaglio VIOLLETTE, *L'Act Torrens*, pp. 220 – 227.
[120] Cfr. il testo del decreto in *Journal des tribunaux de la Tunisie*, anno 1899, pp. 444 – 445.
[121] LESCURE, P., *Du double régime foncier de la Tunisie. Droit musulman et loi foncière*, Tunisi, 1900, p. 347.

'standard', sottoposto alla normale fase di accertamento giurisdizionale; l'altro, che interessava le vicende successive alla richiesta e che usufruiva di una sorta di 'corsia preferenziale', non passando per il giudizio vero e proprio del Tribunale, ma solo per un vaglio formale di ricevibilità operato dallo stesso giudice speciale[122]. In questo senso, si disse che ormai il Tribunale era stato posto al livello di un amministratore puro, qual era il conservatore[123]. Peraltro, in caso di errori del Tribunale sulle iscrizioni, nessun rimedio, di alcun genere, era possibile: "*tandis le conservateur agit le plus souvent sous sa responsabilité personelle, les parties n'ont de ce chef aucun recours à exercer contrer le tribunal mixte chargé de prononcer l'inscription; ce tribunal agit avec les pouvoirs d'un conservateur, mais d'un conservateur irresponsable*"[124].

Il deficit di fiducia nei confronti del tribunale Misto era destinato ad accrescersi sulla direttrice della contestazione dell'eccessiva estensione dei suoi poteri in caso di pronuncia di immatricolazione, che accentuava l'inaccettabilità degli eventuali errori (non materiali) che il giudice speciale avrebbe potuto commettere. Poiché il già citato decreto

[122] Cfr. MARTINEAU, *Le nouveau régime foncier de la Tunisie*, p. 256.

[123] Su questo punto, era inequivocabile ancora LESCURE, *Du double régime foncier de la Tunisie*, p. 333: "*sur les actes et faits survenus entre le dépôt de la réquisition et la prononce du jugement* (…) *il ne statue pas* (…) *sur le fond du droit, il se borne, comme le conservateur, à vérifier l'acte au point de vue des conditions de forme* (…) *à s'assurer de la régularité de la transmission: c'est une véritable commission administrative*". Peraltro, l'autore proseguiva affermando che, a differenza dei diritti cristallizzati nell'immatricolazione, le nuove posizioni giuridiche iscritte "*ne sont* (…) *plus définitives, comme celles dont la première catégorie, et le droit dont elles ordonnent l'inscription peuvent-ils être discutés devant la juridiction française*". Quest'ultimo passaggio appare però poco chiaro, dato che comunque l'art. 4 del decreto del 16 luglio 1899 stabiliva, al secondo comma, che le iscrizioni "*feront foi dans les limites fixées par les lois qui régissent, en Tunisie, les immeubles immatriculées*".

[124] LESCURE, *Du double régime foncier de la Tunisie*, p. 348.

del 6 gennaio 1902 aveva toccato, in questo senso, direttamente gli interessi degli europei e, in particolare, dei coloni francesi, la misura cominciò a divenire colma già nei primi anni del XX secolo. Non si capiva, poi, perché una legislazione fondiaria più giovane come quella della colonia del Madagascar, costruita in modo molto simile a quella tunisina, avesse però contemplato un meccanismo d'appello: se lo si poteva concepire per la grande isola africana, perché non nella Reggenza[125]?

Del resto, dato che il Tribunale Misto acquisì, a partire dal decreto del 14 giugno 1902[126], anche la facoltà di valutare discrezionalmente se l'opposizione di un europeo poteva essere suscettibile di rinvio al giudice ordinario, il danno rischiava di essere doppio, in caso di diniego del rinvio: non solo si sarebbe privato l'europeo di uno strumento fondamentale per far valere le proprie pretese, ma si sarebbe consentito che esse venissero inesorabilmente purgate all'atto della immatricolazione. Se poi il bey (leggi amministrazione del Protettorato) si permetteva, col suo decreto, di andare persino contro un principio di diritto fissato dalla giurisprudenza di Cassazione appena un mese prima, principio che di fatto, coerentemente col dettato dell'art. 36 della legge fondiaria, affermava

[125] Anche il presidente del Tribunale Misto, nel 1899, certamente partigiano dell'istituzione di cui era al vertice, non poteva esimersi dal consigliare, tra le possibili riforme del Tribunale Misto, una sorta di 'modello-Madagascar' per un possibile grado d'appello: cfr. LECLERC, *De l'Application de l'act Torrens*, p. 11 e p. 27. Ai vantaggi della legislazione malgascia si sarebbe riferito anche l'agguerrito Pelletier: cfr. (a cura di) DEPINCÉ, *Congrès de l'Afrique du Nord*, vol. I, p. 105.

[126] L'articolo unico del decreto, che stando al preambolo non faceva altro che interpretare "*l'article 36 de la loi foncière tunisienne*", così recitava: "*l'examen des conditions de recevabilité de l'exception prévue par l'article 36 de la loi sur la Propriété foncière du 1er juillet 1885, modifiée par celles des 16 mai 1886 et 6 novembre 1888, appartient exclusivement au Tribunal mixte*" (cfr. *Journal des tribunax de la Tunisie*, anno 1902, p. 414).

l'impossibilità di sottrarre il giudicabile al proprio giudice naturale, quando il soggetto non avesse prestato il proprio consenso a sottoporsi alla giurisdizione del giudice speciale[127], l'intera operazione, che concedeva poteri apparentemente *contra legem* al Tribunale Misto, doveva apparire come un vero e proprio colpo di mano[128].

L'opinione pubblica del primo decennio del Novecento, dunque, arrivò a schierarsi contro la stessa sopravvivenza, almeno a quelle condizioni, del Tribunale Misto. L'insofferenza soprattutto dei *colons* francesi cominciò ad emergere anche in seno ad organi rappresentativi

---

[127] "*Il est contraire au texte et à l'esprit de la loi de subordonner l'exercice de leur droit d'opposition à une décision du Tribunal mixte, qui serait nans recours, alors même qu'elle toucherait à leur nationalité et à leur droit de propriété, questions essentiellement réservées à leur juge naturel, quand ils ne consentent pas à accepter la juridiction exceptionnelle du Tribunal mixte*" (cfr. la sentenza della Cassazione del 6 maggio 1902 in *Journal des tribunaux de la Tunisie*, anno 1902, p. 385).

[128] Tribunale Misto, autorità del Protettorato e dottrina si affrettarono a proporre come interpretare le scarne, eppure decisive disposizioni del decreto del 14 giugno 1902. BERGE, S., *Répertoire alphabétique de la jurisprudence tunisienne: comprenant les matières contenues dans le "Journal des tribunaux de la Tunisie" de 1889 à 1908*, Tunisi, 1910, p. 248, citando sentenze del Tribunale Misto del 1903 e del 1904, concludeva che un'opposizione ex art. 36, per essere considerata ricevibile, doveva dimostrare almeno "*une apparence de droit entre les mains de l'opposant*", avere l'attitudine a produrre "*une influence sur la situation juridique ou la consistance matérielle de l'immeuble en instance*" e soprattutto promuovere un diritto insorto in tempo utile per essere fatto valere in quella sede (ovvero, prima della richiesta di immatricolazione). In ogni caso, rimaneva fermo che il Tribunale Misto, per sua stessa natura, "*n'a pas le droit d'apprécier, 1a validité du droit prétendu*". Un *arrêt* dello stesso Tribunale Misto del 5 marzo 1903, intanto, aveva però anche stabilito che, in virtù della portata solo interpretativa del decreto del 14 giugno 1902, la sua efficacia sarebbe stata anche considerata retroattiva (cfr. CARPENTIER, A., FREREJOUAN DU SAINT, G., *Répertoire général alphabétique du droit français*, vol. 36, Parigi, 1905, p. 239).

come la *Conference Consultative*, sorta di parlamentino della Reggenza a forte impronta francese[129]: ritardi e difficoltà ad ottenere le immatricolazioni, sperequazioni giudiziarie e ancora l'inappellabilità delle decisioni furono ampiamente discusse.

Non si udivano solo voci avversarie del Tribunale Misto, però: importanti giuristi si schieravano a favore del giudice speciale, promozionandone i meriti e soprattutto paventando gli inconvenienti che avrebbe determinato una sua scomparsa. Ancora una volta, gli atti del *Congrès de l'Afrique du Nord* danno conto anche di queste posizioni. Nel suo contributo, Stéphane Berge, Presidente del Tribunale di Tunisi, Presidente onorario del Tribunale Mixte, nonché "*Directeur honoraire des services judiciaires au gouvernement tunisien*", dunque giurista del Protettorato a tutto tondo, sosteneva che l'argomento della dannosità dell'assenza di ricorsi contro le decisioni del Tribunale Misto in realtà partiva da premesse false e frutto di un'errata equiparazione dello stesso organo ai tribunali francesi di diritto comune: il Tribunale Misto non poteva essere più distante da questi e dai loro formalismi, cui il legislatore aveva scientemente deciso di sottrarlo, attraverso una procedura semplice e, per quanto possibile, spedita, di cui tutti passaggi erano prevedibili al millesimo. Un meccanicismo giuridico definito[130], frutto anche dell'assenza di decisioni sul merito dei diritti vantati (che al massimo spettava ai tribunali francesi aditi ex art. 36, disposizioni la cui interpretazione restrittiva, frutto del decreto del 1902, non veniva

[129] Cfr. RECTENWALD, G., *Notes sur le Tribunal Mixte immobilier de Tunisie*, in (a cura di) FACULTÉ DE DROIT D'ALGER, *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, vol. 38 – 39, anni 1922 – 1923, pp. 225 e ss.

[130] "*L'immatriculation d'un immeuble (…) est une procédure de purge purement mécanique*": cfr. BERGE, S., *La Justice en Tunisie*, in (a cura di) DEPINCÉ, *Congrès de l'Afrique du Nord*, vol. II, p. 317.

vista come un ostacolo al buon funzionamento[131]) rendeva inutile qualsiasi grado d'appello: "*si un recours quelconque pouvait être admis en pareille matière, ce ne pourrait être l'appel, c'està-dire un deuxième degré de procédure, une deuxième purge; ce ne pourrait être qu'un recours pour vice de forme et violation de la loi. Rien en fait, depuis 22 ans que l'institution fonctionne, n'est venu justifier le besoin d'établir une telle voie de recours; les procédures d'immatriculation ont toujours été des modèles de précision et de régularité et elles n'ont jamais donné lieu à des critiques sérieuses. Or, en pareille matière, les données de l'expérience ont une valeur imposante*"[132].

Sulla stessa falsariga, Mardochée Smaja, tunisino di religione ebraica, direttore del giornale *La Justice* e convinto partigiano della giustizia francese in Tunisia, sosteneva che il Tribunale Misto, considerati i meriti dell'istituzione ed il generale consenso sulla legge fondiaria, doveva persino "*être multipliée selon les besoins de la justice*"[133].

Altre voci, come quella del già citato Martineau, si spingevano ad affermare che, alla luce anche delle ultime riforme intervenute sull'organico del Tribunale Misto nel 1903, si aveva a disposizione già un doppio grado, se non di giudizio, almeno di cognizione dell'affare,

[131] Il giudizio di ricevibilità dell'opposizione, previo al rinvio della stessa alla cognizione del tribunale francese, era semmai garanzia dell'applicazione di un principio di legalità (BERGE, *La Justice en Tunisie*, p. 306).
[132] BERGE, *La Justice en Tunisie*, p. 317.
[133] Cfr. SMAJA, M., *La justice tunisienne*, in (a cura di) DEPINCÉ, *Congrès de l'Afrique du Nord*, vol. II, p. 335. Secondo il pubblicista, si poteva anche riformare la giurisdizione immobiliare, creando delle camera speciali in seno al tribunale civile, a composizione mista: questo avrebbe riservato il vantaggio di amministrare la giustizia in nome della Francia, cosa cui la stessa presenza di indigeni nei college giudicanti non sarebbe stata d'impedimento. Infatti, si portava l'esempio delle giurie miste dei tribunali criminali per testimoniare che una giurisdizione francese mista, in Tunisia, già esisteva.

che garantiva una quasi assoluta indubitabilità della pronuncia del Tribunale: consentiva infatti questo stato di cose il nuovo ruolo del "*juge-rapporteur*", non solo restituito alla sua originale portata, ma pure ampliato dal decreto del 30 aprile 1903. Raccontava Martineau[134] che circa intorno al 1901, nell'ambito di un più generale dibattito in seno ad una Commissione per la riforma del Tribunale Misto, si era arrivati a discutere anche dell'introduzione di eventuali ricorsi nei confronti delle decisioni dell'organo: ebbene, si resistette alla tentazione di operare una simile modifica, pensando fosse sufficiente, appunto, riformare ancora una volta il ruolo del relatore, assegnandoli delle vere e proprie attribuzioni di giudice unico di prima istanza. Infatti, il progetto era di consentirgli un'istruzione profonda della causa, da portare a compimento esercitando poteri d'indagine autonomi e infine di dotarlo del potere di chiudere il procedimento con ordinanza motivata; questa sarebbe stata impugnabile entro un certo termine dalle parti o dal Procuratore della Repubblica, se necessario per la tutela degli incapaci e degli assenti. Sull'appello, sarebbe stato finalmente competente il collegio del Tribunale Misto. In realtà, di questo progetto rimase solo lo spirito, poiché il nuovo decreto beylicale del 30 aprile 1903[135] non riconfigurò il "*rapporteur*" in questo modo radicalmente diverso, ma si limitò a consentirgli di tornare a deliberare in udienza e dunque di far di nuovo parte, dopo la riforma del 1899, del collegio giudicante (art. 4, secondo comma). Tuttavia, ed era questo, secondo Martineau, l'indicatore di una nuova chiave di lettura del suo ruolo, l'art. 4 sanciva che i relatori "*siègent aussi de droit au Tribunal mixte, pour y rendre les décisions prévues en l'article 42 de la loi foncière, mais seulement dans les affaires qu'ils n'ont pas instruites*". Il fatto che si disponesse la presenza del "*rapporteur*" solo nel collegio che conosceva di cause diverse da quelle che aveva istruito stava a significare che tutti gli affari di cui, invece, aveva formato il fascicolo e che aveva introdotto, ai

[134] MARTINEAU, *Le nouveau régime foncier de la Tunisie*, pp. 259 – 263.
[135] Cfr. il testo del decreto in *Journal des tribunaux de la Tunisie*, anno 1903, pp. 300 – 303.

termini degli artt. 31 e 41 della legge fondiaria, all'attenzione del Tribunale Misto, in realtà lo avevano visto implicato in qualità di soggetto 'giudicante' in prima istanza sul caso. In sintesi, il "*juge-rapporteur*" non poteva partecipare al giudizio su cause che aveva istruito perché, avendo già orientato, attraverso la formazione del fascicolo e del rapporto sullo stato dell'immobile, il giudizio del Tribunale su quelle cause, avrebbe a quel punto deliberato due volte in una sorta di veste di magistrato giudicante. L'allontanamento del relatore dalle udienze in cui si discuteva dei 'suoi' affari dimostrava, dunque, che almeno lo spirito dei lavori del 1901 della Commissione era sopravvissuto: lo si era trasformato, se non proprio in un giudice unico, almeno in un soggetto molto simile alla figura dell'istruttore nei tribunali civili. Grazie alla nuova organizzazione del Tribunale Misto, quindi, si era riusciti, a parere di Martineau, a raggiungere lo scopo non di avere due gradi di giurisdizione in materia immobiliare, ma almeno due momenti di cognizione affidati a due soggetti diversi e indipendenti tra loro dal punto di vista funzionale e operativo. Continuare a discutere di possibili appelli contro le decisioni del Tribunale Misto, a questo punto, era semplicemente inutile: al massimo si poteva contemplare, come già aveva fatto Berge, l'ipotesi di una 'Cassazione' della giurisdizione speciale, un giudice di legittimità nuovo e *ad hoc* per le questioni immobiliari[136].

Il decreto non riscrisse solo la disciplina del "*juge-rapporteur*", ma riorganizzò considerevolmente l'intera architettura del Tribunale Misto, abrogando (art. 13) tutte le fonti precedenti. Eliminando la figura del vicepresidente, portò a cinque gli effettivi francesi a Tunisi (art. 1), declinandoli in "*un président, deux juges-rapporteurs et deux juges*"; vi mantenne i tre "*juges musulmans*"; vi associò "*un greffier*" ed un "*commis-greffier*", insieme a "*deux interprètes traducteurs assermentés*". A Susa, che avrebbe continuato ad ospitare le udienze della camera itinerante almeno una volta al mese (art. 8), furono

[136] MARTINEAU, *Le nouveau régime foncier de la Tunisie*, pp. 267 – 271.

mantenuti il posto di "*rapporteur*" e i due giudici musulmani, si aggiunse un posto da "*commis-greffier*" lasciando inalterato quello da "*greffier*" e da interprete. Un'altra grande novità, però, fu che il personale fu inserito in quadri propriamente del Tribunale: i magistrati francesi, sempre nominati dal bey su proposta del Residente di Francia, non erano più direttamente pescati tra i supplenti del tribunale civile e tra i giudici di pace. I giudici sarebbero dunque stati direttamente dipendenti dal Tribunale Misto: di formazione francese, garanzia della propria affidabilità come giuristi, 'uscivano' però dai quadri della giustizia della Metropoli per tutta la durata del loro mandato come giudici del Tribunale Misto[137].

La cartina di tornasole dell'operazione, nonostante una retribuzione pari a quella dei magistrati del tribunale civile, era però il blocco dell'avanzamento di carriera dei magistrati francesi del Tribunale Misto, fintantoché rimanevano nei quadri di quell'organo. Per questo motivo, l'autonomizzazione dello status dei magistrati del giudice speciale, invece di compattare i membri della giurisdizione immobiliare intorno al proprio ruolo, finì per rivoltarsi contro lo spirito della riforma del 1903. Così, piuttosto che ad entrarvi, si puntava ad uscire quanto prima dall'organico del Tribunale Misto, in modo da poter riprendere la carriera interrotta. Ben presto, vennero a mancare proprio i candidati al posto di giudice francese: pare che il Tribunale Misto, per questo motivo, fosse costantemente in deficit di organico[138]. Non era certo l'ideale per la sua funzionalità, considerando che, negli anni, si perseverò nell'aumentare il numero di giudici francesi[139]; si

[137] Era di portata ben marginale, quasi una compensazione formale per la perdita del ruolo nella magistratura madre, la riforma introdotta il 12 febbraio 1905, per cui i magistrati francesi del Tribunale potevano adoperare le stesse vesti dei colleghi del tribunale francese di prima istanza (cfr. *Journal des tribunaux de la Tunisie*, anno 1905, p. 161).

