EXPLORANDO UNA VÍA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Magda Yadira Robles Garza
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila (México)
Universidad de Monterrey (México)

1.- Introducción a la problemática que se plantea

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el único artículo de la Convención que refiere a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), sin embargo, no traslada el entendimiento ni la protección de los mismos al Protocolo de San Salvador, sino a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), determinando con ello, una imposibilidad jurídica para su protección, que es la falta de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para aplicar el Protocolo San Salvador, ya que como la Corte IDH solamente tiene competencia para aplicar la CADH y a según el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, limita la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y, en su caso, de la Corte IDH a los derechos de educación y sindicalización. En este espacio de particularidad judicial, sin embargo, se ha propiciado durante más de una década la justiciabilidad de los DESC mediante la técnica de interconexión o de aplicación directa de los derechos civiles y políticos. Por otro lado, han surgido posturas que pretenden derivar del artículo 26 de la CADH a una plena justiciabilidad de los DESC, a

partir de la interpretación del principio *pro homine* y de la inferencia de derechos que el artículo 26 de la CADH refiere. La cuestión a dilucidar será entonces, cuál es el camino para que los DESC sean justiciables en este espacio de excepcionalidad que el sistema interamericano de derechos humanos ha creado.

Para tal propósito en las líneas que siguen se expondrá en primer lugar, las referencias normativas de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el sistema interamericano para ver el contenido y alcance de dichas disposiciones. Seguidamente, se analizan los casos de excepción en materia de DESC para la Corte IDH, es decir, el derecho a la educación y a la sindicación. En un tercer momento veremos las dos posturas que existen en la Corte IDH para proteger los DESC, por un lado, la postura de deferencia legislativa que ha propiciado la técnica de interconexión de derechos en las sentencias de la Corte IDH y; por otra parte, la propuesta de derivar la exigencia normativa directamente del artículo 26 de la CADH. Con estos argumentos contrastados podríamos arribar a formular algunas conclusiones sobre si es posible derribar el espacio de excepción judicial en favor de una más amplia y directa protección de los DESC en el sistema interamericano.

2.- Marco normativo interamericano de los derechos económicos, sociales y culturales

Existen cuatro documentos esenciales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos que refieren a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Ellos son, en orden histórico de aparición, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la "Declaración" o la "DADDH"), la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocido como Protocolo de San Salvador.

En el primero de ellos, la Declaración consagró derechos económicos, sociales y culturales y también derechos civiles y políticos en una clara negativa a la separación tradicional de los derechos humanos que acusó en el sistema de Naciones Unidas en los dos Pactos. La Declaración plasmó como derechos la protección de la maternidad y la infancia (artículo VII), la preservación de la salud y al bienestar

(artículo XI); la educación (art. XII), a los beneficios de la cultura (art. XIII), derecho al trabajo y a una justa retribución (art. XIV), derechos al descanso y a su aprovechamiento (art. XV) y a la seguridad social (art. XVI).

Por su parte, la CADH siguió este esquema divisorio registrando en su texto un catálogo extenso de derechos civiles y políticos sin un reconocimiento explícito a la protección de los DESC. No obstante, en este catálogo de derechos humanos se incluye el precepto número 26 relativo al Desarrollo Progresivo de estos DESC remitiendo para su entendimiento a las normas económicas, sociales y de educación ciencia y cultura de la Carta de la OEA, como se advierte enseguida:

> "*Artículo 26.- Desarrollo Progresivo*
> *Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*"

Posteriormente, el sistema interamericano adoptó en 1988 un documento normativo específico en materia de DESC, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador".[1]

Es importante mencionar que la lista de derechos económicos, sociales y culturales que el Protocolo de San Salvador enumera es completa, por ejemplo, el Protocolo consagra el derecho al trabajo (artículo 6), a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo (artículo 7), derechos sindicales (artículo 8), derecho a la seguridad

[1] Adoptado en San Salvador, El Salvador, con fecha 17 de noviembre de 1988 en la Asamblea General – OEA, en el Décimo octavo periodo ordinario de sesiones. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html

social (artículo 9), a la salud (artículo 10), al medio ambiente sano (artículo 11), a la alimentación (artículo 12), a la educación (artículo 13), a los beneficios del progreso de la cultura (artículo 14), a la constitución y a la protección a la familia (artículo 15), los derechos de la niñez (artículo 16), protección a los ancianos (artículo 17) y protección a los minusválidos (artículo 18).

A pesar del gran avance que significó en el perfeccionamiento normativo de estos derechos, no es posible su invocación directa en el marco de las peticiones individuales que se tramitan ante la Comisión IDH y ante la Corte IDH, en virtud del artículo 19. 6 del citado Protocolo. Bajo este numeral, los únicos derechos directamente exigibles ante estos órganos son el derecho a la educación y a la sindicación, como se lee del texto:

> "*19. 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*"

Por tanto, los demás DESC son de imposible enjuiciamiento ante la Corte IDH en virtud de tener competencia para aplicar solamente la CADH y estos dos derechos mencionados.

Ante esta imposibilidad jurídica de judicialización, la protección de los DESC en el sistema interamericano se hace depender del artículo 26 de la CADH. Sin embargo, a la fecha (junio 2017) la Corte IDH en ningún caso ha declarado la violación de tal precepto. En este contexto normativo, pretendemos en las líneas siguientes analizar el artículo 26 de la CADH y los casos en los que se han planteado (por la Comisión IDH y sus representantes) la vulneración de este derecho con el objetivo de señalar que el artículo 26 CADH es una norma operativa de la cual es posible derivar la posibilidad de tutela de los DESC en el marco del sistema interamericano.

Para tal propósito propongo analizar en primer término el contenido del artículo 26 de la CADH con el fin de precisar el alcance del contenido esencial de tal numeral y concluir si es posible derivar derechos directamente exigibles de la Carta de la OEA. Posteriormente, analizar los casos en los que la Corte IDH ha rechazado pronunciarse sobre la vulneración al citado 26 de la CADH con el fin de averiguar si los argumentos judiciales vertidos en esos casos son congruentes con la norma. Finalmente, si del contenido esencial y los criterios judiciales respecto a esta norma, entonces la cuestión clave a esclarecer será la identificación de qué derechos estamos hablando como derechos directamente a ser protegidos por la Corte IDH.

3.- Las excepciones a la no justiciabilidad por la Corte IDH: el caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador y el derecho a la educación

Hechos

El análisis de esta sentencia es relevante para nuestro estudio porque es el primer caso en la historia de la Corte IDH que se pronuncia por la violación a un derecho establecido en el Protocolo de San Salvador, me refiero al derecho a la educación. Aunque, por la naturaleza del caso como se verá en las líneas siguientes, la Corte IDH determinó la vulneración de otros derechos de la CADH como el derecho a la vida y el derecho a la no discriminación, así como la protección a los menores. La sentencia deja sentado que se vulneró el derecho a la educación contra Talía. Veamos los hechos.

El 18 de marzo de 2014, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) sometió a la Corte IDH el caso TGGL y familia vs. Ecuador. Los agravios que presentó la parte actora fueron esencialmente que, el Estado no cumplió con el deber de garantía, específicamente "su rol de supervisión y fiscalización frente a entidades privadas que prestan servicios de salud". Esto tiene sustento en los siguientes hechos. Talía fue contagiada con el virus del VIH/SIDA cuando tenía tres años de edad al recibir una transfusión de sangre, proveniente de un Banco de Sangre de la Cruz Roja, en una clínica de salud privada.[2]

[2] Las Naciones Unidas han reconocido que "el VIH y el SIDA constituyen una emergencia mundial, plantean uno de los retos más formidables para el

Los hechos probados por la actora consistieron en la regulación de la Cruz Roja y los bancos de sangre en el Estado demandado; la situación de salud de la quejosa, su hospitalización y la transfusión de sangre recibida en 1998; el contagio de VIH en consecuencia de dicha transfusión; las diversas acciones judiciales (civiles y penales) llevadas a cabo por la madre de la niña Talía sin éxito y, finalmente, las afectaciones en la educación de la quejosa derivadas del contagio. Pues se demostró que fue expulsada de la escuela donde cursaba sus estudios de educación básica por ser una persona infectada con el virus del SIDA, por tanto, su presencia ponía en peligro la salud de los demás educandos.

Razonamiento que fue apoyado por las autoridades de Educación en el país y reiterado por los tribunales judiciales, quienes atendieron al criterio de la amenaza de contagio al plantel donde estudiaba Talía, por lo que debía prevalecer el derecho de la mayoría (a la educación y la vida) frente a un caso particular (Talía). Resulta interesante el argumento de la quejosa en cuanto a la discriminación que sufrió tanto ella como su familia (hermano y madre) por su situación de persona con VIH. El cual se refiere a la situación de pobreza en que vivieron debido a la exclusión y rechazo del que fueron objeto, viéndose obligados a vivir en condiciones desfavorables y lugares apartados debido a las negativas para arrendar una vivienda.

Por lo que respecta a la asistencia sanitaria y tratamiento recibido por Talía en virtud de su contagio de VIH, resulta relevante señalar que ha sido atendida también por médicos internistas, alergólogos e infectólogos a lo largo de los años y fue internada el 20 de junio de 2005 donde se inició el tratamiento con retrovirales en un hospital militar (por ser hija de un miembro de la milicia), donde por más de 10 años ha recibido atención médica especializada sin hacer pago alguno.

Los derechos humanos involucrados en el asunto Interesa para el objetivo de estas páginas detenerme a analizar los derechos que la Corte IDH consideró vulnerados al dictar sentencia, especialmente la vinculación que hace de los derechos a la vida e integridad personal con el derecho a la salud. Así, encontramos en la sentencia el derecho a la

desarrollo, el progreso y la estabilidad de cada una de nuestras sociedades y del mundo en su conjunto y requieren una respuesta mundial, amplia y excepcional que tengan en cuenta que la propagación del VIH suele ser consecuencia y causa de la pobreza" (ONU, 2011).

vida, derecho a la integridad personal y derecho a la salud en cuanto a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de los servicios de salud en centros privados. Segundo, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en la asistencia sanitaria en el marco del derecho a la vida y a la integridad personal, ambos en relación con la víctima. Refiere también al derecho a la integridad personal de la madre y hermano de Talía en su calidad de familiares de la víctima. Y, finalmente, el derecho a la educación y la discriminación sufrida por su condición de persona con VIH/SIDA.

En primer término, la Corte IDH analiza el derecho a la vida y a la integridad personal en conexión con el derecho a la salud. La Corte IDH ha establecido en otros casos (2009, 2006) el criterio según el cual no es suficiente que los Estados se abstengan de vulnerar los derechos, sino que es imperiosa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En efecto, el artículo 4 de la CADH garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que, además el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida.

Por tanto, esta obligación se proyecta más allá de los sujetos de derecho el derecho al acceso a los medicamentos público y las personas, sino que abarca el deber de prevenir, afectaciones a la integridad personal de las personas y la acción de terceros que vulneren sus derechos en la esfera privada. Por tanto, el deber de protección se halla directamente vinculado con el derecho a la atención a la salud humana, tal como lo estableció en el caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador.[3] En este sentido, la Corte IDH también ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación.

Por otra parte, la sentencia recuerda la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Los cuales entiende como entendidos

[3] Corte IDH, Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, 22 noviembre 2007, párrafo 117

integralmente como derechos humanos y exigibles ante las autoridades competentes. Sin embargo, cabe aquí hacer una precisión sustancial. La Corte IDH se encuentra imposibilitada para emitir una sentencia directamente sobre los derechos establecidos en el Protocolo de San Salvador, ya que como el propio documento lo prescribe, en el artículo 19.6 que la Corte IDH tendrá competencia vinculante para los Estados miembros sobre los derechos de educación y sindicación.

Ahora bien, la sentencia de la Corte IDH consideró que el Estado vulneró los derechos a la vida e integridad personal de la niña Talía, para ello hace la inferencia diciendo que la contaminación con sangre infectada por VIH provocó un daño permanente a la salud provocada por la conducta de terceros privados, es decir, la Cruz Roja. Para emitir su dictamen la Corte IDH empleó los criterios esgrimidos en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil al precisar que: "… La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud".[4]

Así, el análisis que realiza la Corte IDH de la sentencia deja ver la falta de cumplimiento del Estado en relación con las nociones de aceptabilidad y calidad que deberán tener los establecimientos de salud para cumplir con los estándares del Comité DESC que hemos señalado con anterioridad. Pues su incumplimiento deriva en riesgos significativos para la salud de las personas, por tanto, es obligación directa del Estado de regularlos y supervisarlos.

En el caso que se analiza, la Corte IDH consideró que el Estado puso en riesgo la salud, la vida y la integridad de la comunidad. En particular, esta grave omisión del Estado permitió que sangre que no había sido sometida a los exámenes de seguridad más básicos como el de VIH, fuera entregada a la familia de Talía para la transfusión de sangre, con el resultado de su infección y el consecuente daño

[4] Corte IDH, Caso González y otras vs. México, 16 noviembre 2009, párrafos 88 y 89

permanente a su salud. Este daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada y el riesgo que en diversos momentos de su vida puede enfrentar la víctima, constituye una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y puede enfrentar la víctima debido a su enfermedad.

En otro aspecto también relevante, la sentencia trata sobre el acceso a la información sobre los escenarios que permitan sobrellevar mejor forma la enfermedad. Para lo cual acude al Comité de los Derechos del Niño en la Observación General número 3 relativa al VIH/SIDA y los Derechos del Niño, la cual reitera la necesidad de que los niños no sufran discriminación respecto del acceso a la información sobre el VIH, porque el niño tenga acceso a servicios confidenciales de salud reproductiva y, gratuitamente o a bajo coste, a métodos o servicios anticonceptivos, así como a recibir, cuando sea necesario, cuidados o tratamientos en relación con el VIH, incluida la prevención y el tratamiento de problemas de salud relacionados con el VIH/SIDA.[5]

Otro aspecto que es tratado por la Corte IDH en la sentencia refiere a los derechos de los familiares, quienes, pueden ser, a su vez, víctimas.[6] En precedentes jurisprudenciales la Corte interamericana ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de algunos familiares con motivo del sufrimiento que estos han padecido a causa de las actuaciones u omisiones de las autoridades estatales, como lo dijo en el caso Vera Vera[7] y en el caso Furlan vs. Argentina[8] tomando en cuenta, entre otros, las gestiones realizadas para obtener justicia y la existencia de un estrecho vínculo familiar. También se ha declarado la violación de este derecho por el sufrimiento generado a partir de los hechos perpetrados en contra de sus seres queridos.[9]

Así, la Corte IDH consideró que toda la familia de Talía sufrió una estigmatización como consecuencia de que fuera una persona con VIH. Respecto a todas las dificultades de salud, economía y vivienda que sufrieron los miembros de su familia, la Corte IDH destaca la constante situación de vulnerabilidad en que se encontraron Teresa e Iván Lluy al ser discriminados, aislados de la sociedad y estar

[5] ONU, 2003
[6] Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 julio 2006, párrafo 83
[7] Corte IDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, 19 mayo 2011, párrafo 104
[8] Corte IDH, Caso Furlán y Familiares vs. Argentina, 31 agosto 2012, párrafo 249
[9] Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, párrafo 84

condiciones económicas precarias. Aunado a esto, la familia Lluy no fue orientada y acompañada debidamente para contar con un mejor entorno familiar y superar la precaria situación y para superar la discriminación de la que eran objeto en diferentes áreas de su vida.

Respecto al derecho a la educación, la Corte IDH tiene competencia directa para decidir sobre casos contenciosos en torno a este derecho en virtud del artículo 19 (6) del Protocolo. Por ello, la sentencia refiere directamente a la violación al derecho a la educación teniendo en cuenta que Talía fue retirada de una escuela bajo el supuesto de poner en riesgo la integridad de sus compañeros.

Ahora bien, la Corte IDH nota que las personas con VIH han sido históricamente discriminadas debido a las diferentes creencias sociales y culturales que han creado un estigma alrededor de la enfermedad. De este modo, que una persona viva con VIH/SIDA, o incluso la sola suposición de que lo tiene, puede crear barreras sociales y actitudinales para que ésta acceda en igualdad de condiciones a todos sus derechos. Teniendo en cuenta estas características, y en atención a las condiciones de vulnerabilidad que ha enfrentado Talía, la Corte estimó pertinente precisar algunos elementos sobre el derecho a la educación de las personas que conviven con condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/SIDA. Para lo cual la sentencia recurre a las Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos de Naciones Unidas (2006) que precisan tres obligaciones inherentes al derecho a la educación en relación a las personas que conviven con VIH/SIDA: i) el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre el VIH/SIDA; ii) la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a las personas con VIH/SIDA, y iii) el derecho a que la educación promueva su inclusión y no discriminación dentro del entorno social.

Se destaca en la sentencia que las autoridades educativas no tomaron medidas para combatir los prejuicios en torno a la enfermedad de Talía y tampoco dispusieron de información oportuna y libre prejuicios, las medidas necesarias de educación, capacitación y programas mediáticos a fin de evitar la discriminación, el prejuicio y el estigma en todos los ámbitos contra las personas que padecen VIH/SIDA.[10] La Corte IDH señaló que la discriminación contra Talía estuvo asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona

[10] ONU, 2009

con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socio económico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió.

4.- El debate judicial en tono a la exigibilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Como he apuntado previamente, este es el único artículo de la CADH que refiere a los DESC, sin embargo, no traslada el entendimiento ni la protección de los mismos al Protocolo de San Salvador, sino a la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Determinando, con ello, una imposibilidad jurídica que es la falta de competencia de la Corte IDH para aplicar este instrumento, ya que como la propia CADH lo estipula, la Corte IDH solamente tiene competencia para aplicar la CADH. Por otro lado, también derivado de la misma CADH, tanto la Comisión como la Corte IDH tienen competencia para aplicar este artículo. De ahí que hayan surgido posturas que pretenden derivar de esta norma a una plena justiciabilidad de los DESC, a partir de una interpretación extensiva del principio pro persona y de la inferencia de derechos de la Carta de la OEA. La cuestión a dilucidar será entonces, cuál es el contenido esencial de esta norma internacional. Algunas precisiones para el análisis serían las siguientes.

La competencia para aplicar la norma son de la Comisión IDH y de la Corte IDH, que deriva a su vez de la propia CADH. Es posible sugerir que, una norma distinta y en capítulo aparte de los derechos civiles y políticos genera dudas sobre el alcance y la intención de la protección a los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. No obstante, estas precisiones, es un hecho de que la norma contenida en el artículo 26 de la CADH requiere de dotarla de contenido esencial, por un lado, y por otro, determinar del alcance.
Respecto al contenido de la norma, trataremos de elaborar un análisis que nos permita determinar su contenido y alcance de los derechos. En primer plano, como se desprende de su lectura, la norma señala el compromiso de los Estados de adoptar las “providencias” necesarias para lograr progresivamente los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación.

Esto significa que la norma no despliega directamente los derechos económicos, sociales y culturales, sino que remite a los derechos contenidos en la Carta de la OEA. Lo que sí hace la norma es establecer el compromiso de los Estados sobre la adopción de providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos. A esto debe atribuirse otra afirmación: los Estados se han obligado a hacer efectivos estos derechos. Es decir, una interpretación en otro sentido, como el decir que los Estados solo reconocen principios y postulados en la medida que las providencias pueden ser de naturaleza diversa, sin que necesariamente tenga que atribuírseles significado de justiciabilidad o exigibilidad directa.

Si a este criterio enfrentamos el argumento de que la CADH tiene como propósito proteger los derechos humanos de las personas sujetas a la jurisdicción del sistema interamericano y los mecanismos para su control, por ello, el decir que las normas establecen metas de política pública o de naturaleza política a la discreción del Estado, es inadmisible tratándose de un instrumento internacional protector de los derechos humanos. Por otra parte, según el texto de la norma, los Estado se comprometen a dar efectividad a los derechos que se derivan de los principios de la Carta de la OEA. Con ello, quedaría zanjada la cuestión sobre la obligatoriedad de la norma en comento.

Un aspecto final tiene que ver con la "progresividad" de los DESC. La cuestión ha sido tratada por el Comité de DESC de Naciones Unidas. Al respecto señala que la progresividad indica al mismo tiempo un mandato de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación del Estado. Respecto a la gradualidad el Comité DESC sostiene que: "el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un periodo corto de tiempo…"[11]

De ahí que la noción de "progresividad" implique un segundo sentido, es decir, el de "progreso", el cual consiste en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC. Tal como lo entienden autores como Abramovich, al considerar que de esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales puedan derivarse acciones exigibles

[11] Comité DESC, ONU, Observación General # 3, artículo 9.

judicialmente.[12] En otras palabras, esto significaría que si el Estado se obliga a mejorar las condiciones de estos derechos al mismo tiempo asume la obligación de no reducir los niveles de protección de los DESC vigentes, o en su caso, derogar los existentes.

Este debate en torno a la noción de "progresividad" está presente en el sistema interamericano desde el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú[13] cuando la Corte IDH interpretó la norma 26 de la CADH diciendo que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Y que su desarrollo progresivo se debe medir "en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente."[14]

Esta interpretación, en mi parecer, es desafortunada para el concepto de "progresividad" que la Corte IDH dio en el Caso Cinco Pensionistas porque no es clara. En efecto, parece que limita la aplicación del artículo 26 CADH sólo a afectaciones de DESC a toda la población o bien, parece indicar que solo procede aplicar el 26 CADH cuando se afecte a un grupo y que esta afectación sea representativa de una situación general que prevalezca en el país. Sin duda, desafortunada porque la Corte IDH introduce elementos interpretativos (como la situación general prevaleciente) que no aparecen en el instrumento regional de derechos humanos. Y, desafortunada también, porque no refleja una concepción de "progresividad" que ayude a la interpretación amplia o de tutela de los derechos sociales a la luz de la Convención.

La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos". El Comité DESC de Naciones Unidas ha dicho que el

[12] Abramovich, V. y Rossi, J., "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Sociales", en Revista Estudios Socio Jurídicos, abril, año 9, número especial, Universidad del Rosario, Colombia, 2007, página 42

[13] Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, 28 febrero 2003.

[14] Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, párrafo 147.

concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo.

Respecto a la progresividad de estos derechos humanos, el Comité DESC de Naciones Unidas señala tres aspectos esenciales de la frase. Por un lado, debe interpretarse a la luz del objetivo general, del Pacto, es decir, establecer obligaciones para los Estados con respecto a la plena efectividad de los derechos en cuestión. Este deber de "progresividad" impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Por otro lado, establece la obligación de los Estados de justificar plenamente la regresividad de los derechos, y finalmente, las medidas requieren la justificación en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

Entonces, una vez planteado el anterior debate, pasemos a la siguiente cuestión: ¿Cuáles derechos? Veamos su contenido.

5.- El contenido de la norma: los derechos que comprende

Como señala Courtis,[15] la determinación del alcance de la norma 26 de la CADH deviene de dos pasos previos. Uno es determinar cuáles son las normas económicas, sociales, de educación, cultura y ciencia contenidas en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Y el segundo, una vez identificadas dichas normas, determinar si de ellas es posible derivar los derechos, como lo menciona el artículo 26 CADH que se analiza.

Cuestión aparte es la relativa al mandato de progresividad en la plena efectividad de los derechos y, por otro lado, el condicionante económico y los medios para alcanzar el objetivo, es decir, de acuerdo con el propio texto normativo: "… en la medida de los recursos disponibles, por la vía legislativa u otros medios apropiados."

[15] Courtis, Ch. "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos"; en Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pág. 365. Recuperado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_proteccion_de_derechos.pdf

En cuanto al primer camino, la Carta de la OEA hace mención a disposiciones respecto a la naturaleza y propósito de la propia OEA en el Capítulo I (artículos 1 y 2) y respecto a los principios firmados por sus miembros (Capítulo II, artículo 3). Como puntualiza Courtis, a este nivel es posible ver principios de política pública que permiten derivar derechos de las personas.[16] En otro nivel, mucho más detallado se encuentran las disposiciones recogidas bajo el epígrafe de "Desarrollo integral" en el Capítulo VII de la Carta.

Siguiendo a Courtis, la cuestión puede enfocarse en estos términos: ¿el problema radica en cómo derivar de políticas públicas derechos? Cuando regularmente se sigue el proceso inverso. Es decir, se crea la norma, se establecen derechos y obligaciones, posteriormente, se dictan políticas públicas para lograr tales objetivos por medio de indicares de gestión y finalmente, se diseñan las medidas para lograr tales propósitos. En esta materia, como propone Courtis, acudiendo a la interpretación de normas de derechos económicos, sociales y culturales (como el PIDESC, el Protocolo San Salvador, Observaciones del Comité DESC de ONU, incluso la misma DADDH) es posible que el intérprete de la norma 26 CADH, a partir del proceso de interpretación integrador, "derive" -como manda el artículo 26 CADH- los derechos humanos a tutelar en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Siguiendo esta propuesta interpretativa sería entonces posible hablar de los derechos económicos, sociales y culturales que "derivan" de la Carta de la OEA, al menos, los siguientes:

- Derecho a la educación. Fundamento artículo 49, 34 h), 50, 47, 48. En correlación con la Observación General Núm. 11 y 13 del Comité DESC de ONU y la Observación General núm. 1 del Comité de Derechos del Niño.

- Derechos laborales. Fundamento: artículo 45, 45 g), 34 g). En correlación con el Convenio para la Protección de Trabajadores Migrantes y Familiares, Convenio de los Derechos de las Personas con Discapacidad y los Convenios de la OIT aplicables a la materia.

[16] Courtis, Ch, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26..., p. 366.

- Derecho a la seguridad social. Fundamento: artículo 45 h), 46, 3 j), 45 b), 2 g), 3f), 34, 45 a), 45 f)

- Derecho a la vivienda. Fundamento: artículo 34 k), l)

- Derecho a la alimentación. Artículo 34 j), en correlación con el 12.2 del Protocolo San Salvador y 11. 2 del PIDESC

- Derecho a la salud. Artículo 34 i), en correlación con el artículo 10 del PSS, Artículo XI de la DADDH y artículo 12 del PIDESC

- Derechos culturales. Artículo 50, 30, 31, 47, 52, en correlación con el artículo XIII DADDH y artículo 15 del PIDESC y 14 del PSS.