[138] RECTENWALD, *Notes sur le Tribunal Mixte*, p. 237.

[139] Già il 4 aprile 1906 si aumentò a tre il numero di giudici francesi e quindi a sei il numero complessivo di transalpini nel Tribunale a Tunisi (cfr. *Journal*

dovette ricorrere di nuovo ai supplenti del tribunale di Tunisi (col decreto del 7 marzo 1912[140]) e si ridusse (con decreto del 15 giugno 1912) la composizione delle camere del Tribunale a tre elementi (due francesi e un indigeno) in certi casi[141], pur di ovviare alle frequenti difficoltà di completamento dei collegi[142].

---

*des tribunaux de la Tunisie*, anno 1906, p. 453); il 3 gennaio 1913, per far fronte alla necessità di aumentare il numero delle udienze, si ristabilì la figura del vicepresidente, di cui fu investito uno dei giudici francesi, lasciandone invariato il numero complessivo (cfr. [a cura di] FACULTÉ DE DROIT D'ALGER, *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, vol. 29, terza parte, p. 90); il 24 gennaio 1921 si aggiunse un altro vicepresidente, ma stavolta il personale francese aumentò a sette effettivi (cfr. RECTENWALD, *Notes sur le Tribunal Mixte*, p. 236).

[140] Cfr. *Journal des tribunaux de la Tunisie*, anno 1912, p. 210.

[141] Cfr. *Journal des tribunaux de la Tunisie*, anno 1912, p. 468. I casi in cui ricorrere alla composizione ridotta erano: "*1° De statuer sur des affaires qui n'ont soulevé aucune opposition ou dans lesquelles les oppositions ont été soit retirées, soit déjà solutionnées par une décision antérieure ; 2° D'ordonner des opérations topographiques ne soulevant pas de discussion comme les reprises de bornage après procès verbal de non-lieu ou les rectifications de bornage sur lesquelles les parties sont d'accord*". In ogni caso, su istanza di parte o d'ufficio, si poteva ristabilire in qualsiasi momento la composizione normale.

[142] Pochi anni più tardi, gli eventi della Prima Guerra Mondiale complicarono ulteriormente le carenze di organico. Un decreto del 15 giugno 1918 consentì pertanto ai "*rapporteurs*" di partecipare alle deliberazioni del Tribunale Misto in deroga ai limiti vigenti: "*considérant* (…) *que la mobilisation a le duit le nombre des magistrats du tribunal mixte dans des conditions qui ne permettront plus à cette juridiction de fonctionner qu'il est indispensable de mettre fin à cette situation,* (…) *à titre provisoire, et jusqu'à la fin des hostilités, le juge rapporteur ou le juge commis à sa place pourra participer aux décisions du tribunal mixte par dérogation à l'art. 4 § du décret du 30 avril 1903*". Cfr. il testo del decreto in (a cura di) FACULTÉ DE DROIT D'ALGER, *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, vol. 35, terza parte, p. 158.

Diversa era la situazione dei giudici musulmani, anch'essi aumentati progressivamente di numero[143]: il loro inquadramento non era pari a quello dei francesi, così come non lo era la retribuzione, venendo penalizzati da una difficoltà di caratterizzazione del ruolo che derivava dall'assenza di uno statuto apposito per i giudici del Tribunale e da modi di reclutamento poco chiari, al di là della nomina beylicale[144]. Eppure, i tunisini svolgevano ormai la maggior parte del lavoro del Tribunale: inoltre, notabili e giuristi indigeni, che già si inserivano a pieno titolo nel dibattito sul destino della giustizia del Protettorato, lo facevano ormai pure in quello sul Tribunale Misto[145].

Nonostante le evidenti difficoltà, la prima metà del Novecento trascorse nel segno di provvedimenti che, di pari passo con le continue riorganizzazioni della composizione del Tribunale, declinato in sempre più camere, imposero una nuova serie di attribuzioni che cercavano di rispondere alle nuove (e ormai quasi ultime) esigenze della

[143] Gli indigeni ottennero due 'supplenti' nel 1907; quindi divennero cinque nel 1912, otto nel 1931, dieci nel 1945, dodici nel 1948 quattordici nel 1951 (cfr. BEN ACHOUR, *Juges et magistrats tunisiens dans l'ordre colonial*, paragrafo 16.

[144] BEN ACHOUR, *Juges et magistrats tunisiens dans l'ordre colonial*, paragrafo 25. Questa precarietà si rifletteva anche sulla identificazione 'impersonale', senza riferimenti alla nazionalità, del giudice indigeno, che era semplicemente 'musulmano', mentre il collega era compiutamente 'francese' e appartenente (almeno in linea di principio) a un corpo giudiziario ben definito in quanto francese (a una corporazione elitaria, quindi, nonostante tutto).

[145] Ad esempio, Mohammed Bach Hamba, autorevole magistrato e fratello del famoso Ali, cofondatore del movimento nazionalista dei Giovani Tunisini, nel 1917 interpretava le istanze della comunità indigena per la riforma del Tribunale Misto, riproponendo la questione dell'appello: "*ce tribunal qui examine les affaires les plus importantes de la Tunisie ne juge qu'en premier et dernier ressort. Nous demandons avec tous les justiciables l'extension du second degré de juridiction pour ces affaires et la création d'une Cour d'appel mixte*" (cfr. BACH-HAMBA, M., *La justice tunisienne: organisation et fonctionnement actuels, projet de réorganisation*, Ginevra, 1917, p. 4).

colonizzazione. Si procedette infatti, nell'ordine, alla "*création d'une troisième, d'une quatrième (1931), d'une cinquième (1941) et d'une sixième chambres (1948) avec accroissement consécutif des effectifs et supériorité en nombre des magistrats français ; mise en place de sièges auxiliaires à* […] *Sfax (1942), Souk al-Arbaâ (1949); spécialisation des fonctions avec attribution des opérations cadastrales (Tebourba, Medjez al-Bab, 1924 – 1930; 1939 – 1945), ainsi que forestières et domaniales à certaines chambres (1951). Instrument de la politique de colonisation agricole, le Tribunal en subit les vicissitudes*"[146].

Il Tribunale Misto venne quindi posto, a partire dal 1914, al centro della grande operazione (parzialmente fallita, però) di creazione di un catasto tunisino, che rispondeva a due esigenze, fortemente interconnesse: impostare un più efficace piano di popolamento francese dell'entroterra, soprattutto per contrastare definitivamente le potenzialità espansive della popolosa colonia italiana[147]; rendere ancora più facili e immediate le operazioni di immatricolazione di quelle terre, perlopiù ancora sottoposte all'impero del diritto musulmano[148]. In estrema sintesi, il principio alla base del decreto beylicale del 25 marzo 1924, con cui si avviarono le prime operazioni catastali, era appunto quello di procedere a delle operazioni di "*bornage*" delle proprietà non immatricolate, allo scopo di consentire in futuro l'immediata realizzazione di una procedura, appunto, di immatricolazione, nel caso in cui in legittimati accertati avessero avuto intenzione di intraprenderla. La sovrintendenza delle operazioni di accertamento

[146] BEN ACHOUR, *Juges et magistrats tunisiens dans l'ordre colonial*, paragrafo 13.

[147] È importante notare che questa operazione fu contemporanea ai famosi decreti sulle naturalizzazioni francesi in Tunisia dello stesso periodo, che tentarono di coinvolgere proprio anche la comunità italiana e che causarono forti polemiche tra il Regno e la Francia.

[148] Cfr. AUZARY-SCHMALTZ, N., *Le régime foncier tunisien. Origines et evolution aoprès l'indépendance*, in (a cura di) EBERHARD, C., *Law, land use and the environment. Afro-indian dialogues*, Pondicherry, 2008, p. 322.

catastale veniva affidata ad uno speciale giudice, nominato dal Tribunale Misto[149]. Il processo in realtà proseguì a fasi alterne, senza particolari fortune, interrompendosi negli anni Trenta per poi riprendere alla fine degli anni Quaranta, soprattutto a causa delle carenze di personale del Tribunale Misto[150].

## 5.- Conclusioni

Con la fine del Protettorato, nel 1956, l'esperienza del Tribunale Misto non terminò, anzi proseguì col nome di "*Tribunal immobilier de Tunisie*": questo fu riorganizzato dal decreto beylicale del 19 febbraio 1957 (controfirmato dall'allora Primo Ministro Habib Bourguiba), che si pose in continuità con tutti i provvedimenti che, dal 1885, ancora disciplinavano il vecchio giudice speciale[151]. Nella sua nuova vita, la giurisdizione immobiliare, ormai inserita nei quadri ordinari della giustizia dello Stato postcoloniale, si sarebbe così prestata alle esigenze della Tunisia ora indipendente.

Pur nella complessità e, talvolta, nella confusione delle discipline che hanno regolato il Tribunale Misto per più di settant'anni, nonostante le critiche feroci, le costanti proposte di abolizione, la contestazione stessa della specialità della sua natura, in realtà la creatura più originale di quella Commissione istituita nel lontano 1884 resistette alla prova

[149] La descrizione in dettaglio della riforma del 1924 è offerta in MILLOT, L., *Un projet tunisien de réforme du régime de l'immatriculation*, in (a cura di) FACULTÉ DE DROIT D'ALGER, *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, anno 41°, prima parte, Parigi, 1925, pp. 25 – 29.

[150] AUZARY-SCHMALTZ, *Le régime foncier tunisien*, p. 323.

[151] Il testo del decreto del 1957 è disponibile sul portale del Ministero della Giustizia della Repubblica tunisina, all'indirizzo http://formation.e-justice.tn/index.php?id=257&L=3, insieme ai provvedimenti più recenti in materia di Tribunale immobiliare.

del tempo, a quella della politica e della vita giuridica, rivelando una natura versatile, non soltanto funzionale al colonialismo francese, ma pure alla decolonizzazione guidata dal *Neo-Destour* a partire dagli anni '50[152]. Quest'ardita opera di ingegneria giuridica, con i suoi caratteri di assoluta specialità sopravvissuti fino ad oggi, si è dunque davvero dimostrata una risorsa per i fini politico-giuridici più eterogenei, in epoche tanto lontane e diverse della storia tunisina, restando pienamente operativa e continuando ad esserlo, quantomeno nei suoi basilari principi funzionali, ancora al giorno d'oggi.

[152] La stessa legge fondiaria del 1885 sarebbe servita da base per il *Code des droit réels* del 1965 (AUZARY-SCHMALTZ, *Le régime foncier tunisien*, p. 327).

# LA SOCIEDAD DE NACIONES COMO PRIMERA ORGANIZACIÓN CON VOCACION DE UNIVERSALIDAD: ALGUNOS RASGOS QUE LA DEFINEN

**Elena C. Díaz Galán**
**Profesora de Derecho Internacional Público**
**Universidad Rey Juan Carlos**[1]

## 1.- Consideraciones introductorias

La actual configuración de la Sociedad internacional es, sin género de dudas, producto de una evolución, siendo así que para una correcta comprensión de la sociedad internacional contemporánea es

[1] El presente trabajo se ha realizado en el marco de la redacción de la tesis doctoral sobre la configuración histórico-jurídica de las Organizaciones internacionales en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y como línea de investigación de la Cátedra Iberoamericana Santander del Instituto de Estudios internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria" de la Universidad Carlos III de Madrid y el Centro de Estudios de Iberoamérica de a Universidad Rey Juan Carlos; se incluye también en el el marco del Proyecto DER2013-42039-P, cuyo título es "Evolución de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control politico-religioso, de seguridad y de orden público", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en la Convocatoria 2013 de Proyectos de I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia. Igualmente, su elaboración ha sido posible gracias al Proyecto PEJD-2016-HUM-3097, concedido por la Comunidad de Madrid

necesario estudiar, previamente, los orígenes de ésta en los que el fenómeno de las Organizaciones internacionales ha jugado un papel transcendental. En verdad, este sujeto de Derecho internacional confirma el cambio al que ha estado sometida la Sociedad internacional en su conjunto puesto que al hilo del análisis de las Organizaciones internacionales descubrimos nuevos principios internacionales que, con el tiempo, se incluirán como parte integrante del Derecho internacional y de las relaciones intergubernamentales contemporáneas.

De esta forma, en relación con la Sociedad de Naciones[2], se ha mantenido que "no fue pues un intento fallido y mucho menos inútil;

[2] Sobre la Sociedad de Naciones, existe una amplia bibliografía, ver, en general, entre muchos otros, REDSLOB, R., *Théorie de la S.D.N*, París, 1927; CHARLES SMITH, N., y MAXWELL GARNETT, C., *The dawn of world order*, Nueva York, 1932; WILSON, F., *The origins of the League Covenant*, Londres, 1928; SCELLE, G., Une crise de la S.D.N: la réforme du Conseil et l'entrée de la Allemagne à Genève, Paris, 1927; AUFRICHT, *Documentary Guide to the League of Nations*, 1920-1946, Londres, 1947; SPITZ, R., *La formation du Pacte de la Société des Nations, les sources et les influences*, thèse Paris, 1932; *Development of the League of Nations idea*, 2 vol., Nueva York, 1932; SCHUCKING, W., Le développment du Pacte de la S.D.N., *RCADI*, 1927, vol. V., 349-458; WALTERS, F.P., *A history of the League of nations*, Londres, 1967; EAGLETON, *International Government*, Ronald Press Company, 1948; WHITTON, J.B., La neutralité de la S.D.N., *RCADI*, 1927, vol. II., pp. 477 ss.; LEFUR, L., *La délimitation de la compétence de la S.D.N*., Mel. N. Haurion, 1929, pp. 527-566; FISCHER, W., *Some Aspects of the Convenant of the League of Nations*, Oxford University Press, H. Milford, 1934 ; NIPPOLD, O., Le développement historique du Droit International depuis le Congrès de Vienne, *RCADI*, 1924 –I, pp. 5-124; L'HUILLIER, F., *De la Sainte-Alliance au Pacte Atlantique, Histoire des relations internationales à l'époque contemporaine, II, le vingtième siècle, 1898-1954*, Histoire et société d'aujourd'hui, Neuchâtel, 1955; RAY, J., *Commentaire du Pacte de la S.D.N*, París, 1930; MANGONE, *A short history of International Organisation*, Nueva York, 1954 ; KUNZ, J.L., L'article 11 du Pacte de la S.D.N., *RCADI*, 1932, vol. 39, pp. 679-790; ANDRASSY, G., La souveraineté

fue un experimento necesario que permitió observar el funcionamiento de una institución en la realidad, para incorporar en la sucesora las experiencias recogidas y poder corregir los errores"[3]. Así, la Sociedad de Naciones que se nutre, como veremos, de formas de previas de cooperación internacional, "constituye un paso decisivo en el curso de las relaciones internacionales, como hace cerca de cuatro siglos lo fue la Paz de Westfalia"[4]. Esta afirmación demuestra el carácter evolutivo que tiene la Sociedad internacional y la importancia del nacimiento de la Sociedad de Naciones. En palabras muy claras de M. VIRALLY, esta Organización "n'était pas autre chose que la mise en œuvre de notions et d'institutions déjà utilisées dans le passé, mais portées à un degré de perfectionnement qu'elles n'avaient encore jamais connu"[5].

En general, las distintas formas de cooperación internacional influyen en los elementos que definen a la Sociedad internacional en cada periodo histórico y, del mismo modo, las características propias de las distintas etapas a las que está sujeta la vida internacional marcan la configuración de las Organizaciones internacionales. Este vínculo, junto a la importancia que han llegado a alcanzar las Organizaciones internacionales en el Derecho internacional y en la escena socio-política

et la S.D.N., *RCADI*, 1937, vol. III pp. 695 ss.; MILLER, *The Drafting of the Covenant*, Nueva York,1928; MALDELSTAM, A.M., *Le conflit italo-éthiopien devant la S.D.N*., París, 1937; MUNCH, *Les Origines et l'oevre de la S.D.N*., Copenhague, 1923-1924; RAPPARD, W., Vues rétrospectives sur la S.D.N., *RCADI*, 1947, vol. II, pp. 111-225; LEONARD, International Organisation, Nueva York, 1951; WALTERS, F.P., *History of the League of Nations*, Londres, 1951, 2 vols; RAUCHBERG, H., Les obligations juridiques des membres de la S.D.N pour le maintain de la paix, *RCADI*, 1931, pp. 83-204.

[3] SEARA VAZQUEZ, M., *Tratado General de la Organización Internacional*, Fondo de cultura económica, México, 1974, p. 78.

[4] MARQUÉS DE OLIVART, *El Derecho Internacional Público en los últimos veinticinco años*, (1903-1927), Tomo I, Madrid, 1927, p. 13.

[5] VIRALLY, M, *L'Organisation Mondiale*, Collection U, Paris, 1972, p. 43.

actual, confirmarían la necesidad de no menospreciar este fenómeno cuyos orígenes más lejanos se remontan al siglo XIX con la aparición de las denominadas Comisiones fluviales como primera forma de cooperación organizada entre los Estados. Efectivamente, los Estados, como principales sujetos del Derecho internacional, estuvieron enfrentados durante un largo tiempo y los anhelos por mantener su soberanía y la ausencia de una verdadera necesidad por relacionarse supusieron la inexistencia de formas de cooperación orgánicas y estables hasta principios del siglo XIX. Así, con anterioridad a este periodo, los vínculos entre los Estados estarán marcados por asociaciones de carácter temporal a las que, en muchos casos, no se les dotará de una estructura permanente. En este sentido, la Sociedad internacional del siglo XIX supondrá un cambio en la configuración que hasta entonces caracterizaba la sociedad internacional. La aparición de las Comisiones fluviales y de las Uniones administrativas, sobre todo, conformarán el inicio de lo que, con el tiempo, se podría denominar como "el momento de las Organizaciones internacionales" que comienza, precisamente, al tiempo de la Sociedad de Naciones.