- Derechos del consumidor. Fundamento: Artículos 34 f), 39 b. i), en correlación con el Capítulo III de la CADH

6.- La interpretación del artículo 26 de la CADH por la Corte IDH

Identificación de ejes temáticos: Derechos laborales y de la seguridad social

Una vez que podría visualizarse una lista de derechos que podrían ser protegidos a partir de la interpretación del artículo 26 de la CADH en torno a la progresividad de los mismos, en este apartado se analizarán las posturas que los jueces de la Corte IDH han elaborado para interpretar el sentido y alcance de dicho numeral. Para ello, uso la metodología temática, bajo la cual agrupo las sentencias en ejes temáticos: Derechos del trabajo y de la seguridad social; derechos de los pueblos y comunidades indígenas y derechos de la niñez.

Por otro lado, es posible también encontrar otro grupo de sentencias en donde no se peticionó ni por la Comisión IDH ni por los representantes de las víctimas el cumplimiento del artículo 26 de la CADH. Sin embargo, fueron los propios jueces de la Corte IDH en el debate y análisis del caso quienes argumentaron vías o caminos por los cuales podría llegarse a la aplicación directa del artículo 26 de la CADH. Este grupo de sentencias no serán objeto de análisis en esta

investigación. Ahora solamente me limito a exponer los casos mencionados antes.

Para el análisis se sigue esta exposición: referencia a los hechos, la problemática debate y la decisión de la Corte IDH. Cabe precisar que el análisis sólo se centrará en el aspecto argumentativo que sirvió de apoyo para que los jueces elaboraran sus votos a favor o en contra de la justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH para proteger los DESC.

En este grupo de sentencias se solicitó a la Corte IDH la declaración de violación al artículo 26, ya sea por la propia Comisión IDH o por los representantes legales de las víctimas. Como he apuntado, en ningún caso la Corte IDH ha resuelto a favor. Esto puede observarse en 2003 que se resolvió el caso presentado por la Comisión IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú.

Caso Cinco pensionistas vs. Perú[17]

Hechos: Este asunto se inició en febrero de 1974 cuando se emitió el Decreto-Ley N° 20530 titulado "Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto-Ley 1990. Cinco pensionistas trabajaron en la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y cesaron después de haber prestado más de 20 años de servicios a la Administración.

El personal de la SBS se encontraba dentro del régimen laboral de la actividad pública, hasta que, mediante una ley de 1981, se dispuso que el personal se encontraría comprendido en el régimen laboral de la actividad privada, salvo los trabajadores comprendidos en el Decreto Ley 20530. Las cinco personas eligieron continuar con el Régimen del DL 20530 conforme al cual, el Estado reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable.

Las nivelaciones se efectuaron de manera sucesiva y periódica, cada vez que se producía un incremento por escala en las remuneraciones de los trabajadores y funcionarios activos. En abril de

[17] Corte IDH, Caso Cinco pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 febrero 2003. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf

1992 la SBS suspendió el pago de la pensión de uno de los pensionistas y redujo el monto de la pensión de los demás en aproximadamente un 78%, sin previo aviso ni explicación alguna. Cada uno de los pensionistas interpuso una acción de amparo contra la SBS y durante 1994 todas fueron declaradas fundadas por la Corte Suprema. En vía de ejecución de la sentencia, los correspondientes Juzgados Especializados en los Civil emitieron resoluciones a través de las cuales ordenaron a la SBS y al Ministerio de Economía y Finanzas que cumplieran con lo dispuesto en dichas sentencias definitivas. Luego de haber presentado acciones de cumplimiento, el TC se pronunció en el mismo sentido.

Análisis de la decisión

La Corte IDH condena por violación al artículo 21 (propiedad privada) al considerar el derecho a la pensión como un derecho adquirido, por tanto, entra en la protección del artículo 21 de la CADH, al considerar la pensión como parte del patrimonio personal.

La sentencia es importante en cuanto a la justiciabilidad de los DESC porque la Corte IDH señala que, en el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones, los Estados pueden reducirlos únicamente mediante la vía legal adecuada y por los motivos indicados. Además, aplica el artículo 5 del Protocolo de San Salvador al señalar que sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los DESC "mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos". En el presente caso, afirmó la Corte IDH que tales restricciones deben hacerse conforme a los parámetros del 21 CADH, es decir, del derecho a la propiedad privada.

Ahora bien, si el Estado quería dar otra interpretación al Decreto Ley 20530 debió: a) realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas y; b) respetar, en todo caso, las determinaciones de los tribunales de justicia.

Respecto a la justiciabilidad del 26 CADH, no obstante, la importancia histórica de la decisión en materia de reconocimiento y protección de pensiones y derechos laborales es infortunada al desestimar el petitorio de la Comisión IDH, en cuanto a la violación del deber de progresividad de los DESC, al haber reducido el monto de las

pensiones y no garantizar el desarrollo progresivo del derecho a la pensión.[18]

La Corte IDH sostuvo que el desarrollo progresivo de los DESC se debe medir en función de la creciente cobertura de tales derechos en general y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de personas pensionistas no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente.[19]

Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú [20]

Hechos:

Mediante Decreto de 1992 se dispuso que los titulares de los Ministerios e Instituciones Públicas Descentralizadas efectúen semestralmente programas de evaluación de personal, pudiendo cesar por causal de excedencia a quienes no calificaran en dicha evaluación. Al día siguiente de su publicación, la Municipalidad Metropolitana de Lima y el Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Lima celebraron un pacto colectivo, en el cual la Municipalidad se comprometía a respetar la estabilidad laboral y la carrera administrativa del trabajador permanente.

Posteriormente, en 1996 se dispuso el Programa de Evaluación del Personal de la Municipalidad Metropolitana de Lima y se despidió a un grupo de trabajadores. Ellos interpusieron diversas acciones judiciales a fin de que se dejaran sin efecto las resoluciones de despido. Dichos amparos fueron declarados fundados mediante diversas sentencias, incluso por parte del Tribual Constitucional. No obstante, dichas sentencias no fueron cumplidas ni ejecutadas.

[18]Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, párrafo 146.
[19]Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, párrafo 147
[20] Corte IDH, Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 febrero 2006. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf

Análisis de fondo:

La Corte IDH condena por la violación al artículo 25 (protección judicial) de la CADH por no cumplir el Estado con las sentencias emitidas por la Sala Constitucional y la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público.

Como se advierte en la sentencia, la Corte IDH no analiza la alegada violación del artículo 26 de la CADH porque hizo el análisis de las violaciones a los derechos de garantías judiciales y protección judicial y con ello, se refiere a las graves consecuencias que tuvo el incumplimiento de las sentencias en el marco de los derechos laborales amparados en aquellas.[21]

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú[22]

Hechos:

Los hechos del presente caso se contextualizan luego del autogolpe de Estado en 1992. Mediante el Decreto Ley N° 25640 del 21 de julio de 1992, se autorizó la ejecución del proceso de racionalización del personal del Congreso de la República. El 6 de noviembre de 1992, la recién creada la Comisión Administradora de Patrimonio del Congreso de la República emitió, en base a los resultados de evaluaciones, dos resoluciones por las que fueron cesados 1110 funcionarios y servidores del Congreso, entre los cuales, se encontraban las 257 víctimas. Dichas personas presentaron una serie de recursos administrativos que no tuvieron mayor resultado. Asimismo, presentaron un recurso de amparo que fue desestimado.

Análisis de fondo:

La Corte IDH condenó por violación al artículo 25 CADH (protección judicial) ya que el artículo 9 del DL N° 25640 prohibía expresamente la posibilidad de interponer la acción de amparo contra

[21] Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, párrafo 285.
[22] Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 noviembre 2006. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

los efectos del mismo.[23] Esta prohibición, a juicio de la Corte IDH constituye una medida de acción inmediata que no puede ser considerada como una limitación válida al derecho de un real y efectivo acceso a la justicia de los destinatarios de esta normativa, la cual contradice los artículos 8 y 25 de la CADH.

Respecto al petitorio de justiciabilidad del artículo 26 CADH la Comisión IDH señaló que el Estado es responsable por la violación a tal precepto por el carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajo consecuencias graves, como la privación injusta de su empleo y el derecho a una remuneración, así como demás beneficios laborales, la interrupción de la seguridad social, el cese de acumulación de sus años de servicio de las víctimas, lo que impidió que no pudieran acceder a su jubilación así como efectos graves en su salud.

Sin embargo, a juicio de la Corte IDH, el objeto de la sentencia no fue el determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las víctimas ni tampoco su no reposición. Lo que la Corte IDH declaró es respecto a las garantías judiciales que violó el Estado por la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos considerados vulnerados y la existencia de impedimentos normativos para un efectivo acceso a la justicia. Por tanto, la Corte IDH consciente de las consecuencias jurídicas de tal violación de derechos, en tanto que reconoce también que son las consecuencias comunes a cualquier cese tiene propios de una relación laboral. Y para ello, considera estas consecuencias en el apartado de Reparaciones y desestima el estudio del petitorio respecto al 26 CADH.[24]

Cabe mencionar que, en materia de reparaciones, la Corte IDH dispuso la creación de un recurso sencillo y eficaz para determinar si dichas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso o en caso contrario, determinar y fijar las consecuencias jurídicas correspondientes.

[23] Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, párrafo 117
[24] Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, párrafo 136

Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú[25]*, 01 julio 2009*

Hechos:

Este caso inicia a raíz de que los 273 miembros de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República del Perú se acogieron al régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley Nº 20530, el cual establecía una pensión de jubilación nivelable progresivamente con la remuneración del titular en actividad de la Contraloría General de la República (CGR) que ocupara el mismo puesto o función análoga a la que ellas desempeñaban a la fecha de su jubilación. Sin embargo, el 7 de julio de 1992 se publicó el Decreto Ley Nº 25597, que encargó al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) asumir el pago de las remuneraciones, pensiones y similares que hasta ese momento le correspondía pagar a la CGR, y recortó el derecho de los integrantes de la Asociación a continuar recibiendo una pensión nivelable conforme al Decreto Ley Nº 20530.

Ante esta decisión, en 1993 la Asociación interpuso una acción de amparo contra la CGR y el MEF ante el Sexto Juzgado en lo Civil de Lima, a fin de que declarara la inaplicación de los dispositivos legales mencionados a favor de sus integrantes. Luego de haber interpuesto una serie de recursos, la Asociación interpuso un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional del Perú, el cual, mediante las sentencias emitidas con fecha 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001, ordenó "que la Contraloría General de la República cumpla con abonar a los integrantes de la Asociación actora las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que perciben los servidores en actividad de la citada Contraloría que desempeñen cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados", respecto de doscientos setenta y tres integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República.

El Estado dio cumplimiento parcial a un extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, al nivelar las pensiones a partir de noviembre de 2002. Sin embargo, no cumplió con restituir los montos

[25] Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Sentencia de 01 julio 2009. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf

pensionarios retenidos desde el mes de abril del año 1993 hasta octubre de 2002.

Análisis de fondo:

La Corte IDH condenó por la violación al artículo 25 (protección judicial) por haber transcurrido más de 11 años desde la emisión de la primera y la última sentencia del Tribunal Constitucional del Perú y casi 15 años desde la sentencia de la Sala Civil sin que éstas hayan sido efectivamente cumplidas. La ineficacia de dichos recursos ha causado, a juicio de la Corte IDH que el derecho a la protección judicial de las víctimas haya resultado ilusorio, determinado por la misma negación del derecho involucrado.[26]

Consideró también violentado el artículo 21 del derecho de propiedad privada pues a través de la interpretación de propiedad privada, los derechos adquiridos son aquellos incorporados al patrimonio de las personas. Por tanto, el derecho a la pensión nivelable que adquirieron las víctimas generó un efecto en el patrimonio de estas, quienes recibían los montos correspondientes cada mes. Este patrimonio se vio afectado directamente por la reducción ilegal y las victimas o pudieron gozar integralmente su derecho a la propiedad sobre los efectos patrimoniales de su pensión nivelable, reconocida legalmente, es decir, los montos que dejaron de percibir.[27]

Respecto a la vulneración del artículo 26 de la CADH, la Corte IDH sostuvo lo siguiente. Primero, el "desarrollo progresivo" de los DESC (acude al criterio del Comité DESC de ONU) en el sentido de la plena efectividad de aquellos no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo y que, en esa medida, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las necesidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar dicha efectividad. En este contexto, sostiene que el Estado tendrá la obligación de hacer esencialmente una obligación de hacer, es decir, adoptar providencias y brindar medios y elementos necesarios para lograr la efectividad de estos derechos, en la medida de sus recursos económicos. Así, la implementación progresiva de estas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el

[26] Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú, párrafo 77.
[27] Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú, párrafo 88

caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver estas violaciones de derechos humanos.[28]

En resumen, la Corte IDH interpreta que existe un deber (condicionado) de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Ante estas medidas, aceptadas por el Comité DESC de ONU con ciertas limitaciones, como la justificación plena por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto DESC y en el contexto del aprovechamiento máximo de los recursos que el Estado disponga.[29]

Por su parte, la Comisión IDH ha dicho que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH deberá determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso. Por lo expuesto, la Corte IDH afirma "que la regresividad resulta justificable cuando de DESC se trate". Este caso es relevante, porque por primera vez la Corte IDH introduce un elemento interpretador en el artículo 26 CADH.

En el caso, la Corte IDH consideró que no se está frente a ninguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien, el incumplimiento estatal del pago ordenado por los órganos judiciales, la Corte consideró que los derechos afectados son el 21 y 25 CADH y no el 26, por lo cual desestima la petición.[30]

Comunidades y pueblos indígenas

Caso pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador[31]

Hechos:

[28] Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú, párrafo 102
[29] Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú, párrafo 103
[30] Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú, párrafo 106
[31] Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio 2012. Recuperado de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

El contexto de este caso se enmarca en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. La población cuenta con 1200 habitantes aproximadamente. Su medio de supervivencia es la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Y cuenta con el registro oficial del año de 2004 del estatuto del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku.

En 1996 la empresa estatal de petróleo del Ecuador suscribió contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo de la región amazónica y el consorcio formado por dos compañías petroleras extranjeras. En numerosas ocasiones, una de las empresas petroleras intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Kichwa y conseguir el consentimiento de dicho pueblo para la exploración petrolera, aunque fueron infructuosas. En el año 2002, la Asociación de Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas en que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral.

Cuando en 2002 las empresas activaron la fase de exploración sísmica y ante el ingreso de una de las empresas al territorio de la comunidad, ésta paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolareas. Hubo enfrentamientos con los miembros de la comunidad para impedir el ingreso. Sin embargo, nada se consiguió pues la empresa abrió trochas sísmicas, habilito siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos subterráneos, necesario para consumo de agua de la comunidad, taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria en Sarayaku. Las amenazas a los líderes de la comunidad continuaron entre febrero de 2003 y diciembre de 2004.

Fue hasta finales de 2010, que la empresa petrolera Petroecuador firmó Acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y exploración de petróleo curdo. El pueblo no fue informado de los términos de la negociación de Ecuador con la empresa ni de las condiciones en que se celebró el Acta.

Análisis de fondo:

La Corte IDH en la sentencia condena al Estado por la violación al derecho a la consulta derivado del Convenio 169 de la OIT y por violación al artículo 21 sobre la propiedad comunal indígena.[32] Igualmente, condenó al Estado por la falta de estudios de impacto ambiental[33] y, el perjuicio causado al vulnerar el derecho a la identidad cultural del pueblo.[34]

Además, consideró vulnerados los derechos a la vida y a la integridad personal por haber puesto en riesgo gravemente los derechos a la vida e integridad personal de los miembros de la comunidad, además de las garantías judiciales que garanticen la protección efectiva, así como la falta de garantías como víctimas en especial condición de vulnerabilidad y la falta de aplicación de sus costumbres, valores usos y derecho consuetudinario.[35]

Respecto al 26 CADH los representantes de las víctimas solicitaron se incluyera en el petitorio de la Comisión IDH la declaración de la violación del derecho a la cultura contenido en el artículo 26 de la CADH en perjuicio de los miembros de la Comunidad. Sin embargo, la Corte IDH consideró que los hechos han sido suficientemente analizados y las violaciones conceptualizadas, bajo los derechos a la propiedad comunal, a la consulta y a la identidad cultural del Pueblo Sarayaku, en los términos del artículo 21 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, por lo que no se pronunció sobre la violación del 26 CADH.[36]

[32] Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafos 159, 167
[33] Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafo 204
[34] Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafo 213
[35] Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafo 264
[36] Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafo 230

Menores de edad

Caso Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay[37]

Hechos:

Este caso refiere a un establecimiento de internamiento para menores en conflicto. De los hechos narrados en la sentencia se desprende que el instituto no contaba con la infraestructura adecuada para un centro de detención, situación que se agravó en la medida que la población superó la capacidad máxima de éste. Además, se destacan las condiciones insalubres en las que vivían los internos. Problemas de desnutrición, falta de asistencia médica, psicológica y dental adecuada. Muchos de ellos carecían de camas, frazadas y/o colchones. Asimismo, el programa educativo del Instituto era deficiente. Adicionalmente, no se contaba con un número adecuado de guardias en relación con el número de internos y los que estaban hacían uso de castigos violentos y crueles con el propósito de imponer disciplina.

La sentencia hace recuento de 3 incendios que ocurrieron entre los años de 2000 a 2001, provocando lesiones y la muerte en los internos. Después del último incendio el Estado cerró las instalaciones y los familiares de los internos iniciaron los procesos correspondientes para solicitar la indemnización por daños y perjuicios, así como un proceso penal por los hechos narrados. En ningún caso se realizaron gestiones ni investigaciones por las autoridades.

Análisis de fondo:

La Corte IDH condenó al Estado por la violación a los derechos a la vida y a la integridad personal, al señalar que tales derechos implican que el Estado no sólo debe respetarlos, sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos en cumplimiento de su deber establecido en el 1.1 de la CADH.[38]

[37] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Sentencia de 2 septiembre 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf

[38] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, párrafo 158

En el presente caso, cuando el Estado se encuentra al cuidado de niños privados de su libertad, tiene además de las obligaciones para garantizar el derecho a la vida, tiene una obligación adicional, es decir, la establecida en el 19 de la CADH: debe tomar las medidas especiales orientadas en el principio de interés superior del menor, por otra parte, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de su libertad.[39]

Con este contexto, la sentencia analiza los derechos a la salud, a la educación, alimentación de los menores privados de su libertad.[40] Así como la protección de su propia vida ante los riesgos de vivir en el centro penitenciario, como las adecuadas medidas de seguridad, higiene, y medidas de evacuación y emergencia necesarias en caso de accidentes, como los incendios que se ocurrieron en el lugar.

Respecto a la violación del artículo 26 CADH, la Corte IDH recurre a la OC-9/87, en la que sostuvo que para que un recurso sea efectivo "requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla". En el caso, es claro que los internos amparados por el recurso siguieron sufriendo las condiciones insalubres y de hacinamiento, sin atención a la salud, mal alimentados y en un clima de tensión y violencia que impedía el goce de sus derechos humanos como niños.[41]

Por tanto, la sentencia sostuvo que las violaciones a los derechos a la vida digna, salud, educación y recreación, en atención a los derechos 4 y 5 de la CADH, en relación con los artículos 19 y 13 de la misma, considera que no es necesario pronunciarse sobre el artículo 26 de la CADH.[42]

[39] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, párrafo 160
[40] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, párrafo 172 y 178
[41] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, párrafos 245 y 250
[42] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, párrafo 255

Caso Furlan y Familiares vs. Argentina[43]

Hechos:

Los hechos del presente caso refieren a un niño de 14 años de edad llamado Sebastián Furlán, quien en 1988 sufrió un accidente al ingresar a un predio propiedad del Ejército. El inmueble no contaba con ningún alambrado o cerco perimetral que impidiera la entrada al mismo, hasta el punto que era utilizado por niños para diversos juegos, esparcimiento y práctica de deportes.

El menor fue ingresado al hospital con diagnóstico de traumatismo encéfalo craneano con pérdida de conocimiento en estado de coma grado II-III, con fractura de hueso parietal derecho. A raíz de este accidente, su padre, Danilo Furlan, interpuso demanda en 1990 en el fuero civil con el fin de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente de su hijo.

El juzgado en 2000 falló a favor del menor como consecuencia de la negligencia por parte del Estado, como titular y responsable del predio. En consecuencia, condenó al Estado Nacional-Estado Mayor General del Ejército a pagar a Sebastián Furlan la cantidad de 130.000 pesos argentinos más sus intereses en proporción y con ajuste a las pautas suministradas en la sentencia.

El pago debido a favor de Sebastián Furlan quedó comprendido dentro de la Ley 23.982 de 1991, la cual estructuró la consolidación de las obligaciones vencidas de causa o título anterior al 1 de abril de 1991 que consistiesen en el pago de sumas de dinero. Dicha Ley estipuló dos formas de cobro de indemnización: i) el pago diferido en efectivo, o ii) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo.

El padre de Sebastián, ante las precarias condiciones económicas en las que se encontraba, optó por la suscripción de bonos de consolidación en moneda nacional. El 12 de marzo de 2003 el Estado le entregó 165.803 bonos. Danilo Furlan vendió dichos bonos y una vez

[43] Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, Sentencia de 31 agosto 2012. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

que pagó los honorarios de su abogada y costas procesales de la segunda instancia promovida, en definitiva, el padre de Sebastián tuvo en total 116.063 bonos, equivalentes a 38.300 pesos argentinos aproximadamente, de los 130.000 pesos argentinos ordenados por la sentencia.

Debido a la condición de salud en la que se encontró después del accidente, Sebastián Furlan recibió tratamientos médicos especializados, pues uno de los dictámenes diagnosticó que Sebastián tenía un 70% de discapacidad. En 2009 el padre de Sebastián solicitó una pensión no contributiva por invalidez. Sin obtener resultado favorable alguno.

Análisis de fondo:

La sentencia considera en primer término la condición de menor de edad de Sebastián al momento del accidente que trajo su incapacidad. Por tanto, reitera la jurisprudencia que sostiene que toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.[44] En tal contexto condena al Estado por la violación al derecho a la protección judicial y al derecho a la propiedad privada. Pues consideró que después de un retraso no justificado en el proceso civil por daños y perjuicios Sebastián Furlan debió iniciar una segunda etapa administrativa con el objetivo de lograr el pago de la indemnización otorgada mediante sentencia judicial.[45]

De acuerdo con esto, la Corte IDH observa que existe una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad. Su restricción no es proporcionada en sentido estricto porque no contemplo ninguna posibilidad de aplicación que hiciera menos gravosa la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía.[46]

[44] Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, párrafo 144
[45] Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, párrafo 212
[46] Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, párrafo 222

Además, la sentencia refiere a la violación de otros derechos como su derecho de contar con un asesor de menores en el proceso civil por daños y perjuicios.[47] También condena por la violación al derecho a la integridad personal y acceso a la justicia de los familiares de Sebastián, quienes se vieron enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generados por la vulneración de su familia cercana.

Por su parte, los representantes de las víctimas alegaron la violación al 26, es decir, al desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con los artículos 1.1 y 2 (Obligación de Respetar los Derechos y Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) en perjuicio de Sebastián Furlan y su familia. Sin embargo, la Corte IDH en la sentencia no hace ninguna referencia a la vulneración o no del artículo 26 de la CADH. Solamente un voto de una jueza de la Corte IDH hace referencia a la necesidad de haber declarado violentado el artículo 26 de la CADH.

7.- Conclusiones

Del anterior recorrido histórico jurídico de la experiencia interamericana en materia de protección de derechos económicos, sociales y culturales se desprende una línea jurisprudencial cuya base competencial se ancla en proteger los DECS mediante la técnica de la conexión e interdependencia de los derechos. Esto significa proteger derechos sociales como los derechos de la seguridad social y el trabajo, la salud y la vida digna acudiendo a la protección de otros derechos como la vida y la integridad personal.

Si bien es cierto que la Corte IDH avanza un poco en la protección de los derechos sociales, sin tener competencia directa para aplicar el Protocolo de San Salvador, salvo educación y sindicación, como se ha visto, en particular al establecer algunos estándares relacionados con el acceso a los medicamentos, temas de salud de las niñas y los niños con VIH/SIDA, las condiciones de salud y nutrición que deben contar las personas privadas de su libertad, así como la protección a la propiedad. También tienen sentido las voces de los propios jueces de la Corte IDH y un sector de la doctrina interamericana que apunta a la posibilidad de proteger estos derechos con mayor intensidad y dando mayores responsabilidades a los Estados mediante

[47] Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, párrafo 224

la aplicación directa del artículo 26 de la CADH a través de la interpretación del desarrollo progresivo de estos derechos.

Sin embargo, considero que el análisis que la Corte IDH ha realizado hasta el momento ha sido a través de la tradicional interpretación de conexidad de la salud con otros derechos como la vida y la integridad personal, libertad y propiedad. Cambiar esta posición interpretativa sin duda, demandaría una posición de mayor escrutinio de la normativa nacional o de las acciones de las autoridades en el marco de la protección y defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero, por otro lado, daría lugar al inicio de la interpretación judicial del artículo 26 CADH a propósito de como los Estados implementan tales derechos de acuerdo con las particularidades de cada uno. Incluso, como lo afirma en el caso Acevedo Buendía, dar paso al escrutinio del control judicial respecto a medidas alegadas de regresividad.

Otro elemento a favor de esta propuesta sería que jueces de la Corte IDH como Eduardo Ferrer MacGregor han señalado, en varias ocasiones, en sentencias en las que se dictaminan cuestiones de salud, que se precisa una interpretación gradual y sistemática que considere el derecho internacional de los derechos humanos, así como criterios de tribunales nacionales a favor de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.

EL ARBITRAJE. UNA INSTITUCIÓN DE GRAN RAIGAMBRE CON LA VISTA PUESTA EN EL FUTURO: LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LÍNEA

Marta Grande Sanz[1]

1.- Introducción

El conflicto es consustancial a los seres vivos, una constante en todas las épocas y sociedades y un importante motor del cambio social[2]. Sin embargo, si un conflicto no se resuelve en sus primeras etapas tenderá a agravarse. Para evitarlo resulta conveniente adoptar una serie de medidas preventivas antes de la aparición de la controversia como, por ejemplo, llevar a cabo una cuidada elaboración del contrato que impida la incorporación de cláusulas oscuras o de imposible realización o bien acudir, en etapas más avanzadas donde el conflicto ya se ha producido, a algún método de resolución de conflictos para poner fin al mismo[3].