Ahora bien, mientras que las Comisiones fluviales muestran el paso de la yuxtaposición a la cooperación en la Sociedad internacional, las Uniones administrativas se caracterizarán por integrar los elementos que, en el presente, definen a las Organizaciones internacionales. En este sentido, la Sociedad de Naciones, coetánea con muchas de las Uniones administrativas más relevantes, reafirma las características que se van conformando en el seno de las Organizaciones internacionales a lo largo del siglo anterior y aporta nuevos elementos al Derecho internacional. Como veremos, además de contar con una desarrollada estructura orgánica de carácter permanente, el nacimiento de la Sociedad de Naciones supondrá la imposibilidad por parte de la Sociedad internacional de negar a las Organizaciones internacionales como personas jurídicas propias y distintas de los Estados que las componen. En efecto, aunque será el Dictamen sobre los daños sufridos al servicio de Naciones Unidas, de 1949, el que formalmente

reconocerá personalidad jurídica de las Organizaciones internacionales y las definirá como sujetos secundarios o derivados del Derecho internacional público, la personalidad de la Sociedad de Naciones "had been recognised as distinct from that of the member States, not, admittedly, in the Covenant expressly, but by necessary implication from the various rights and duties assigned to it"[6]. En el mismo sentido, en el decenio de los treinta del siglo XX, la mayor parte de la doctrina *iusinternacionalista* definiría a la Sociedad de Naciones como una verdadera "persona" del Derecho Internacional, reconociéndole capacidad de acción propia y distinta de la de los Estados que la integraban. En palabras de LL.B., FREDERICK SHERWOOD DUNN, "is now generally agreed that the League is in law a persona, that it is a corporate entity with a definite capacity for action and a "will" of its own, apart from the separate "wills" of its individual members"[7].

Por todo lo anterior, aun encontrándose en los orígenes de las Organizaciones internacionales actuales, la Sociedad de Naciones es una Institución internacional plenamente consolidada con la que se pone fin a un fenómeno evolutivo que, desde entonces, no ha hecho si no fortalecerse en la Sociedad internacional. La Sociedad de Naciones constituye el modelo de algunas de las Organizaciones internacionales contemporáneas por excelencia, lo que la sitúa en un lugar privilegiado a la hora de estudiar el fenómeno de la cooperación

[6]AMERASINGHE, C.F., *Principles of the Institutional law of International organizations*, Cambridge, 1996, p. 22. Sobre la personalidad jurídica de la Sociedad de Naciones ver también, en general, OPPENHEIM, L., Le caractère essentiel de la Société des Nations, *RGDIP*, 1919, pp. 234 ss.; BRESCHI, R., *La Societa delle Nazioni, l'ordinamento giuridico e la natura giuridica*, Florencia, 1920; MARTIN, W., La nature juridique de la Société des Nations, *RDI*, 1929 y LEMOINE, G., *La nature juridique de la Société des Nations*, these Caen, 1939.

[7] FREDERICK SHERWOOD DUNN, LL.B. *The practice and procedure of International Conferences*, Baltimore y Londres, 1929, p. 31.

intergubernamental[8]. En suma, nuestro objetivo a lo largo de este artículo será analizar los principales rasgos que caracterizan a la Sociedad de Naciones como predecesora de la Organización mundial por excelencia: la Organización de Naciones Unidas y como resultado de un proceso de conformación evolutivo. La práctica ginebrina supuso un avance tanto en las relaciones entre los Estados como en el derecho internacional, estableciendo las bases de la cooperación en todas las esferas de las relaciones internacionales y representó la aparición de un ente que conectase a todos los Estados del planeta y al resto de las formas de cooperación existentes. Por esto, no debemos olvidar que los diferentes aspectos que trataremos a lo largo de este estudio están interconectados de tal manera que resulta difícil, si no imposible, establecer una distinción meridiana entre ellos. Así, entre muchos otros, principios como la autodeterminación de los pueblos o el de la universidad y la igualdad entre los Estados, afirmados todos ellos con la llegada de la Sociedad de Naciones, mantendrán un vínculo entre sí que afectará, del mismo modo, al desarrollo de los sistemas internacionales y regionales de protección de los Derechos humanos y al reconocimiento de la subjetividad del individuo en la realidad internacional.

## 2.- Los origenes inmediatos de la sociedad de naciones

El Derecho Internacional en su conjunto es producto de una evolución histórica y, en esta línea, quizá sea el fenómeno de las Organizaciones internacionales el que mejor refleja la existencia de esta

[8] En esta línea, ver, en general, NOEL KEEN, F., *A better League of Nations*, Nueva York, 1934; NOEL KEEN, F., *The Future of the League of Nations*, Nueva York, 1936; *L'heritage de la S.D.N*., Publications du Sécretariat de la S.D.N., Ginebra, 1946; ENGEL, S., *League reform*, Nueva York, 1940; MYERS, D., Liquidation of League of Nations functions, *AJIL*, 1948, pp. 320-354; BAEZ CASTRO, Z., *La Sociedad de las Naciones y la futura organización internacional*, Buenos Aires, 1941.

evolución. La Sociedad de Naciones, al igual que otras formas de cooperación internacional, no surge de un hecho aislado sino que se nutre de las experiencias de cooperación internacional que tuvieron lugar con anterioridad tales como la administración conjunta de los cursos de agua internacionales, los servicios postales o la propiedad intelectual. Incluso, ya en el siglo XV, encontramos un proyecto de creación de una Organización para la paz y la seguridad por parte del Rey checo George de Podiebrad[9]. Ahora bien, a pesar de que este proyecto se denominaba a sí mismo "Organización internacional" no respondía, como es lógico por el periodo histórico en el que aparece, a la definición que, desde el siglo XIX y, sobre todo, a lo largo del siglo XX, se da de Organización internacional contemporánea[10] sino más

[9] George de Podiebrad fue elegido como Rey checo en 1458, debido a las constantes amenazas turcas, el rey checo de mediados del siglo XV desarrolló importantes actividades diplomáticas entre las que cabe destacar la elaboración de un proyecto para la creación de una Organización por la paz en Europa. La elaboración de este proyecto se lleva a cabo en dos etapas. En la primera, se realizaron negociaciones diplomáticas con el objetivo de crear una alianza entre los principales soberanos europeos contra las amenazas turcas. Esta defensa debería comprender la creación de una Corte Internacional de arbitraje. En la segunda etapa, se discutiría la creación de una "Organización internacional" para mantener la paz, lo que incluía la posibilidad de crear una Corte de Justicia Internacional. El proyecto definitivo, por tanto, reflejaba la intención de dar vida a una Organización con personalidad jurídica cuyos órganos serían: el Congreso permanente, el Consejo especial y la Corte de Justicia Permanente. En este sentido, ver, ZOUREK, J. Le Projet du roi tchèque George de Podiebrad: Le premier projet diplomatique tendant à l'organisation de la paix et de la sécurité à l'échelle européenne, *Annuaire français de droit international*, vol.10, 1964, pp. 14-37.

[10] Sobre la definición de Organización internacional contemporánea ver, entre otros, VIRALLY, M. Définition et classification des organisations internationales: approche juridique, en *Le concept d'organisation internationale*, UNESCO, Paris, 1980, pp. 52 y ss ; ROUSSEAU, Ch. *Droit International Public*, Tome II. Les sujets de droit, Paris, 1974, p.452; GRASA,

bien a la calificación hecha por R. GRASA, al hilo del estudio de las diferencias entre el concepto de Organización internacional y Organizaciones internacionales. En efecto, según este autor "la organización internacional (la existencia de instituciones no necesariamente estructuradas organizativamente, que ordenan las pautas de relación entre los actores internacionales) es un fenómeno constatable desde hace bastantes siglos en las relaciones internacionales, al menos episódicamente. Podrá afirmarse que existe -organización internacional- siempre que haya un grupo de Estados (y de actores no estatales, a partir del momento en que éstos sean significativos) que disponga de mecanismos de diálogo regulares y de ciertos arreglos comunes para reglar sus relaciones, así como voluntad de mantener ambas cosas por considerarlas convenientes para sus respectivos intereses"[11]. En esta línea, siguiendo con el análisis de este autor y en relación con las palabras mencionadas por P. GERBET, se establece que "por el contrario, la creación de instituciones internacionales en la segunda acepción del término (la restringida, sinónima de organizaciones internacionales), es un fenómeno mucho más reciente, habida cuenta de que presupone el establecimiento de estructuras organizativas con existencia formal y material separada -aunque no independiente- de 1os estados y agrupaciones de estados"[12].

Del mismo modo, aunque, más avanzado en el tiempo, podríamos señalar la idea que se desarrolla a lo largo del siglo XVII por los pensadores de la época, relativo a la intención de crear una "société des nations". Esta aspiración, al igual que ocurrió con las iniciativas

R., Las Organizaciones Internacionales y los nuevos desafíos globales, *Revista de Sociologia*, Papers 41, 1993, p. 63.

[11] Efectivamente y basándose en las definiciones dadas por CLAUDE al respecto, Rafael Grasa mantiene que existe una diferencia entre el término Organización internacional e Instituciones internacionales y que sólo este último sería sinónimo de Organizaciones Internacionales. GRASA, R., *loc. cit*, 1993, p.57.

[12] Ibid, p.58.

anteriores, no vería la luz en la comunidad internacional por lo que no podemos determinar, con certeza, cuáles serían los rasgos definitivos de la misma, es decir, su estructura y composición. Ahora bien, con los datos que tenemos y siguiendo la diferenciación realizada por A. CASSESE, parece posible afirmar que más que una "sociedad de Estados" se trataría de un "sistema de Estados" que si bien, a simple vista, pueden parecer términos semejantes, tal y como lo indica el autor, no lo son existiendo en el primer caso, a diferencia del segundo, instituciones comunes[13] .

Así, debido a todo lo anterior, los orígenes más lejanos de la Sociedad de Naciones no los podríamos situar sino en el Congreso de Viena de 1815, momento singular tanto para las relaciones internacionales como para el fenómeno de las Organizaciones internacionales. En este sentido, la Organización internacional del periodo de entreguerras no será sino el broche final de una evolución en los rasgos de las primeras Conferencias internacionales que comenzaba, con carácter general, con el Congreso de Viena. Por tanto, tal y como se deduce de las palabras del autor citado, el análisis de estas rudimentarias formas de cooperación pone de manifiesto las importantes diferencias que existen entre las Comisiones fluviales y la Sociedad de Naciones.

Este hecho nos impulsa a situar los orígenes mediatos de la Sociedad de Naciones en la época de las denominadas Uniones administrativas puesto que, con carácter general, estas Organizaciones tendrán una estructura más definida que las germinales Comisiones

[13] Como establece A. CASSESE mientras que el sistema de Estados se podría definir como dos o más Estados que tienen el suficiente contacto entre ellos para considerarse parte de un todo, la Sociedad de Naciones hace referencia a un grupo de Estados que forman una sociedad en la que se encuentran vinculados por un cuerpo de reglas comunes y participan del funcionamiento de Instituciones comunes. Ver, CASSESE, A, *Le Droit International dans un monde divisé*, Paris, 1986, p. 42.

fluviales y se integrarán, en muchos casos, como Organizaciones especializadas de la Organización internacional del periodo de entreguerras. Entre otros, el incipiente carácter universal de las pioneras Uniones administrativas y el salto de la naturaleza puramente técnica a la condición socio-cultural y humanitaria, muestran la tendencia hacia la que caminaba la Sociedad internacional de la época que culminará con la Sociedad de Naciones como la primera Organización internacional con vocación de universalidad. No cabe duda, por tanto, que aunque las Comisiones fluviales se encuentren en los orígenes del fenómeno de las Organizaciones internacionales serán las Uniones Administrativas las que favorecerán significativamente y, de manera directa, la aparición del movimiento universal que surge a principios de la Primera Guerra Mundial y que finalizará con la creación de la Sociedad de Naciones. Ahora bien, en relación con las causas que impulsan la creación de esta Organización internacional, podemos decir que el logro de la paz ocupará un papel primordial ya que numerosas guerras habían asolado el continente europeo a lo largo de los siglos y supusieron que fueran precisamente los deseos de lograr la paz lo que se encontrase en el origen de las formas de cooperación internacional. Este propósito queda demostrado en los momentos previos a la creación de la Sociedad de Naciones de tal modo que aunque, con el tiempo, esta Organización internacional amplíe su esfera de influencia a distintos aspectos de la vida internacional, el rechazo a la guerra o el logro de la paz internacional se situarán en el centro de las causas que justifican su creación.

El anhelo por evitar conflictos internacionales por parte de la Sociedad de Naciones queda demostrado tanto en lo que se podrían considerar los orígenes inmediatos de esta Organización así como en el principal propósito que en los inicios tenía la Sociedad de Naciones, tal y como aparece reflejado tanto en el Tratado constitutivo como en las funciones de sus principales órganos. En efecto, entre los primordiales impulsores de la futura Sociedad de Naciones se encontrarían lo se denominó como las *sociedades pacifistas*, donde destacan la *League to*

*enforce Peace*, la *Association Française pour la Société des Nations* o la *Lega Universale per la Società delle Nazioni*. Aunque, contando con un carácter básicamente regional, estos impulsos que, por el momento histórico en el que surgen, no se formalizarían en la Sociedad internacional, se sitúan en el punto de partida de lo que sería la futura Organización internacional, inspirando al Presidente Wilson en su idea de crear una Asociación universal de Naciones. Las dimensiones que había alcanzado el conflicto europeo de 1914, llevaron a los Estados a actuar conjuntamente y, así, la Sociedad de Naciones encuentra sus orígenes directos, sobre todo, en la voluntad mundial por acabar con los conflictos internacionales[14]. El importante papel que juega la Organización ginebrina en la lucha contra la guerra derivaría en la adopción, con el tiempo, de importantes acuerdos que se consolidarían como instrumentos fundamentales del Derecho Internacional. En este sentido, cabría recordar la adopción del Pacto Briand-Kellong que supuso un avance significativo en la prohibición del recurso a la guerra en las relaciones internacionales y que constituirá un importante instrumento jurídico internacional, cubriendo aquellas cuestiones que,

[14] En esta línea, M. SEARA VAZQUEZ establece que "la preocupación primordial de la Sociedad de Naciones, en realidad razón fundamental de su existencia, fue mantener la paz y la seguridad internacionales; tal preocupación se reflejó tanto en las disposiciones del Pacto como en las diversas actividades de la organización" SEARA VAZQUEZ, M., *op.cit*, 1974, pp. 21-22 y 44. Asimismo, ver COLLIARD, C.A., *Instituciones de Relaciones Internacionales*, Sección de Obras Política y de Derecho, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1977, p. 355; Documentos seleccionados por SOHN, L.B., *International Organisation and Integration*, Student edition, Dordrecht, 1986, pp. 5-6; ROUSSEAU, Ch., *op.cit*, 1974, pp. 486-488 y, en general, SCELLE, G., *Le Pacte de la S.D.N et sa liason avec les traités de Paix*, París, 1919; HODÉ, J., *Les précurseurs de la Société des Nations*, París, 1921; MARBURG T., *Development of the League of Nations idea*, 2 vols., Nueva York, 1932; GOLDSMITH, R., *League to enforce peace*, Nueva York, 1917; WINKLER, H.R., *The League of Nations movement in Great Britain (1914-1919)*, Londres, 1948 y Nueva Brunswick, 1952; BARTLETT, R.J., *The League to Enforce Peace*, Chapel Hill, 1944.

en esta materia, no estaban previstas por el Pacto de la Sociedad de Naciones.

Del mismo modo, en sus orígenes, la Sociedad de Naciones vuelve a poner de manifiesto el notable papel que juegan las Conferencias internacionales en la configuración de las Organizaciones internacionales como precursoras de éstas. En efecto, tras el célebre mensaje del Presidente Wilson sobre sus catorce puntos, será la Conferencia de Paz del 28 de abril de 1919 la que de vida a la Organización internacional mediante la adopción de un Tratado Constitutivo que se conoce con el nombre del "Pacto de la Sociedad de Naciones". En este sentido, quedaría ampliamente demostrado tanto la continuidad de la decidida voluntad por lograr la paz en la Sociedad internacional como el papel central que les corresponde a las Conferencias internacionales en la creación de organismos de esta naturaleza[15]. En este sentido, aunque la Sociedad de Naciones perfeccionará la estructura orgánica de las Instituciones internacionales, las Conferencias no sólo seguirán formando parte de la misma sino que serán un instrumento de cooperación clave a la hora de establecer vínculos entre las diferentes relaciones organizadas. Así, la llegada de la Sociedad de Naciones supondrá un punto de inflexión en los tipos y en los rasgos que hasta el momento caracterizaban las Conferencias internacionales. Con todo, la Sociedad de Naciones no sólo será el reflejo de los cambios que, desde hacía tiempo, estaban presentes tanto en la sociedad internacional en su conjunto como en la evolución de las Organizaciones internacionales sino que, del mismo modo, aportará elementos novedosos en relación con el fenómeno de las Conferencias internacionales. En este sentido "since the establishment of the League of Nations, a new distinction has sprung up between conferences of the League or of its various organs, conferences convened by the League

[15] Entre muchos otros, ver : TEMPERLEY, H.W., *A history of the Peace Conference of París*, Londres, 1920-1924 y MILLER, D.H., *La paix de Versailles, la Conférence de la paix et la Société des Nations*, París, 1930.

and held under its auspices, conferences initiated by the League but not convened by it or held under its auspices, and conferences not connected with the League at all"[16].

La transcendencia del cambio que tiene lugar con el nacimiento de la Organización por excelencia del periodo de entreguerras marcará un antes y un después en las tradicionales clasificaciones sobre las Conferencias internacionales. Aunque no existe un modelo común a todas las reuniones de Estados y, a pesar de que se puedan señalar algunos rasgos generales, cada Conferencia presentará unas características singulares. En efecto, junto a la distinción entre las Conferencias de carácter político o no, las Conferencias legislativas o de negociación, y las Conferencias diplomáticas o técnicas, la aparición de la Sociedad de Naciones y su importante papel en el sistema de las Conferencias dará lugar a una nueva categoría dentro de esta clasificación: las Conferencias de las Sociedad de Naciones y otro tipo de Conferencias. Ahora bien, sin intención de negar el relevante papel que tienen las Conferencias internacionales, éstas serán unas de las "instancias" que mejor muestren algunos de los rasgos tradicionales de la Sociedad internacional. Tal y como se derivará del estudio de la estructura orgánica de la Sociedad de Naciones, entre otros, las características de la Conferencia de Paz de 1919 ponen de relieve la falta de una universalidad real en las relaciones internacionales de principios del siglo XX. En este sentido, pese al gran interés que suscitaba la Conferencia pos Primera Guerra Mundial y el número significativo de Estados que participaron en ella, las decisiones serían adoptadas, con carácter general, por lo que se denominó como el Comité de los Diez o Junta de los Diez. Así, aunque la Conferencia tuviera una vocación universal, serían las grandes potencias las que

[16] Ver, entre otros, FREDERICK SHERWOOD DUNN, LL.B, *op.cit*, pp. 5 y 30 y ss; y *Supplement to American Journal of International Law*, XX, Julio, 1926, p. 209.

ocupasen un papel predominante en la elaboración de los instrumentos jurídicos resultado de ésta[17].