---

[1] Doctora en Derecho por la Universidad Pontificia Comillas. Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la misma universidad y en Economía por la Universidad Nacional a Distancia. Abogada.

[2] En este sentido, SILVA GARCÍA, G., "Una teoría del conflicto. Un marco teórico necesario", en *Prolegómenos-Derechos y Valores*, vol. XI, nº 22, julio-diciembre 2008, pp. 29 a 43. Puede consultarse en: http://bit.ly/1r4PPLN [Disponible a 18 de mayo de 2017 a las 18:00].

[3] Aunque habitualmente se denominan *alternative dispute resolution* (ADR) también reciben el nombre de mecanismos alternativos de solución de conflictos o modalidades alternativas de solución de conflictos (MASC), mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC), mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos o medios alternativos de solución de diferencias. En EEUU se tiende a incluir el arbitraje entre los ADR mientras que en la Unión Europea suele excluirse alegando: su falta de flexibilidad debido a una regulación que, para algunos, resulta excesiva y formalista; los

En este último caso, podrían emplearse las denominadas *multi-step dispute resolution clauses*[4] que permiten a las partes emplear diversos métodos de resolución de conflictos: en un primer momento, métodos que no requieren la intervención de un tercero como sucede con la negociación; para, cuando no se resuelva el conflicto de este modo, acudir a otros métodos donde el protagonismo del tercero es mayor como en la conciliación y la mediación e incluso someterse a mecanismos en los que la decisión adoptada por el tercero resulta vinculante para las partes tal y como ocurre en el caso del proceso judicial o del arbitraje.

La institución arbitral, en cuanto sistema alternativo de resolución de conflictos, es una figura que ha tenido entidad propia en el pasado y que mantiene un papel preponderante en la actualidad; especialmente, en el ámbito del comercio internacional. No obstante, se está tratando de impulsar su utilización también en otros ámbitos como, por ejemplo, en las transacciones comerciales con consumidores si bien sujeta a una serie de condicionantes[5].

La generalización del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de las transacciones comerciales entre empresas, empresas y consumidores o incluso cuando participan Administraciones públicas ha permitido que estos agentes económicos desarrollen entre sí un sinfín de negocios jurídicos; muchos de ellos de carácter transaccional al encontrarse las partes intervinientes físicamente distantes entre sí.

---

efectos procesales del laudo arbitral, su obligatoriedad y su carácter de título ejecutivo; e incluso por ser más un sustituto del proceso judicial que una alternativa de aquel.

[4] También llamadas *multi-tiered disputed resolution clause, dispute escalation clause, multi-step alternativa dispute resolution clauses, cascade clauses, ADR first clauses, integrated resolution clauses*. MACHO GÓMEZ, C., "Los ADR «*alternative dispute resolution*» en el comercio internacional", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 2, octubre 2013, nota 413. Puede consultarse en: http://bit.ly/1PpQh2L [Disponible a 10 de mayo de 2017 a las 19:00].

[5] Cabe citar el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, BOE de 25 de febrero de 2008 y el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre Resolución de Litigios en Línea en Materia de Consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

Como consecuencia de ello, el número de este tipo de transacciones se ha incrementado significativamente y cuando necesario contar con métodos que permitan resolver las controversias que se susciten en este entorno de una forma sencilla, rápida y flexible y sin que sea preciso contar con la presencia física de las partes y que, además, las decisiones que se generen sean válidas y ejecutables en todos los países -o, al menos, en la mayoría de ellos-, con independencia de su grado de desarrollo o de su tradición jurídica. Estas características serán especialmente importantes cuando la controversia se suscite en una transacción de carácter internacional, el conflicto tenga carácter repetitivo e intervenga en la transacción un consumidor o una pequeña y mediana empresa. Por todo ello, consideramos que la solución de controversias en línea (en inglés, *ODR*) y, en particular, el arbitraje electrónico resulta idóneo para la resolución de este tipo de conflictos. El arbitraje electrónico presenta algunas características singulares como pueden ser: la determinación de la sede arbitral, el desarrollo del procedimiento por vía informática, la utilización de las notificaciones electrónicas o las figuras del convenio arbitral y del laudo arbitral electrónicos por señalar algunas de las más representativas. Sin embargo, no puede desarrollarse de un modo autónomo ni totalmente desligado de la propia institución arbitral, resultado de una larga experiencia histórica.

El desarrollo del arbitraje electrónico requiere mirar al futuro para establecer un marco de resolución de conflictos adaptado a las nuevas tecnologías y a las necesidades derivadas de un mundo globalizado pero también buscar en el pasado su origen, sus fundamentos y sus rasgos principales. Precisamente, este trabajo pretende analizar la institución del arbitraje desde una perspectiva histórica que nos permita, desde una aproximación al origen y a los antecedentes de la figura del arbitraje, entender su configuración actual para, a continuación, mirar al futuro con el propósito de conseguir la generalización del convenio arbitral electrónico y la implantación de un arbitraje electrónico rápido, seguro y eficaz.

2.- Los orígenes y antecedentes del arbitraje

Para facilitar el análisis de la evolución que ha sufrido la institución arbitral desde sus inicios hasta la actualidad hemos decidido dividir la exposición en las siguientes etapas: a) los orígenes del arbitraje; b) el arbitraje en Grecia; c) el arbitraje en el Derecho romano;

d) el arbitraje en la Edad Media; e) en la Edad contemporánea; y, por último, f) en el período moderno.

Los orígenes del arbitraje

En las sociedades primitivas las controversias se decidían por la fuerza a través de la venganza personal. No sería hasta el establecimiento de ciertas normas de comportamiento cuando los conflictos entre los miembros de una comunidad comenzaran a someterse a la decisión de un tercero, elegido entre los miembros de la comunidad -por lo general, sacerdotes, ancianos o sabios- que ostentaban cierta autoridad moral, honestidad, dignidad y prudencia. De este modo, las partes renunciaban a la venganza personal[6] y ofendido y ofensor acudían al tercero -designado de común acuerdo- para resolver su disputa. Sin embargo, el tercero no podía imponer coercitivamente su fallo porque la fuerza de aquel quedaba limitada por el propio compromiso de los contendientes[7].

El arbitraje y, por tanto, el abandono de la famosa Ley de Talión recogida en el Código de Hammurabi (1790-1750 a.C.) supuso un avance en la administración de justicia entre los individuos en las sociedades de la Antigüedad[8]. La Ley de Talión quedaría totalmente

[6] Para FERNÁNDEZ BUJÁN resulta razonable «pensar que en los primeros tiempos de la comunidad política romana, con anterioridad a la organización de la administración de justicia y de la atribución de competencia a magistrados y jueces la decisión de las controversias entre los particulares se encargaría a uno o varios árbitros elegidos de común acuerdo por los interesados en solucionar sus conflictos». FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*. Madrid, 2006, p. 199.

[7] Como señala ZAPPALÁ, la justicia arbitral surgió como una necesidad del hombre en convivencia con sus similares y para dar una respuesta a las comunidades donde la fuerza y la prepotencia era el único instrumento de justicia. En cambio, el arbitraje garantizaba una solución más equitativa y más humana mediante la decisión final de un tercero con experiencia y habilidad. ZAPPALÁ, F., "Universalismo histórico del arbitraje", en *Vniversitas Bogotá (Colombia),* nº 121, julio-diciembre de 2010, p. 197. Puede consultarse en: http://bit.ly/2qc91Mq [Disponible a 26 de junio de 2017 a las 18:16].

[8] GRANJO ORTÍZ, A., *Arbitraje, protocolo y empresa familiar desde el Derecho de familia, la Unión Europea y la diplomacia económica internacional: El método ARBICOF*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 67 y 68. Puede consultarse en: http://bit.ly/2tcK6c5 [Disponible a 24 de mayo de 2017 a las 17:35].

superada quinientos años después pudiendo verse en el Código Hitita (1380-1265 a.C.) los primeros atisbos de la institución arbitral: se acudía a un tercero imparcial -elegido por las partes de forma voluntaria- para la resolución de sus controversias en lugar de emplear la venganza personal[9]. Incluso hay quienes ven una forma primitiva del arbitraje en el Libro del Génesis cuando el yerno de Labán (Jacob) le sugiere que someta sus «denuncias al juicio de tus hermanos, para que lo decidan entre tú y yo»[10], es decir, le insta a que las controversias que existían entre ambos fueran resueltas por terceros imparciales.

En la mitología griega, podría encontrarse un ejemplo en la asignación de la manzana de oro a la diosa más bella del Olimpo o Juicio de París. Durante el matrimonio de Peleo y Tetis (futuros padres de Aquiles), Herís -la diosa de la discordia- ofendida por no haber sido invitada arrojó en la mesa del banquete una manzana de oro con la inscripción "para la más bella". Tres diosas quisieron hacerse con ella: Hera, Atenea y Afrodita.

Zeus -el dios de dioses- entendió que la decisión sobre quién era la más bella de las tres debía corresponder al hombre más bello: Paris, el príncipe de Troya.

Por tanto, Hermes acompañó a las tres diosas frente al joven troyano y cada una de ellas le prometió una recompensa si le entregaba la manzana de oro: Atenea le ofreció la capacidad de, manipular las leyes de la física; Hera convertirle en el hombre más rico del mundo; y Afrodita le prometió apagar sus deseos pasionales y románticos concediéndole la mujer más bella (Helena). Paris favoreció a la última y desencadenó la ira de las otras dos. Por su parte, Afrodia ayudó a Paris a conquistar y arrebatar a Helena a su esposo Menelao, rey de Esparta con lo que se desató la guerra de Troya pasando a conocer la "manzana de oro" como "la manzana de la discordia"[11].

A pesar del avance que supuso someter la resolución de las controversias a la decisión de un tercero neutral en lugar de aplicar la venganza privada, muchos de los rasgos que se ven en las figuras expuestas no son exclusivos del arbitraje al tiempo que faltarían otros

[9] GRANJO ORTÍZ, *Arbitraje, protocolo, y empresa familiar…,* p. 69.
[10] GRANJO ORTÍZ, *Arbitraje, protocolo, y empresa familiar…,* pp. 70 y 71.
[11] Recogida por ZAPPALÁ, "Universalismo histórico del arbitraje", p. 196 y por GRANJO ORTÍZ, *Arbitraje, protocolo, y empresa familiar…,* pp. 71 y 72.

tan característicos de aquel como, por ejemplo, el carácter ejecutivo de la decisión del tercero. No obstante, en el pasaje de la manzana de oro se aprecian ciertos rasgos presentes en el arbitraje actual; en particular, el hecho de depositar la decisión en un tercero, en principio, imparcial al no ser un dios que contaría con ciertos conocimientos sobre la materia objeto de controversia (la belleza) partiendo de la presunción de que las diosas se someterían a su decisión aunque no de buen grado.

El arbitraje en Grecia

Dracón de Tesalia (s. VII a.C.) [12] habría sido el primero en establecer el poder punitivo estatal para juzgar y condenar los delitos surgidos en la época poniendo fin a la venganza privada con relación a la punición de los ilícitos penales, daños en la propiedad y otros delitos[13]. Con posterioridad, Solón -poeta, reformador político, legislador y estadista ateniense- elaboró en el año 594 a.C. una Constitución para reformar la situación del campesinado asediado por la pobreza, las deudas y un régimen señorial que lo ataba a las tierras de su señor o lo conducía a la miseria. El hecho de que pusiera fin a la guerra entre Atenas y Megara por la posesión de Salamina le permitió ser elegido como magistrado supremo (*arconte)* y nombrado árbitro por consenso y, por tanto, dotado con *auctoritas* reconocida por su probada y practicada *virtus* para acabar con las disputas entre ricos y pobres.

En la cultura griega la fórmula del arbitraje surgió hacia el año 520 a.C. en los consejos de la confederación de pueblos y ciudades de la órbita de influencia política y militar de Atenas[14]. El denominado arbitraje de la Anfictionía pretendía resolver los conflictos entre distintos grupos étnicos mediante doce ancianos representantes de las

[12] Seguimos en este punto a GÓMEZ ROYO, R., *Las sedes históricas de la cultura jurídica europea*. Valencia, 2010, p. 116 y ss citado por GRANJO ORTÍZ, *Arbitraje, protocolo, y empresa familiar…,* nota 72, p. 73.

[13] En torno al año 621 a.C. Dracón -legislador de Atenas que ocupó el cargo de *arconte epónimo*- intentó quitar a los nobles la facultad de juzgar arbitrariamente mediante la recopilación y publicación de las leyes existentes. Aunque el establecimiento de una legislación para todos sería un primer paso hacia un gobierno democrático, el código imponía penas muy severas incluso para infracciones menores siendo este el origen del adjetivo "draconiano". Posteriormente, Solón suavizó las leyes y dio la ciudadanía a las clases más bajas lo que constituyó otro paso hacia la democracia.

[14] ZAPPALÁ, "Universalismo histórico del arbitraje", p. 199.

diferentes tribus. A pesar de ello, en la Grecia clásica habrían existido también árbitros de carácter público elegidos aleatoriamente entre cuarenta y cuatro patriarcas para juzgar disputas criminales y públicas presentando un cierto paralelismo con las figuras del arbitraje interestatal y el arbitraje interno.

En este sentido, los historiadores Tucíclides y Plutarco sostuvieron que las ciudades-Estado subordinaban con regularidad sus disputas al arbitraje de una ciudad neutral. Por su parte, Solón narró cómo Demóstenes de Atenas había emitido leyes sobre el arbitraje entre ciudadanos permitiendo no solo que los sujetos implicados en un conflicto privado escogieran el árbitro que deseaban en caso de haber mutuo acuerdo sino incluso concediendo al laudo arbitral un carácter definitivo, sin posibilidad de recurrir[15] y, por tanto, dotándolo de uno de los rasgos característicos de la institución arbitral actual.

La Retórica de Aristóteles y los Diálogos de Platón también mencionan el arbitraje. La Retórica de Aristóteles 1.13.13 señala que «preferir un arbitraje más bien que un conflicto ante el tribunal, de hecho el árbitro cuida la equidad, el juez la ley; y el arbitraje ha sido inventado propiamente para esto, para dar fuerza a la equidad» y los Diálogos de Platón afirman que «el Estado debe proporcionar a los ciudadanos tribunales donde dirimir los conflictos. Pero cuando se trata de organizar esos tribunales, la prioridad absoluta la tienen las propias partes a través del arbitraje: el más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo». Sin embargo, no será hasta la época romana cuando el arbitraje sufra un notable desarrollo y adquiera una configuración similar a la actual[16] en cuanto institución privada de carácter voluntario

[15] ZAPPALA, "Universalismo histórico del arbitraje", p. 199 y TRINCADO AZNAR, J.Mª., *El arbitraje arrendaticio urbano*, Universidad Complutense de Madrid, septiembre de 2012, p. 7. Puede consultarse en: http://eprints.ucm.es/16969/1/TFM_Trincado.pdf [Disponible a 10 de marzo de 2017 a las 18:10].

[16] MURGA, J.L., *Derecho Romano Clásico II. El proceso*. Zaragoza. 1989, pp. 21 y 22; D'ORS, A., "El arbitraje jurídico", en *Parerga Histórica*. Pamplona. 1997. pp. 271 a 291 citados por: GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra, 1998, p. 27 y, a su vez, por TRINCADO AZNAR, *El arbitraje arrendaticio urbano*, nota 19, p. 7.

que permite a las partes establecer el procedimiento de resolución de los litigios[17].

El arbitraje en el Derecho Romano

En el sistema jurídico romano cualquier colectividad debía someter las pretensiones de sus ciudadanos a unas formalidades y límites señalados previamente. Por tanto, se daba continuidad a la tendencia histórica existente centrada en la justicia privada y voluntaria debiendo quedar limitada su actuación únicamente a funciones de dirección, control y vigilancia.

Desde los primeros tiempos, la sociedad romana conocía y practicaba el arbitraje en el ámbito del comercio internacional. Los árbitros eran, a la vez, garantes y peritos y dirimían los conflictos planteados en el tráfico mercantil de manera que el término *arbiter* se introdujo la lengua latina como consecuencia del comercio y por derivación de la lengua fenicia (la raíz fenicia *rbn*, garantía) [18].

En la época arcaica del Derecho romano, la figura del árbitro aparece dentro del sistema procesal de las *legis actiones* que eran un conjunto de formas procesales que permitían resolver las controversias patrimoniales entre particulares a modo de juicios privados (*ordo iudiciorum privatorum*). En este sentido, la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* -creada por la Ley de las XII Tablas 2,1 b) y 12,3 en el año 450 a.C.[19]- permitía dar cumplimiento a una obligación derivada de un contrato verbal de *sponsio* mediante una promesa con castigo. De este modo, ante el incumplimiento de la *sponsio*, la controversia se llevaba ante un magistrado encargado de autorizar el

[17] RODRÍGUEZ ENNES, L., "*Fernández de Buján, Antonio: Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano*. Iustel, Madrid, 2006, 241 páginas", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 10, 2006, p. 1366. Puede consultarse en: http://bit.ly/2s9WOsD [Disponible a 10 de abril de 2017 a las 17:34].

[18] En este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho romano*, p. 200.

[19] La Tabla II Del juicio se refiere a los árbitros cuando trata las causas de suspensión del juicio y la IX De jure público cuando regula una especie de condena a muerte por prevaricación al juez o árbitro que hubiera recibido dinero como precio de sus fallos. GRANJO ORTÍZ, *Arbitraje, protocolo, y empresa familiar…,* pp. 83 y 84.

procedimiento (fase *in iure*). Posteriormente, uno o varios jueces -según eligieran las partes un tribunal unipersonal o colegial- decidían sobre la controversia *apud iudicem*. En consecuencia, el magistrado autorizaba el desarrollo de la acción y precisaba la materia objeto de debate pero eran los árbitros (*iudex, arbiter* o *recuperatore*) los encargados de examinar los hechos y pronunciar una sentencia.

Sin embargo, las *legis actiones* alcanzaron tal formalismo y solemnidad que la Lex Aebutia del año 130 a.C. derogó algunas iniciándose procediéndose a su sustitución gradual en favor del proceso formulario o por fórmulas que permitía resolver conflictos entre *cives* y *peregrini* o entre extranjeros a los que no se podía aplicar el *ius civile*. Sería en el año 17 a.C. cuando el emperador Octavio Augusto generalizara el proceso por fórmulas mediante la *Lex Iuliae iudiciorum privatorum* y la *Lex Iuliae minicipalis*. De este modo, los litigantes dejaron de estar obligados a pronunciar una determinada expresión solemne para incoar el juicio siendo el magistrado quien debía redactar una fórmula para fijar la relación jurídico-procesal y dar al *iudex* o *arbiter* información precisa sobre la materia objeto del litigio[20].

El procedimiento formulario se mantuvo en vigor durante toda la época clásica ya que, a pesar de la progresiva imposición durante el Imperio de la resolución de los litigios en una sola vía (*cognitio extra ordinem)* - no fue derogado totalmente hasta una Constitución de Constantino y Constante de 342 d.C. La *cognitio extra ordinem* permitía llevar a cabo toda la tramitación ante un funcionario público, juez profesional y experto en derecho y, por tanto, ponía fin al proceso en dos fases (*in iure* y *apud iudicem).*

Para evitar el vacío reglamentario del *ius civile* y superar la imposibilidad de los no romanos de acceder a las figuras contractuales del *ius civile romanorum* y el riguroso formulismo mediante fórmulas más específicas, el pretor diseñó el proceso por fórmulas que absorbió al arbitraje en su condición de arbitraje privado practicado entre romanos y extranjeros o entre romanos sin *ius actiones* donde la *bona fides* jugaba un importante papel. A pesar de ello, la jurisprudencia elaboró se encargó un complejo sistema de *reciprocas stipulationes* penales donde una parte se comprometía a pagar a la otra una determinada cantidad si incumplía el compromiso de someter la

[20] Algunos autores creen que eran las partes las encargadas de llevar a cabo esta tarea.

controversia al conocimiento de un árbitro elegido de común acuerdo por ellas lo que dio lugar a la aparición de los términos *compromettere* y *compromissum*[21].

La convención o pacto arbitral se extendió rápidamente en la praxis de los hombres de negocios. A finales del siglo II a.C. el pretor dispuso con el denominado *edictum de receptis* una *coercitio* indirecta consistente para inducir al árbitro designado a pronunciar la sentencia bajo amenaza de multa pecuniaria y, con posterioridad, otras fórmulas fueron delimitando los contornos del arbitraje al: fijar un plazo máximo para dictar sentencia; permitir la continuación del arbitraje con los herederos de las partes si alguna de estas fallecía; impedir el sometimiento de los *crimina*, delitos infamia, acciones populares y cuestiones sobre el *status libertati*s al arbitraje privado; determinar los principios que rigen la capacidad de los árbitros; establecer las reglas exactas del procedimiento; imponer penas contractuales tanto para quien incumpliera la sentencia arbitral como para aquel que, sin justificación, se ausentara aunque solo fuera a una audiencia o que invocara ante la justicia ordinaria la misma pretensión del *compromissum*.

Aunque la decisión arbitral contaba solo con una protección indirecta -a diferencia de la decisión judicial que gozaba de fuerza ejecutiva-, los comerciantes preferían acudir al arbitraje privado que les permitía una mayor autonomía para diseñar el desarrollo del litigio, los criterios que deberían ser tenidos en cuenta en la decisión y, por tanto, distintos de los establecidos en el derecho oficial así como prever cuestiones no contempladas en los edictos.

A partir del siglo IV d.C, los poderes pasaron a concentrarse en las manos del emperador dando lugar al denominado procedimiento *cognitio extra ordinem* y a una gradual reglamentación estatal del arbitraje. Una constitución imperial del año 389 de los emperadores Arcadio, Valentiniano y Teodosio impuso a los jueces y árbitros el calendario festivo cristiano al considerar el arbitraje como una forma del proceso oficial[22]. Otra constitución del año 395 de Arcadio y Onorio se refirió a las decisiones arbitrales como unos actos que conservan

[21] Seguimos a ZAPPALA, "Universalismo histórico del arbitraje", pp. 201 y ss.
[22] Justiniano, *Codex*, 3.12.7(6).

validez[23] y en el año 408 d.C. los emperadores Arcadio, Onorio y Teodosio llegaron a introducir las *episcopali audientia* que dotaban de fuerza ejecutiva (sin necesidad de las recíprocas estipulaciones) a las decisiones confiadas al arzobispo por los fieles cristianos aunque no se limitaran a temas religiosos o a la propia Iglesia[24].

Sin embargo, el arbitraje privado estaba y tan extendido -especialmente, entre los comerciantes- que no solo sobrevivió sino que además se reafirmó debido a los costos, complejidad y duración de este y, en especial, por la autonomía que el arbitraje brindaba a los contendientes. En este sentido, Justiniano -creador del *Corpus Iuris Civilis* (527-567 d.C.)- dotó de fuerza ejecutiva a la decisión dictada por el árbitro si el pacto arbitral se encontraba debidamente documentado y se acompañaba de juramento solemne[25]. No obstante, diez años después prohibió el arbitraje juramentado por sus malos resultados en la *praxis* y revocó la eficacia directa de la decisión arbitral para volver a requerir la solemnidad del documento escrito[26].

Muchas de las características actuales del arbitraje tienen su origen en este período y, en concreto: la facultad de las partes de valerse en el juicio ordinario de los medios probatorios testimoniales recaudados en el procedimiento arbitral[27]; el efecto de la interrupción de la prescripción al momento de incoar el arbitraje[28]; la rapidez, la economía, la sencillez y la claridad del procedimiento arbitral; la integridad y especialidad de los árbitros nombrados directamente por los interesados; la reserva del sumario; o la admisión de fuentes no previstas en el ordenamiento estatal.

---

[23] Teodosio II, *Codex*, 15.14.9.

[24] Justiniano, *Codex*, 1.4.8. Las *episcopalis audientia* se reconocieron oficialmente por el emperador Constantino en CTh. 1,27,1 del año 318 d.C. al autorizar a los cristianos litigantes en un juicio ordinario a abandonarlo para someterse a la audiencia episcopal y dar fuerza ejecutiva a la decisión del obispo considerada inapelable. Por su parte, el emperador Valentiniano III en NV. 35 pr., del año 452 d.C. consideró que la controversia seguida en *episcopalis audiencia* se fundamentaba en un *compromissum* y permitió la ejecución del laudo arbitral resultante ante un tribunal ordinario.

[25] Justiniano, *Codex*, 1, 2 e 4 del 2.56(55).4; e pr. e 1 del 2.56(55).5.

[26] Justiniano, *Novellae*, 82.11.

[27] JUSTINIANO, *Codex*, 4.20.20.

[28] JUSTINIANO, *Codex*, 2.56(55).5.1.

El arbitraje en la Edad Media

Las *episcopalis audientia* subsistieron durante el derecho medieval como consecuencia del vacío de poder existente que se vería compensado con la reafirmación del arbitraje impulsado por la Iglesia Católica y del practicado por los gremios de artesanos y comerciantes. La desconfianza en el poder estatal favoreció la propagación de los métodos alternativos de resolución de conflicto llegando a ser las decisiones arbitrales más frecuentes que las sentencias judiciales; incluso cuando las partes querían resolver su controversia según las normas del Derecho positivo estatal.

La *Lex Visigothorum* preveía expresamente la institución del arbitraje y alguna de sus disposiciones se refería al sistema de arbitraje en la resolución de contiendas; en particular, el libro dos contiene un epígrafe titulado *De negotiis causarum* y el título I de ese mismo libro lleva por rúbrica *De iudicibu et iudicatis*. El LV 2,1,15 permite someter una controversia a un tercero si hay acuerdo entre los contendientes y el LV 2,1,18 aunque no permite juzgar a cualquiera excepciona esta situación cuando se trate de un juez elegido por los contendientes. Así mismo, el LV 2,1,27 establece que los jueces que juzgan por mandato del rey *aut etiam ex consensu partium* deben tener el nombre, los derechos y obligaciones propios de los jueces. Se hace referencia al juez elegido por acuerdo entre los particulares como *iudex ex consensu partium* o *vel partium electione* mientras que el Fuero Juzgo recurre a la expresión juez de voluntad de las partes. Por su parte, la Lex Salica llegó a exigir a los *apretictores pretii* que fijaran el valor de las cosas quedebería pagar el deudor al acreedor en caso de incumplimiento de la suma de dinero.

El Breviario de Alarico o *Lex Romana Visigothorum* y el *Liber Iudiciorum* establecieron un arbitraje de carácter justinianeo, con fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada. Con el *Liber Iudiciorum* se inicia una tradición judicialista en torno al arbitraje de manera que los *iudices ex consensu partium* reciben potestad para juzgar y deben recibir el mismo nombre, derechos y responsabilidades que los otros jueces y sus sentencias adquieren carácter ejecutivo al igual que las sentencias judiciales; términos que se trasladaron también al Fuero Juzgo.

Durante los primeros años del reinado de Alfonso X se produjo un proceso de homogeneización del derecho de los distintos territorios de la Corona de Castilla. En 1255 el Fuero de las Leyes o el Fuero Real

se apartó del derecho privilegiado propio de la Alta Edad Media refiriéndose al arbitraje en su Libro 1 Título 7 bajo la rúbrica Del oficio de los alcaldes y en el Libro 2 dedicado al procedimiento en general contemplando en algunas de sus disposiciones la naturaleza judicial del árbitro como consecuencia del acuerdo de las partes[29].

Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio -cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla durante el reinado de Alfonso X para conseguir cierta uniformidad jurídica en el Reino- fueron el texto más representativo de la recepción del Derecho romano en la Península Ibérica. Consolidaron la diferencia entre el *arbiter* que decidía ajustado normas de derecho positivo *secondum iudiciorum ordinem* y cuya decisión podía ser objeto de recurso, y el *arbitrator* que definía una causa civil *ex bono et aequo* sin que existiera posibilidad de impugnar su decisión. Sin embargo, el laudo arbitral estaba dotado de la misma entidad que una sentencia pronunciada por un magistrado público y, por tanto, también gozaba de carácter ejecutivo como consecuencia de la potestad que se les confería a aquellos para ejercer los mismos poderes y funciones que los magistrados públicos en los casos indicados en el compromiso.

En las Siete Partidas existen múltiples referencias al arbitraje. En este sentido, cabe citar la Partida 3,4 bajo la rúbrica *De los juezes, e de las cosas que deuen fazer e guardar* y, en particular: a) la P. 3,4,1 al tratar los distintos tipos de jueces para tratar a los árbitros como jueces de albedrío escogidos para resolver algún pleito concreto con otorgamiento de ambas partes; b) la P. 3,4,2 al aludir al acuerdo de los contendientes para la elección del árbitro; y c) la P. 3,4,23 que considera a los árbitros como jueces escogidos por las partes para librar la contienda que existe entre ellos. Por su parte, en la P. 3,4,24 se permite a los contendientes someter todo tipo de controversias a la decisión de los *auenidores* salvo aquellos casos en los que exista una muerte, la pérdida de un miembro o se vea comprometida la libertad en los que la decisión del árbitro no tiene validez; destacándose la importancia de que las partes aseguren que la controversia puede someterse al conocimiento de los árbitros (P. 3,4,26).

[29] FR 1,7,2 y FR 2,13,4.

Aunque los árbitros no estaban obligados a aceptar su papel[30], las partes deben cumplir el fallo[31] y, en caso de no hacerlo, una parte podía pedir a la otra la pena que hubieran establecido entre sí. No obstante, según dispone la P. 3,4,35 no cabía recurrir el fallo cuando hubieran transcurrido diez días desde su remisión sin que hubiera sido contradicho.

La ejecutoriedad del laudo arbitral supuso una conquista fundamental para las agremiaciones de mercantes y artesanos favoreciendo el nacimiento del *ius mercatorum* como derecho creado directamente por la clase emergente, sin mediación de la sociedad política. Las instituciones de clase y las políticas empezaron a crear derecho en su condición de centros de organización social y llegaron a disponer de estatutos en los que una asamblea general contaba con facultades administrativas, disciplinarias y judiciales para la resolución de conflictos de sus socios, aprendices y obreros de un modo distinto a lo establecido en las normas procesales y, por tanto, constituía el terreno adecuado para desarrollar un *ius mercatorum* cuyas fuentes serían los estatutos de las corporaciones mercantiles y la jurisprudencia del arbitraje de la Curia de la circunscripción mercantil y que gozaba de una fuerte tendencia a la universalidad: el Derecho europeo o nuevo *ius Gentium*.

Como consecuencia del descubrimiento de América resultó necesario promulgar nuevas leyes sobre el arbitraje tales como: las Leyes de Toro de 1505 durante el reinado de Juana I de CAstilla[32]; la Recopilación de las Leyes de Indias del 18 de mayo de 1680 con Carlos

[30] P. 3,4,29.
[31] P. 3,4,33.
[32] Fruto de la actividad legislativa de los Reyes Católicos, tras la muerte de la Reina Isabel y con ocasión de la reunión de las Cortes en la ciudad de Toro, que consiste en un conjunto de ochenta y tres leyes promulgadas el 7 de marzo de 1505 en nombre de la reina Juana I de Castilla. Las Leyes de Toro fueron la base de las siguientes recopilaciones legislativas (Nueva Recopilación y Novísima Recopilación) que estuvieron vigentes hasta la promulgación del Código Civil en 1889.

II[33]; y las Ordenanzas de Bilbao[34] y la Novísima Recopilación durante el reinado de Carlos IV en 1805.

Sin embargo, el ascenso del poder monárquico, el florecimiento del Estado moderno y la necesidad de someter cualquier manifestación de la función judicial a la voluntad del Regente propició el declive del arbitraje; en especial, con el absolutismo de Luis XIV. Por tanto, la clase mercantil deja de crear su propio derecho (fuente y finalidad del arbitraje) y el Derecho sufre una transformación: pasa de ser un derecho de clase y con carácter universal a convertirse en un derecho del Estado de carácter nacional.

En Francia se aprobaron los edictos de Francisco II y de Carlos IX de 1560 y 1563, respectivamente y las magistraturas mercantiles se convirtieron en tribunales del Estado si bien de carácter especial al estar integrados por jueces elegidos por una asamblea de mercantes y designados por el rey e investidos de poder soberano. A pesar de la progresiva concentración de todas las funciones públicas que limitó notablemente los juicios arbitrales, los procesos públicos seguían siendo inadecuados para los conflictos comerciales.

El arbitraje en la Edad Contemporánea

Con la llegada de la Revolución francesa el uso del arbitraje como mecanismo contra los abusos, los costos y la parsimonia de la justicia del Estado aumentó al considerarse compatible con los principios liberales y estar basado en la autonomía de la voluntad de las partes. De acuerdo con el art. 1º del Decreto del 16-24 de agosto de

[33] Se trata de una compilación de la legislación promulgada por los monarcas españoles para regular sus posesiones en América y las Indias realizada por Antonio de León Pinelo y Juan de Solórzano Pereira aprobándose por Carlos II a través de una pragmática firmada en Madrid el 18 de mayo de 1680.

[34] Las Ordenanzas de Bilbao de 1737 impusieron a los fundadores de compañías la inserción en la escritura de una cláusula de sumisión a arbitraje de cuantas dudas y diferencias surgiesen durante la vida de las compañías y a su fin; tratándose de una cláusula obligatoria, fuera de la autonomía de la voluntad. MANGA ALONSO, M.ª T., "Pasado, presente y futuro del arbitraje estatutario", en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitral*, nº 3, 2013, p. 14. Puede consultarse en: http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA31303.pdf [Disponible a 23 de junio de 2017 a las 22:30].

1790, «el arbitraje es el medio más razonable determinar los litigios entre ciudadanos, los legisladores no podrán expedir disposiciones que tiendan a disminuir las ventajas y eficaces del compromiso»[35].

La Asamblea General llegó a declararlo la mejor herramienta para solucionar los conflictos entre ciudadanos y a convertirlo en principio de la Constitución de 1791 al otorgar a los ciudadanos el derecho a dirimir sus divergencias mediante arbitraje sin ninguna restricción por parte del poder ejecutivo o del poder legislativo en razón de la autonomía de la voluntad en materia contractual. Francia y la mayoría de las naciones europeas promovieron la habilitación voluntaria del arbitraje y nuestra Constitución de 1812[36] -bajo la influencia de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791- otorgó al arbitraje rango constitucional en su art. 280 con lo que los españoles podían poner fin a sus controversias por medio de «jueces árbitros, elegidos por ambas partes»[37]. Esta declaración tendría una importante repercusión en el desarrollo del arbitraje dentro del proceso codificador que se produciría en España a partir de ese momento.

En materia comercial, el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento de los Negocios y de las Causas del Comercio de 1830[38] encontraron en el arbitraje un instrumento para resolver los litigios entre comerciantes[39]. Sin

---

[35] VILLALBA, J.C., MOSCOSO, R.A., "Orígenes y panorama actual del arbitraje", en *Prolegómenos-Derechos y valores*, vol. XI, nº 22, julio-diciembre 2008, p. 144. Puede consultarse en: http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf [disponible a 20 de mayo de 2017 a las 16.25].

[36] Los arts. 280 y 281 de la Constitución española de 19 de marzo de 1812 (en adelante, CE de 1812) permitían resolver los conflictos o controversias que surgieran entre las partes acudiendo a los jueces y tribunales o al juicio de los árbitros. Puede consultarse su texto en el portal de la Biblioteca Virtual de Cervantes:
http://www.cervantesvirtual.com/portales/constitucion_1812/presentacion/
[Disponible a 23 de junio de 2017 a las 15:36].

[37] MERINO MERCHAN, J., "El arbitraje en la Constitución de 1812", en *Spain Arbitration Review*, nº 14/2012, p. 33 y ss.

[38] MANGA ALONSO, "Pasado, presente y futuro del arbitraje estatutario", p. 15.

[39] La institución arbitral presentaba un perfil muy similar al actual debido a la influencia de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 y de la CE de 1812 empelando la expresión "juicio arbitral" para referirse tanto al juicio de árbitros como al juicio de amigables componedores. BADENAS CARPIO,

embargo, ambos lo dotaron de carácter obligatorio: el primero, para aquellas controversias de carácter mercantil sobre relaciones societarias internas, esto es, entre los socios con independencia de que se hubiera estipulado o no en el contrato (art. 323 a 325 y 344 y 345) si bien remitía para su tramitación a la Ley de Enjuiciamiento de 1830 que optó en su título VI por emplear el término "juicio arbitral" para referirse tanto al juicio de árbitros como al juicio de amigables componedores. En realidad, el juicio arbitral era una excepción al contrato de compromiso libremente celebrado[40].

Según MANGA ALONSO, «el mayor problema que tuvo el legislador decimonónico español con el arbitraje no fue sino el de saber dónde encuadrarlo. Solo aparentemente era una cuestión de sistemática, pues en el fondo entiendo que subyacía tomar partido por la tradicional polémica que enfrentó a contractualistas y judicialistas, pues, por un lado, se identifica la parte (compromiso) con el todo (arbitraje) y se lleva al CC; pero, por el otro, la tradición judicialista del arbitraje, que arranca de Las Partidas, hace que las leyes procesales recojan como un proceso más el juicio de árbitros: Ley de Procedimiento civil de 1855 (Título XV, "Del juicio arbitral" -arts. 770 a 818-, y el Título VI "Del juicio de amigables componedores" -arts. 819 a 836-); el procedimiento arbitral se concibe en esa Ley como auténtico proceso: contra el laudo caben el recurso de apelación ante la Audiencia y contra esta sentencia recurso de casación (arts. 814, 816), y si el laudo es dictado por amigables componedores será ejecutoria (art. 836)».

En el proyecto de Código Civil de 1851 el arbitraje quedó incluido en el capítulo dedicado a las transacciones y los compromisos; entendiendo que estos últimos (los compromisos) -nombre con que se conocía al arbitraje- eran verdaderos contratos o convenciones que se formaban por el libre consentimiento de las partes[41]. Más adelante, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 extendió el arbitraje a los

J.M., "Arbitraje y codificación en el Derecho español", en *Homenaje al Profesor Acadio García Sanz*. Valencia, 1995, pp. 80 y 81 así como del mismo autor "Comercio electrónico y arbitraje", en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid, 2001, pp. 730 a 731.

[40] MANGA ALONSO, "Pasado, presente y futuro del arbitraje estatutario", p. 15.

[41] Una crítica a este Proyecto puede encontrarse en: REPÁRAZ PADRÓS, M.ª, "La crítica contemporánea al Proyecto de Código Civil de 1851", en *Anuario de Derecho Civil*, 1997, p. 1015 a 1220. Puede consultarse en: http://bit.ly/2r41KOw [Disponible a 20 de marzo de 2017 a las 19:38].

conflictos de cualquier naturaleza y mantuvo la dicotomía entre el juicio de árbitros y el de amigables componedores en sus títulos XV y XVI bajo las figuras del juicio arbitral y del juicio de amigables componedores.

Posteriormente, el Decreto de Refundición de Fueros de 1868 del Gobierno provisional -surgido de la Revolución liberal de septiembre de ese año- derogó la Ley de Enjuiciamiento de 1830 pero mantuvo vigentes los artículos del Código de Comercio de 1829 que establecían el arbitraje obligatorio en materia de sociedades cuya tramitación pasó a regirse por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y, más adelante, por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

La supresión del arbitraje societario se produjo por el Código de Comercio de 1885[42] que derogó el Código de Comercio de 1829. Años después, el contrato de compromiso sería regulado en los arts. 1820 y 1821 del Código Civil de 1889[43] por lo que durante la vigencia de estos códigos no existió ni un contrato mercantil de compromiso ni un arbitraje mercantil.

La Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830, las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, el Código de Comercio de 1885 y el CC de 1889 optaron por regular la institución arbitral desde una perspectiva netamente jurisdiccional donde el compromiso era el encargado de crear el arbitraje y apartar el conocimiento de aquellas controversias de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, las partes no estaban obligadas a iniciar después el arbitraje ni a solicitar la formalización judicial del compromiso[44].

[42] RD de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio. Gaceta de 16 de octubre de 1885, núm. 289.

[43] Según los arts. 1820 y 1821 del CC las partes podían transigir y «comprometer en un tercero la decisión de contiendas». Además, a los compromisos se les aplicaba el régimen de las transacciones.

[44] VÁZQUEZ SOTELO, J.L., "Arbitraje y proceso judicial. Interferencias entre el arbitraje y el proceso judicial", en *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. México, pp. 249 a 252. Puede consultarse en: http://bit.ly/1msP884 [Disponible a 2 de marzo de 2014 a las 15:38].

La LEC de 1881 exigía la formalización del compromiso arbitral[45] en escritura y considerándolo nulo en caso contrario. Los requisitos de la escritura variaban según se tratara de un juicio de árbitros en cuyo caso debían incluir todos los enumerados en su art. 793; o de un juicio de amigables componedores que solo exigía los requisitos de los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 8.º de ese mismo artículo[46].

El arbitraje en el periodo moderno

A principios del siglo XX, el arbitraje comercial internacional se comenzó a gestar sobre las leyes nacionales relativas al arbitraje interno, anticuadas y dispares entre sí[47]. Las primeras iniciativas

[45] La cláusula compromisoria se define como «un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro con relación a el contrato principal al fallo de árbitros». MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil.* Madrid, 1991, p. 29.
La LEC de 1881 regulaba el compromiso arbitral como un acuerdo de voluntades por el que las partes convenían el sometimiento a arbitraje o los aspectos concretos del procedimiento arbitral una vez surgido el conflicto de intereses. Cuando el acuerdo de arbitraje constaba incorporado en el contrato principal como una cláusula se consideraba una "cláusula compromisoria". El sometimiento de un conflicto al arbitraje no exigía una cláusula compromisoria previa pero cuando existiera, el compromiso celebrado después podía complementar determinados aspectos de aquella en. Así mismo, se podía pactar un acuerdo de arbitraje de forma autónoma para someter a arbitraje las controversias surgidas de una relación jurídica no contractual. Por todo ello, la denominación empleada en la LEC de 1881 se consideraba equívoca. CANTUARIAS SALAVERRY, F., *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima, 2007, p. 202.

[46] En virtud del art. 793 de la LEC de 1881, en la escritura de compromiso del juicio de árbitros debían constar los siguientes aspectos: «1.º Los nombres, profesión y domicilio de los que la otorguen; 2.ª Los nombres, profesión y domicilio de los árbitros; 3.º El negocio que se someta al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias; 4.º El plazo en que los árbitros hayan de pronunciar la sentencia; 5.º La estipulación de una multa que deberá pagar la parte que deje de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso; 6.º La estipulación de otra multa, que el que se alzare del fallo deberá pagar al que se conformare con él para poder ser oído; 7.º La designación del lugar en que habrá de seguirse el juicio; 8.º La fecha en que se otorgue el compromiso».

[47] VAN DEN BERG, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958*. La Haya, 1981, p. 6. Puede consultarse en:

dirigidas a la unificación y al perfeccionamiento del arbitraje comercial internacional surgieron en los años veinte del siglo pasado pero sería tras la restauración económica que siguió a la Segunda Guerra Mundial cuando los flujos internacionales se incrementaron y estimularon la puesta en marcha de estas iniciativas que pretendían lograr una mayor uniformidad de las reglas de arbitraje[48].

A continuación, nos detenemos en algunas, pero iremos intercalando cronológicamente las distintas leyes que se han ido aprobando en España con relación al arbitraje para comprobar cómo durante un largo periodo de tiempo la regulación del arbitraje a nivel internacional y en España siguieron dos caminos totalmente diferentes.

El Protocolo relativo a las Cláusulas de Arbitraje de 1923 (en adelante, PG de 1923) se aprobó el 24 de septiembre de 1923 por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París con el propósito de favorecer la ejecución de las cláusulas arbitrales sobre controversias futuras. El PG de 1923 se aplica a compromisos de arbitraje y cláusulas compromisorias suscritos sobre materias susceptibles de arbitraje -comerciales o no- entre partes sometidas a la jurisdicción de Estados contratantes diferentes por razón de su nacionalidad, domicilio, sede social o establecimiento principal.

---

http://www.newyorkconvention.org/userfiles/documenten/nyac/312_nyac-i-in-one-document.pdf [Disponible a 24 de marzo de 2017 a las 15:35].

[48] En este sentido, cabe citar las siguientes: el Congreso Jurídico Suramericano de Montevideo de 1889; el Protocolo relativo a las Cláusulas de Arbitraje de 1923 y la Convención para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927; la Sexta y la Séptima Conferencia Internacional Americana de 1928 en la capital cubana y en 1933 en Montevideo, respectivamente; el Tratado de Derecho Exponencial Procesal Internacional de Montevideo de 1940; la Convención para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958; la Convención de Ginebra sobre el Arbitraje Comercial Internacional de 1961; la Convención para la Resolución de las Controversias en Materia de Inversión de Washington de 1965; la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975; la Convención Interamericana de la Eficacia Extraterritorial de los Laudos Arbitrales de Montevideo de 1979 y la Ley Modelo UNCITRAL sobre el Arbitraje Comercial Internacional de 21 de junio de 1985 cuya ratificación por los Estados miembros ha sido recomendada por la Asamblea de las Naciones Unidas.

El Protocolo permitía a las partes regular el procedimiento arbitral y los Estados se comprometían a facilitar los actos procesales que debieran efectuarse en su territorio y a enviar a las partes que hubieran suscrito de la jurisdicción ordinaria a los árbitros correspondientes.

Cuatro años después, la Cámara de Comercio Internacional aprobó la Convención Internacional para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927 (en adelante, CG de 1927)[49] que entraría en vigor el 25 de julio de 1929 y a la que solo podían suscribirse los Estados vinculados al PG de 1923. La CG de 1927 obliga a los Estados a asegurar la ejecución de las sentencias arbitrales emitidas en su territorio y de las extranjeras que fueran resultado de un compromiso o de una cláusula compromisoria.

Aunque ambos instrumentos contribuyeron notablemente al desarrollo del arbitraje comercial internacional, su parca delimitación de los conceptos de "compromiso arbitral" y "cláusula arbitral" fue objeto de críticas así como la exclusión de determinadas prácticas ya frecuentes en el comercio internacional. Sin embargo, ninguno exigía a los compromisos de arbitraje o cláusulas compromisorias una determinada forma y, únicamente, la CG de 1927 fijaba ciertos requisitos para ejecución de las sentencias arbitrajes incluidas en su ámbito de aplicación.

Actualmente, solo resultan de aplicación en las relaciones jurídicas entre individuos de países no vinculados por el Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958 (en virtud de su art. VII.2) que no

[49]Al Convenio para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras se podían establecer las dos reservas siguientes: la relativa al art. 10 del Convenio (se indica con un "A" junto al nombre del país) y el resto de reservas (indicadas con una "B"). Los países que lo han ratificado han sido los siguientes: Alemania B; Antigua y Barbuda; Austria; Bahamas; Bangladesh; Bélgica B; República Checa B; Croacia; Dinamarca B; Eslovaquia B; España; Estonia B; Finlandia; Francia B; Grecia B; India A y B; Iraq; Irlanda; Israel; Italia; Japón; Luxemburgo; Ex-república Yugoslava de Macedonia; Malta; Mauricio; Nueva Zelanda A; Países Bajos B; Portugal A y B; Reino Unido de Gran Bretaña B; Rumania B; Serbia y Montenegro; Suecia; Suiza y Tailandia. Información encontrada en http://www.jurisint.org/pub/01/sp/151.htm [Disponible el 28 de junio de 2005].

hayan hecho uso de las reservas del art. 1[50], del art. 8[51] del PG de 1923 o de cualquier otra.

A nivel interno, España aprobó la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 (en adelante, LADP)[52] para tratar de superar los inconvenientes detectados en la LEC de 1881, incrementar la proyección social del arbitraje y abandonar una concepción marcadamente jurisdiccional del arbitraje.

La LAPD eliminó la dualidad de textos al suprimir los artículos del CC, CCo y LEC de 1881 dedicados al arbitraje y a la amigable composición[53] y unificó las dos modalidades de arbitraje existentes en la legislación anterior: el arbitraje estricto y la amigable composición. Aunque configuro un arbitraje más sencillo y autónomo dentro del Derecho procesal de manera que los árbitros dejaron de ser jueces y los laudos de considerarse sentencias[54], su rigidez y su marcado formalismo que obligaba al otorgamiento de escritura pública fueron criticadas así como su configuración del arbitraje solo como una solución para los conflictos de naturaleza civil, la prohibición del arbitraje institucional o la diferenciación entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso. En este sentido, el art. 5 exigía que el

[50] El art. 1.2.º del PG de 1923 señala que: *«Each Contracting State reserves the right to limit the obligation mentioned above to contracts which are considered as commercial under its national law. Any Contracting State which avails itself of this right will notify the Secretary-General of the League of Nations, in order that the other Contracting States may be so informed»*.

[51] El art. 8 del PG de 1923 establece lo siguiente: *«The Contracting States may declare that their acceptance of the present Protocol does not include any or all of the undermentioned territories: that is to say, their colonies, overseas possessions or territories protectorates or the territories over which they exercise a mandate. The said States may subsequently adhere separately on behalf of any territory thus excluded. The Secretary-General of the League of Nations shall be informed as soon as possible of such adhesions. He shall notify such adhesions to all Signatory States. They will take effect one month after the notification by the Secretary-General to all Signatory States»*.

[52] Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regula los Arbitrajes de Derecho Privado. BOE de 24 de diciembre de 1953, núm. 358.

[53] Los arbitrajes regulados en el Derecho Público continuaron sometidos, en virtud del art. 1 de la LAPD, a sus respectivas disposiciones.

[54] Aunque el arbitraje y la actuación jurisdiccional se seguían consideran procedimientos, el arbitraje ya no era un proceso jurisdiccional. GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el derecho español: su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona, 1956.

arbitraje se configurase en un contrato (compromiso) que, por lo general, debía adoptar la forma de escritura pública. Sin embargo, las partes podían preparar el arbitraje mediante el contrato preliminar de arbitraje mediante un pacto principal o una estipulación accesoria (art. 6 de la LAPD) sujeta únicamente a los requisitos de capacidad, objeto y forma aplicables según el Derecho privado de la contratación en esta materia (art. 7 de la LAPD) y, por tanto, distintos a las exigidos con relación al compromiso.

A nivel internacional, la institución arbitral iba por otros derroteros totalmente distintos. La CCI había empezado a trabajar en la elaboración de un proyecto de convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales internacionales[55]; denominación que finalmente fue modificada por considerar el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) la expresión "sentencia arbitral internacional" demasiado progresista[56]. El art. III.a) del proyecto (lejos de lo contemplado a nivel interno en la LAPD) permitía al acuerdo arbitral: adoptar la forma de acuerdo especial o cláusula incorporada en un contrato por escrito, surgir del intercambio de cartas o telegramas; quedar incluido en contratos tipo; o celebrarse utilizando otras formas estándar.

Finalmente, se aprobó la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[57] (en adelante, CNY) para promover el «reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que

[55] Según SANDERS, P. "La elaboración de la Convención", en NACIONES UNIDAS, *La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Monografías presentadas en el "Día de la Convención de Nueva York" celebrado el 10 de junio de 1998 para celebrar el 40º Aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras concluida el 10 de junio de 1958*. Nueva York, 1999, pp. 3 y 4. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/Enforcing_Arbitration_Awards_S.pdf [Disponible el 5 de mayo de 2017 a las 18:23].

[56] VAN DEN BERG, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958,* p. 8.

[57] Instrumento de Adhesión hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, BOE de 11 de julio de 1977, núm 164, (RCL 1977\1575). Sobre el estado actual de esta convención puede consultarse: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html [Disponible a 10 de febrero de 2017].

se solicita el reconocimiento y la ejecución y tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas» resultando de aplicación a «las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución» (art. I de la CNY) con independencia de que sean sentencias dictadas por los árbitros nombrados para el caso concreto o dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

Esta Convención constituye la verdadera piedra angular del arbitraje comercial internacional tanto por el elevado número de Estados parte de la misma mediante su ratificación, adhesión, aprobación, aceptación o sucesión como por el grado de armonización que ha logrado en torno al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras[58]. España la ratificó en 1977 sin hacer uso de las reservas que permitía por lo que resulta de aplicación *erga omnes*[59] salvo en aquellos casos en los que, en virtud del principio de la "regla más favorable" del art. VII.1, deban aplicarse otros acuerdos multilaterales o bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de los que España sea parte porque sus disposiciones son más favorables que la CNY. No obstante, en la aplicación de la CNY siempre se deben respetar los derechos que las partes puedan tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o por los tratados del país donde la sentencia se invoque.