Del mismo modo, la Conferencia de 1919, al igual que ocurrirá con la Sociedad de Naciones, tendrá un marcado carácter político. Ahora bien, la influencia de las nuevas y diversas tendencias que estaban surgiendo en la Sociedad internacional con la aparición de las Uniones administrativas quedará patente en la Conferencia de entreguerras que se configurará, finalmente, como una reunión mixta político-técnica. Basta recordar que, junto al estudio de las principales cuestiones políticas, el análisis de las tareas desarrolladas en la mencionada Conferencia pone de relieve que "hasta 58 comisiones colaboraron en trabajos más técnicos que políticos"[18] siendo muy notable la importancia de esta característica ya que será gracias al estudio de los asuntos técnicos en la Conferencia lo que propicia que las pequeñas potencias tengan una mayor representación. Así, tanto el carácter universal de las formas de cooperación como el contenido y la naturaleza política de la cooperación internacional se irán perfilando con la llegada de la Sociedad de Naciones y con la celebración de la Conferencia de 1919. Esto nos demuestra la voluntad universal de los Estados y la intención por ampliar su ámbito de acción a temas distintos de los puramente políticos por lo que, sin olvidar que los deseos por lograr la paz se encuentran en los orígenes de la constitución de la Sociedad de Naciones y que su vocación universal será un aspecto básico, la realidad y las influencias que tiene la Sociedad internacional clásica se manifiestan, como veremos, en numerosos rasgos de esta Organización.

[17] Entre otros, ver MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho Internacional Público*, Madrid, 1953, p. 399 y MARQUÉS DE OLIVART, *op.cit*, 1927, pp. 87 y 88.
[18] MIAJA DE LA MUELA, A., *op. Cit.*, p. 400.

En suma, es posible afirmar que, aunque la idea de una Sociedad de Naciones fuera un proyecto presente en la Sociedad internacional anterior al gran conflicto bélico, no se materializará hasta el fin de la contienda internacional. Las primeras iniciativas de crear Organizaciones conjuntas orientadas a preservar la paz y la seguridad internacional tuvieron un marcado carácter regional que se mantendrá, en esencia, hasta el fin de la Primera Guerra Mundial y no será hasta que acabe el gran conflicto bélico cuando, debido a las consecuencias de éste, los Estados se vean impulsados a desarrollar un proyecto orientado hacia la universalidad, haciendo realidad un sueño que perduraría, con carácter general, hasta la actualidad.

## 3.- El nacimiento de la organización por excelencia del periodo de entreguerras: La Sociedad de Naciones

La Sociedad de Naciones no sólo supondrá un cambio vital en la Sociedad internacional sino que, además, influirá significativamente en las relaciones internacionales futuras. Aunque los principales rasgos de esta nueva Organización internacional fueran tanto su carácter universal, en el sentido más amplio del término, como su papel conector entre las Instituciones de naturaleza limitada que ya existían en la sociedad internacional, el estudio de se estructura orgánica y funcional nos pone de relieve no sólo la afirmación de otros aspectos que caracterizaban las relaciones internacionales de la época sino, también, las aportaciones novedosas que se producen al fenómeno de las Organizaciones internacionales y al Derecho internacional. En este sentido, cabría mencionar el mantenimiento de la soberanía, por un lado, y el desarrollo estructural que tiene lugar en el seno de las Organizaciones internacionales, por otro lado[19]. En la misma línea, la

[19] Sobre los principales órganos de la Sociedad de Naciones ver, en general, CONWELL-EVANS, T.P., *The League Council in action,* Londres, 1929; MYERS, D.P., Representation in League of Nations Council, *AJIL*, 1926, pp. 689-713; SCELLE, G., La réforme du Conseil de la Société des Nations,

Sociedad de Naciones constituye una importante Organización que facialita el desarrollo en materias tales como la protección de las minorías internacionales, la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, el desarme internacional o la solución pacífica de controversias, entre otros. Este hecho será reflejo de la amplia naturaleza que con el tiempo adquirirá la Sociedad de Naciones puesto que dejará de velar, con el tiempo y con carácter exclusivo, por la paz y la seguridad internacionales para preocuparse por numerosos aspectos de la vida internacional. Más aún, la Sociedad de Naciones constituirá un hito en el devenir de la sociedad internacional, contribuyendo al origen de posteriores Organizaciones internacionales especializadas tanto regionales como universales como la Organización de Naciones Unidas que surgirá también de las aportaciones hechas por la Sociedad de Naciones aunque no se reconozca formalmente[20]. La importancia de la Sociedad de Naciones para los *iusinternacionalistas*

*RGDIP*, 1927, pp. 769-838 ; LANGE, *La composition du Conseil de la Société des Nations*, thèse París, 1928; POPOVITCH, G., *La composition du Conseil de la Société des Nations*, Lusiana, 1929; MANTOUX, P., On the procedure of the Council of the League of Nations, *Journal of Royal Institute of intern. affairs*, 1926, pp. 16-31; PRÉVOST, M.H., *Les Commissions de l'Assamblée de La Société des Nations*, thèse París, 1936; BURTON, E., *The Assembly of the League of Nations*, Chicago, 1941; KRABBE. H., Le Secrétariat de la S.D.N. et son activité en *Les origines et l'ouvre de la S.D.N*, tomo II, Copenhague, 1924; CAGNE, A., *Le Sécretariat général de la S.D.N*., thèse París, 1936; CALDERWOOD, H.B., *The higher direction of the League Secretariat*, Dallas, 1937; RANSHOFEN-WEITHEIMER, E.F., *The international Secretariat*, Washington, 1945 ; y SIOTIS, J., *Essai sur le Sécretariat international*, Ginebra, 1963.

[20] En este sentido, ver : RALLI, G., *Essai sur le problème de l'Entente Européenne*, París, 1932; RALLI, G., *L'Union Européenne*, París, 1933; ARTHUR SALTER, J., *The United States of Europe*, Nueva York, 1933; GUALTIEROTTI, F.T.L., *Le ore decisive dell'Europa: Paneuropa? Mitteleuropa? Finis Europa?*, Milán, 1935; LÉONARD, R., *Vers une organisation politique et juridique de l'Europe*, París, 1935; MITCHEL BINGHAM, A., *The United States of Europe*, Nueva York, 1940.

ha quedado demostrada en numerosas ocasiones. A modo de ejemplo, gracias a la labor desarrollada por esta Institución en relación con la protección de las minorías, C.R. FERNÁNDEZ LIESA, ha indicado que "el primer sistema de protección internacional de los derechos humanos"[21]. Este hecho demostraría la influencia de la Organización no sólo en los sucesivas Organizaciones internacionales sino, del mismo modo, en los futuros sistemas de protección internacional de derechos humanos tanto a nivel regional como internacional.

Centrándonos, ahora, en el estudio de la soberanía y de la estructura orgánica en el seno de la Sociedad de Naciones, cabría señalar algunos aspectos. Antes de todo, con respecto a la Sociedad de Naciones como expresión de las relaciones internacionales clásicas, el Presidente Wilson establecía, en uno de sus puntos, que "una Sociedad General de Naciones debería constituirse en virtud de acuerdos formales que tengan por objeto asegurar garantías recíprocas de independencia política y territorial tanto para los pequeños Estados como para los grandes"[22]. Del análisis de esta afirmación podríamos sacar las siguientes conclusiones. Por un lado, la consolidación del principio de igualdad entre los Estados, estrechamente vinculado con el carácter universal de la Organización y que se deriva, del mismo modo, del procedimiento de votación establecido en los órganos principales de la Organización. Por otro lado, la lectura de esta disposición nos lleva a afirmar la defensa por la nueva Organización tanto de los principios de no intervención en los asuntos internos de los Estados y de la

[21] FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Madrid, 2013, p. 143. Sobre la cuestión de las minorías en el seno de la Sociedad de Naciones ver también, AZCARATE, P. de., *Protection des minorités, 50 ans de la Société des Nations*, Ginebra, 1969; *La Société des Nations et la protection des minorités de race, de langue et de religion*, Section d'information, Sécretariat de la Société des Nations, Ginebra, 1927; y CLAUDE, I.L., *National minorities : An International problem*, Harvard, 1955.

[22] COLLIARD, C.A., *op.cit*, 1977, p. 355.

autodeterminación de los pueblos como la voluntad de los Estados por mantener su soberanía. Este último aspecto, que marcará las relaciones internacionales a lo largo de toda la historia, caracterizará, igualmente, la vida de la Organización del periodo de entreguerras, constituyendo, en parte, una de las causas de su posterior fracaso. En este sentido, tal y como lo dice M. SEARA VAZQUEZ, un correcto estudio sobre la Sociedad de Naciones "tiene que tomar en consideración un hecho irrebatible: esa organización, como toda organización internacional, comprendía un conjunto de estados que, al subscribir el Pacto, habían conservado prácticamente la totalidad de sus prerrogativas soberanas, y con ellas su libertad de acción". Continuando con su análisis, el autor, en palabras más claras y poniendo de manifiesto una realidad aplastante, señala que "reprocharle entonces a la organización su ineficacia, cuando la culpa estaba en los estados miembros, es una injusticia o un desconocimiento de la realidad"[23].

Las manifestaciones de los Estados tendentes a conservar su soberanía en el seno de la Sociedad de Naciones son numerosas. En primer lugar, podríamos señalar la condición gubernamental de los representantes que integran los distintos y novedosos órganos de la Organización ya que, tal y como lo sostiene C.A.COLLIARD "los representantes de los miembros de la Sociedad en sus diversos órganos, son nombrados por los gobiernos y obedecen a las órdenes que de ellos reciben"[24]. En segundo lugar, en relación con la cuestión relativa al arreglo pacífico de controversias, queda de manifiesto la doble voluntad de los Estados de la Sociedad internacional puesto que, por una parte, la Sociedad de Naciones dará vida a un nuevo órgano internacional, el Tribunal Permanente de Justicia internacional, con competencias contenciosas; y, por otra parte, las decisiones del mencionado Tribunal

[23] SEARA VAZQUEZ, M., *op.cit,* 1974, p. 78. En el mismo sentido, el fracaso de la Sociedad de Naciones "was not due to its constitutional defects; it failed because members were not prepared to fulfil their obligations and thus ensure its success" AMERASINGHE, C.F., *op. cit.*, p. 21.
[24] COLLIARD, C.A., *op.cit,* p. 357.

estarían desprovistas de carácter vinculante para los Estados miembros de la Organización. Del mismo modo, cuando los Estados decidiesen atribuir la resolución de un determinado conflicto al Consejo de la Sociedad, este no podía "conducir a la adopción de una resolución de naturaleza ejecutoria" ya que el Pacto "prevé explícitamente la preservación de la competencia exclusiva del Estado"[25]. En tercer lugar, las debilidades del sistema de protección de minorías internacionales desarrollado por la Sociedad de Naciones encuentran su fundamento en los obstáculos soberanistas interpuestos por los Estados que integraban la Organización. Aunque el sistema de garantía de la minorías establecido por la Sociedad de Naciones constituyese un hecho novedoso en el Derecho Internacional y una desvinculación con el ineficaz sistema clásico mediante "la institucionalización" del problema de las minorías, sus resultados no fueron en ningún caso los que estaban previstos. Como sostiene el profesor C.R. FERNANDEZ LIESA el sistema de protección de minorías de la Sociedad de Naciones "se trataba de un procedimiento innovador y revolucionario, pero que seguía teniendo notas interestatales"[26].

La Sociedad de Naciones, sin dejar de constituir un hito en las relaciones internacionales tanto por su importancia como por su carácter innovador, no se desvinculará completamente de las tendencias hacia la cooperación internacional propias de épocas anteriores. Este hecho está presente en numerosos aspectos de la recién creada Institución por lo que, J. KOLASA sostiene que "the rules of procedure of the League were in fact a continuation of previous international

[25] *Ibid*, p. 363. En este sentido, M. SEARA sostiene que, en relación con el arreglo pacífico ante el Consejo, "la fuerza obligatoria del informe dependía de si había sido adoptado por unanimidad o por simple mayoría", siendo sólo vinculante en el primero de los casos. SEARA VAZQUEZ, M., *op.cit*, pp. 50-51.

[26] FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *op.cit.*, pp. 155 y 157.

practice"[27]. Por tanto, muchas cuestiones nos revelan la perdurabilidad de elementos vinculados, en esencia, con las relaciones internacionales previas a la Primera Guerra Mundial. Ahora bien, la Sociedad de Naciones también llevará a cabo nuevas aportaciones en relación con la estructura orgánica de las Instituciones internacionales. En esta línea, cabría mencionar, principalmente, su desarrollo y perfeccionamiento pues, con carácter general, esta Organización supondrá un cambio significativo en la estructura de las instancias internacionales. En este sentido, mientras que las Comisiones fluviales estaban integradas por las Conferencias periódicas como principal o único órgano de acción, con la llegada de las Uniones administrativas surgirán los denominados órganos permanentes pero con la Sociedad de Naciones, por su parte, se dará un paso más allá, consolidando, completando y mejorando el importante cambio que se produjo con las Uniones Administrativas.

La relevancia de la nueva estructura orgánica que surge con la Sociedad de Naciones es, por tanto, producto de una evolución. En este sentido, la Organización ginebrina mantendrá las Conferencias periódicas por medio de la denominada Asamblea General, presente, en cierto modo, tanto en las Comisiones fluviales como en las Uniones administrativas, y la Secretaria permanente que *mutatis mutandis* podría equipararse a las denominadas como Oficinas o "Bureaux" de las Uniones administrativas. Sin embargo, la Sociedad de Naciones integrará entre sus órganos un Consejo que podría definirse como una instancia de naturaleza mixta puesto que parte del Consejo de Seguridad tendrá un carácter permanente que contará con una relevancia real y una influencia internacional innegables. El carácter innovador de esta

[27] SABEL, R., *A Study of the Rules of Procedure at the UN and at Inter-governmental Conferences*, Segunda edición, Cambridge 2006, p. 10. En sentido contrario, se pronuncia el autor de esta obra al decir que "The contrast between the detailed rules of the Assembly of the Leagueof Nations and the scant rules of the preceding congresses and conferences is so great that it raises doubt as to whether the League rules were derived from the rules of previous conferences", p. 9.

incorporación es ampliamente reconocido por los estudiosos del Derecho Internacional. Esta importante aportación, que se completaría con la creación de un Tribunal internacional y numerosos órganos "secundarios" y Organizaciones especializadas de gran relevancia internacional tal y como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de Higiene, la Organización económica y financiera, la Organización internacional de cooperación intelectual o la Organización de las comunicaciones y el tránsito[28], entre otras, se confirma por su perdurabilidad en el tiempo con la llegada de nuevas Organizaciones internacionales.

[28] Producto esta última de una evolución en sentido estricto. Sobre las principales Organizaciones especializadas de la Sociedad de Naciones ver: GHEBALI, V.Y., L'évolution des Commissions et Organisations techniques de la S.D.N., *AFDI*, 1972, pp. 469-511; y RAPISARDI-MIRABELLI, A., *Il Diritto Internazionale Amministrativo e le grandi Unioni fra gli Stati*, Roma, 1907. Sobre la estructura inicial que se le quería atribuir a la Organización Internacional de Higiene Pública, consultar VITTA, G., Le droit sanitaire international, *RCADI*, vol. 33, 1930, pp. 590-592. Tal y como sostiene este autor "l'Office de Paris ne fut pas transformé, pas plus qu'il ne fut assujetti à la tutelle de la Société – refiriéndose a la Sociedad de Naciones", p. 592. Asimismo, en relación con los impulsos finales que llevan a la elaboración de la Organización Internacional de la Higiene Pública así como la estructura definitiva de esta Organización, consultar pp. 592-593; RIPERT, G., L'Organisation des communications et du transit de la S.D.N., *Journal dr. int.*, 1925; LE MAREC, *L'Organisation des communications et du transit*, thèse Rennes, 1938 ; HOSTIE, J., *The Organization for communications and transit of the League of Nations*, Washington, 1945; HILL, M., *The economic and financial Organization of the League of Nations*, Washington, 1946; VAN BLANKENSTEIN, H., *L'Organisation d'hygiène de la S.D.N.*, Purmerend, 193 ; BONNET, H., L'oeuvre de l'Institut international de coopération intellectuelle, *RCADI*, 1937, III, pp. 457-539; y ANDRÉ, Ch., *L'Organisation de la coopération intellectuelle*, thèse Rennes, 1938.

En definitiva, la Sociedad de Naciones refleja al mismo tiempo la evolución y el cambio que caracterizan al fenómeno de las Organizaciones internacionales. La voluntad por conservar la soberanía es un principio inherente a la Sociedad internacional e, incluso, tal y como se ha mencionado, supondría una de las causas de la desaparición de la prometedora Sociedad de Naciones. Ahora bien, no debemos olvidar que los Estados impulsados por la necesidad, primero, y por la voluntad de cooperación en diversas materias y de forma variada, después, hacen que la Sociedad de Naciones se constituya en la expresión más característica de la cooperación internacional.

## 4.- Las principales aportaciones de la Sociedad de Naciones al fenómeno de las organizaciones internacionales

Las aportaciones más significativas de la Sociedad de Naciones tanto al fenómeno de las Organizaciones internacionales como al Derecho Internacional en su conjunto son fundamentalmente dos: Por un lado, con la creación de esta Organización se afirmará el carácter universal en las formas de la cooperación internacional, constituyéndose como un principio básico de las relaciones internacionales y vinculándose con la teoría de la igualdad entre los Estados; y, por otro lado, la Sociedad de Naciones quedará definida como la "Organización de organizaciones", sirviendo como un nexo de unión entre las distintas formas de cooperación intergubernamental que existían en la sociedad internacional. En efecto, gracias a las Uniones administrativas y a la aparición de la Sociedad de Naciones, se iniciará una etapa de cooperación entre los entes independientes de la Sociedad internacional, que culminará con la integración de algunos de ellos como organismos especializados de la antecesora de Naciones Unidas. Así, la Sociedad de Naciones formalizará los cambios que hasta el momento estaban teniendo lugar en la comunidad internacional, creando una nueva forma de entender las relaciones internacionales y, del mismo modo, favorecerá el desarrollo y la organización de la

sociedad internacional en la que no se contaba, hasta entonces, con un ente que por su amplia naturaleza abarcase numerosos aspectos e integrase a un gran número de los Estados del planeta.

*La afirmación de la universalidad como rasgo de las Organizaciones internacionales contemporáneas*

El carácter restringido que caracterizaba a las primeras Organizaciones internacionales: las Comisiones fluviales, desaparecerá con la llegada de las Uniones administrativas y se confirmará esta desaparición con la creación de la Sociedad de Naciones, perdurando como elemento definitorio de muchas Organizaciones internacionales contemporáneas y consolidándose como un principio básico del Derecho internacional. En efecto, en sus inicios, las Comisiones fluviales sólo integrarían a los Estados ribereños que tenían un interés directo en la regulación conjunta de algunos de los ríos internacionales más importantes. En su caso, las Conferencias de la Haya de 1899 y, sobre todo, de 1907, impulsarán la participación de nuevos Estados que, en el seno de las Organizaciones internacionales, quedará confirmado con el nacimiento de las Uniones administrativas puesto que las Cartas fundacionales de esas Uniones dejarán abierta la puerta a la incorporación de otros Estados, distintos a los que se podrían considerar como los miembros originarios de estas instituciones. En este sentido, los orígenes inmediatos de la universalidad que caracterizará a la Organización del periodo de entreguerras se podrían situar tanto en las Conferencias de la Haya como en las sucesivas Uniones administrativas del siglo XX. La importancia que ambos fenómenos tienen en la posterior configuración universal de la Sociedad de Naciones, reflejando, en ocasiones, un verdadero carácter universal, más real y consolidado, queda plasmado en las palabras del MARQUÉS DE OLIVART quien sostiene que el gran número de Estados que participarán en la Conferencia de la Haya de 1907 harán de ésta "el más completo ejemplo, y aun lo es, comparándola con la Sociedad de las

Naciones, de una reunión verdaderamente ecuménica del mundo civilizado"[29]. Ahora bien, *a priori*, con la Sociedad de Naciones no sólo se afirma la cláusula extensa de la membresía en las Organizaciones internacionales sino que, también, será una de las Instituciones internacionales de la época en la que participen un mayor número de Estados, procedentes de diferentes regiones del planeta y de características sociales y políticas diversas. Así, tal y como se deduce del artículo 10.2 de su Carta fundacional, la Sociedad de Naciones se modela como una Organización con vocación de universalidad. Esta disposición establece que "todo Estado, dominio, y colonia que se gobierne libremente puede ser miembro de la Sociedad"[30], con lo que C.A.COLLIARD sostiene que la Sociedad de Naciones "está abierta a otras colectividades que presenten su candidatura y fuesen aceptadas"[31].

La pretendida vocación universal de la Sociedad de Naciones se refleja no sólo en lo establecido en el artículo 10 del Tratado constitutivo y en las afirmaciones hechas por la doctrina *iusinternacionalista* sino que constituye un principio fundamental, inherente a la propia Organización. Por tanto, serán continuas las referencias directas e indirectas al carácter universal de esta Organización de tal modo que, a estos efectos, bastaría reseñar las características que la Organización reconocería a sus organismos técnicos. En efecto, de estos organismos "podrían formar parte no sólo los países miembros de la Sociedad sino también todos los otros países que, sin serlo, estuviesen interesados en particular en los trabajos de tales organismos; de ahí que casi siempre contaran con más miembros que la Sociedad, realizando así mejor la idea de universalidad"[32].

[29] MARQUÉS DE OLIVART, *op.cit.*, p. 78.
[30] COLLIARD, C.A., *op.cit.*, p. 356.
[31] *Ibid.*, p. 357.
[32] SEARA VAZQUEZ, M., *op.cit.*, p. 72.

Ahora bien, la inestabilidad de la Sociedad internacional pondrá de relieve la distancia que existe entre la teoría y la práctica internacional, en relación tanto con el carácter universal de la Sociedad de Naciones como con el principio de la igualdad soberana de los Estados. No todos los Estados del planeta se integrarán como miembros de la Sociedad de Naciones y algunos de los Estados más importantes de la Sociedad internacional de la época, como los Estados Unidos, nunca llegarán a participar, mientras que otros como Alemania, Italia o Japón se retirarán de esta Institución. La falta de correspondencia entre los principios proclamados por la Sociedad de Naciones y sus características reales se deducen de las palabras de C.A. COLLIARD quien sostiene que, en el seno de esta Organización, "algunos Estados no fueron admitidos dada la pequeñez de su territorio; por ejemplo los principados de Mónaco y Liechtenstein" y continua diciendo que, en el caso de otros Estados, tal y como es el supuesto de Argentina "durante mucho tiempo no tuvieron una participación efectiva"[33]. En la misma línea, Ch. ROUSSEAU sostiene que "il existait des conditions d'admission très strictes dans l'institution de Genève et il existait en contrepartie des possibilités de retrait et d'exclusion"[34].

Por tanto, aunque *prima facie* se pudiese afirmar el carácter universal de la Sociedad de Naciones en su sentido más amplio, con el tiempo se demostrará que esta Institución, al igual que ocurrió con sus predecesoras, estará sujeta a los avances y retrocesos propios de la sociedad internacional. En este sentido, esta Organización no sólo tendría como objetivo inicial integrar en su seno a todos los Estados del planeta sino que, del mismo modo, pretendió extender sus competencias a diversos ámbitos de la esfera internacional, tendencia esta última que la Sociedad de Naciones heredará, también, de las Uniones administrativas y que se confirmará con la creación de numerosas Organizaciones especializadas. Sin embargo, la práctica internacional

[33] COLLIARD, C.A., *op.cit.*, pp. 356-357 y p. 358.
[34] ROUSSEAU, Ch., *op.cit.*, 1974, p. 509.

demostrará la imposibilidad de cumplir, en su totalidad, estos propósitos, lo que no limitaría la importancia de la Organización. Así, mientras que la Sociedad de Naciones no llegará a ser, en realidad, una verdadera Organización mundial, sí logra abarcar, coordinar y gestionar numerosas materias de las relaciones internacionales. En este sentido, tal y como lo afirma M. DENDIAS "en dehors de ces divers services administratifs à compétence spéciale et exclusive, la Communauté internationale est aujourd'hui en possession d'un organisme à compétence beaucoup plus vaste, presque générale (au moins en puissance), la Société des Nations, envisagée, sous son aspect administratif, comme un ensemble de services internationaux d'ordre administratif et social"[35].

La naturaleza universal de las Organizaciones internacionales es la mejor muestra del carácter igualitario entre los Estados que participan en las relaciones internacionales así como de la evolución que se produce en el fenómeno de las Organizaciones internacionales y en la importancia de éstas. La prueba más clara de la relevancia de las aportaciones de la Sociedad de Naciones a la Sociedad internacional en su conjunto, sería la consideración que se ha hecho, en muchs ocasiones, de esta Institución como un *super Estado*. Por lo demás, cabe recordar que es innegable el vínculo que existe entre el principio de igualdad de los Estados y el carácter universal que tiene la Sociedad de Naciones puesto que la voluntad de contar, al menos en teoría, con todos los Estados del planeta supuso, indirectamente, el fortalecimiento del principio de la igualdad soberana de los Estados. Ahora bien, este principio se verá truncado lo que queda patente, principalmente, en dos aspectos. Primero, en la configuración orgánica real de la Sociedad de Naciones puesto que las reglas de funcionamiento de algunos de sus principales órganos suponían un grave atentado al principio de las igualdad de los Estados; y, segundo, en algunos intentos por parte de

[35] DENDIAS, M., Les principaux services internationaux administratifs, *RCADI*, 1938-I, p. 260 *in fine*.

las grandes potencias por restringir aun más la participación, en términos igualitarios, de todos los Estados, siendo así que, "antes de 1935 algunas de las grandes potencias trataron de crear, al menos oficiosamente, una especie de consejo restringido, un super-consejo de las grandes potencias"[36].

En definitiva, la Sociedad de Naciones constituye un importante avance en lo que respecta a lo universal como rasgo esencial de muchas de las Organizaciones internacionales que se consolidan con posterioridad, aunque la situación política del momento y la configuración de esta Organización hicieran imposible la consolidación y aplicación real y extensa del principio de universalidad.

*La interdependencia de las distintas formas de cooperación internacional*

La Sociedad de Naciones afirmará otro de los cambios que estaban teniendo lugar en la sociedad internacional: el fomento de las relaciones entre las diferentes formas de cooperación organizada. En este sentido, las conexiones que surgen con las Uniones administrativas entre las distintas Organizaciones internacionales se extienden y fortalecen con la llegada de la Sociedad de Naciones. En primer lugar, esta Organización mantendrá estrechos vínculos con muchas Uniones administrativas de la época; en segundo lugar, algunas de las Uniones administrativas por excelencia, como la Unión Postal Universal o la Unión Telegráfica, se integrarán como Organizaciones especializadas de la recién creada institución; en tercer lugar, miembros de la Sociedad de Naciones y otras Organizaciones internacionales participarán de manera activa en las reuniones celebradas en el seno de Instituciones de distinta índole; en cuarto lugar, la Sociedad de Naciones creará organizaciones técnicas con el fin de abarcar todos los aspectos de las

[36] COLLIARD, C.A., *op.cit.*, p. 361.

relaciones internacionales; y, por último, la Sociedad de Naciones favorecerá la creación de comisiones de estudio en diversos ámbitos del Derecho internacional, impulsadas, en su mayoría, por particulares y que serán conocidas como "instituciones especiales", cabiendo mencionar dentro de estas últimas, entre otras, el Instituto Internacional de cooperación intelectual, el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado, el Instituto Internacional de cinematografía educativa, la Oficina Internacional Nansen para los refugiados o el Centro Internacional de estudios sobre la Lepra[37].

El periodo de la Sociedad de Naciones verá nacer un sistema de interrelación entre las distintas formas de cooperación existentes cuyas manifestaciones son diversas y, entre las que de manera concreta podríamos señalar las siguientes. Por un lado, muchas de las Organizaciones internacionales de ese periodo histórico contarán con la asistencia, en sus reuniones, de representantes de distintas Instituciones y, así, cabría mencionar, entre otros, la participación de miembros de la Sociedad de Naciones o de la Organización Internacional del Trabajo en las Conferencias celebradas en el seno de la Unión Balcánica. Del mismo modo, existirá un estrecho vínculo entre la Sociedad de Naciones y la Organización Internacional del Trabajo, en el que la autonomía e independencia real de esta última con respecto a la primera no ha impedido que, en algunos casos, se haya identificado a la Organización Internacional del Trabajo como un organismo especializado de la Institución ginebrina. Asimismo, otro reflejo del vínculo existente entre las diferentes formas de cooperación internacional se deriva del envío de información de las tareas desarrolladas por una determinada Institución a otra cabiendo señalar, a estos efectos, la relación existente entre la Comisión Internacional de

[37] Sobre este tema, entre otros, DENDIAS, M., *op.cit.*, 1938-I, pp. 307-309; LE FUR, L-E., Le Développement Historique du droit International. De l'anarchie internationale a une communauté internationale organisée, *RCADI*, 1932, pp. 591-593; y LUCHAIRE, J., La coopération intellectuelle, *RCADI*, vol. 9, 1925, p. 376.

los estrechos turcos con la Sociedad de Naciones puesto que la primera quedaría obligada a enviar a la segunda informes de su trabajo en relación con la regulación de dichos estrechos[38]. Por otro lado, durante algún tiempo, el Pacto de la Sociedad de Naciones "establecía que los miembros sufragarían los gastos de la organización en la proporción establecida por la Oficina Internacional de la Unión Postal Universal"[39]. Este ejemplo mostraría el vínculo existente entre las Organizaciones internacionales de esa época, lo que se confirmaría con la creación de la Organización internacional del Trabajo y su vínculo con la Sociedad de Naciones y, sobre todo, con lo establecido en el artículo 24 del Pacto que dispone que Todas las oficinas internacionales anteriormente establecidas por tratados colectivos, serán puestas bajo la dirección de la Liga, siempre que las partes contratantes de dichos tratados lo consientan. Todas las oficinas internacionales y todas las comisiones para el arreglo de los asuntos de interés internacional, que fuesen creadas en lo sucesivo, serán puestas bajo la dirección de la Liga"[40].

Por lo demás, la Sociedad de Naciones creará organizaciones técnicas que, junto con las organizaciones internacionales existentes, se situarán bajo "el control" de esta Organización internacional. Ahora bien, el carácter técnico de estas formas de cooperación se debe entender en su sentido más amplio pues los organismos que surgen de la mano de la Sociedad de Naciones extienden sus competencias no sólo a cuestiones puramente técnicas como las comunicaciones internacionales sino que, también, abarcan aspectos de la realidad social tales como la salud o la economía. Así, las funciones generales de las que dispone la Sociedad de Naciones se complementan con las

[38] En este sentido, *Boletín Mensual de la Sociedad de las Naciones*, vol. XV, nº. 4, 1 al 30 de abril de 1935, Sección de Información de la Sociedad de las Naciones, pp. 135 y ss.
[39] COLLIARD, C.A., *op.cit.*, p. 359.
[40] Documentos seleccionados por SOHN, L.B., *op.cit.*, pp. 11-12. En el mismo sentido, entre otros, SEARA VAZQUEZ, M., *op.cit.*, p. 34 y COLEGROVE, K.W., *International Control of Aviation*, Boston, 1930, p. 105.

competencias específicas de sus distintos organismos técnicos, abarcando esta Organización, por ende, la regulación de todos los aspectos de las relaciones internacionales. En palabras de Ch. ROUSSEAU "schématiquement l'Organisation technique se présentait comme une société internationale spécialisée à l'intérieur de la société internationale générale qu'était la Société des Nations"[41].

Asimismo, sería importante señalar que la especialización que impulsa la Sociedad de Naciones mediante la creación de organizaciones específicas y cuya máxima expresión queda reflejada en la aparición de la Organización Internacional del Trabajo, confirma la importancia que la iniciativa privada estaba adquiriendo en la Sociedad internacional y que dará lugar, con el tiempo, a la afirmación del individuo como eventual sujeto del Derecho Internacional. En efecto, "l'homme instruit de la fin du XIX siècle considère tout l'univers comme étant ouvert à son activité. Rien ne l'attache à un coin déterminé de la terre. La plupart des gens cultivés ont des intérêts personnels, scientifiques, religieux, économiques dans différentes parties du globe. De grandes associations internationales, religieuses, scientifiques, professionnelles, industrielles, etc., réunissent des personnes de différentes nations poursuivant les mêmes buts (…) Jamais encore il n'a circulé, entre les différents continents et les différents pays, une pareille multitude de personnes, une telle quantité de produits de toutes les parties du monde, jamais il n'y a eu autant de communications de tout genre"[42] . Los Estados, debido a la falta de una apremiante necesidad no disponen, en muchos casos, de los mecanismos para crear Instituciones en ámbitos diferentes a la regulación de los ríos internacionales, las comunicaciones y los transportes lo que supone que sean los particulares los que promuevan la coordinación y cooperación internacionales y que surja, como consecuencia de ello, una nueva

[41] ROUSSEAU, Ch., *op.cit.*, p. 536.
[42] KAZANSKY, P., Les premiers éléments de l'organisation universelle, *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 29, 1897, pp. 238-239.

categoría de Instituciones internacionales: las denominadas Organizaciones mixtas. Por lo tanto, a principios del siglo XX, podamos situar los orígenes directos de las organizaciones internacionales híbridas, formadas por grupos privados o expertos en cuestiones de distinta índole y por los Estados. En este contexto, sería importante recordar que no sólo pero, también, algunas de las Organizaciones especializadas que integran la Sociedad de Naciones, primero, y su sucesora, la Organización internacional de Naciones Unidas, después, se caracterizan por esta misma naturaleza mixta.

En resumen, la labor que desempeña la Sociedad de Naciones al conectar y organizar las relaciones entre "instancias" internacionales, ha llevado a definir a esta Organización, en ocasiones, como un super-Estado. Sin embargo, las dudas que a este respecto pudieran surgir se disiparán con la adopción del Dictamen sobre los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas en 1949, con el que la subjetividad de las Organizaciones internacionales queda ampliamente reconocida, otorgándoseles una condición de sujeto secundario o derivado del Derecho internacional[43]. En este sentido, tras analizar los vínculos que la Sociedad de Naciones crearía e impulsaría con las distintas formas de cooperación internacional, sería más correcto afirmar que la Sociedad de Naciones constituiría, entre otras cosas, no un super-Estado sino, más bien, como una "Organización de organizaciones".

[43] En este sentido, C.A., COLLIARD, establece que "la Sociedad de Naciones no es un Super-Estado; es un forma de organización de la sociedad internacional", COLLIARD, C.A., *op.cit.,* p. 361. En la misma línea, Ch. ROUSSEAU afirma que la Sociedad de Naciones es "une institution *sui generis,* irréductible aux catégories juridiques traditionnelles", ROUSSEAU, Ch., *op.cit.,* p. 509.

## 5.- Consideraciones Finales

A pesar de su desaparición, es innegable la importancia que tiene la Sociedad de Naciones para la historia de las relaciones internacionales y para el fenómeno de las Organizaciones internacionales, reflejo de ello sería la creación de Naciones Unidas como Organización internacional por excelencia de la Sociedad contemporánea. Ahora bien, esto no impide afirmar que la naturaleza de la Sociedad de Naciones es, sobre todo, un reflejo del cambio que estaba teniendo lugar en la escena internacional a principios del siglo XX lo que queda ampliamente demostrado en los siguientes aspectos.

En primer lugar, la naturaleza universal como un rasgo principal de esta Organización internacional se complementa, sin embargo, con la exclusión de algunos Estados y la no participación de otros, siendo algunos de éstos los Estados "más poderosos" en la Sociedad internacional. En este sentido, a pesar de ser uno de los impulsores principales del proyecto de la Sociedad de Naciones, Estados Unidos no se integrará como miembro de la Organización, por lo que la Sociedad de Naciones que, en principio, se encontraba abierta a todos los Estados del planeta no logrará, finalmente, un verdadero carácter universal. En segundo lugar, el principio de igualdad soberana entre los Estados, presente tanto en los procedimientos de votación de los órganos más importantes de la Sociedad de Naciones como en muchos artículos del Pacto, se verá afectado por la propia configuración orgánica de la Sociedad de Naciones y, así, por ejemplo, el Consejo de Seguridad favorecerá la posición y las decisiones de algunos de los miembros de la Organización que, al mismo tiempo, son las potencias hegemónicas de ese momento histórico. En tercer lugar, el principio de la autodeterminación de los pueblos quedaría fuertemente "golpeado" por la práctica de los Mandatos que implementa la Sociedad de Naciones, lo que constituye un nuevo mecanismo internacional que impide la consecución de uno de los principios fundamentales en el Derecho internacional actual. Por último, la aceptación generalizada de

que la Sociedad de Naciones era una Organización internacional plena con amplias competencias en diversos aspectos de las relaciones internacionales se debilitará por la voluntad de los Estados de mantener su soberanía. Este sería el principal problema al que tiene que hacer frente la Sociedad de Naciones a lo largo de su existencia como forma eficiente de cooperación internacional. La pervivencia de la soberanía de los Estados y su falta de interés, en muchas ocasiones, por dotar de mayor autonomía a la Organización se expresa, sobre todo, en las competencias que se le atribuyen a los órganos que integran la Institución que no cuentan con un carácter vinculante en sus decisiones.