[58] Aunque su elaboración se enfocó al arbitraje comercial, no quedaron excluidos otros arbitrajes como, por ejemplo: los arbitrajes de consumo, los laborales –que, en cambio, nuestra LA dejó fuera de su ámbito de aplicación- o los arbitrajes en los que una de las partes sea un Estado o entidad pública.

[59] VIRGÓS SORIANO, M., "Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958", *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento,* número extraordinario 2006, p. 21. Puede consultarse en: http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1660/documento/art02.pdf?id=2160 [Disponible a 24 de mayo de 2015 a las 17:41].

Aunque por su título puede parecer que solo se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras[60], una lectura más pausada de su articulado permite comprobar que también aborda en el art. II el reconocimiento de ciertos acuerdos de arbitraje[61] aunque no determina cuáles son estos ya que, durante los debates previos a su aprobación, se quiso excluir esta cuestión de la Convención para abordarla en un protocolo separado y solo en una etapa muy avanzada y en una carrera a contrarreloj se decidió incorporar la "propuesta holandesa" -conocida así por haberse creado por esa delegación durante el primer fin de semana de la Conferencia[62]- para que sirviera como texto base para las futuras deliberaciones.

---

[60] La CNY no regula el arbitraje internacional en su conjunto sino solo dos aspectos concretos: el reconocimiento de los acuerdos arbitrales sometidos a la Convención (art. II.3) y la ejecución de laudos extranjeros (arts. I y III-VI). VAN DEN BERG, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958*. pp. 9 y 10.

[61] Como señala VIRGÓS SORIANO, la CNY «cumple para el arbitraje internacional un papel que va más allá del reconocimiento y ejecución de los laudos. Por una parte el Convenio regula también los acuerdos de sumisión a arbitraje y sus efectos sobre la competencia de los tribunales para decidir sobre el fondo del asunto (excluyéndola). Por otra parte realiza un verdadero "reparto de papeles" entre los distintos ordenamientos en presencia. En este sentido proporciona al arbitraje comercial internacional su infraestructura básica». VIRGÓS SORIANO, M., "Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958", p. 25.

[62] De conformidad con la "propuesta holandesa", el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral exigía que las partes que fueran citadas en él hubieran sometido sus controversias a arbitraje, de un modo válido y por escrito, mediante un acuerdo especial o con una cláusula arbitral incluida en un contrato. En consecuencia, los convenios arbitrales surgidos del intercambio de cartas o telegramas no quedaban excluidos de su aplicación. La propuesta tenía un triple objetivo: 1) eliminar el doble exequátur exigido por la CG de 1927 en el Estado donde se dictaba la sentencia arbitral y en aquel donde se solicitaba su ejecución; 2) limitar al máximo los motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución del laudo; y 3) transferir la carga de la prueba a la parte que inste la ejecución. Para SANDERS fue la secuela lógica de la CG de 1927 y el resultado de la experiencia adquirida. SANDERS, P. "La elaboración de la Convención", pp. 3 y 4. CNUDMI, *Registro de textos de Convenciones y otros instrumentos relativos al Derecho mercantil internacional*, volumen II. Nueva York, 1973, pp. 13 y ss. Puede consultarse en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales_publications/Registro_textos_vol_II.pdf [Disponible a 3 de marzo de 2017 a las 19:18].

Para colmar esta laguna algunos autores, como VAN DEN BERG, han optado por interpretar -en nuestra opinión, acertadamente- el art. II.3 de la CNY de forma análoga al art. I. De este modo, se consideran incluidos en el ámbito de aplicación de la Convención[63]: a) los acuerdos arbitrales que fijen el arbitraje en un Estado distinto de aquel donde se invoquen lo que, en nuestro caso, implica que la sede del arbitraje se establezca fuera de España; b) los convenios arbitrales cuya sede arbitral se encuentre en el Estado donde se solicite su reconocimiento –es decir, en España- siempre que exista un elemento internacional; y, por último, c) los acuerdos arbitrales en los que las partes no hayan fijado el lugar del arbitraje o su determinación corresponda a una institución arbitral pendiente de designar. Otros autores como VIRGÓS SORIANO para aplicar el art. II de la CNY exigen que el convenio arbitral cumpla *–mutatis mutandis* las condiciones contempladas en el art. I de la Convención- y, por tanto, que pueda generar un laudo arbitral extranjero. En el caso español, esto implicaría que el laudo arbitral se dictara fuera del territorio español ya que, de lo contrario, sería de aplicación la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, la LA), en virtud de su art. 1.1, y no el art. II de la CNY.

En consecuencia, bajo la CNY quedarían sometidos: el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en un Estado distinto de aquel donde se solicite y las controversias se produzcan entre personas naturales o jurídicas; el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales consideradas no nacionales en el Estado donde se pida; y, por último, el reconocimiento de los acuerdos arbitrales incluidos en su ámbito de aplicación. Con relación a estos

[63] La CNY de 1958 debe interpretarse, según VAN DEN BERG -cuya tesis bajo la dirección del Profesor Pieter Sanders versó sobre esta Convención-, de acuerdo con los arts. 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas el 23 de mayo de 1969) y, por tanto, teniendo en cuenta su contexto, objeto y propósito y, en caso de ambigüedad, incluso de acuerdo con los trabajos preparatorios y las circunstancias que rodearon su elaboración. *Cfr*. VAN DEN BERG, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958,* pp. 3 a 5. El texto de la Convención de Viena está disponible en: NACIONES UNIDAS, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (texto español) (A/CONF.39/11/Add.2), Treaty Series,* Volumen 1155, I-18232, 1980. La adhesión de España a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados tuvo lugar en Instrumento de 2 de mayo de 1972. BOE de 13 de junio de 1980, núm. 142.

últimos, el art. II de la CNY mantiene la exigencia de que el convenio arbitral conste por escrito; requisito que se entenderá cumplido tanto cuando se trate de una cláusula compromisoria incluida en un contrato como de un compromiso que hubieran celebrado con la firma de las partes como al convenio arbitral surgido del canje de cartas o telegramas por lo que, no solo mantiene la exigencia de constancia por escrito, sino que -en algunos casos- la equipara con la firma.

No obstante, el reconocimiento y ejecución debe tramitarse según las normas de procedimiento del Estado donde se solicite, bajo las condiciones establecidas en la CNY y sin que puedan exigirse requisitos apreciablemente más rigurosos que los contemplados para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales nacionales ni tampoco honorarios o costas más elevadas (art. III de la CNY). Por tanto, con la demanda del reconocimiento y ejecución deberán los documentos indicados en el art. IV de la CNY: original de la sentencia arbitral debidamente autenticada, el original del acuerdo arbitral o una copia de ambos que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad y, en su caso, la oportuna traducción sin que la solicitud de reconocimiento y ejecución pueda denegarse por causas distintas de las contempladas en el art. V de la misma[64].

[64] La solicitud de reconocimiento y ejecución solo puede denegarse en los siguientes supuestos: a) Cuando la parte contraria invoque y pruebe que las partes en el momento de celebrar el acuerdo de arbitraje estaban sujetas a alguna incapacidad según la ley que les resulte de aplicación o que el acuerdo no resulta válido en virtud de la ley a la que las partes lo sometieron o, en defecto de pacto, según disponga la ley del país donde se dictó el laudo (art. V.1.a) de la CNY); b) Cuando la parte contraria invoque y pruebe que la sentencia arbitral resuelve una diferencia no prevista en el compromiso o en la cláusula compromisoria o bien algunas de sus decisiones excedieran los términos fijados en el compromiso o en la cláusula compromisoria (art. V.1.b) de la CNY); c) Cuando la parte contraria invoque y pruebe que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustó a lo dispuesto en el acuerdo de arbitraje o, en defecto de pacto, no hubiera efectuado de conformidad con la ley del país donde se llevó a cabo el arbitraje (art. V.1.d) de la CNY); d) Cuando ante el que se solicite el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral el tribunal compruebe que la controversia a la que hace referencia no podía resolverse mediante un arbitraje o que el laudo se considere contrario al orden público de ese país (art. V.2 de la CNY).

Unos años después, se firmó el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra de 21 de abril de 1961 (en adelante, CG de 1961)[65] en el seno del Comité de Fomento de Comercio de la Comisión Económica para Europa (CEPE) junto con un reglamento de arbitraje complementario sobre el procedimiento arbitral a aplicar cuando las partes nada hubieran pactado al respecto. Este Convenio resulta aplicable a «aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes» y «a los procedimientos y laudos arbitrales basados» en aquellos acuerdos o compromisos (art. 1 del CG de 1961).

A diferencia de lo que ocurre con la CNY, restringe su ámbito de aplicación a los acuerdos o compromisos, celebrados entre partes de Estados contratantes diferentes, sobre controversias derivadas del comercio internacional entendiéndose por "acuerdo o compromiso arbitral" «una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes» (art. 2.a) del CG de 1961).

Su art. I.a) exige que los acuerdos o compromisos incluidos en su ámbito de aplicación adopten alguna de las siguientes formas: a) una cláusula compromisoria firmada por las partes e insertada en el contrato; b) un compromiso -distinto del contrato- también firmado por las partes; c) un acuerdo o compromiso arbitral surgido del intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor; o d) un

[65] El CG de 1961 redujo su ámbito de aplicación al arbitraje comercial internacional como previamente había ocurrido con el PG de 1923 y la CG de 1927. Aunque la CNY adoptó una postura más amplia con relación a esta cuestión que los textos anteriores, el CG de 1961 aborda ciertos aspectos no regulados en la CNY de 1958 como, por ejemplo: la organización o el funcionamiento del tribunal arbitral. No obstante, su práctica solo ha tenido lugar para relaciones entre europeos del Oeste de Europa debido al art. VI.1 de la Convención de Moscú de 1972. VAN DEN BERG, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, pp. 93 y 94.

acuerdo en cualquier forma permitida por la ley aplicable, salvo que el Estado exigiera, en estos casos, la forma escrita. Los tres primeros supuestos requieren la forma escrita llegando a equipararse, en dos de ellos, su constancia por escrito con la firma del acuerdo de arbitraje por las partes. Sin embargo, la cláusula de cierre del artículo resulta mucho más flexible al equiparar la constancia por escrito del acuerdo de arbitraje con su formalización en cualquier forma permitida en la ley que resulte aplicable. En consecuencia, su régimen sobre la validez del convenio arbitral resulta más favorable que el contemplado en la CNY. No obstante, debido al carácter *erga omnes* de la CNY en España y de lo dispuesto en su art. VII.1, el CG de 1961 solo se aplicará cuando su régimen sea más favorable que la CNY o cuando se refiera a materias no reguladas en aquella.

Por su parte, la Convención relativa a una Ley Uniforme sobre Arbitraje de 1966[66] se firmó en Estrasburgo el 20 de enero de 1966 llegando a exigir en su art. 2 que las convenciones de arbitraje –cláusulas compromisorias y compromisos- consten en un escrito firmado por las partes o en otros documentos que las comprometan y pongan de manifiesto su voluntad de someterse a arbitraje lo que se traduce en la necesidad de que consten por escrito, en papel y con firma.

Ese mismo año, se creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[67] con el propósito de coordinar, sistematizar y acelerar la armonización y unificación del Derecho mercantil internacional[68]. La institución encargó a un relator

[66] Puede consultarse en: CNUDMI, *Registro de textos de Convenciones y otros instrumentos relativos al Derecho mercantil internacional*, pp. 68 y ss.

[67] CNUDMI, *Resolución 2205 (XXI), aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 1966*, Volumen I: 1968-1970. Nueva York, 1971, pp. 68 a 70. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf [Disponible a 14 de marzo de 2017 a las 12:15]. Puede consultarse información adicional sobre el funcionamiento de la Comisión en: CNUDMI, *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.* Nueva York, 1987, pp. 11 y ss. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales_publications/UNCITRAL-s.pdf [Disponible a 14 de marzo de 2017 a las 12:13] y *Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Viena, 2013, pp. 14 y ss. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/12-57494-Guide-to-UNCITRAL-s.pdf [Disponible a 14 de marzo de 2017 a las 13:21].

[68] La CNUDMI ha desempeñado un papel esencial sobre cuestiones tan

especial[69] la elaboración de un informe sobre las actividades y los resultados conseguidos por la CNY en el ámbito del arbitraje internacional y, en particular, en torno a la interpretación y a la aplicación de otros convenios internacionales multilaterales sobre cuestiones similares[70]. El informe dio lugar Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional[71] que sería aprobado el 28 de abril de 1976 como modelo para los arbitrajes

importantes como: la compraventa internacional de mercaderías, el arbitraje comercial internacional o los pagos internacionales. CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su primer período de sesiones (1968) (A/7216),* Anuario, Volumen I: 1968-1970. Nueva York, 1971, pp. 81 y 82, párrs. 40 y 48. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf [Disponible a 14 de marzo de 2017 a las 12:44].

[69] CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su segundo período de sesiones (1969) (A/7618),* Anuario, Volumen I: 1968-1970. Nueva York, 1971, p. 114, párr. 112. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf [Disponible a 14 de marzo de 2017 a las 15:00].

[70] CNUDMI, *Problemas relacionados con la aplicación e interpretación… (A/CN.9/64),* pp. 217 a 281.

[71] Puede consultarse en: CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional sobre la labor realizada en su noveno período de sesiones (Nueva York, 12 de abril a 7 de mayo de 1976) (A/31/17),* Anuario, Volumen VII: 1976, Naciones Unidas, Nueva York, 1977, pp. 26 a 34. El texto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1976-s/yb_1976_s.pdf [Disponible a 14 de marzo de 2017 a las 15:43]; *Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) (A/CN.9/112),* Anuario, Volumen VII: 1976. Nueva York, 1977, pp. 175 a 185. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1976-s/yb_1976_s.pdf [Disponible a 14 de marzo de 2017 a las 15:43] e *Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) (adición): comentarios al proyecto de Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI" (A/CN.9/112/Add.1),* Anuario, Volumen VII: 1976. Nueva York, 1977, pp. 186 a 202. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1976-s/yb_1976_s.pdf [Disponible a 14 de marzo de 2017 a las 15:43].

ad hoc desarrollados en el comercio internacional[72] manteniendo en su art. 1 la exigencia de constancia por escrito del convenio arbitral.

A pesar de los avances conseguidos a lo largo de los años, algunas instituciones como el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALCC) sobre el arbitraje comercial internacional o la CNUDMI comenzaron a reclamar nuevos estudios y textos complementarios entre los que cabe destacar el informe del Secretario General de la CNUDMI en 1979 sobre la aplicación e interpretación de la CNY y, en particular, en torno a: las decisiones judiciales dictadas; las divergencias, ambigüedades y lagunas detectadas; los éxitos conseguidos; y los problemas encontrados en su puesta en práctica.

La exigencia de constancia por escrito del acuerdo de arbitraje contenida en la CNY resultaba problemática para: a) los acuerdos arbitrales celebrados mediante télex; b) los compromisos que, firmados por una sola de las partes, no hubieran sido impugnados por la otra; c) los acuerdos arbitrales sin firma de las partes; d) aquellos en los que hubieran participado terceros tales como representantes, agentes e incluso abogados; y, por último, e) las cláusulas compromisorias incluidas como una condición general de la contratación o incorporadas en formularios tipo que no consten en el contrato principal.

A nivel nacional, la Constitución española de 1978, como la norma fundamental del ordenamiento jurídico español que establece los valores superiores y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas del ordenamiento jurídico español (art. 1.1 de la CE), reconoce al arbitraje en virtud del cual las partes renuncian, en uso de su libertad individual, al derecho constitucional de acudir para obtener la tutela efectiva de sus pretensiones al juez estatal predeterminado por la ley (art. 24.1 de la CE)[73]; libertad individual de los ciudadanos -proclamada

[72] CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su sexto período de sesiones (Ginebra, 2 a 13 de abril de 1973) (A/9017)*, Anuario, Volumen IV: 1973, Naciones Unidas, Nueva York, 1975, p. 21, párr. 85. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1973-s/yb_1973_s.pdf [Disponible a 14 de marzo de 2017 a las 15:29].

[73] Según el art. 24.1 de la CE, «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». STS, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 1989, RJ 1989\6899. En España se ha producido una tendencia favorable al arbitraje institucional sin que eso

en los arts. 1.1, 9.2 y 17.1 de la CE y garantizada en su art. 53.2- que constituye el origen de la autonomía de la voluntad que fundamenta la propia institución arbitral (art. 1255 CC).

Aunque el art. 117.3 de la CE y el art. 2 de la LO 6/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial[74] (en adelante, LOPJ) establecen la potestad exclusiva de «juzgar y ejecutar lo juzgado» a favor de los jueces y tribunales, el sometimiento de controversias a arbitraje no vulnera el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción del art. 24 de la CE ya que solo se refiere a los procesos judiciales.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha calificado al arbitraje como «un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad» entendida como valor superior del ordenamiento y principio jurídico[75] (art. 1.1 de la

conculque la Constitución ni los principios de unidad jurisdiccional y exclusividad (art. 117 de la CE) que no afectan al arbitraje. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro", en *RCEA*, volumen III, 1986, p. 20. Puede consultarse en: http://bit.ly/1kEe2Dz [Disponible a 8 de marzo de 2014 a las 15:34].

[74] LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE de 2 de julio de 1985, núm. 157.

[75] CREMADES, B.M., "El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española", en *Lima Arbitration*, nº 1, 2006, p. 190. Puede consultarse en: http://bit.ly/NsgHlv [Disponible a 24 de febrero de 2014 a las 18:32]. En opinión de FERNÁNDEZ ROZAS, los poderes de los árbitros dependen de la posición que se adopte en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. La cuestión tiene cada vez un interés menor y suele zanjarse con tópicos similares a los siguientes: «la consideración del arbitraje como contractual en su origen y procesal en sus efectos», su valoración como un «contrato procesal» o el «desarrollo procesal del principio negocial de la autonomía de la voluntad que, aún en el supuesto de su operatividad obligatoria, sigue rehuyendo y extrañando la jurisdicción» por el peso que tiene el respeto al interés privado en el proceso civil. En este sentido, «arbitraje y jurisdicción no son compartimentos estancos» de modo que «el recurso a la segunda es muchas veces esencial para el buen funcionamiento de la institución arbitral; ahora bien esa dependencia funcional no es suficiente en modo alguno para vincular dicha institución de manera exclusiva a la jurisdicción estatal». SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., "El arbitraje ayuda a que se produzca la paz social. Entrevista a Fernández Rozas sobre el libro Jurisprudencia española del arbitraje", en *Legal Today*, 27 de marzo de 2013. Puede consultarse en: http://josemiguelserrano.blogspot.com.es/2013/04/entrevista-con-c-fernández-rozas-en.html [Disponible a 8 de marzo de 2014 a las 16:25].

CE), «manifestación de la libertad contractual» y delimitación de la potestad decisoria de los árbitros. Sin embargo, para que el arbitraje adquiera el carácter de "equivalente jurisdiccional" deben reunirse los siguientes requisitos: a) las partes deben someterse libre y voluntariamente al convenio arbitral; b) la controversia debe ser "arbitrable", es decir, que pueda resolverse mediante un arbitraje; y c) se han de respetar durante el procedimiento arbitral los principios de igualdad de partes, audiencia, contradicción y prueba. Incluso, en estos casos, ni los árbitros suplantan a los órganos judiciales ni se deben calificar como jueces.

A nivel internacional, el uso generalizado de los soportes electrónicos provocaba cierta incertidumbre y falta de seguridad jurídica en torno a la aplicación de la CNY por lo que era aconsejable su actualización mediante una ley modelo[76] que abordara el concepto, la forma y el contenido del compromiso arbitral.

La LM sobre ACI[77] aprobado en 1985 permite que el acuerdo de arbitraje sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un acuerdo independiente (art. 7.1) pero mantiene el requisito de constancia por escrito del art. II.2 de la CNY considerando que existe "acuerdo por escrito" cuando el convenio arbitral: a) conste en un documento firmado por las partes; b) surja de un intercambio de cartas,

[76] CNUDMI, *Nota de la Secretaria: nuevos trabajos relacionados con el arbitraje comercial internacional (A/CN.9/169)*, pp. 109 a 110. Ya con anterioridad la CNUDMI había preparado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito de 1992 por la creciente utilización de medios electrónico (no papel) para el envío de órdenes de pago y el paso de la utilización generalizada de las transferencias de débito a la utilización generalizada de las transferencias de crédito. CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito*, Naciones Unidas, 1994. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/transfers/ml-credittrans-s.pdf [Disponible a 13 de diciembre de 2014 a las 16:54]. Después se iniciaron las tareas necesarias para incorporar en la LM sobre CE el concepto de equivalente funcional de "escrito". Con la exigencia de constancia por escrito se pretende que la información que consta en el documento esté disponible para su acceso posterior. Por tanto, si un mensaje de datos garantiza esa función puede considerarse "escrito" a efectos jurídicos. En este sentido, también MADRID PARRA, A., "Electronificación del arbitraje", p. 10.

[77] ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional… (A/40/17)*, pp. 417 a 423.

télex, telegramas u otros medios de comunicación que dejen constancia del mismo; c) resulte de los escritos de demanda y contestación en los que una parte afirme su existencia y la otra no la niegue; o d) se trate de un acuerdo de arbitraje por referencia (art. 7.2 de la LM sobre ACI). Por lo tanto, avala la utilización de los modernos medios de comunicación y contempla prácticas comerciales existentes.

A nivel interno, diversos sectores y corporaciones comenzaron a pedir la sustitución de la LAPD vigente ya que, si bien había supuesto un importante avance con respecto a la situación anterior, estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de Derecho Civil en el más estricto sentido de las palabras. En cambio, la práctica había demostrado que esa ley no servía para solucionar las controversias surgidas en el tráfico mercantil ni mucho menos las del tráfico mercantil internacional. Por este motivo, se comenzó a elaborar una nueva ley nacional de arbitraje para conectar la institución arbitral con el resto del ordenamiento jurídico de un modo más eficaz y coherente.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje supuso un innegable avance «para la regulación y modernización del régimen de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico», y consagró al arbitraje como una verdadera alternativa a la Administración de Justicia según la Exposición de Motivos de nuestra ley de arbitraje actual. Esta ley introdujo una importante reforma en la figura arbitral y, entre sus virtudes, se encuentra corregir los aspectos criticados en el sistema anterior como, por ejemplo, la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que será eliminada pasando a ser el convenio arbitral se el único instrumento para resolver tanto cuestiones presentes como futuras. De este modo, se trata de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes, obligando a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya estaba presente entre las partes. Además, introdujo como novedad el principio de libertad formal del convenio arbitral, la consagración legislativa de la separabilidad el convenio arbitral accesorio de un negocio jurídico principal y, sobre todo, la posibilidad de que las partes defirieran a un tercero el nombramiento de los árbitros e incluso la organización del sistema arbitral.

Las partes cuentan con un amplio margen de actuación al principio de la autonomía de la voluntad si bien se adoptan las cautelas lógicas frente a posibles situaciones de desigualdad contractual en que

puedan encontrarse las partes. De este modo, se declaraba nulo el convenio que coloque a una de las partes en situación de privilegio con relación a la designación de los árbitros. Al mismo tiempo, contemplaba el convenio arbitral incluido como cláusula accesoria en un contrato de adhesión y dispone que los reglamentos arbitrales que establezcan las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro y corporaciones de Derecho público a quienes se permite que las partes encomienden la organización y administración de servicios arbitrales se protocolicen notarialmente para dotarles de la necesaria fijeza.

En consecuencia, la LA de 1988 reformó en profundidad la institución arbitral para convertirla en una institución apta no solo para los litigios planteados en el marco de complejas relaciones comerciales o de aisladas relaciones jurídico-civiles sino también, como dice su Exposición de Motivos, para eliminar conflictos producidos en el tráfico jurídico en masa mediante la autonomía de las partes.

A nivel internacional, nuevamente empezaron a surgir problemas interpretativos consecuencia de las nuevas tecnologías y de los modernos medios de comunicación sobre el requisito de constancia por escrito -contemplado en la CNY y mantenido en la LM sobre ACI- ya que algunos de sus aspectos no tenían un fácil encaje en el ámbito del comercio electrónico. Con la reforma flotando en el ambiente, se celebró el Día de la Convención de Nueva York -conmemorativo del cuadragésimo aniversario de la Convención- sobre algunas cuestiones que no habían quedado resueltas en 1958 o que habían provocado la exclusión de la misma de determinadas prácticas comerciales habituales en el ámbito internacional como, por ejemplo: los conocimientos de embarque, las notas de comisionistas, las situaciones de salvamento, las "batallas de los formularios" o la aceptación tácita lo que puso de manifiesto la necesidad de actualizar la Convención[78].

[78] La decisión fue adoptada en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n.º 61/33, de 4 de diciembre de 2006. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Artículos revisados de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional y recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (A/RES/61/33)*, Anuario, Volumen XXVII: 2006. Nueva York, 2012, pp. 76 y 77. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-2006-s/10-56798_ebook_2006_s.pdf [Disponible a 7 de abril de 2017 a las

Algunos Estados habían intentado corregir esas "deficiencias" mediante la incorporación en sus ordenamientos jurídicos de definiciones más amplias del requisito de constancia por escrito[79] y más acordes con los criterios empleados por la jurisprudencia lo que, a su vez, había generado discrepancias sobre la interpretación adecuada del requisito y una merma de la previsibilidad y certeza de los compromisos contractuales internacionales y de los efectos generados por la ejecución de una sentencia arbitral que, habiéndose dictado en un Estado que defienda una definición más flexible del requisito de constancia por escrito, se solicite en un Estado que sostenga un concepto más estricto.

La Secretaría General, en su Nota de 6 de abril de 1999 titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional", permitió la celebración de acuerdos de arbitraje a través medios electrónicos[80] dado que su utilización no debía generar más problemas respecto a la exigencia de constancia por escrito del convenio arbitral que el uso del télex, la *telecopia* o el facsímil[81]; y propuso interpretar el art. II de la CNY de acuerdo con la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico[82] y la Guía para su incorporación al derecho interno. El estudio de la formación y forma del acuerdo de arbitraje se convirtió en

16:41].

[79] Por ejemplo, en el art. 1021 de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos de 1986, el art. 1781 de la Ley Federal Suiza sobre el Derecho Internacional Privado, la Ley de Singapur sobre arbitraje internacional de 1991 o el art. 1031 de la Ley alemana de arbitraje de 1998.

[80] La nota se consideró un valioso instrumento para dotar de validez al comercio electrónico sin la necesidad de negociar un protocolo para cada instrumento internacional. Citado en nota 4 *ib.* El texto de la LM sobre CE puede consultarse en: NACIONES UNIDAS, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998,* Naciones Unidas, Nueva York, 1999. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf [Disponible a 4 de junio de 2014 a las 17:46].

[81] El art. II.2 de la CNY de 1958 permitía el uso de medios de comunicación como el télex o el facsímil con la expresión «contenidos en un canje de cartas o telegramas» y el art. 7.2 de la LM sobre ACI validaba el uso de cualquier medio de comunicación «que deje constancia del acuerdo» y los usos más frecuentes de la mensajería electrónica o del intercambio de datos (*EDI, Electronic Data Interchange*).

[82] *Cfr*. nota 3 CNUDMI, *Posible labor futura labor en materia de arbitraje comercial internacional… (A/CN.9/460),* p. 390.

una cuestión prioritaria en el ámbito de la CNUDMI ya que, cualquier duda sobre la posibilidad de que un convenio arbitral electrónico satisfaga el requisito de constancia por escrito, podía suponer un serio obstáculo para la utilización del arbitraje en el ámbito de la contratación electrónica. En consecuencia, la cuestión debía ser analizada desde una perspectiva mucho más amplia que la relativa al acuerdo arbitral[83].

Una vez fijados los aspectos a actualizar, se estudió cuál sería el instrumento más adecuado para llevar a cabo esta tarea. Tras descartar la modificación de la CNY de 1958 -dado que los problemas detectados no estaban tan extendidos- se barajaron otras alternativas como: a) aprobar una convención adicional o paralela sobre el art. II; b) interpretar el artículo de acuerdo con los requisitos exigidos en la mayoría de las leyes nacionales y en otros textos internacionales sobre arbitraje –como el CG de 1961 (art. I.2), la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 1) y la LM sobre ACI (art. 7.2)- o sobre comercio electrónico –tales como la LM sobre CE o la Guía de la LM sobre CE-; o incluso c) preparar una guía práctica sobre la cuestión.

La CNUDMI decidió llevar a cabo tres medidas distintas: a) enmendar el párrafo 2 del art. 1, el art. 7 y el párrafo 2 del art. 35 y añadir un nuevo capítulo IV A -en sustitución del art. 17- y un nuevo art. 2ª en la LM sobre ACI; b) elaborar una recomendación sobre la interpretación de los arts. II.2 y VII.1 de la Convención; y, por último, c) preparar una guía para su utilización e incorporación al Derecho interno.

A nivel interno, se aprobó la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje debido a la preocupación mostrada por España con relación a la armonización del régimen jurídico del arbitraje y, en especial, en lo que se refiere la unificación del arbitraje comercial internacional y la posibilidad de facilitar y promover la utilización del arbitraje como el medio más eficaz para la resolución de controversias. Sin embargo, la

[83] CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 7 de junio de 1999) (A/54/17),* Anuario, Volumen: XXX: 1999. Nueva York, 2001, p. 42, párr. 380. Puede consultarse en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1999-s/yb_1999_s.pdf [Disponible a 10 de diciembre de 2014 a las 19:27]; e *Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje… (A/CN.9/468),* p. 518, párrs. 88 y 89 y p. 514, párr. 106.

LA no sólo prolonga esa sensibilidad a favor de la armonización y de la generalización del uso del arbitraje sino que va más allá al establecer como base del régimen jurídico español del arbitraje a la LM sobre ACI. En este sentido, el legislador ha asumido tanto la ley modelo como los trabajos posteriores de la Comisión para incorporar los nuevos avances técnicos y satisfacer las nuevas necesidades surgidas en la práctica arbitral.

Aunque, como advierte en su Exposición de Motivos, la LM sobre ACI no se corresponde plenamente con los cánones de nuestro ordenamiento al ser resultado de un sutil compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona, con la utilización como modelo la LA pretende facilitar la difusión del arbitraje entre operadores de áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales, aumentar el conocimiento sobre el régimen jurídico del arbitraje en España y, sobre todo, impulsar y facilitar que nuestro país se establezca con mayor frecuencia como lugar del arbitraje en los convenios arbitrales.

La LA es consciente del innegable avance que supuso la LA de 1988 con relación a su regulación y modernización pero también de las lagunas e imperfecciones a subsanar y de las consecuencias derivadas de ciertos fenómenos que tuvieron lugar durante la vigencia de la ley anterior: 1) una notable expansión del arbitraje en nuestro país; 2) un aumento de la diversidad y del número de las relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, sobre las que las partes podían pactar convenios arbitrales; 3) la consolidación del arbitraje institucional y la homogeneización de ciertas prácticas; 4) la generación de ciertos criterios doctrinales; y 5) la utilización normalizada de los procedimientos judiciales de apoyo y control del arbitraje.

En este sentido, la LA incorpora ciertas novedades anunciadas en el apartado III de su exposición de motivos: «Han de destacarse algunas novedades introducidas respecto de los requisitos de forma del convenio arbitral. La ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior. Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías. Se consagra también la validez de la llamada cláusula

arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma. En lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9: las elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español». El legislador cree necesario que España se incorpore al grupo, cada vez más numeroso, de países que han adoptado la LM sobre ACI para evitar que su arbitraje quede desfasado, sobre todo en el ámbito del comercio internacional. La legislación interna sobre arbitraje debe evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico y, por el otro, aportar suficientes ventajas e incentivos como para que tanto personas físicas como jurídicas opten por un arbitraje desarrollado en España de acuerdo con la legislación española. No obstante, algunos autores como VIDAL FERNÁNDEZ[84] o CHILLÓN Y MEDINA[85] entienden que la LA no resuelve todos los problemas y que son aún muchas las cuestiones relacionadas con el arbitraje electrónico que han quedado sin regular.

Con posterioridad a su promulgación, se ha visto afectada por la LO 8/2003, de 9 de junio, para la Reforma Concursal que creó los denominados Juzgados de lo Mercantil e introdujo en la LOPJ el art. 86 ter en donde se enumeran las competencias de tales órganos dentro de las que se incluyen las competencias atribuidas en la ley de arbitraje a los juzgados de Primera Instancia cuando el objeto del arbitraje sean materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil. La LO 8/2003 creó las secciones especializadas en materia mercantil en las Audiencias Provinciales a las que encomendó el conocimiento de los recursos que estableciera la ley frente a las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil (art. 82.4 párrafo segundo de la LOPJ). Y, más tarde, por la LO 11/2011, de 20 de mayo, modificó la LA y la LOPJ atribuyendo determinadas competencias a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los TSJ, eliminado la mayoría de las competencias de los Juzgados de lo Mercantil y reduciendo las de los Juzgados de Primera Instancia.

[84] VIDAL FERNÁNDEZ, B., "Artículo 27...", p. 486.

[85] CHILLÓN Y MEDINA , J.M., "Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje", *Diario La Ley*, 2 de febrero de 2004, pp. 6 y 7.

La LA constituye la ley general aplicable, en materia arbitral, en España y, aunque no contiene una definición de la institución arbitral, queda perfectamente acotada a partir de la regulación que efectúa de cuestiones tales como: la delimitación de las materias objeto de arbitraje (art. 2 de la LA); los límites de intervención de los juzgados y tribunales (arts. 7 y 8); la tipificación del convenio arbitral, sus manifestaciones y efectos (arts. 9, 10 y 11); la descripción de la designación de los árbitros (arts. 12 a 20), su responsabilidad (art. 21.1) y su competencia (art. 22); el establecimiento de las garantías procedimentales (arts. 24 y 25) y las reglas a emplear en la resolución de la controversia (arts. 34 y 35); o los motivos y el procedimiento a seguir para solicitar la anulación del laudo arbitral (arts. 41 y 42 de la LA).

La ley española de arbitraje apenas contiene normas de carácter imperativo por lo que, en la mayoría de las cuestiones, rige la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, respecto al procedimiento arbitral, solo exige garantizar la igualdad de trato entre las partes y una oportunidad suficiente de hacer valer sus derechos (art. 24.1 de la LA); garantizado lo anterior, «las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones» (art. 25 de la LA), es decir, pueden sustanciar libremente el procedimiento arbitral y, por tanto, también el régimen de admisibilidad y valoración de las pruebas. Por su parte, el art. 34.2 de la LA permite aplicar en los arbitrajes internacionales con relación al fondo de la controversia cualquier norma jurídica que hubieran elegido las partes de modo que no les impone un determinado derecho estatal.
Teniendo en cuenta lo anterior, las lagunas y oscuridades que puedan existir en un convenio arbitral electrónico deben integrarse de conformidad con lo dispuesto por las partes en él o, cuando se tratara de un arbitraje administrado, en aplicación del reglamento de la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje. En su defecto, corresponde a los árbitros llevar a cabo esta tarea respetando siempre el principio *pro arbitraje*, los criterios de la CE y la jurisprudencia del TC y otorgando la máxima protección a las garantías procesales. En su labor pueden utilizar, como pautas interpretativas e integradoras de la voluntad de las partes y de la propia ley de arbitraje, otros laudos que hubieran dictado previamente instituciones arbitrales de renombre[86].

[86] MERINO MERCHÁN, J.F., CHILLÓN MEDINA, J.M.ª, *Tratado de Derecho Arbitral*, 4.ª ed., p. 218.

La ley española de arbitraje determina su ámbito de aplicación en base a un "sistema monista"[87] de modo que, con carácter general, se aplica a todos los arbitrajes que tengan su sede arbitral[88] en territorio español[89], con independencia de su carácter nacional o internacional[90]

[87] Según FERNÁNDEZ-ARMESTO, se establece un sistema monista en cuanto que «la Ley de Arbitraje 2003 rompe con el histórico modelo de regulación dualista: ya no existe una normativa específica para el arbitraje interno y otra para el arbitraje internacional. La Ley de Arbitraje 2003 se declara monista: siempre que el lugar del arbitraje sea España, la ley se aplica a todos los arbitrajes, sean éstos de carácter interno o internacional. Así lo declara expresamente el artículo 1». En un sistema monista puro la distinción entre arbitraje interno e internacional resulta innecesaria. En cambio, no sucede así en la LA donde, a pesar de su concepción esencialmente monista que comporta su aplicación a todos los arbitrajes localizados en España, «la Ley incluye una definición de arbitraje internacional, estrechamente influenciada por la Ley Modelo (y por el Derecho francés, de carácter dualista como la propia LM)» porque «existen ciertas materias, algunas de importancia (como, p.e., el sistema de fuentes), en las que la Ley de Arbitraje introduce significativas distinciones entre arbitraje interno e internacional». FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., "El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje Española", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 258, octubre-diciembre, 2005, pp. 1475 a 1477. Puede consultarse en: http://bit.ly/1yomSNE [Disponible a 17 de enero de 2015 a las 11:17].

[88] Las expresiones "lugar del arbitraje", "sede del arbitraje" o "sede arbitral" se utilizarán como sinónimas.

[89] Cuando las partes fijen el lugar del arbitraje en territorio español, su libertad para elegir la ley aplicable queda limitada por el art. 10.5 del CC que se refiere a las obligaciones contractuales. Por tanto, si las partes hubieran elegido expresamente la ley a aplicar esta debe mantener alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes y, a falta de esta, la de la residencia habitual común; y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. Cuando se trate de un arbitraje internacional desarrollado en España, las partes pueden someterlo a una ley extranjera en virtud del art. 9.6 de la LA. En estos casos, como señala CREMADES SANZ-PASTOR, se aplicaría «la ley española a todo lo relacionado con las intervenciones judiciales en el arbitraje, porque no son de libre disposición. Lo mismo sucedería en cuanto a las demás normas imperativas y más especialmente en lo relacionado con el respeto del orden público, puesto que las partes no pueden disponer». CREMADES SANZ-PASTOR, J.A., *El arbitraje de Derecho Privado en España,* pp. 27 a 28.

[90] Aunque la LA se aplica a los arbitrajes internacionales cuya sede arbitral se haya fijado en España, se establecen normas especiales con relación a los siguientes supuestos: a) el art. 2.2 de la LA prohíbe al Estado, la sociedad, la organización o la empresa controlada por un Estado que fuera parte de este tipo de arbitrajes invocar las prerrogativas de su propio derecho con la

(art. 1.1 de la LA). Aun así, algunas de sus disposiciones hacen referencia al carácter interno o internacional del arbitraje como, por ejemplo: el art. 1.2 sobre el ámbito territorial de la norma española; el art. 3.1 relativo al carácter internacional del arbitraje; o el art. 46.1 sobre las normas aplicables al laudo extranjero; y ha excluido los arbitrajes laborales de su ámbito de aplicación (art. 1.4 de la LA) por lo que quedarán también fuera de nuestro estudio.

La ley española de arbitraje establece algunas excepciones a la regla de la autonomía de la voluntad de las partes que prima, con carácter general, en el ámbito arbitral de manera que un convenio arbitral no puede ser contrario a las disposiciones de carácter imperativo que contiene la LA sobre cuestiones tales como: los procesos de intervención judicial; la potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia; las garantías que el procedimiento arbitral y el fallo del laudo deben reunir; o los motivos y el procedimiento para solicitar su anulación[91].

No cabe aplicar la LA si resulta contraria a los tratados internacionales de los que España sea parte en virtud de lo dispuesto en su art. 1.1: la ley española de arbitraje debe aplicarse «sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte» y siempre que

---

intención de sustraerse a las obligaciones que dimanen del convenio arbitral; b) según el art. 9.6 de la LA, en estos casos, el convenio arbitral es válido y la controversia susceptible de arbitraje si se cumplen los requisitos que establezca la ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral, los que resulten de aplicación al fondo de la controversia o los exigidos en el derecho español; c) el art. 15.6 de la LA recomienda que, cuando las partes de un arbitraje tengan nacionalidades distintas, los árbitros que se nombren posean otras nacionalidades diferentes; d) el art. 34.2 de la LA permite a los árbitros decidir la controversia de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes, es decir, con relación al derecho material de ese Estado pero no, salvo disposición en contrario, según las normas de conflicto de leyes; y e) el art. 39.5 de la LA amplía los plazos que tienen las partes para solicitar la corrección, aclaración y complemento del laudo y los árbitros para resolverlas. En todo lo demás, el régimen unitario de la LA resulta de aplicación a los laudos arbitrales dictados en España -aunque se trate de un arbitraje internacional- al ser laudos nacionales y no requerir exequátur. FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., "El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje Española", pp. 1488 y 1489.

[91] Cuando se trate de controversias de orden interno, las partes intervinientes tienen limitada la elección de foro; no sucede lo mismo cuando se trate de negocios transnacionales.

no queden conculcadas las leyes especiales de arbitraje con relación a las cuales la LA tiene un carácter supletorio (apartados 1 y 3 del art. 1 y DA única de la LA)[92].

Aunque para determinar su ámbito de aplicación la LA ha adoptado un criterio territorial basado en el lugar donde se fije el lugar del arbitraje, según su art. 1.2 algunas de sus disposiciones tienen eficacia incluso cuando la sede arbitral se establezca fuera del territorio español: a) los apartados 3, 4 y 6 del art. 8 relativos a la adopción de medidas cautelares, la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales y el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras; b) el art. 9 sobre la forma y contenido del convenio arbitral, excepto el apartado 2 tocante a los acuerdos arbitrales incluidos en condiciones generales de la contratación; c) el art. 11 referido al efecto negativo del convenio arbitral y a la declinatoria; d) el art. 23 sobre la adopción de medidas cautelares por los árbitros; e) el título VIII que regula la ejecución forzosa del laudo arbitral; y f) el título IX dedicado al exequátur de los laudos extranjeros.

A diferencia de lo que sucede con la ley que rige el objeto del arbitraje, las partes pueden fijar libremente la sede arbitral -referente jurídico- o el lugar del arbitraje -referente fáctico-, de forma explícita en el convenio arbitral o implícitamente por remisión a lo dispuesto en el reglamento de la institución arbitral que deba administrar el arbitraje (art. 26.1 de la LA)[93], en la línea con lo contemplados en el art. 20.1 de la LM sobre ACI.

---

[92] También quedan sometidos a la LA los arbitrajes en los que sea parte un Estado o una entidad pública e incluso el arbitraje institucional desarrollado en la Administración General del Estado e introducido mediante la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado (en adelante, la Ley 11/2011). BOE de 21 de mayo de 2011, núm. 121.

[93] Como señala FERNÁNDEZ ROZAS, «la autonomía de la voluntad proyectada en la cláusula compromisoria puede determinar el sometimiento al arbitraje de cualquier cuestión: la ley aplicable al fondo y al procedimiento; el idioma o idiomas que se utilizarán; el plazo; el nombre del o de los árbitros o de la institución administradora o la manera de determinarlo; la forma de contribuir a las costas, la limitación de eventuales recursos, etc.». Las partes tienen libertad para determinar el lugar del arbitraje o la sede arbitral sin que, *a priori*, pueda condicionarse su elección por ningún elemento de carácter material como la nacionalidad de las partes o la conexión del litigio con el Estado escogido. FERNÁNDEZ ROZAS J.C., "Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede

La sede del arbitraje va a determinar cuestiones tan importantes como: a) la ley que rige el procedimiento arbitral o el acuerdo de arbitraje, la constitución y la competencia del tribunal arbitral, la sustanciación de las actuaciones, el contenido del laudo, las causas de nulidad y todo lo relativo a las funciones de apoyo y control de los jueces respecto del arbitraje, es decir, al auxilio que deben prestar los jueces nacionales; b) la atribución al arbitraje de carácter interno o internacional; c) el lugar donde deba dictarse el laudo y, con ello, las normas para proceder al reconocimiento y ejecución del laudo y los motivos que pueden alegarse para su denegación; o d) la propia "*arbitrabilidad*" de la materia[94].

El juez del lugar donde se establezca la sede del arbitraje aplicará su propio Derecho respecto al convenio arbitral, la constitución y competencia del tribunal arbitral, la sustanciación de las actuaciones, el contenido del laudo, las causas de nulidad del mismo, los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo extranjero y en todo lo relativo a su intervención y asistencia en el procedimiento arbitral[95] de modo que resulta evidente la importancia de la sede del arbitraje. Además, resulta conveniente que la sede arbitraje conste en el convenio arbitral electrónico de un modo claro y que se establezca como tal una plaza determinada y no un Estado para evitar futuras discrepancias entre las partes con relación a la fijación de la sede arbitral y facilitar la

---

arbitral", *Law Arbitration*, nº 2, 2007, pp. 25 y 26. Puede consultarse en: http://eprints.ucm.es/9267/1/DETERMINACION_DEL_LUGAR_DEL_ARBITRAJE.pdf [Disponible a 15 de mayo de 2015 a las 10:45].
El lugar del arbitraje puede fijarse en otro Estado incluso si ambas partes están domiciliadas en un mismo Estado y se tratara de una controversia de carácter interno. En este sentido, cuando la sede del arbitraje se fije en un tercer Estado el arbitraje tendrá carácter internacional. También es posible que las partes, sin haber pactado nada sobre la sede del arbitraje, opten por un arbitraje administrado y, en virtud del Reglamento de la institución arbitral, la designación corresponda a la propia institución arbitral o quede reservada a los árbitros. FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., "El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje Española", p. 1479.

[94] FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral", pp. 34 a 40.

[95] FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, p. 10. Puede consultarse en: http://eprints.ucm.es/6965/1/REDI_ANACIONALIDAD_Y_DESLOCALIZACION.pdf [Disponible a 31 de mayo de 2015 a las 22:15].

determinación del órgano judicial que deberá desempañar las funciones de apoyo y control respecto al arbitraje.

El desarrollo de las actuaciones arbitrales en un determinado lugar genera, como hemos expuesto, un vínculo entre el arbitraje y una sede específica. Sin embargo, esto no comporta que todas las actuaciones de un arbitraje deban producirse obligatoriamente allí sino que los miembros del tribunal arbitral y los representantes de las partes pueden desplazarse –por razones de economía procesal, eficiencia y reducción de costes- a otro lugar para recabar el testimonio de testigos o el resultado de una pericia y evitar así que todos los implicados deban acudir a la sede del arbitraje o llevar a cabo sus deliberaciones en un emplazamiento distinto de la sede arbitral e incluso, que tengan lugar por teléfono o mediante correo electrónico.

Sin embargo, las partes no podrán decidir el carácter nacional o internacional de un arbitraje ya que esta cuestión no queda sujeta a la libre voluntad de las partes sino que depende de la concurrencia o no de determinados requisitos. En este sentido, el art. 3 de la LA para dotar a un arbitraje de carácter internacional exige la concurrencia de alguno de los siguientes requisitos: a) las partes deben tener sus domicilios en Estados diferentes en el momento de celebrar el convenio arbitral; b) el lugar del arbitraje determinado en el convenio o fijado con arreglo a este, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que presente un nexo más estrecho deben situarse en un Estado distinto de aquel donde las partes tengan sus domicilios; o c) que la relación origen de la controversia sometida a arbitraje afecte a intereses del comercio internacional[96].

A contrario sensu, un arbitraje tendrá carácter interno si: a) las partes tienen su domicilio en España en el momento de celebrar el convenio arbitral; b) el lugar del arbitraje –determinado en el convenio o con arreglo a éste-, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia y el lugar con el que tenga un nexo más estrecho se sitúan en el Estado donde las partes tengan sus domicilios; y c) los intereses

[96] Aunque la LA delimita el carácter internacional de un arbitraje basándose en la LM sobre ACI (versión de 1985), ha añadido la posibilidad de que la relación jurídica origen de la controversia «afecte a los intereses del comercio internacional» recogida en el CG de 1961.

del comercio internacional no se afectaran por la relación jurídica origen de la controversia.

Según el art. 9.1 de la LA, un convenio arbitral puede adoptar «la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente» y debe expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Aunque el convenio arbitral ha de «constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo» considera cumplido este requisito «cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo» (art. 9.3 de la LA). Por tanto, la ley española de arbitraje reconoce la utilización de los modernos medios de comunicación y de las nuevas tecnologías y les dota de validez[97].

Cuando se trate de un convenio arbitral incluido en un contrato de adhesión, su validez e interpretación se rige por las normas que resulten aplicables a ese tipo de contratos (art. 9.2 de la LA), salvo si se tratara de un arbitraje internacional en cuyo caso este apartado no resulta de aplicación en virtud del art. 1.2 de la LA. Además, se consagra la validez de la cláusula arbitral por referencia al considerar «incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas» en el apartado tercero (art 9.4 de la LA) y existente el convenio arbitral «cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra» (art. 9.5 de la LA).

[97] Según el informe del CGPJ, el Anteproyecto quería evitar -en línea con la LM sobre ACI- «de todo formalismo exigiendo menos requisitos en lo que se refiere al convenio arbitral que puede constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo, considerando cumplido éste requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo y admitiendo también el convenio arbitral por remisión al que conste en un documento al que las partes se hayan remitido en cualquiera de las formas antes citadas e incluso cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra»; antiformalismo que también quedaba reflejado en el procedimiento arbitral.

En realidad, la jurisprudencia había reconocido, desde hace años, el carácter informal del arbitraje y la propia Exposición de Motivos de la LA señala que «la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma» y debe inspirar la interpretación de la ley. Además, se muestra sensible a la armonización del régimen jurídico del arbitraje, «en particular del comercio internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación» ya que «una mayor uniformidad en las Leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias»[98].

El requisito de forma contemplado en el art. 9 de la LA tiene carácter probatorio mientras que la constancia por escrito se presenta en la CNY como un requisito *ad validitatem* y, por tanto, sin su cumplimiento no puede dotarse de validez al convenio arbitral. A pesar de ello, cabe anticipar que la postura de la Convención puede flexibilizarse mediante el principio de la regla más favorable que, en nuestro ámbito de estudio, nos permitirá aplicar lo dispuesto en el CG de 1961 e incluso, la LA. Las nuevas tecnologías han provocado no solo la aparición del arbitraje electrónico sino también una interesante evolución del requisito de constancia "por escrito": a) en una primera etapa, la ampliación del contenido del requisito de constancia por escrito se produjo para incorporar las prácticas comerciales que iban apareciendo en el ámbito internacional pero, más adelante, su adaptación tuvo por objeto la utilización de las nuevas tecnologías y la necesidad de dotar de validez a los acuerdos arbitrales celebrados por medios electrónicos.

En 2006 se aprobaron una serie de enmiendas sobre la LM sobre ACI de 1985 en torno a cuestiones de forma sobre la celebración de los contratos y acuerdos de arbitraje. A partir de ese momento, la versión estándar de la ley modelo pasó a ser la LM sobre ACI versión 2006 si bien muchos Estados que incorporaron la versión original no han hecho

[98] Según el informe del CGPJ de 23 de septiembre de 2003 sobre el Anteproyecto de la Ley del Arbitraje, «cada vez se busca con más empeño el establecimiento de sistemas alternativos a la Administración de Justicia de solución de conflictos al considerar que la intervención jurisdiccional debe ser un sistema subsidiario de la pacífica realización del derecho, y como tal, excepcional. Entre ellos destacan algunos conocidos en nuestro derecho como la mediación, la conciliación y el arbitraje y otros desconocidos como el llamado "minijuicio"». CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Arbitraje.*

lo propio con la versión de 2006. En España no ha incorporado pero, según la Exposición de Motivos de la LA, en su tramitación se tuvieron en cuenta los trabajos que estaba desarrollando la CNUDMI sobre la materia[99].