En definitiva, la Sociedad de Naciones constituye el final de una tendencia que surge a partir del siglo XIX y de la que esta Organización sería la expresión por excelencia. En efecto, la Sociedad de Naciones plenamente reconocida como una Organización internacional supone la afirmación de algunos de los rasgos que, en la actualidad, definen a la mayoría de instituciones internacionales; y, asimismo, esta Organización, a pesar de sus limitaciones, contribuye a fomentar la solidaridad entre los Estados y al desarrollo del Derecho internacional y de las futuras Organizaciones internacionales. Por tanto, sería posible afirmar que la Sociedad de Naciones representa, al mismo tiempo, una continuidad y una ruptura en relación con las formas de cooperación existentes hasta el momento. Por un lado, consolidará ciertos elementos de las tendencias que existían en la Sociedad internacional de la época; y, por otro lado, será la expresión de una nueva forma de cooperación y relación entre los Estados no sólo por sus originales características y rasgos sino, del mismo modo, por su confirmación como sujeto del Derecho Internacional público distinto de los Estados que componían la realidad internacional. La Organización ginebrina constituye un avance, entre otras muchas cosas, porque esta Organización crea nuevos organismos internacionales de diversa índole; coordina e integra las Organizaciones que, hasta el momento, formaban parte de la Sociedad internacional; desarrolla una importante labor en materia de cooperación socio-cultural humanitaria, con la defensa de la abolición

de la esclavitud, la ayuda a las refugiados o la protección de las mujeres y los niños; afirma nuevos principios como la universalidad, la prohibición de la guerra o el desarme; y, sobre todo, conformará el modelo de la Organización suprema de la sociedad internacional actual: la Organización de Naciones Unidas.

# LA MEDIACIÓN COMO PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES

*"Si quieres hacer la paz con tu enemigo tienes que trabajar con él. Entonces se convierte en tu compañero"*[1].

**Cristina del Prado Higuera**
**Universidad Rey Juan Carlos**

## 1.- Introducción

A diario a través de los distintos medios informativos (prensa, televisión, internet…) tenemos conocimiento de los conflictos armados a gran escala que tienen lugar en diversas partes del mundo, las causa son muy variadas y complejas y a menudo no son únicas, sino que en el inicio de todos los conflictos armados encontramos motivos muy diversos y la mayoría de las veces entremezclados: raciales, religiosos, geoestratégicos, políticos, económicos… aun así desconocemos muchos aspectos de estos conflictos. La mayoría de los medios de comunicación dirigen nuestra atención tan sólo a determinadas crisis mientras que otras son completamente ignoradas e invisibilizadas, nos vamos

[1] MANDELA, N., *El largo camino hacia la libert*ad. Madrid, 2013.

acostumbrando a ellas creando una cierta insensibilidad, adormeciéndonos ante muchas de estas realidades. Lo que no podemos olvidar es que cada conflicto es diferente y hasta hace unos años la única solución que se planteaba para resolverlos era la guerra, hoy en día la mediación y la negociación se trazan como una alternativa entre Estados para resolución de estos conflictos armados.

El conflicto es innato al desarrollo del ser humano y consustancial a la vida en sociedad, el conflicto[2] ha sido fuente de múltiples transformaciones con el paso del tiempo y está presente en relaciones de toda índole incluso entre Estados, generalmente la mediación ha estado tradicionalmente ligada a las relaciones no regidas por Derecho imperativo por ejemplo entre países y Estados[3].

El Derecho Internacional Humanitario define los conflictos armados y hace una distinción entre dos tipos: los conflictos armados internacionales, uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro, incluso si no hay hostilidades abiertas o no se ha hecho una declaración de guerra oficial. El Protocolo Adicional incluye los conflictos en los que los pueblos luchan contra una ocupación extranjera y contra regímenes racistas, ejerciendo el derecho de los mismos a la libre determinación (guerras de liberación nacional).

Y los conflictos armados no internacionales, se producen dentro de un Estado entre las fuerzas armadas gubernamentales y grupos no gubernamentales o entre dichos grupos. Las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad y los grupos armados deben ser organizados.

---

[2] CASCÓN SORIANO VÁZQUEZ, F., ¿ Qué es bueno saber sobre el conflicto? Actitud ante el econflicto y cooperación, en Cuadernos de Pedagogía nº287, Madrid, 2000, p.60.

[3] MORENO CATENA, V., Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos. Madrid, 2011, p.28.

Desde finales del siglo pasado, el Ordenamiento Jurídico Internacional impuso a los Estados y otros sujetos la obligación de tratar de solucionar sus disputas mediante el uso de medios pacíficos evitando, en la medida de lo posible, el uso de la fuerza. Este compromiso de limitar el uso de la guerra como un medio habitual en la resolución de controversias fue adquirido por los Estados firmantes del Convenio de La Haya de 1907, del Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919 y en el Pacto Briand-Kellog de 1928[4] no aparecen herramientas diferentes para ayudar a solucionar los problemas que pudieran surgir entre los distintos países, los Estados se comprometen a la proclamación del principio de arreglo pacífico de controversias internacionales como una obligación *erga omnes*, por su carácter de norma *ius cogens*, mediante la adopción de la Carta de las Naciones Unidas de 1945[5], en cuyo texto se otorgaba un reconocimiento institucional al consenso como vía prioritaria para gestionar la resolución de determinados conflictos, destacando para tal fin el uso de los buenos oficios y en particular, de la mediación[6].

Tras la Segunda Guerra Mundial y la creación de Naciones Unidas, la Carta de Naciones Unidas de 1945 contenía en su preámbulo como principal objetivo preservar a las generaciones futuras del flagelo de la guerra y en su artículo 2.4 recoge "*Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrá de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas*, también la Declaración de Principios de Derecho Internacional referente a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de Naciones Unidas, proclamaba este principio, destacando que dicho arreglo se basará en la igualdad soberana

[4] Sociedad de Naciones. Pacto de Briand-Kellog, 27 de agosto de 1928.
[5] Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945.
[6] LÓPEZ VALLÉS, S., *Mediación de Conflictos Armados: la perspectiva de genero en la construcción de la paz*, Bogota, 2017, p.107.

de los Estados y en el principio de libre elección de los medios[7] un deseo generalizado de extender el imperio de la ley y de fortalecer el sentimiento de la justicia internacional sustentado en la Convención para la resolución pacífica de las controversias internacionales e impulsando la expansión de la práctica mediadora en regiones como África, Europa y Oriente Medio.

A nivel internacional, organizaciones como Naciones Unidas han tenido un papel fundamental en su promoción como mecanismo para la gestión y resolución de diversos conflictos sucedidos tanto dentro de varios Estados como entre los mismos: Afganistán, Angola, Colombia, Chipre, El Salvador, Guinea Ecuatorial y el Gabón, Georgia, Guatemala, Guyana y Venezuela, Haití, Irán e Irak, Myanmar, Nepal, Nicaragua, Nigeria y Camerún, la ex Yugoslavia, la ex República Yugoslava de Macedonia y el Sáhara Occidental, son solo algunos ejemplos. Esta labor de mediación la ha desarrollado principalmente el Secretario General y sus Representantes. La Cumbre Mundial de 2005 resaltaba el papel tan destacado que había jugado como mediador el Secretario General[8].

Por último, cabe señalar algunas medidas de apoyo a la mediación desarrolladas por diversas organizaciones, entre otras, la creación en 2006 de herramientas como "United Nations Peacemaker", una base de datos orientada a dar soporte a profesionales de la mediación, y de ONU Mujeres en 2010, con el objetivo de promocionar la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer.

En un mismo sentido, en el ámbito nacional también se han desarrollado importantes procesos para la construcción de la paz en el interior de las fronteras de países como Colombia, el cual, ha recurrido a su aplicación para tratar de paliar un conflicto que asola el país y que se

[7] Resolución 26/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 24 de octubre de 1970.
[8] Resolución de la Asamblea Genearl 60/1, p.76.

ha prolongado durante décadas. La experiencia acumulada en la construcción de la paz por iniciativas desarrolladas a nivel local y regional pone de manifiesto el poder de la sociedad civil en la construcción de la paz y, en consecuencia, que la búsqueda de una solución negociada representa "la mejor alternativa**"** para la transformación del conflicto armado colombiano. Otro ejemplo lo encontramos en Filipinas en donde la firma de un tratado puso fin a un conflicto armado en Mindanao.

Lo que nos pone de manifiesto estos conflictos es que el final de la Guerra Fría no supuso como se esperaba la reducción de los mismos, Federico Mayor Zaragoza expresaba "las amenazas más graves a la paz y al porvenir de la humanidad han cambiado de signo en los últimos años. Si durante la Guerra Fría vivimos en un mundo bipolar que se vio en ocasiones al borde del holocausto atómico, tras la caída del Muro de Berlín y la desaparición de la Unión Soviética estamos confrontados a otras fuerzas que habían permanecido ocultas"[9], las guerras modernas han puesto de manifiesto un nuevo panorama ya no nos encontramos dos ejércitos enfrentándose en un campo de batalla, ahora nos encontramos nuevos actores como señores de la guerra, rebeldes, mercenarios, niños soldados, guerrillas… además la guerra ha dejado de ser un espacio únicamente masculino y han entrado como protagonistas para desempeñar un rol tanto mujeres como niños.

La Guerra Fría significó el establecimiento de un alineamiento de amigos y enemigos desconocido en la política mundial y la materialización del enunciado de Karl Marx al principio del *Manifiesto Comunista*[10], el fantasma del comunismo recorre Europa, de tal manera que el comunismo dejó de ser un fantasma, una idea, un movimiento minoritario de sectores radicalizados de Europa occidental para

[9] FISAS ARMENGOL, V., *Alternativas de defensa y cultura de paz.* Madrid, 1994, p.9.
[10] MARX, K.., *El Manifiesto Comunista*.Madrid, 2012, p. 45.

expresarse ahora en una serie de regímenes políticos instaurados en Europa, alrededor de una de las potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial y poderosos partidos y movimientos insurgentes en resto de Europa y Asia[11].

Por lo tanto es innegable que están surgiendo nuevos conflictos y la vía del diálogo está siendo utilizada para resolver numerosas controversias políticas. Sin embargo, no todos los conflictos son susceptibles de resolverse a través de la mediación. Así, los conflictos recientemente acontecidos entre Rusia y Ucrania, el prolongado conflicto palestino-israelí, o la guerra civil que asola Siria actualmente son algunos casos en los que la falta de voluntariedad de las partes implicadas ha impedido, hasta el momento, que se puedan alcanzar soluciones negociadas, mientras que por otra parte algunos conflictos internacionales como los del Ulster, o la recientes negociaciones en la Mesa de La Habana si que se han podido resolver a través de ella, algunos negociadores como Alfonso Pérez Esquivel han sido durante muchos años maestros en la mediación de conflictos internacionales, lo importante es buscar y encontrar sistemas y métodos que conlleven la resolución de éstos de una forma eficaz y duradera[12].

La caída de la Unión Soviética en 1991 marcó el final de la Guerra Fría y el comienzo de un mundo unipolar en el que las ideas liberales parecían haber triunfado, poniendo fin a "la evolución ideológica de la humanidad y la universalización de la democracia liberal

[11] GIRALDO RAMÍREZ, J., *Las ideas en la guerra*. Bogotá, 2015, p.34.

[12] Desde Naciones Unidas se han llevado a cabo con éxito la mediación en diversos conflictos como los acontecidos entre Polonia y Lituania en 1920, Finlandia y Suecia en 1921, Alemania y Polonia en 1922, Italia y Grecia en 1923…

occidental como la forma final de gobierno humano" en palabras del influyente politólogo Francis Fukuyama[13].

Pero 30 años después de la caída del muro de Berlín, la realidad es otra. Los valores occidentales no se han universalizado. China, potencia comercial de primer orden, ha aumentado su potencial militar y reclama sus derechos sobre el mar de la China meridional. Además, la retirada de Estados Unidos del *Trans-Pacific Partnership* (TTP) deja al gigante asiático como abanderado de la globalización y del libre comercio[14].

Rusia, tras la enorme convulsión que supuso la caída de la URSS, que el presidente Vladimir Putin calificó como "la catástrofe geopolítica más grande del Siglo XX" en el discurso ante las dos cámaras de la Duma en abril de 2005, la disolución del Pacto de Varsovia, la transición hacia una economía no-planificada y la llegada de la democracia (en riesgo hoy en día[15]) intenta recuperar la influencia internacional perdida tras la disolución de la Unión Soviética.

Así, la doctrina de política exterior rusa aprobada en 2013 se basa en "garantizar la seguridad del país, protegiendo su soberanía e integridad territorial, asegurando su puesto de privilegio en la comunidad internacional como uno de los polos influyentes y competitivos del mundo actual[16]", "asegurar una protección global de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos rusos y de los compatriotas en el

[13] *El País*, 17 de marzo de 2017.
[14] China desembarca en Davos dispuesta a consolidar su poder frente a Trump: http://internacional.elpais.com/internacional/2017/01/16/actualidad/1484570903_971140.html
[15] Puesto 132 de 157 según el Democracy Index 2015 de *The Economist*
[16] RUÍZ GONZÁLEZ, J., "El concepto de política exterior rusa: un análisis comparativo" en IEEE

extranjero[17]" y "promover el idioma ruso y fortalecer su posición en el mundo, informando de los logros de Rusia[18]".

Estos principios abstractos se han traducido en una política de hechos consumados en la que Rusia ha intervenido militarmente en Ucrania[19] para evitar su integración en la Unión Europea, ha sostenido por la fuerza de las armas al régimen de Bashar Al-Assad en Siria, bombardeando posiciones de grupos terroristas, pero también de la oposición democrática (FSA)[20]. Además, el presidente ruso y su equipo de gobierno llevan a cabo una campaña de propaganda a través de canales como *Russia Today*, *Sputniknews y RIA Novosti* que buscan reforzar la imagen de la Federación Rusa al mismo tiempo que tratan de minar la imagen de la Unión Europea y de Estados Unidos, presentando a sus líderes como débiles. A los elementos anteriormente mencionados se une el apoyo a los partidos euroescépticos y de extrema derecha.

Por tanto, para determinar la posibilidad de una gestión pacífica del conflicto armado en mediación y, concretamente, la viabilidad de iniciar el procedimiento, será necesario prestar atención a la especificidad del conflicto, su carácter cambiante, así como a la complejidad de su tratamiento, transformación y resolución cuyos programas políticos atacan frontalmente los principios y valores de la Unión Europea

[17] RUÍZ GONZÁLEZ, J., "El concepto de política exterior rusa: un análisis comparativo" en IEEE

[18] RUIZ GONZÁLEZ J., "El concepto de política exterior rusa: un análisis comparativo" en IEEE

[19] WALKER Shaun: "Putin admits Russian military presence in Ukraine for first time" en *The Guardian*, 17/12/2015

[20] BEAUCHAMP Zack" Russia says it's bombing ISIS in Syria. This map shows it's lying" disponible en http://www.vox.com/2015/10/7/9471271/russia-syria-bombing-map consultado 30/01/2017

recogidos en el preámbulo de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea[21].

El conflicto en los Balcanes fue un escenario de matanzas, masacres, hambre, violación sistemática de mujeres como arma de guerra, entre otros graves crímenes contra la humanidad; Y sin embargo, la comunidad internacional no intervino en principio, razón por la cual Milosevich[22] decidió continuar con el genocidio. Fue sólo hasta que el conflicto alcanzó cifras desmedidas que los Cascos Azules se hicieron presentes, sin éxito alguno. Se estima que el conflicto en los Balcanes dejó cerca de 100.000 muertos, y la masacre de Srebrenica cerca de 8.000 muertos con un ejército de Cascos Azules como rehenes y espectadores de la matanza.

## 2.- La Mediación una alternativa a la solución de conflictos

Si hacemos una reflexión sobre la historia de la mediación tenemos que remontarnos a Mesopotamia al Código de Hamurabi del 2000 a.C, pero es en época romana y en la civilización griega en el 1200 a.C. donde se empieza a perfilar la figura del mediador y donde se recurre a la mediación para solucionar conflictos de diversos tipos, es en el ordenamiento jurídico romano donde encontramos también los primeros pasos para llegar a una regulación jurídica propia, en algunas civilizaciones la resolución pacífica de conflictos estaba en su orígenes, así por ejemplo los consejos del pueblo de Sri Lanka en el año 425 a.C. estaban formados por lo más ancianos, quienes escuchaban las quejas y

[21] Este documento recoge los "valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho

[22] Slobodan Milosevich fue presidente de Serbia entre 1989 – 1997; y presidente de Yugoslavia entre los años 1997 – 2000.

resolvían los conflictos entre vecinos[23], en la Edad Media también desempeñó un papel muy importante. También nos encontramos ejemplos en la antigua China o en Japón donde las normas legales que adopta la conciliación fueron expedidas antes de la Segunda Guerra Mundial[24], aunque la mediación internacional no se recoge como institución internacional hasta las Conferencias de Paz de La Haya en 1899 y 1907, donde se adoptan por ejemplo la Convención pacifíca de las controversias internacionales[25].

En España también hemos tenido a lo largo de la historia una cultura de la mediación, en el año 1788 se registró una instrucción dirigida a los corregidores en la que se recomendaba que evitaran a toda costa los pleitos, procurando la avenencia de las disputas mediante la amigable composición, también en la Constitución de 1812 y en la Ley de 1821, se recomendaba que los alcaldes presidieran los procesos de conciliación, considerados como requisito indispensable para poder iniciar un juicio[26].

La mediación ha sido consustancial a la existencia del hombre, tras el enfrentamiento de dos partes surge la posibilidad de intervención de un tercero. Lo que se entiende por mediación es aquel medio de solución de controversias alternativa a la jurisdicción, a través de la cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador, que con formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento[27].

---

[23] MONROY CABRA, M.G., *Métodos alternativos a la solución de conflictos.* México, 1999, p. 45.
[24] HERNÁNDEZ DELGADO, E.,*Aproximación teórica a los significados de la Mediación en Conflictos Armados.* Madrdi*d.* p.130.
[25] Convención de La Haya 1907.
[26] MONROY CABRA, MG., *Métrodos alternativos a la solución de conflictos*, p. 35.
[27] MORENO CATENA, V., *Mediación y resolución de conflictos*. p. 37.

Para Hernández Pradas "la mediación internacional es un medio de arreglo pacífico de controversias internacionales, no coercitivo y voluntario, a través de la intervención de un tercero cuya misión consiste en ayudar a las partes a resolver el conflicto"[28].