El art. 7 revisado de la LM sobre ACI ofrece dos opciones entre las que los Estados deben elegir la que mejor se adapte a sus necesidades y a los principios generales de su ordenamiento jurídico. A grandes rasgos, la opción I mantiene la exigencia de constancia por escrito del acuerdo arbitral pero, en su párrafo tercero, se entiende que el acuerdo de arbitraje consta por escrito si deja «constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio»[100]. En consecuencia, ya no exige la firma de las partes ni la existencia de un intercambio de comunicaciones entre ellas[101]. En la opción II -consecuencia de una propuesta de la delegación de México- se elimina totalmente el requisito de forma.

[99] Si bien la LA no incorpora expresamente la versión de 2006 de la Lm sobre ACI, mantiene una redacción similar a la opción I de la misma.

[100] La CNUDMI mantuvo la expresión "otros medios" del párrafo 4.º aunque para algunos podía considerarse una norma sobre comunicaciones electrónicas en un texto dedicado al arbitraje al igual que sucedía con las definiciones que ya figuraban en la LM sobre CE o la Convención sobre los contratos electrónicos. El párrafo se entendió ajustado al art. 9.2 de la Convención sobre los contratos electrónicos y coherente con otros textos de la CNUDMI ya que reproducía las definiciones que el art. 4.b) y c) de la Convención sobre los contratos electrónicos daba de "comunicación electrónica" y los "mensaje de datos". CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional… (A/61/17),* p. 34, párrs. 156 a 158.

[101] Cuando un acuerdo de arbitraje fuera resultado de una comunicación electrónica –entendida como «toda comunicación que las partes hagan por medio de mensaje de datos» y, por estos últimos, «la información generada, enviada, recibida o archiva por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax»- queda cumplido el requisito de constancia por escrito «si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta». CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006…,* pp. 30 y 31.

Por tanto, la LM sobre ACI se ha modernizado incorporando algunos términos pertenecientes al ámbito del comercio electrónico y el concepto de equivalencia funcional; ambos inspirados en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005[102]. En cualquier caso, hay que aclarar que la LM sobre ACI se refiere a la forma pero no a la existencia del acuerdo de arbitraje; esta cuestión pertenece al Derecho interno de los Estados. La prueba o la constancia del contenido del acuerdo arbitral y del consentimiento de las partes son cuestiones indisolubles ya que un escrito puede probar tanto la existencia del acuerdo como la voluntad de las partes en el párrafo tercero solo se pretende dar "seguridad" sobre los derechos y obligaciones que un acuerdo de arbitraje genera[103].

Si bien ambas opciones son válidas, resulta necesario analizar las repercusiones de cada una de ellas en otras disposiciones del articulado como, por ejemplo, sobre el art. 35.2 de la LM sobre ACI y la necesidad de presentar los originales del acuerdo de arbitraje -o copia debidamente certificada del mismo- y su traducción -si no estaba redactado en un idioma oficial del Estado-, se contempló la posibilidad de eliminar la expresión "debidamente autenticado" relativa al laudo por los problemas prácticos e interpretativos que había provocado y la palabra "certificada" que podía ser un obstáculo para la ejecución del laudo por las dudas que su forma y contenido podían generar. Además, la obtención de una certificación o de una prueba análoga sobre la autenticidad de un texto o su traducción eran cuestiones pertenecientes al régimen general de la prueba y, por tanto, que no debían ser reguladas en la LM sobre ACI[104].

---

[102] CNUDMI, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación… (A/CN.9/592),* p. 560, párr. 47. Queda incorporado el concepto amplio de "mensaje de datos" de la LM sobre CE, el de "comunicación electrónica" de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales y, por tanto, el equivalente funcional electrónico de escrito.

[103] CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional… (A/61/17),* pp. 3 a 67 y, en particular, las pp. 32 a 34, párrs. 148 a 155.

[104] Finalmente, se decidió la siguiente redacción para el art. 35.2 de la LM sobre ACI: «La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o una copia del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal judicial podrá solicitar a esta parte que presente una traducción a ese idioma de dicho documento»

Por último, la Recomendación de 7 de junio de 2006 de la CNUDMI relativa a la Interpretación del párrafo 2) del art. II y del párrafo 1) del art. VII de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 reconoció la importancia creciente del comercio electrónico, la sucesiva promulgación de leyes nacionales sobre la cuestión y la defensa de criterios más favorables que los contemplados en la CNY por parte de la jurisprudencia con relación al requisito de forma del acuerdo de arbitraje y a la ejecución del laudo.

Para favorecer el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales recomienda que tener en cuenta en torno a la aplicación del art. II.2 de la CNY que las circunstancias que constan en él no son exhaustivas o la posibilidad que tiene la parte interesada de acogerse a los derechos que le correspondan en virtud de las leyes o tratados del país donde solicite el reconocimiento del acuerdo de arbitraje (art. VII.1 de la CNY) y que ofrezcan un régimen más favorable que la Convención.

3.- Una mirada al futuro: el entorno de la solución de contorversias por vía informática (odr)

Muchas de las normas existentes en esferas jurídicas conexas -como el arbitraje, el comercio electrónico y las comunicaciones electrónicas- e incluso algunos reglamentos nacionales de protección al consumidor pueden aplicarse a la resolución por vía informática de controversias nacidas de operaciones transfronterizas de comercio electrónico entre empresas o entre empresas y consumidores. Sin embargo, la CNUDMI ha preferido configurar un marco jurídico propio.

Durante los últimos años, el Grupo de Trabajo III (en adelante, GT), la Comisión y su Secretaría han trabajado duramente sobre esta cuestión y como resultado a sus esfuerzos se han aprobado las “Notas técnicas de la CNUDMI sobre la resolución de controversias en línea” (en adelante, las Notas) si bien lo que se quería haber aprobado era un Reglamento para la ODR lo que nos demuestra que aún queda mucho camino por recorrer.

aclarando, en nota de pie de página y guía, que es un requisito de máximos.

En el año 2000 la Comisión se planteó incluir la solución de controversias nacidas de operaciones transfronterizas de comercio electrónico por vía informática en su programa de trabajo[105] pero no sería hasta los periodos de sesiones de 2001 y 2002 cuando pasó a considerarse un tema de estudio e investigación dentro del comercio electrónico[106].

En 2011 encomendó al GT elaborar un marco normativo para la ODR compuesto por: un reglamento que contendría una visión práctica sobre cómo entablar, sustanciar, decidir y concluir los procedimientos ODR pero sin introducir cambios en las legislaciones nacionales; y una serie de documentos complementarios con directrices y requisitos mínimos para los proveedores de servicios ODR y terceros neutrales; unos principios sustantivos para resolver controversias; y un mecanismo transfronterizo de ejecución[107]. En consecuencia, la Secretaría elaboró un proyecto de reglamento que los proveedores de servicios ODR podrían utilizar como modelo y cuya aplicación exigía

[105] ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor realizada en su 33.º período de sesiones (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000) (A/55/17)*. Puede consultarse en: http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=N0064429 [Disponible a 24 de mayo de 2017 a las 19:52].

[106] ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor realizada en su 34.º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001) (A/56/17)* e *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor realizada en su 35.º período de sesiones (Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002) (A/57/17)*, Anuario, Volumen XXXIII: 2002. Nueva York, 2003. Puede consultarse en: http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=V0186109 y http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=V0256584 [Disponible a 24 de mayo de 2017 a las 22:23].

[107] CNUDMI, *Nota de la Secretaría: La solución por vía informática de controversias surgidas a raíz de :operaciones transfronterizas de comercio electrónico: cuestiones que deberán examinarse para elaborar un marco global que rija la solución de controversias por vía informática (ODR) (A/CN.9/WG.III/WP.110).* Puede consultarse en: http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/CN.9/WG.III/WP.110&Lang=S [Disponible a 24 de mayo de 2017 a las 19:47].

un acuerdo previo de las partes dado su carácter contractual[108]. Sin embargo, la cuestión relativa al posible carácter ejecutorio de sus decisiones quedó excluida del proyecto de reglamento.

Un año después, la CNUDMI pidió al GT que valorara ciertas cuestiones relativas al reglamento ODR como: la medida en que el marco ODR mejoraría la situación de los consumidores que no ejercitaban sus derechos ante controversias derivadas de transacciones comerciales electrónicas por el elevado coste del proceso en comparación con el valor de la compra y las dificultades que posteriormente existían para ejecutar el fallo dictado; la forma en que la normativa jurídica interna sobre protección del consumidor afectaría al marco de la ODR; o si el reglamento ODR satisfaría las necesidades de aquellos países en desarrollo o en situaciones posteriores a conflictos y, en especial, un proceso ODR que incluyera una etapa de arbitraje.

Hasta su 26º período de sesiones celebrado en 2012, el GT debatió intensamente sobre la oportunidad de desarrollar un reglamento ODR basado en un proceso que contara siempre con una etapa final de arbitraje; incluso cuando una de las partes fuera un consumidor y se tratara de un acuerdo previo a la controversia[109]. En realidad, existían dos grupos de Estados con posturas diametralmente opuestas sobre el carácter vinculante o no de los acuerdos de arbitraje celebrados por

[108] CNUDMI, *Nota de la Secretaría: Solución por vía informática de controversias surgidas en el marco de operaciones transfronterizas de comercio electrónico: proyecto de reglamento A/CN.9/WG.III/WP.107).* Puede consultarse en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V11/813/14/PDF/V1181314.pdf?OpenElement [Disponible a 12 de junio de 2017 a las 23:27].

[109] Entre los motivos que se alegaron en contra de la existencia de un proceso ODR que siempre desembocara en una etapa de arbitraje cabe citar los siguientes: a) en la práctica no todos los procesos ODR incorporan un arbitraje ni finalizan con un resultado vinculante para el comprador debiendo garantizarse su cumplimiento a través de mecanismos privados de ejecución; b) el arbitraje puede llegar a ser procesalmente complicado y no aportar siempre el valor añadido que se pretende ya que, en ocasiones, el demandante debe acudir al tribunal local competente del lugar donde el ejecutado tenga sus bienes para solicitar allí su reconocimiento y, por tanto, actuar ante un sistema judicial que no siempre funcionará lo bien que debiera; o c) el coste del reconocimiento de un laudo arbitral puede ser desproporcionado especialmente si se trata de operaciones transfronterizas de escaso valor y gran volumen en las que el ejecutado puede estar en otro país o el ejecutante ser un consumidor o una pequeña y mediana empresa.

consumidores antes del nacimiento de la controversia: los Estados del grupo I que los consideraban vinculantes; y los Estados del grupo II para quienes no lo eran pudiendo el consumidor llegar a invalidarlos.

Durante su 26º periodo de sesiones, el GT hizo una pausa en la elaboración del reglamento para realizar una serie de consultas oficiosas sobre la cuestión[110]. Como resultado, decidió configurar un sistema ODR basado en dos modalidades entre las que las partes intervinientes en la operación comercial elegirían mediante la utilización de cláusulas o disposiciones alternativas.

La modalidad I terminaba en una etapa de arbitraje vinculante. En cambio, la modalidad II podía finalizar en la etapa de arreglo facilitado -incluso sin llegar a un acuerdo- o en una decisión no vinculante de un tercero neutral sujeta a mecanismos privados de ejecución (sistemas de puntuación, sellos de confianza, estadísticas sobre su cumplimiento, reembolsos o una recomendación no vinculante de un tercero) que permitían una ejecución más sencilla que la contemplada en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras[111]. De este modo, todos los Estados (grupo I y II) tendrían cabida en el reglamento.

En 2015 surgieron las primeras voces que pedían al GT que abandonara la elaboración del reglamento ODR ya que, a pesar de sus esfuerzos, no lograba llegar a un consenso. Aunque el GT continuó examinando la denominada tercera propuesta al entender que era inapropiado y descortés para sus ponentes poner fin, en ese momento, a su mandato, su tarea se sometió a un nuevo enfoque: la elaboración de un texto no vinculante (instrucciones, directrices o notas) en un plazo máximo de un año o no más de dos periodos de sesiones del GT que reflejaría el consenso logrado sobre numerosas cuestiones del proceso ODR (lo que suponía un avance significativo) pero sin abordar la

[110] CNUDMI, *Informe del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática) sobre la labor de su 26º periodo de sesiones (Viena, 5 a 9 de noviembre de 2012) (A/CN.9/762).* Puede consultarse en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V12/555/10/.15].PDF/V1255510.pdf?OpenElement [Disponible a 18 de mayo de 2017 las 23:48].

[111] Esta última opción planteaba una tercera alternativa al sistema de dos modalidades. No obstante, en 2014 se llegaron a examinar por el GT hasta cuatro propuestas diferentes de derivación en función del momento y la forma de elección entre ambas modalidades.

cuestión de la naturaleza de su etapa final. En cierto modo, el acuerdo alcanzado hacía -y hace pensar- que, quizás en un futuro, pueda lograrse un consenso sobre las cuestiones más controvertidas.

La delegación de Israel sugirió a la CNUDMI que este instrumento no vinculante fuera un modelo para los proveedores de servicios ODR y los terceros neutrales y que, en consonancia con el mandato vigente del GT, sirviera de asistencia y apoyo a los profesionales especializados en ODR. En este sentido, instó a la Secretaría a preparar un proyecto de instrumento no vinculante basado en las deliberaciones del GT y en la consulta con expertos destacados para aprovechar los progresos del GT pero sin abordar la cuestión del carácter vinculante de los acuerdos de arbitraje celebrados con los consumidores antes de que haya surgido la controversia. De este modo, el GT podría centrarse solo en las cuestiones que, a pesar de su pertinencia, no hubieran sido examinadas con anterioridad.

La Secretaría elaboró las "Notas sobre un documento descriptivo no vinculante con principios y elementos de un proceso ODR"[112] con los principios del proceso ODR sobre los que había consenso, aquellos sobre los que sería posible alcanzarlo y, por último, los aspectos sobre los que el GT debería aclarar si existía acuerdo o no. Por su parte, los Estados de Colombia, EE.UU. y Honduras presentaron su propuesta de instrumento descriptivo no vinculante basada en la Nota de la Secretaría y, por tanto, con los progresos del GT sobre una serie de aspectos técnicos y los principales elementos de un proceso ODR pero sin optar por un sistema ODR concreto ni tratar las cuestiones de orden público que habían generado diferencias irreconciliables en el GT.

112 CNUDMI, *Nota de la Secretaría: Solución de controversias en línea en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico: Notas sobre un documento descriptivo no vinculante con principios y elementos de un proceso ODR (A/CN.9/WG.III/WP.137).* Puede consultarse en: http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=a/cn.9/wg.iii/wp.137&Lang=S [Disponible a 22 de mayo de 2017 a las 21:15].

Finalmente, la elaboración de la Nota por la Secretaría y de las propuestas citadas por los Estados permitieron que el GT presentara en plazo las "Notas técnicas sobre la solución de controversias en línea"[113] y que fueran aprobadas el 5 de julio de 2016 por la CNUDMI[114].

Las Notas técnicas se estructuran en las siguientes doce secciones: I) Introducción; II) Principios; III) Etapas del proceso de solución de controversias en línea; IV) Alcance del sistema de solución de controversias en línea; V) Definiciones, funciones y responsabilidades, y comunicaciones en el sistema de solución de controversias en línea; VI) Apertura del proceso de solución de controversias en línea; VII) Negociación; VIII) Arreglo facilitado; IX) Etapa final; X) Nombramiento, facultades y funciones del tercero neutral; XI) Idioma; y XII) Gobernanza.

Únicamente, nos detendremos un instante en la etapa final del proceso ODR que ha quedado totalmente sin definir al no alcanzarse un acuerdo sobre el carácter del arbitraje y la vinculación o no para los consumidores de los convenios arbitrales que hubieran suscrito con anterioridad a la aparición de la controversia. En este sentido, serán el administrador ODR o el tercero neutral los encargados de informar a las partes sobre la naturaleza y la forma de esta etapa al haber quedado excluido este extremo de las Notas técnicas debido a las discrepancias surgidas entre los distintos países participantes durante la elaboración del pretendido reglamento ODR.

Por tanto, en materia ODR la cuestión relativa al arbitraje electrónico ha quedado inconclusa por lo que será necesario que la comunidad internacional siga trabajando con relación a esta cuestión, a pesar de que el Grupo de Trabajo se haya disuelto. La expansión de los medios alternativos de resolución de conflictos pasa por establecer un arbitraje plenamente electrónico que enmarcándose en el ámbito de las

---

113 CNUDMI, *Informe del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias en Línea) sobre la labor realizada en su 33º período de sesiones (A/CN.9/868).* Puede consultarse en: http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=a/cn.9/868&Lang=S [Disponible a 22 de mayo de 2017 a las 18:56].

114 CNUDMI, *Informe de la CNUDMI 49º período de sesiones (27 de junio a 15 de julio de 2016) (A/71/17).* Puede consultarse en: http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/71/17&Lang=S [Disponible a 23 de mayo de 2017 a las 23:37].

nuevas tecnologías no olvide sus raíces ni la larga experiencia que lo acompaña.

4.- Conclusiones

La institución arbitral cuenta con un amplio bagaje histórico dado que sus orígenes se remontan a tiempos de los romanos, incluso antes de la aparición de cualquier organización judicial.

Muchas de sus características en cuanto mecanismo específico para la resolución de conflictos en el que, previo acuerdo de las partes, un tercero decide sobre una determinada controversia se han mantenido desde entonces.

Sin embargo, los cambios políticos, la apertura económica y, más recientemente, las nuevas tecnologías y el desarrollo del comercio electrónico han obligado al legislador (nacional e internacional) a modernizar la institución para extender su hegemonía -como método de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial- también a la esfera de la solución de controversias por vía informática.

Sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer para adaptar una institución como el arbitraje a las nuevas tecnologías en un entorno globalizado donde el número de las transacciones electrónicas de carácter transaccional es cada vez mayor.

HERRAMIENTAS DE CONTROL POLÍTICO-SOCIAL EN EL PROTECTORADO ESPAÑOL: LA JUSTICIA INDÍGENA[1]

Rocío Velasco de Castro[2]
Universidad de Extremadura

La comunicación presenta el contexto en el que se implanta el sistema jurídico del protectorado español en Marruecos, señala sus características y analiza las especificidades relativas a las jurisdicciones especiales, en las que se enmarcan los tribunales rabínicos y los islámicos. De su estructura, regulación y funcionamiento se extraen una serie de conclusiones que sustentarían el carácter instrumental de la justicia indígena y su importante contribución al control político y social de la población marroquí, especialmente en las zonas rurales.

1. Antecedentes del sistema jurídico colonial

A pesar de las reformas emprendidas y de la injerencia de la administración española en su funcionamiento, las bases del sistema de justicia del Marruecos pre-colonial permanecieron prácticamente

[1] Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-42039-P, cuyo título es "Evolución de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control político-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.
[2] rvelde@unex.es

intactas. Por este motivo se hace necesario establecer una retrospectiva con el objetivo de comprender la pervivencia del modelo de justicia indígena y qué mecanismos se emplearon para su posterior instrumentalización.

La administración de justicia en el Marruecos moderno estaba dividida en cuatro jurisdicciones: la cherifiana (cheránica y majzeniana), la consuetudinaria beréber y la rabínica. La justicia islámica contaba con dos jurisdicciones: la de los tribunales cheránicos en los que ejercían los cadíes, y la de los majzenianos a cuyo frente se encontraban funcionarios administrativos o fiscales del Sultán: bajaes, caídes, almotacenes, jalifas, gobernadores militares, etc. Respecto a la justicia rabínica y al derecho consuetudinario beréber, podrían considerarse jurisdicciones especiales dentro del organigrama tradicional imperante en el imperio cherifiano.

Los tribunales cheránicos desempeñaban sus obligaciones en cargos muy distintos, de forma que a diferencia de los caídes, la impartición de justicia no era ni la única ni la principal de sus responsabilidades. La preeminencia de la justicia cheránica sobre la majzeniana se mantuvo durante del régimen colonial, si bien no evitó que se produjera alguna que otra disfunción. La potestad para administrar justicia emanaba directamente del Sultán a los cadíes, quienes eran nombrados mediante dahíres validados por el soberano. Al frente de este grupo se encontraba el "Cadí de cadíes", una especie de juez supremo, con sede en la capital, que en la época anterior al protectorado se encontraba en Fez. Éste a su vez contaba con representantes regionales llamados "cadíes de la comunidad". Entre sus competencias estaban el estatuto personal, las sucesiones, el habús, los bienes de ausentes o incapaces y los delitos de sangre. Para ello se servían de la interpretación malikí de la ley islámica, a la que se ha aludido anteriormente, y de los precedentes encontrados en la administración de la justicia local[3].

Por lo que respecta a los funcionarios majzenianos, no eran acreedores de la delegación, entendida como transmisión de *baraka* o poder espiritual, pero sí representantes administrativos del *mulk* o poder político del Sultán, por lo que tenían competencia en delitos punibles, en causas de tipo mercantil y en general, en todo lo relacionado con el

[3] RODRÍGUEZ MEDIANO, F., *Familias de Fez (siglos XV-XVIII)*, Madrid, 1995, pp. 61-62.

interés público[4]. Para ello se servían del *'urf* o costumbre de origen pre-islámica, y de otros mecanismos intelectuales como el *iŷtihâd*, que podría traducirse por el esfuerzo para comprender y saber aplicar la doctrina. Además, ejercían labores policiales y de vigilancia para los cadíes y para el Majzen y eran competentes en las causas entre judíos que escaparan a las competencias de los tribunales rabínicos, así como en cuestiones del estatuto personal islámico[5].

Además de este sistema, en la tradición islámica la administración de los bienes habús o bienes de manos muertas afectados a obras pías se realizaba a través de un *nâdir* (administrador de dichos bienes) sin que existiera una reglamentación común más allá de las fuentes del *fiqh* de la cual dimanan una serie de principios generales. De forma que la interpretación de dichos principios según la escuela malikí imperante en Marruecos, podía diferir de un *nâdir* a otro.

Esta donación pública de orden religioso del uso o usufructo de un bien manteniéndose la nuda propiedad del donante incluso una vez fallecido éste, partía de dos requisitos fundamentales: la finalidad tenía que ser caritativa y tanto el donante como el beneficiario tenían que ser musulmanes libres y capaces. Pero también existía un habús de familia mediante el cual el donante establecía una prioridad en el usufructo a favor de sus descendientes, determinando que hasta el fallecimiento de estos últimos la donación no pasaría a formar parte de los bienes de utilidad pública. Esta última práctica evitaba la discriminación de las mujeres en el reparto de herencias establecido en el Corán, por lo que era una práctica relativamente frecuente entre algunas familias.

Junto a la justicia cheránica y a la del majzen, en las zonas de escasa o nula influencia del gobierno central lo que se aplicaba era la jurisdicción consuetudinaria, que era administrada por un consejo tribal, por los jefes de tribu, o por un árbitro designado por la comunidad siguiendo el modelo pre-islámico. Se trataba de regiones que tradicionalmente habían mantenido una fuerte cohesión tribal y habían conseguido mantener una gran autonomía respecto al Sultán en tanto que detentador del *mulk*, no de la *baraka*. Dicho de otra forma,

[4] Para más información, FIERRO, M., "La legitimidad del poder en el Islam", en *Awrāq*, nº 15 1994), pp. 147-184.

[5] FERIA GARCÍA, M., "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", en *Awrāq*, nº XIX, 1998, pp. 147-148.

reconocían la soberanía espiritual mientras que su pertenencia al imperio cherifiano a efectos políticos, económicos y militares se limitaba al pago anual de un tributo al Majzen, cuyos representantes en la zona, entre ellos los caídes, solían ser elegidos por la propia comunidad y validados por el Sultán. Ese era el caso del Rif, donde en 1921 Muhammad b. Abdelkrim el Jattabi establecería su Confederación de Tribus con un texto constitucional inspirado en el derecho consuetudinario rifeño[6].

La coexistencia de estos dos modelos fue interpretado por la historiografía colonial en clave opositora en función de la cual el gobierno central no era capaz de controlar su propio territorio si no era con la ayuda de una supervisión extranjera. Esta argumentación, que resulta cuanto menos refutable, fue empleada para justificar la imposición del protectorado, como han señalado varios autores[7]. La complementariedad de las dos realidades en un precario equilibrio plagado de múltiples rupturas y alianzas había constituido desde hacía siglos una de las señas de identidad del sistema político y jurídico del imperio cherifiano en el que la autonomía de tribus y zagüías, e incluso su enfrentamiento abierto con el poder central en determinados momentos, formaba parte del funcionamiento de las estructuras del sistema.

Respecto a la segunda jurisdicción especial, la justicia rabínica, afectaba únicamente a los marroquíes judíos y era impartida por los rabinos elegidos en cada comunidad en función de su formación y de su rectitud moral. Tanto la elección de sus miembros como el procedimiento a seguir y la propia impartición de justicia eran totalmente independientes del Majzen. La existencia de esta jurisdicción tenía como precedente su pertenencia al estatuto de *dimmíes* o protegidos del Islam al pertenecer, junto a los cristianos a la *ahl al-kitâb* (las gentes del Libro), en alusión al Antiguo Testamento. Dicha condición les suponía el pago de un impuesto especial a cambio del reconocimiento oficial de sus derechos religiosos, que podían

[6] LAROUI, A., *Marruecos: Islam y Nacionalismo*. Madrid, 1994, p. 121 y MADARIAGA, M. R. de, *España y el Rif. Crónica de una historia casi olvidada*. Melilla, 2000, p. 81.

[7] Entre ellos, MADARIAGA, M. R. de, *Abd el-Krim el Jatabi. La lucha por la independencia*. Madrid, 2009, p. 53 y MESSARI, "Reflexiones desde el sur de Tarifa: Algeciras, un hito en la historia de Marruecos", p. 161.

ejercer con total libertad[8]. La importancia cualitativa y cuantitativa de los marroquíes judíos en Marruecos se reducía a las grandes ciudades. En el caso de Tetuán, futura capital del protectorado español, sus tradiciones y habían conformado durante siglos la identidad mestiza de la ciudad[9].