A lo largo de la historia ha sido un oficio de hombres, tendremos que esperar al siglo pasado para que las mujeres empiecen a trabaja por y para la paz, las mujeres que pertenecían al movimiento sufragista son las pioneras en oponerse a la guerra. Al comienzo de la I Guerra Mundial, más de mil quinientas mujeres de veintiocho países se reúnen en La Haya exigiendo el fin de la contienda.

Una de las primeras mujeres que más luchó a favor de la paz fue Jane Addams, al empezar la Primera Guerra Mundial fundó *Women´s International League for Peace and Freedom.* Trabajó desde su posición por el reconocimiento de las mujeres en el campo de la política y por el mantenimiento de la paz, en el año 1931 consiguió el Premio Nobel de la Paz, desde entonces reivindicó sin descanso porque las mujeres participaran en reuniones y asambleas internacionales a favor de la paz[29].

La esencia de la mediación radica en la existencia del conflicto. Históricamente, la mediación surgió al margen de lo que tradicionalmente se entendía por justicia. Dicha tradición fue heredada también por la cultura romana, la cual impulsó la obligación de recurrir a la conciliación con carácter previo al proceso judicial, e implementó la intervención de instituciones como el patriarca o pater familias en el ámbito de las disputas familiares[30]. Con posterioridad, varios sucesos

[28] HERNÁNDEZ PRADAS, S., *La Mediación en los conflictos internacionales*, Madrid, 2014, p.261.

[29] Publicado en *Papeles de Cuestiones Internacionales*, Nº 87, Otoño 2004, 97-104.

[30] VELARDE, S., y SASTRE IBARRECHE R., *Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación.* Salamanca, 2006, p.11.

históricos de gran trascendencia como el descubrimiento de América, la Revolución Industrial o la Segunda Guerra Mundial, entre otros, dieron paso una nueva generación de conflictos a los que la mediación también tuvo que adaptarse.

Aunque a lo anteriormente descrito habría que añadir muchos otros lugares y momentos históricos, fue entre los años 60 y 70 cuando la mediación recibió su mayor impulso con el nacimiento en EEUU del movimiento *Alternative Dispute Resolutions* (ADR), bajo la pretensión de establecer la mediación, en consonancia con otros métodos alternativos de resolución de conflictos, como un complemento a la actividad jurisdiccional en países con tradición anglosajona. Adoptando como premisa la inexistencia de una única definición de mediación, las *Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz* para el fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención y su solución, la describen como "un proceso por el que un tercero ayuda a dos o más partes, con su consentimiento, a prevenir, gestionar o resolver un conflicto ayudándolos a alcanzar acuerdos mutuamente aceptables"[31].

En relación a los actores que intervienen en la mediación nos podemos encontrar Estados enfrentados pero también la mediación se aplica para la resolución de conflictos nacionales e internos, el poder de cada una de las partes, el régimen político hace que sea más fácil o más complicada la mediación, los Estados con régimes democráticos son más partidarios de utilizar la mediación y la negociación para la solución de los conflictos. El mediador puede ser un sujeto internacional o un conjunto de Estados, dependiendo si estamos ante una mediación unilateral o multilateral, también en algunas mediaciones se precisa la

[31] LÓPEZ VALLÉS, S., *Mediación de Conflictos Armados: La perspectiva de género en la construcción de la paz*, p.103.

intervención de algunas personalidades del mundo de la política, del cuerpo diplomático o de la sociedad civil[32].

## 3.- La Función de la Mediación en la Resolución de Conflictos. Aplicación de la Resolución 65/283 de la Asamblea General

El 22 de junio 2011 la Asamblea General tomó la decisión de aprobar por unanimidad su primera resolución relativa a la mediación la 65/283, en ella se ponía de manifiesto "la útil función que puede cumplir la mediación para evitar que las controversias se intensifiquen hasta pasar a ser conflictos y estos sigan intensificándose, así como para promover la solución de los conflictos y, de esa forma, prevenir o reducir el sufrimiento humano, y crear condiciones favorables para una paz duradera y un desarrollo sostenible, y, a este respecto, reconociendo que la paz y el desarrollo se refuerzan mutuamente"[33].

Esta resolución potenciaba a las mujeres para que trabajen para dar salida a los conflictos y también potenciaba la práctica de la mediación como medio de arreglo pacífico a las diversas controversias internacionales. La mediación se ha visto como una vía para resolver toda una serie de problemas en un momento de la historia en que éstos siguen suponiendo un desafío para la comunidad internacional y afectando a pueblos y naciones de todo el mundo y por lo tanto se debe hacer todo lo posible para emplear la mediación como forma de salida a ellos, en la actualidad la violencia y las guerras suponen un coste para el planeta de unos catorce billones de dólares.

[32] HERNÁNDEZ PRADAS, S.,*La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, p.89.

[33] Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de junio de 2011.

Además, Naciones Unidas se encuentra en una posición muy ventajosa para ayudar a solucionar estos conflictos, ya que tiene presencia en la mayoría de los países y capacidad de mediación más cercana en las zonas de conflicto reales y potenciales, pudiendo destacar personal especializado en temas políticos, en cuestiones electorales, constitucionales y de seguridad[34].

Las organizaciones regionales y subregionales también juegan un papel importante en los diversos procesos de mediación, esto implica que los agentes locales ofrecen una perspectiva mucho más real del conflicto y son capaces de dar soluciones más acordes. Hoy en día los conflictos siguen aumentando en algunas regiones del planeta, la mayoría de ellos se concentran en África y en Oriente Medio, teniendo diversos orígenes desde políticos (cambios no constitucionales de gobiernos, elecciones impugnadas, transiciones políticas incompletas), sociales, territoriales, de control de los recursos naturales y económicos…por lo que las confrontaciones actuales demandan mediadores capaces de solucionar estos problemas desde una perspectiva del diálogo y tendiendo puentes entre los distintos actores[35].

Los mediadores requieren de una serie de cualidades, el prototipo es el de un hombre o mujer, con experiencia en cargos públicos de relevancia en su país, y con una gran formación en los temas a los que tiene que hacer frente[36].

[34] Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su seguridad. Informe del Secretario General. 25 de junio de 201.

[35] THERMNER L, y WALLENSTEEN, P., *Armed Conflicts 1946-2011*. Journal of Peace, Vol, 52. Pp. 536-550.

[36] FISAS, V., *El oficio de la Mediación en conflictos armados*. En Quadens de Construcció de Pau, num.2, Escola de Cultura de Pau, Barcelona, 2011, p.4.

Lo que si se pone de manifiesto es que la mediación requiere una mayor preparación técnica y de asesoramiento de expertos en cada una de las materias, además debe de estudiar los intereses de las partes, las diversas opciones y presentar un documento de la negociación. La mediación necesita tiempo, recursos económicos y paciencia para poder obtener los resultados deseados.

Para proceder a una eficaz mediación se está viendo que es necesario incorporar al proceso mediadores que provengan del país en situación de conflicto ya que pueden aportar todo su conocimiento de la sociedad, historia…ofreciendo enfoques locales para la solución del mismo. También cada vez más la sociedad civil, tanto los jóvenes como las mujeres reclaman una mayor presencia en los procesos de mediación.

Al aprobarse la resolución 1325 del Consejo de Seguridad, se intentó potenciar la figura de la mujer en los diversos conflictos, en la resolución 65/283 también se recogía "la importancia de la participación plena y efectiva de las mujeres a todos los niveles, en todas las etapas y en todos los aspectos del arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución, así como el suministro de suficientes conocimientos especializados en cuestiones de género a todos los mediadores y sus equipos, haciendo notar que hay que hacer más para corregir la falta de mujeres mediadoras principales o jefas en cuestiones de paz y, en este contexto, reafirmando la aplicación plena y efectiva de todas las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas y la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing , y, además, acogiendo con beneplácito la función de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad entre lo entre los Géneros y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres) a este respecto"[37].

[37] Disponible en (acceso el 15 de noviembre de 2015): http://www.unwomen.org/es/ga/65/resolutions

Esta resolución alienta a que participen las mujeres en todos los foros, de una forma plena y efectiva, además sugiere que el Secretario General proponga a diversas mujeres para formar parte de todos estos procesos.

## 4.- Preparación para la Mediación

Una de las primeras cuestiones que tenemos que analizar antes de introducirnos en los diversos medios de mediación es poner de manifiesto que la medición tiene diversos matices y no hay una definición universal de la misma, para algunos autores es una técnica de gestión de conducción, la mediación es conocida como la "tercera vía" a través de la cual un tercero ajeno al conflicto ayuda a las partes a llegar a un acuerdo, esta forma de resolución de conflicto se contrapone a la que ofrece la jurisdicción, en la que el Juez ejerce de tercero en situación superior a las partes imponiendo su criterio.

Por eso la medición se considera la más exitosa de las técnicas alternativas a la resolución de conflictos[38], Fisas introduce un apartado más en la definición y es que la mediación no puede ser impuesta por terceros, sino que debe ser aceptada libremente por las partes en conflicto, la mediación es siempre voluntaria, nadie está ni debe estar obligado a acudir a mediación ni a mantenerse en el proceso ni a concluir el acuerdo, la mediación puede ser abandonada en cualquier momento, lo que hace que sea un acto voluntario por las partes que deciden someterse a ella. La Ley 5/2012[39] "define la mediación como aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador".

[38] LÓPEZ MARTÍNEZ, M., *Enciclopedia de paz y conflictos.* Granada, 2004, p.67.

[39] Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y el Real Decreto 980/2013, de 13 de septiembre.

La mediación tiene unas características muy claras y concretas: la mediación es voluntaria y confidencial y esa confidencialidad afecta a los mediadores y a las personas que participan en el proceso es una obligación y un deber para el mediador; es el instrumento con más tradición histórica en la resolución de conflictos; está regida por un principio de imparcialidad consecuencia del principio de igualdad, el mediador está obligado a no tener ninguna relación personal, contractual con alguna de las partes ni a tener un posible interés directo o indirecto en el resultado que pudiera alcanzarse en el acuerdo de la mediación; la labor del mediador es reconciliar los intereses de las partes involucradas en el conflicto, buscar un equilibrio de poder que permita avanzar, ayudar a las partes a analizar sus intereses y necesidades, su presente y su futuro y a negociar el intercambio de propuestas mutuamente satisfactorias[40]; es necesario que el mediador tenga una formación específica en la materia en la que colabora, debe facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan de información y asesoramiento suficientes, por eso es muy importante que tenga una conducta activa tendente a lograr el acercamiento de las partes, convirtiéndose en puente de comunicación entre las mismas, construyendo confianza y credibilidad; es necesario saber transmitir los intereses de las partes ayudando a encontrar una salida, pero sin imponer una solución, la solución la deben encontrar cada uno de ellos sin ser impuesta desde fuera, ya que el mediador no tiene autoridad para imponer el arreglo.

La mediación no tiene una fórmula magistral para resolver ningún conflicto, cada uno de ellos tiene unas características que le hace diferente y único por lo que requiere grandes dosis de paciencia, perseverancia, flexibilidad y capacidad de ponerse en el lugar del otro para poder llegar a la resolución y contar con medios materiales y humanos.

[40] FISAS, V., *El oficio de la Mediación en conflictos armados.* p.56.

Para hacer frente a los conflictos actuales e intentar solucionarlos de una forma pacífica, tanto el proceso cómo los mediadores deben contar con una preparación y el sustento debido, Naciones Unidas desde el año 2006 ha creado la Dependencia de Apoyo a la Mediación en el Departamento de Asuntos Políticos, siendo una institución que da cobertura a la mediación en Naciones Unidas.

En primer lugar, este departamento cuenta con un equipo de expertos en mediación con capacidad para dar una respuesta rápida en cada uno de los conflictos, son especialistas tanto en cuestiones políticas, cómo económicas, de género, recursos naturales, seguridad; es un equipo de siete personas formados por hombres y mujeres capaces de dar una solución inmediata a un conflicto. Una vez que se ha focalizado el conflicto, las necesidades a más largo plazo se cubren con la denominada "lista de expertos", una lista de unos doscientos cuarenta expertos en mediación en cada uno de los campos, éstos proceden de setenta países y el 37 por ciento son mujeres, se les selecciona teniendo en cuenta su experiencia práctica en cada una de las materias, su representación geográfica, el idioma etc.

Desde que este sistema empezó a funcionar en 2011 se han respondido a más de ochenta solicitudes de mediación, hay algunos temas que por ser muy específicos se pueden derivar a otros organismos especializados, como por ejemplo PNUD que gestiona su propia lista de especialistas en análisis y prevención de conflictos, ONU Mujeres también tiene a un grupo de expertas que trabajan temas sobre la igualdad de género, en procesos de paz.

Naciones Unidas apoya cada vez más a las organizaciones regionales, subregionales y otras organizaciones internacionales para que puedan ser ellas las que trabajen para dar solución a los conflictos, un ejemplo interesante es la Unión Africana a la que desde Naciones Unidas se potencia en cuestiones de mediación, paz y seguridad.

Naciones Unidas también se sirve de de las Fuerzas de mantenimiento de paz para promover la paz entre los Estados y evitar los conflictos entre los mismos, fueron previstos en la Carta de las Naciones Unidas.

Una de las funciones principales, y la razón de ser de Naciones Unidas, es la del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, tal y como lo indica el artículo 1.1 de la Carta de San Francisco [41]. Para ello, la ONU cuenta con diversos mecanismos y órganos como lo es, el Consejo de Seguridad, responsable de velar por la paz y la seguridad de acuerdo a la coyuntura internacional y a la composición, permanente o rotatoria, de sus miembros. No obstante, la situación cambió, como se ha mencionado anteriormente, tras el fin de la Guerra Fría, el número de operaciones de paz que se produjeron superan significativamente las realizadas en toda la etapa precedente [42].

Inicialmente, las OMP fueron concebidas como una medida de puesta en práctica de la llamada *Diplomacia preventiva de conflictos*, cuyo objetivo principal era el de prevenir la intromisión de las grandes potencias en las áreas de conflictos locales. Debido a la diversidad de conflictos, a la evolución de los mismos y a la particularidad de cada uno

[41] Carta de San Francisco, Artículo 1: *"Los propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar las amenazas para la paz y suprimir los actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz…"*

[42] Desde 1948 hasta el fin de la Guerra Fría, Naciones Unidas aprobó 15 operaciones de paz, mientras que desde esa fecha hasta el año 2000 fueron 36. A principios de 2009, existían 18 operaciones en activo donde participan, aproximadamente, 91.000 militares y 25.000 civiles desplegados según datos de Naciones Unidas (*http://www.un.org/News/Press/docs/2009/gapk199.doc.htm*).

de ellos, se ha hablado de diferentes conceptos en función de estas variaciones[43]: Diplomacia preventiva de conflictos: hace referencia a las medidas destinadas a evitar las controversias entre dos o más partes, y pretende evitar que las tensiones existentes resulten en conflictos violentos

Con la Unión Europea también se comparten experiencias y conocimientos en temas de mediación lo que ha supuesto la creación de una dependencia de apoyo a la mediación, con la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) en donde se imparte formación en materia de prevención de conflictos.

## 5.- Mediadas para una Mediación eficaz

Hay toda una serie de medidas fundamentales que deben tenerse en cuenta para conseguir una mediación eficaz. La mediación ayuda en general a mejorar la comunicación humana y la calidad de vida, es una profesión que va en aumento y de la que se requiere además de una amplia formación en cada una de las materias en las que se interviene un conjunto de cualidades personales para tender puentes de entendimiento entre las partes en el conflicto.

Hay una serie de normas que se deben cumplir en cualquier mediación, entre las más importantes tenemos que destacar [44]:

a) El mediador debe de confiar en las partes para llegar a un acuerdo, debe poner en conocimiento de las partes la posibilidad de consultar para estar informadas antes de tomar decisiones y firmar algún acuerdo.

[43] Ver Informe de Naciones Unidas *Una Agenda para la Paz*. (A/47/277, S/24111). Junio de 1992

[44] GONZÁLEZ CAPITEL, C., *Manual de Mediación*. Barcelona ,1999, p.121.

b) Imparcialidad, el mediador sólo mediara aquellos conflictos en los que pueda mantener la imparcialidad para otorgar un trato similar a las partes.

c) Las expectativas razonables de las partes deben ser sometidas por el mediador a través del convenio de confidencialidad, para no revelar a ninguna de las partes algún tema que la otra parte le haya confiado.

d) Tiene que existir una calidad en el proceso, se trabajará en este aspecto en acuerdo mutuo para poder llegar a un acuerdo voluntario, un mediador debe retirarse o posponer el proceso, si la mediación está volcada a promover algo ilegal o si algunas de las partes está incapacitada física o mentalmente.

e) Es importante que el mediador sea capaz de evaluar el conflicto para poder introducir diversas estrategias en la mediación.

f) Tiene que ser trasparente a la hora de hablar con cada una de las partes implicadas en el conflicto, creando confianza.

g) Es imprescindible la posición ética del mediador para conseguir el logro de los acuerdos.

h) El mediador sabe que ha de prestar atención a varios niveles de complejidad al realizar su cometido, ya que trabaja con personas y como tales ha de tratarlas apelando a su libertad, intentando siempre incidir en el entendimiento y la colaboración.

i) El mediador debe de saber escuchar a las partes y tener capacidad de dar respuesta, decimos bien escuchar y no utilizamos el termino oír, ya que el mediador debe de escuchar con los sentimientos, con una escucha empatizada.

El contexto de la mediación se caracteriza por ser tres, la etimología del término, del latín *medius*, nos indica aquellos que se mantienen en medio, dos partes que a través de un tercero hacen que se reúnan, el mediador consigue con todas las técnicas puestas a su alcance que dos posturas irreconciliables lleguen a un acuerdo, "la identidad del mediador se expresa a través de una lógica diferente a la del pensamiento binario: utiliza la lógica dialéctica la que permite una tercera posibilidad. La relación estructural totalmente intrínseca, entre términos autónomos y en tanto que autónomos"[45].

## 6.- Las mujeres dan una oportunidad a la paz a través de la Mediación

Aunque a lo largo de todo el siglo XX se ha trabajado para que las mujeres tuvieran una representación en los diversos organismos internacionales, tuvimos que esperar a la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre Mujeres, Paz y Seguridad, aprobada por unanimidad el 31 de octubre del 2000[46] bajo la presidencia de Namibia, para que esto fuera una realidad.

La mediación ya se encontraba recogida en el art.33 de la Carta de Naciones Unidas, junto con la negociación, la investigación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos, como medio de solución pacífica de controversias internacionales. La mediación está a medio camino entre los buenos oficios y la conciliación. Las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 ni siquiera distinguían entre mediación y buenos oficios[47].

[45] SIX, J.F., *Dinámica de la Mediación*. Barcelona, 1995. p.162.

[46] Disponible en acceso a 15 de noviembre de 2015.http/www.Un.org/es/común/docs/symbol.S.RES/1325

[47] Lall, A. Modern International Negotiation: Principles and practice. Nueva York. Columbia University Press, 1966. P.12

Desde que se aprobó la resolución 1325 se ha intentado involucrar más a las mujeres en misiones diplomáticas y en los procesos de paz. Es la primera resolución aprobada por el Consejo de Seguridad de la ONU que reconoce la necesidad de contar con las mujeres, en las tareas de paz y de seguridad [48].

Tanto mujeres como hombres experimentan los conflictos violentos como tragedias humanas, pero su papel en los conflictos armados es diferente, las mujeres se ven más afectadas por el abuso sexual, la violencia doméstica, el desarraigo y la discriminación social. La mayoría de los procesos de paz son culminados por hombres, por eso es necesario que las mujeres participen a todos los niveles en la toma de decisiones con respecto a las instituciones, a los mecanismos nacionales, regionales e internacionales a fin de prevenir y solucionar diversos conflictos. En la resolución 1325 se señala primordialmente que en situaciones de conflicto y paz se le debe dar a las mujeres [49]:

- Participación: mayor inclusión de las mujeres en la construcción de la paz.

- Prevención: de los conflictos y la violencia de género.

- Protección: de los derechos y las necesidades de las mujeres y niñas durante y después de los conflictos armados.

- Mantenimiento de la paz y construcción de la paz: integración del género en todas las actividades y fases.

[48] Datos de Población, mujeres (% del total). El Banco Mundial. Disponible en (acceso el 15 de noviembre de 2015):http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL.FE.ZS/countries?display=graph

[49] El texto completo de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de la ONU puede consultarse en http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1325(2000

En el año 2000, durante el aniversario de la Conferencia Mundial sobre Mujeres en Beijing, algunas organizaciones internacion*ales* lideradas por *International Alert y Women´s International League for Peace and Freedom*, organizaron en conjunto una reunión de más de 60 ONGs provenientes del área de conflicto y pidieron a los estados miembros de la ONU apoyar una resolución del Consejo de Seguridad con respecto a las mujeres, la paz y la seguridad.

Dicho grupo contactó con diplomáticos pertenecientes a aquellos países que tenían escaños en el Consejo de Seguridad en ese momento, también hicieron consultas a mujeres activistas por la paz en zonas de conflicto. Algunos países como Bangladesh fue el primero en aplicar algunas medidas y ponerlas en su programa político en marzo del 2000, Namibia fue sede de una reunión internacional y de ella resultó la declaración *Windhoek*[50] por la libertad de prensa, Jamaica y Canadá también prestaron su apoyo desde el primer momento.

El aspecto más importante de la resolución 1325 es reconocer a miles de mujeres que trabajan por la paz en todo el mundo como protagonistas del cambio, proponiendo su derecho a participar en negociaciones e influir en los acuerdos de paz y en los procesos de reconstrucción. Los datos que tenemos es que las mujeres intervienen en un número muy bajo en procesos de negociación, algunas cifras son reveladoras: sólo el 16 por ciento de los 589 acuerdos de paz concluidos entre 1990 a 2010 contenían alguna referencia a mujeres, nueve acuerdos especificaban cupos mínimos para las mujeres en cuerpos legislativos o ejecutivos.

En el decimoquinto aniversario de su aprobación se constató que las mujeres son una pieza clave para trabajar por la paz y la seguridad, se ha visto que la participación e inserción de mujeres hace más eficaz la

[50] www.un.org/es/events/pressfreedomday/windhoek.shtm

ayuda humanitaria y en donde hay presencia femenina se resuelven antes los conflictos produciéndose un mayor progreso económico.

En las misiones de Naciones Unidas en las que participa ejército femenino la sociedad civil se siente más protegida y las operaciones de paz se desarrollan con mayor agilidad. Hay estudios realizados que demuestran que en las negociaciones de paz en donde participan mujeres la probabilidad de éxito y acuerdo es mayor, las mujeres son las primeras en descubrir en su ámbito familiar incipientes síntomas de radicalización de la sociedad y pueden trabajar para combatirla.

Antes de la aprobación de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad el porcentaje de acuerdos de paz que hacían referencia a mujeres eran escasos, se empieza a incrementar desde el año 2011 y es a partir del año 2014 cuando Naciones Unidas incluye consultas a mujeres en todos los procesos de paz.

La Directora Ejecutiva de ONU Mujeres Phumzile Mlambo-Ngcuka, afirmaba en su visita a Colombia en mayo de 2015, "que las mujeres deben participar plenamente en las Mesas de conversaciones para la paz, como negociadoras y responsables de tomar decisiones en un proceso mucho más inclusivo, colaborar para la recuperación de propiedades y terrenos o ayudar a otras mujeres a superar el trauma y las secuelas de la guerra"[51].

Desde ONU Mujeres se trabaja para conseguir que las mujeres sean líderes en paz y seguridad pero para ello se necesita un mayor apoyo económico y formativo[52]. El empoderamiento de las mujeres fomenta el

[51] http:// www.unwomen.org/es/about-us/directorate/executive-director/ed-bio

[52] http://www.unwomen.org/es/news/stories/2015/10/press-release-womens-role-in-peace-and-recovery#sthash.P1x8Wdzp.dpuf

avance de la economía, ayuda a que se consoliden las operaciones de paz, la asistencia humanitaria, y se opone al extremismo violento [53].

Desde que se aprobó la resolución 1325, el porcentaje de mujeres que participan en las conversaciones de paz no ha aumentado como se esperaba, posiblemente porque en los países donde más se utilizan estas técnicas la mujer siguen estando en una posición educativa y cultural muy por detrás del hombre, las tasas de escolarización siguen siendo muy bajas al igual que el acceso de las mujeres al mundo universitario, lo que hace que haya muy pocas mujeres preparadas para trabajar en mediación en sus propios países.

Es más, se ha demostrado que los países en donde la igualdad de género es mayor suele haber menos conflictos, lo que la convierte en una importante herramienta para la prevención[54].

## 8.- Participación de las mujeres en las labores de Mediación

Hay algunos ejemplos de mujeres que han conseguido liderar diferentes procesos de mediación entre las que se encuentran [55]:

- Betty Bigombe (Uganda) ha participado en diversos conflictos especialmente ayudando a resolver los problemas armados en su propio país.

[53] http://www.unwomen.org/es/news/stories/2015/10/press-release-womens-role-in-peace-and-recovery#sthash.P1x8Wdzp.dpuf
[54] http://www.unwomen.org/es/news/stories/2015/10/press-release-womens-role-in-peace-and-recovery#sthash.P1x8Wdzp.dpuf
[55] FISAS, V., *El oficio de la Mediación en conflictos armados* . p.12.

- En otra latitud, la escritora india, Mamoni Raisom Goswami, ha colaborado en el proceso de paz con el grupo armado de oposición ULFA, consiguiendo magníficos resultados a través de los procesos de mediación.

- Dekha Ibrahim Abdi (Kenia), fue galardonada con el Premio Nobel Alternativo en 2007 por trabajar para resolver un conflicto ocasionado por las tierras cultivables, el ganado y los derechos de herencia, la respuesta de Dekha fue reclutar a un grupo de mediadores locales para negociar un tratado de paz con los miembros de los distintos clanes y grupos étnicos involucrados en el conflicto. A fin de asegurar que el tratado se cumpliera, los mediadores llamaron a los representantes de los clanes, los líderes religiosos, delegados y a miembros de la sociedad civil para establecer el Comité de Paz de Wajir.

- Raisa Kadyrova (Kirguistán), creó la fundación para la Tolerancia Internacional en Kirguistán en 1998, con el fin de prevenir el estallido de la violencia en las regiones vecinas de Asia Central, los problemas sociales, inter-étnicos, ecológicos y económicos son el principio de la corrupción, la violencia y la injusticia. Desde su organización imparte charlas con las partes implicadas y les motiva para entrar en negociación, también capacita a hombres y mujeres en técnicas de mediación realizando actividades que son claves entre partes enfrentadas.

- Apollonia Bola Talo (Islas Salomón) durante los disturbios civiles y las fricciones étnicas en las Islas Salomón en la década de los noventa, un grupo de mujeres trabajaron para restaurar la paz y permitir la reconciliación. Su trabajo consistía en recoger y destruir las armas ilegales de los grupos rebeldes y concienciar a la población y a los rebeldes de los problemas que conllevaba.

- Yolanda Becerra Vega (Colombia) fundó la Organización Femenina Popular (OFP) que apoya a las familias que habían sido afectadas por la violencia, la guerra y el desarraigo, tiene un programa de capacitación de mujeres que enseña derechos humanos, el trabajo de paz, seguridad alimentaria y cooperación económica.

- Wang Xuan (República Popular de China) ha trabajado porque el mundo conozca los crímenes de guerra cometidos por el ejército japonés en China durante la ocupación de este país durante la Segunda Guerra Mundial, se convirtió en la representante de ciento ochenta personas que iniciaron acciones legales contra el estado japonés.

- Cora Weiss (Estados Unidos) ha defendido los derechos humanos, los derechos de las mujeres y la paz, siempre estuvo convencida que la paz sólo es posible con la democracia, la igualdad de género y la protección de las necesidades humanas básicas. Para Cora Weiss la resolución 1325 representa la primera promesa oficial de las Naciones Unidas de asegurar que las mujeres sean representadas por igual a todos los niveles, en el gobierno, los parlamentos y en especial en las negociaciones por la paz.

- Elisabeth Decrey Warner (Suiza) desde su organización Geneva Call trabaja para lograr la prohibición total de minas antipersonales, otro aspecto de su trabajo es prevenir el reclutamiento forzoso de niños a las milicias, por lo que considera que sólo a través del diálogo y la mediación se podrá conseguir una resolución de estos conflictos.

Aunque se ha avanzado mucho en la participación de la mujer en la mediación y resolución de conflictos armados, todavía las mujeres tienen escasa representación en las conversaciones de paz formales, los datos disponibles a través de Naciones Unidas nos indican que en general las mujeres no están presentes en estas negociaciones y los derechos e

inquietudes de estas mujeres y niñas raramente están reflejados en los acuerdos de paz. Un estudio sobre los procesos de paz que se desarrolló entre 1992 y 2011 indicaba que solamente el cuatro por ciento de los signatarios de acuerdos de paz fueron mujeres.

En algunos países como Colombia las mujeres estuvieron presentes como miembros permanentes de la delegación negociadora, en 2014 se creó un subcomité sobre género en las negociaciones y las conversaciones de fondo abordaron los derechos de las mujeres.

También es interesante subrayar que algunos casos de participación de mujeres en negociaciones de paz, se produjeron antes que fuese aprobada la resolución 1325, los ejemplos más visibles los tenemos en países como El Salvador, Irlanda del Norte, Guatemala, Somalia y Burundi, donde la mujer había jugado un papel muy destacado en la resolución de los mismos.

## 9.- Conclusiones

No hay dos conflictos armados iguales y los seres humanos estamos llamados a entendernos, vivimos enfrentamientos muy complejos como los de Iraq, Siria, Afganistán, Israel-Palestina, Libia, Malí, Sudán… desde los años sesenta hasta hoy en día muy pocas guerras acaban con la victoria o derrota de una de las partes, la mayoría de ellas acaban con un acuerdo, la guerras en el siglo XXI no se inician con una acción hostil ni terminan en un tratado como el de Versalles, muchas de las guerras actuales no se desarrollan en un espacio concreto, no saben de banderas ni de fronteras, la guerra en el siglo XXI es hibrida y poco convencional, por lo que hay que ofrecer nuevas alternativas a nuevas disputas, los ejércitos también buscan nuevas formas de aumentar su capacidad ofensiva frente a enemigos con una mayor tecnología, además no podemos olvidar que hoy en día es militar y civil, ambigua y sutil, actualmente su forma de difusión son las redes sociales que utilizan para

difundir sus ideas, Nicolás Pascual de la Parte embajador español en el COPS (Comité Político y de Seguridad del Consejo de la Unión Europea), describe el actual orden internacional "con tres términos poco tranquilizadores: imprevisible, frágil e inestable, estamos en el centro de una tormenta perfecta"[56], al mismo tiempo el gasto en defensa de los miembros de la Unión Europea se ha desplomado un 10% entre 2014 y 2015 al igual que el de Estados Unidos.

Tras la caída del Muro de Berlín se pronosticó el fin de las guerras convencionales intentando acabar con los conflictos armados a través de las llamadas "operaciones quirúrgicas", podemos poner de manifiesto que depende del tipo de conflicto, la duración del mismo, los intereses económicos y políticos que lo sustente, hay en algunos lugares del mundo donde la experiencia no ha resultado especialmente positiva, generalmente en los países que se encuentran dentro de la OTAN donde en la mayoría de las veces para resolver un conflicto se tiene que utilizar los drones y los bombarderos de alta precisión.

Estamos en un momento histórico en el que predomina la cultura de la negociación frente a la confrontación militar lo que nos permite tener esperanzas que muchos de los conflictos que hoy en día están sin resolver aunque algunos de ellos sean muy antiguos puedan terminar a través de la mediación, esta cultura de la negociación queda plasmada en los 25 acuerdos que se firmaron entre 2005 y 2009 que han permitido conseguir la paz en países como Indonesia, Irlanda del Norte, Sudán del Sur, Nepal, Burundi o Líbano, frente a estos siguen existiendo algunos otros procesos abiertos en diferentes fases de negociación como en Malí, Níger, Chad, Etiopia, Eritrea, Nigeria, Sáhara Occidental, Taiwan, Armenia… que aún tienen diversas crisis aunque cuentan con una

[56] *El País*, 12 de febrero de 2017.

estructura negociadora que nos permite pensar que tendrán una salida a las controversias por las que atraviesan[57].

Por ello no hay un único camino para resolver un conflicto, lo más importante es identificar su origen y hacer un planteamiento para saber gestionar el proceso, entre los pasos que hay que dar se encuentran: preparar la entrada al conflicto, análisis del conflicto, identificar las diversas opciones, preparar la negociación, facilitar la negociación, diseñar un acuerdo, controlar el acuerdo y preparar la salida.

Una vez preparada la negociación se requieren unas condiciones mínimas para entrar en un proceso de paz entre las que se encuentran: reconocimiento de los interlocutores, seguridad, garantías, disposición a ceder algo, voluntad de construir, posibilidad de ganar algo, disponer de facilitadores y tener capacidad de comunicar las negociaciones. Lo más importante y complicado según Vicent Fisas "en un proceso es tejer una red de actores que actúen como facilitadores y en todas las dimensiones y funciones señaladas, con discreción cuando proceda hacerlo, con solemnidad y gran publicidad en otros momentos y siempre con tenacidad y seriedad"[58].

La implementación de la mediación como medio pacífico de controversias tanto nacionales como internacionales, no ha tenido la atención suficiente por parte de los organismos internacionales, en la actualidad la resolución de algunos conflictos a través de la mediación o la negociación como ha sido los resultados de la Mesa de La Habana han puesto de manifiesto que los costes humanos y económicos de las guerras son siempre mayores que el que puede suponer el proceso de una negociación o mediación aunque dure varios años.

[57] FISAS, V., *Introducción a los procesos de paz. Cuaderns de Construcció de Pau*, Febrero de 2010.
[58] FISAS, V., *El oficio de la Mediación en conflictos armados.* p.143.

La diplomacia civil paralela también desempeña un papel fundamental para que muchos de estos conflictos terminen con éxito, líderes políticos, religiosos, Organizaciones no gubernamentales realizan una labor fundamental para llegar a resolver estos conflictos, ya que contribuyen a poner voz a los problemas de la sociedad civil, pero lo que ha quedado ampliamente demostrado que para que un conflicto se resuelva lo antes posible hay que analizar sus causas para llegar acuerdos que conduzcan a una paz sostenible. "La búsqueda de la paz es un desafío para todos, los mediadores, las partes implicadas en la controversia, la sociedad civil y la comunidad internacional en su conjunto"[59].

## 10.- Bibliografía

- AISENSON KOGAN, A.: *Resolución de conflictos: un enfoque psicosociológico*. México.1994.

- ARENAS, J.: *Cese el fuego: una historia política de las FARC*. Bogotá. 1987.

- BECCASINO, A.: *El Laberinto de la Paz*. Bogotá. 2015.

- FISAS ARMENGOL, V.: *Alternativas de defensa y Cultura de paz*. Madrid. 1994.

- FISAS ARMENGOL, V. : *Alerta 2015. Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*. Escola de Cultura de Pau (ECP). Barcelona 2015

[59] HERNÁNDEZ DE PRADAS, S., *La Mediación en los conflictos Internacionales*. p.270.

- GARCÍA DURÁN, M.: *Movimiento por la paz Colombia*. Bogotá. 2006.

- GIRALDO RAMÍREZ, J.: *Las ideas en la guerra*. Bogotá. 2015

- GONZÁLEZ CAPITEL, C.: *Manual de Mediación*. Barcelona .1999.

- HERNÁN GAITE, A.: *La Mediación y los buenos oficios en la resolución de conflictos internacionales*. http.// www.justierradelfuego.gov.ar/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/pdf.

- HERNÁNDEZ DE PRADAS, S.: "La Mediación en los conflictos internacionales", en n *La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Madrid. 2010.

- LÓPEZ MARTÍNEZ, M.: *Enciclopedia de paz y conflictos.* Granada. 2004

- LÓPEZ MARTÍNEZ, M.: *Mediación y Resolución de Conflictos*. México. 1999.

- LÓPEZ VALLÉS, S.: *Mediación de Conflictos Armados: la perspectiva de género en la construcción de la paz*. Bogotá. 2017.

- MANDELA, N.: *El largo camino hacia la libertad*. Madrid. 2013.

- MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B.: *Mediación y resolución de conflictos*. México. 1999.

- MONROY CABRA, M.: *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México.1997.

- MORENO, V.: *Mediación y resolución de conflictos*. Madrid. 2011.

- *Pacto de Briand-Kellog de 1928*. Sociedad de Naciones, Treaty Series, vol. 94. de 27 de agosto de 1928.

- *Pacto de la Sociedad de Naciones*, 1919, UKTS 4, de 29 de abril de 1919.

- SIX, J.F.: *Dinámica de la Mediación*. Barcelona, 1995

- SOLETO MUÑOZ, E.: *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*. Madrid. 2011.

- VALZUELA GRUESO, P.: *Intermediación y resolución de conflictos*. Bogotá.2002.