Este modelo se mantuvo desde finales del siglo XVIII hasta los albores del protectorado sin que se produjera una modificación sustancial. A partir de los crecientes intercambios comerciales se fueron estableciendo legaciones y consulados y con ellos proliferaron las transacciones con numerosos notables a través de agentes e intermediarios. En este contexto nacieron los tribunales consulares, destinados a salvaguardar los derechos de los ciudadanos extranjeros, que tenían completa inmunidad ante la justicia marroquí. Esta misma condición se extendió a los súbditos marroquíes bajo la figura del "protegido" que aparecía por primera vez en el tratado anglo-marroquí de 1750[10]. La consolidación de dicho estatus dio lugar en época colonial a la inclusión de estos protegidos marroquíes bajo la jurisdicción de los tribunales hispano-jalifianos.

---

[8] KENBIB, M., *Juifs et Musulmans au Maroc. 1859-1948. Contribution à l'histoire des relations intercommunautaires en terre d'Islam*. Rabat, 1994, p. 354.

[9] Para más información, véase ISRAEL GARZÓN, J., *Los judíos de Tetuán*. Madrid, 2005.

[10] Como menciona DE LA SERNA, A., *Al sur de Tarifa. Marruecos- España: un malentendido histórico*. Madrid, 2001, p. 169, el origen de los posteriores tratados y convenios sobre el derecho de protección, reside en el Tratado anglo-marroquí de 1750. A partir de él, se sucedieron los demás: Tratado General anglo-marroquí (Tánger, 9 de diciembre de 1856); Convenio franco-marroquí reglamentando el derecho de protección en Marruecos (Tánger, 19 de agosto de 1863); Convenio hispano-marroquí para la ejecución del derecho de protección (Tánger, 20 de agosto de 1863) y Convenio multilateral sobre ejecución del derecho de protección en Marruecos (Tánger, 21 de agosto de 1863) para Bélgica, Cerdeña, Estados Unidos, Inglaterra y Suecia). Este último se hizo extensivo a Rusia, Italia y Portugal. Véase: BÉCKER Y GONZÁLEZ, J., *Tratados, convenios y acuerdos referentes a Marruecos y la Guinea española*. Madrid, 1918, pp. 112-113 y 118. Todo ellos tendrían su origen en cuanto al tema de la protección en el tratado franco-marroquí de 28 de mayo de 1767 que es citado por GARCÍA FIGUERAS, T., *Marruecos (La acción de España en el Norte de África)*. Barcelona, 1944, 3º ed., p. 91, cuyo artículo 11 establecía "que no se pondrían obstáculos para el ejercicio de sus funciones a las personas marroquíes que se encontraban tanto al servicio de los cónsules como al de los comerciantes."

2. La justicia indígena: jurisdicciones especiales en el Marruecos español

Los responsables españoles establecieron la preeminencia del modelo europeo, delimitaron las competencias judiciales de los marroquíes y mantuvieron la estructura de la justicia indígena: jurisdicción rabínica, jurisdicción cheránica, jurisdicción majzeniana y jurisdicción consuetudinaria, si bien la intención para con esta última era suprimirla.

La organización judicial de la zona del protectorado español en Marruecos se reguló por dahír de 1 de junio de 1914. Al final de su capítulo primero establecía la subordinación de los marroquíes a la legislación española pese a conservarse las jurisdicciones de la justicia indígena, cuestión esta última que era de obligado cumplimiento en virtud del tratado franco-marroquí de 1912 que establecía un régimen de protección sobre el reino alauí. Posteriormente, el Reglamento de 24 de enero de 1916 para la administración del Protectorado de España en Marruecos recogía en su artículo IX que entre las atribuciones del Delegado de Asuntos Indígenas se encontraba la de "velar por la recta administración de justicia indígena y de jurisdicciones especiales" y "ejercer la inspección de las Escuelas moras, las hispanoárabes y las israelitas, de los cultos indígenas, de lo referente a bienes Habús y Majzén y de la sanidad e higiene públicas."

La primera reorganización de los servicios de la Zona, (Decreto de 29 de diciembre de 1931), incluía en su artículo VII: "La Delegación de Asuntos Indígenas tendrá a su cargo como principal cometido el ejercicio de la función política o técnica de intervención cerca de los organismos o autoridades indígenas de las ciudades y regiones civiles excepción hecha de la alta Intervención, que incumbe al Residente general dependerá directamente de la misma todo lo concerniente a las Intervenciones locales de carácter indígena, como todo lo relativo al Majzen Central y Regional, Justicia islámica, Administración de Rentas y dominios del Majzen, Bienes habús, Enseñanza indígena e hispanoárabes, nombramiento de todas las autoridades indígenas, servicio de intervención en las ciudades y en los territorios civiles e intervención de los servicios marítimos".

Por su parte, el Decreto de 15 de febrero de 1935 por el que se reorganizaron los servicios de la Alta Comisaría insistía en "establecer, por disposición orgánica, en cuanto a Tribunales de Justicia y a la

Intervención de la Hacienda del Majzen, la independencia que su naturaleza y función propias –administración de Justicia y fiscalización económico-legal respectivamente– demandan." Para ello, su artículo 5º establecía que "los Tribunales de Justicia y las Delegaciones Interventoras de la Hacienda del Majzén formarán parte del Protectorado y, para conservar su natural independencia, no constituirán organismos de la Alta Comisaría." También la ley de 8 de noviembre de 1941 por la que se reorganizaba la Alta Comisaría incidía en su artículo 9º en dicha independencia, si bien en el 18º relativo a las funciones de la Delegación de Asuntos Indígenas establecía entre sus cometidos la Intervención y Seguridad, comprendiendo la Intervención político-administrativa de la que formaban parte de la justicia musulmana, los bienes habices y los bienes del Majzén.

Este engranaje jurídico se sustentaba en un organigrama político-administrativo que estableció y reguló el funcionamiento de la administración colonial, compuesta por una serie de organismos metropolitanos y coloniales. Como han puesto de manifiesto Leandro Martínez Peñas y Manuela Fernández Rodríguez en sus respectivos trabajos[11], los primeros fueron objeto de continua revisión que se trasladó también a la administración colonial en el territorio marroquí. Al mismo tiempo, todas las reformas experimentadas mantuvieron la función de tutela sobre la justicia indígena pues, como señala José Luis Villanova, el convenio de 1912 había establecido que los actos de las autoridades marroquíes de la zona serían intervenidos por el alto comisario y sus "agentes". Con esta finalidad la Administración española dispuso que los actos del Jalifa fueran intervenidos directamente por el Alto Comisario y los del personal marroquí por el cuerpo de interventores[12].

[11] MARTÍNEZ PEÑAS, L., "La administración del Protectorado de Marruecos en los órganos centrales del Estado (1912-1931) y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "La administración del Protectorado en Marruecos en los órganos centrales del Estado (1931-1956), en ALVARADO PLANAS, J. y DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J. C. (coords.), *La Administración del Protectorado español en Marruecos*. Madrid, 2014, pp. 111-132 y 133-156 respectivamente.
[12] VILLANOVA VALERO, J. L., "La organización territorial del Protectorado español en Marruecos", en *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos* (REIM), nº 9, 2010 y "Los interventores del Protectorado español en Marruecos: los principales agentes del desarrollo de la política colonial", en *Revista de Historia Militar*, nº extra 2, 2012, pp. 161-202.

3. La justicia indígena como herramienta de control político-social

En su recorrido por la actuación española en su protectorado marroquí, Tomás García Figueras afirmaba que "si la pacificación era premisa indispensable para la evolución positiva de Marruecos, el imperio de la justicia debía presidir también, obligadamente, esa evolución"[13]. La importancia que los responsables coloniales españoles otorgaron a la organización de la justicia explica que sus primeras regulaciones se produjeran en 1914, una fecha temprana en comparación con la planificación de otras esferas de la gestión colonial. Dicha relevancia vino dada por su condición estratégica, ya que suponía un medio eficaz para controlar a la población indígena.

En efecto, como señala Antonio M. Carrasco en su análisis sobre la recepción y asimilación del Derecho español en el organigrama jurídico del Protectorado, las autoridades coloniales ejercieron una férrea política de intervención para controlar la Justicia, ya que desde un primer momento la promulgación de un nuevo ordenamiento jurídico destinado a la población europea tuvo vocación de erigirse en el medio por el que se produjera una progresiva asimilación la población local[14].

También Josep Lluis Mateo Dieste incide en esta concepción instrumental al señalar que entre las principales preocupaciones de la política oficial española destacaban la religión y aquellos aspectos que se le consideraban directamente vinculados, como la justicia y la reglamentación del estatuto personal[15]. El componente religioso de la justicia islámica y la rabínica no sólo se articulaba a través de los fundamentos doctrinales sobre los que se habían conformado sus respectivos corpus. El cuidado y la gestión de los lugares de culto, el mantenimiento de los cementerios y la administración de donaciones pías se realizaba a través del Consejo del Habús (convertido en

[13] GARCÍA FIGUERAS, T., *España y su protectorado en Marruecos (1912-1956)*. Madrid, 1957, p. 187.

[14] CARRASCO GONZÁLEZ, A. M., "Derecho español del Protectorado en Marruecos: recepción y asimilación", en *Norba. Revista de Historia,* nº 30. En prensa.

[15] MATEO DIESTE, J. L., "El interventor y el caíd. La política colonial española frente a la justicia marroquí durante el protectorado de Marruecos (1912-1956)", en *Hispania. Revista Española de Historia*, vol. LXVII, nº 226, 2007, p.644.

Ministerio en 1936)[16] y de los consejos comunales de la comunidad judía, dependiente del Alto Tribunal Rabínico de Tetuán[17]. En consecuencia, era necesario conocer el derecho islámico y sus fuentes para integrar algunas de sus instituciones o contratos en los nuevos códigos del protectorado.

El diseño de la administración de justicia supuso un gran esfuerzo legislativo que se reflejó en el amplio corpus generado[18]. Y también implicó la necesidad de conocer, difundir, explicar y asimilar las bases del modelo indígena a los funcionarios de la administración colonial. Por ello, y a tenor de lo expuesto anteriormente, no resulta extraño que, como señala Amalia Zomeño, la producción colonial española sobre la materia responda en una gran parte, a la elaboración de manuales publicados por y para la administración colonial y que casi todo ellos fueran escritos por militares[19]. De hecho, fue una de las materias que, estructurada en varias asignaturas, fue incluida en el programa de formación impartido por la Academia de Interventores, figura clave esta última en el organigrama de la administración colonial[20].

Esta proliferación contrastaría con la escasa producción registrada en el periodo poscolonial. La administración de justicia bajo el protectorado español solo ha sido objeto de un pequeño número de

[16] Para más información, véase VELASCO DE CASTRO, R., "Legislaciones especiales en el Marruecos español: la Justicia islámica y el Ministerio del Habús", en *Análisis de jurisdicciones especiales*. En prensa.
[17] BENSABAT, S. L., "Los judíos en Marruecos", en *Cuadernos de Estudios Orientales*, nº. 17, 1952, p. 47.
[18] Véase como ejemplo LÓPEZ OLIVÁN, J., *Legislación vigente en la Zona de Protectorado español en Marruecos*. Madrid, 1931, 3 vols.; MADARIAGA, M. R. de, *Fondos documentales en archivos españoles sobre la organización de la justicia en el Protectorado español en Marruecos (1912-1956). Guía de situación y contenido*. Madrid, 2007; y MORA REGIL, E. y RODRÍGUEZ AGUILERA, C., *Leyes de Marruecos*. Madrid, 1947.
[19] ZOMEÑO, "El derecho islámico a través de su imagen colonial", p. 311.
[20] VILLANOVA, J. L., "La academia de interventores del Protectorado de España en Marruecos", en *Aldaba*, nº 31, 2001, pp. 385-404.

estudios que la abordan de un modo directo[21] o indirecto[22]. Más escasos son los trabajos que o mencionan o se centran en las conexiones de la justicia indígena con la esfera política[23] a pesar de su estrecha vinculación.

Instrumentalización de la comunidad hebrea: legislación y justicia rabínica

Numerosos judíos marroquíes se habían acogido al estatus de protegido desde el nacimiento de esta figura jurídica por diversos motivos. Por un lado, la seguridad de verse amparados en sus negocios y relaciones con europeos. Y por otro, por la conveniencia de las potencias coloniales de contar con una comunidad desde la que podrían extender su influencia en el país. También notables urbanos y rurales musulmanes se acogieron a estas ventajas, pero desde entonces la percepción que se fue forjando en torno a los judíos marroquíes como

[21] CARRASCO GONZÁLEZ, A. M., "El ordenamiento jurídico hispano-marroquí", en *El Protectorado español en Marruecos. La historia trascendida*. Madrid, 2012, vol. 1, pp. 57-80; FERIA GARCÍA, M., "La justicia indígena de la Zona Jalifiana del Protectorado español en Marruecos", en *Awrâq*, 19 (1998) pp. 143-179 y "Conflictos de legitimidad jurídica en Marruecos: el impacto del Protectorado", en *El protectorado español en Marruecos. Gestión colonial e identidades*. Madrid, CSIC, 2002, pp. 37-62; LOSA CONTRERAS, C., "El diseño de la administración de Justicia en el protectorado español en Marruecos (1912-1956)", en *La Administración del Protectorado Español en Marruecos*. Madrid, 2014, pp. 279-305; VELASCO DE CASTRO, R.: "Aproximación al modelo jurídico marroquí en época colonial: legitimación de la autoridad y jurisdicciones especiales", en *Estudios sobre jurisdicciones especiales*. Madrid, 2015, pp. 329-376; ZOMEÑO, A., "El derecho islámico a través de su imagen colonial durante el Protectorado español en Marruecos", en *El protectorado español en Marruecos. Gestión colonial e identidades*, pp. 307-337. A ellos hay que añadir el trabajo de MADARIAGA, M. R. de, *documentales en archivos españoles sobre la organización de la justicia en el Protectorado español en Marruecos (1912-1956). Guía de situación y contenido*. Madrid, 2007.

[22] VILLANOVA VALERO, J. L., *El Protectorado de España en Marruecos. Organización política y territorial, Barcelona*, 2004 y *Los interventores. La piedra angular del Protectorado español en Marruecos*, Barcelona, 2006.

[23] MATEO DIESTE, "El interventor y el caíd", pp. 643-670 y VELASCO DE CASTRO, "Legislaciones especiales en el Marruecos español", en prensa.

agentes colaboradores se fue consolidando entre la población musulmana[24].

A ello contribuyó la política practicada por los españoles desde la ocupación de Tetuán (1859-1862) en virtud de la cual el origen sefardí de la comunidad estableció un vínculo histórico que a pesar de ser compartido con los musulmanes de origen andalusí, solo se aplicó a los primeros, estableciéndose una clara discriminación contra los segundos. Así, en algunos autores judíos de la época es frecuente encontrar frases del tipo: "Las afinidades de los españoles son más grandes con los judíos que con los musulmanes"[25].

Con estos antecedentes no es de extrañar que fuera la primera jurisdicción indígena normalizada en la zona jalifiana[26]. Las razones de esta predilección habría que situarlas también en la política filo-hebrea iniciada por Primo de Rivera y continuada por la II República. Ésta no hacía sino imitar la política de atracción de la comunidad judía practicada por Francia en sus colonias norteafricanas[27]. En este contexto ha de inscribirse la concesión, mediante Real Decreto de 20 de diciembre de 1924[28], de la nacionalidad española a los protegidos y descendientes de protegidos y a los descendientes de quienes habían sido españoles o se habían inscrito como tales.

Ese miso año de 1924 se instituía el Alto Tribunal Rabínico de Tetuán[29]. Desde entonces, la primera normativa significativa no tuvo lugar hasta el dahír de 20 de marzo de 1928 por el que se establecía el reglamento para la organización de los tribunales rabínicos y el

[24] LÓPEZ ÁLVAREZ, A. M., "La comunidad judía de Tetuán (1881-1940). Datos sociológicos en el libro registro de circuncisiones de R. Yishaq Bar Vidal Ha-Serfaty", en *Espacio, Tiempo y Forma. Serie V. Historia Contemporánea*, nº. 13, 2000, p. 214.

[25] GOGMAN, 1868. *Apud*: LEIBOVICI, S., "Aproximación hispano-judía en el Marruecos ochocentista (Tetuán, 1862-1896)", en *Anales de Historia Contemporánea*, nº. 3, 1984, pp. 59-67.

[26] VILLANOVA, *El Protectorado español en Marruecos: organización política y territorial*, p. 287.

[27] ROZENBERG, D., *La España contemporánea y la cuestión judía: retejiendo los hilos de la memoria y de la historia*. Madrid, 2010 pp. 133-134.

[28] *Real decreto de 20 de diciembre de 1924 aprobando la Ley y Reglamento de emigración: (texto refundido de 1924)*. Madrid, 1925.

[29] CORDERO TORRES, J. M., *Organización del Protectorado español en Marruecos*. Madrid, 1943, vol. 2, p. 64.

notariado israelita[30]. En su artículo 1º recogía las competencias de los tribunales rabínicos a las causas de estatuto personal y sucesión de los judíos marroquíes. Y en el segundo, se incluía como novedad la distinción entre dos instancias: los Juzgados Rabínicos de primera instancia, compuestos por un rabino y un secretario, y el Alto Tribunal rabínico, instancia de apelación situada en Tetuán compuesto por el Gran Rabino de la zona jalifiana como presidente, dos rabinos magistrados y un secretario. Este último era elegido entre los *sofrim*[31] o notarios judíos que estuvieran habilitados y en activo[32].

En cuanto al rabino, el artículo 4º no hacía diferencias en cuanto a su procedencia, aunque se recomendaba que fueran de origen sefardí y que, en el caso de no conocer el español, tendría que aprenderlo lo antes posible. Esta medida reflejaría una clara intencionalidad por parte de la administración colonial de controlar los nombramientos y actuaciones del colectivo. De lo contrario, resulta difícil explicar qué sentido tenía esta exigencia cuando la lengua oficial de dichos tribunales era el hebreo. De hecho, en virtud de los artículos 13 y 15, los fallos de emitirían en hebreo con la posibilidad de solicitar una traducción árabe o castellana cuya cuantía correría a cargo del interesado.

El procedimiento, descrito en los artículos 6, 11 y 12, supuso una gran mejora al modernizar el proceso: establecía que las demandas, al igual que las citaciones, tenían que ser presentadas por escrito y debidamente registradas. Las vistas serían públicas, salvo si existiera causa fundada de que pudiera alterar el orden público o atentar contra la moral. Y los fallos incluirían toda la información del proceso de forma detallada: los datos de las partes, la relación de hechos, las declaraciones de las partes, los testigos y los peritos, así como los fundamentos de derecho, el fallo y la fecha. Las sentencias se trasladarían mensualmente al Presidente del Alto Tribunal Rabínico,

[30] MORA REGIL y RODRÍGUEZ AGUILERA, *Leyes de Marruecos*, pp. 50 y ss.

[31] Citado como *sofrina* por LOSA CONTRERAS, "El diseño de la administración de Justicia en el protectorado español en Marruecos (1912-1956)", p. 289.

[32] Sobre el papel de los *sofrim* véase ISRAEL GARZÓN, J., *Los judíos de Tetuán*, p. 256; RUIZ DE CUEVAS, T., *Jurisprudencia rabínica en Marruecos (La hazzaká)*. Madrid, 1973, pp. 13-14; y VILAR, J. B., *Tetuán en el Resurgimiento Judío Contemporáneo (1850-1870): Aproximación a la historia del judaísmo norteafricano*. Caracas, 1985, p. 111.

quien a su vez remitiría copia al Gran Visir del gobierno Jalifiano (art. 16). Esta última medida de control se completaba con las disposiciones del artículo 8 en el que se contemplaba los supuestos para la recusación de cualquier miembro de los juzgados, incluyendo a los del Alto Tribunal, y con el procedimiento para presentar el recurso de apelación (artículos 19-23).

Pese a la descripción detallada de buena parte del procedimiento, en 1935 se reclamaba un nuevo reglamento para los tribunales rabínicos que nunca llegaría a aprobarse. Entre otras razones, porque reincidía en aspectos ya contemplados en 1928 e incumplidos hasta ese momento[33]. No obstante, los cursos de formación a interventores de ese mismo año incluyeron algunos contenidos de dicho reglamento[34], en el que el sistema de elección de los rabinos continuaba siendo a propuesta de la comunidad, en lugar de celebrarse comicios a los que podía concurrir cualquier miembro que cumpliera con los requisitos, como sucedía en la zona sultaniana y en el Tánger internacional[35]. En realidad, ambos sistemas eran susceptibles de instrumentalización por parte de las autoridades coloniales a través de las redes clientelares mantenidas y de las condiciones impuestas en la reglamentación.

La reforma de la justicia rabínica resultó tan estéril en cuanto a resultados como incómoda por el trato ventajoso dispensado a la comunidad. A los privilegios consulares y las nacionalidades concedidas se sumaba el hecho de haber comenzado la reforma de la justicia indígena precisamente por la jurisdicción que cuantitativamente afectaba a un menor número de población. De manera que mientras la modernización de sus estructuras agilizó los trámites y benefició a la comunidad[36], la mayoría de la población llevaba años demandando en vano cambios en la justicia cherifiana[37].

---

[33] FERIA GARCÍA, "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", p. 155.

[34] Véase como ejemplo ALONSO ALONSO, M., "Comunidades israelitas y tribunales rabínicos". Curso de Perfeccionamiento de Interventores. Tetuán, Alta Comisaría de España en Marruecos, 1935.

[35] BENSABAT, "Los judíos en Marruecos", p. 46.

[36] LÓPEZ ÁLVAREZ, "La comunidad judía de Tetuán (1881-1940aq Bar Vidal Ha-Serfaty", en *Espacio, Tiempo y Forma. Serie V. Historia Contemporánea*, nº. 13, 2000, p. 221.

[37] SALAS LARRAZÁBAL, R., *El Protectorado de España en Marruecos*. Madrid, 1992, p. 190.

El control de la justicia islámica: habús y jurisdicciones cheránica y majzeniana[38]

Desde el punto de vista demográfico, la mayor parte de la población marroquí acudía a la justicia cherifiana (cheránica y majzeniana). Pese a que cuantitativamente la jurisdicción que afectaba a un mayor número de población requería una serie de reformas[39] ante las numerosas deficiencias que presentaba y que habían sido denunciadas por los propios marroquíes[40], la justicia islámica no fue objeto de atención hasta que se inscribió en la agenda política del nacionalismo. Así al menos se desprende de la documentación generada por la administración colonial entre 1914 y 1928[41].

La justicia cheránica afectaba únicamente a los marroquíes musulmanes y tenía una base religiosa, era bastante conservadora en su interpretación y arcaica en su estructura y funcionamiento. De ahí que las peticiones de reforma fueran presentadas por los propios marroquíes y canalizadas por los nacionalistas, defensores de un reformismo religioso y de unas estructuras modernas con las que se pudiera combatir la corrupción y otras prácticas contrarias a su programa político. Pero sobre todo, como señala Josep Lluís Mateo Dieste, los nacionalistas consideraban inaceptables las intromisiones españolas en la justicia local y reclamaban su independencia. Por ello a partir de los años treinta, esta reivindicación se convirtió en el principal objetivo de la lucha política del movimiento[42]. A partir de ese momento, la independencia de la justicia se convirtió en una cuestión recurrente hasta que se consiguió romper con la dinámica inmovilista.

[38] Ambas jurisdicciones junto al Habús han sido abordados en otro trabajo al que remitimos para mayor información: VELASCO DE CASTRO, "Legislaciones especiales en el Marruecos español: la Justicia islámica y el Ministerio del Habús", en prensa.
[39] SALAS LARRAZÁBAL, R., *El Protectorado de España en Marruecos*. Madrid, 1992, p. 190.
[40] Algunas de las denuncias presentadas por los marroquíes sobre estas deficiencias pueden consultarse en el Archivo de la Administración General de Alcalá de Henares (en adelante AGA), caja 81/704.
[41] AGA, cajas 81/1440 y 81/2074.
[42] MATEO DIESTE, "El interventor y el caíd", p. 644.

La justicia cheránica no comenzó a regularse hasta el dahír jalifiano de 26 de diciembre de 1934[43] y tuvo que ser ampliado mediante dahír de 19 de octubre de 1938[44]. En virtud de ambos se limitaban las atribuciones de los cadíes de cabila a cuestiones relativas al estatuto personal, mientras que las referidas a inmuebles se reservaban a los cadíes de circunscripción. Se evitaba así su posible interferencia con los tribunales hispano-jalifianos. Sin embargo, como muestra la documentación colonial sobre dicha reglamentación, las medidas adoptadas resultaron insuficientes[45].

El segundo paso fue establecer la jerarquía de la jurisdicción cheránica en cuatro niveles (cadíes de cabila, cadíes de circunscripción, cinco cadíes de región y el cadí de cadíes) y las demarcaciones territoriales de los tribunales (art. 1 del dahír de 1934) en virtud de las cuales de definían las circunscripciones de los cadíes de región con la consiguiente distribución de cadidatos. Dicha distribución fue renovada por el dahír de 1938 al unificarse los cargos de cadi de cabila y cadi de circunscripción bajo la denominación de cadíes de lugar. Esta estructura jerárquica reproducía el nuevo mapa político de las regiones diseñado por los colonizadores, y permitía que los funcionarios de la administración marroquí estuviesen supervisados por los funcionarios españoles en cada uno de los escalafones. Se trataba, por tanto, de consolidar los mecanismos de control sobre los jueces.

La supuesta autonomía de la justicia cheránica quedó establecida por dahír de 30 de junio de 1939, donde también se recogía su dependencia directa del ministerio de justicia jalifiano[46]. Este anuncio, al igual que sucedió con los relativos al Habús, no se conciliaba con la realidad político-jurídica del régimen colonial pues, como señalaba González Hontoria, el Majzen se había convertido en un estado títere[47]. De hecho, la Comisión Inspectora de la Justicia cheránica supervisaba todas las actividades de los tribunales, así como los nombramientos del

[43] FERIA GARCÍA, "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", pp. 157-158.
[44] Véase MORA REGIL y RODRÍGUEZ AGUILERA, C., *Leyes de Marruecos*, p. 65.
[45] Reglamentación sobre justicia cheránica, AGA, caja 81/638.
[46] CORDERO TORRES, J. M., *Organización del Protectorado español en Marruecos*. Madrid, 1943, vol. 2, p. 68.
[47] GONZÁLEZ HONTORIA, M., *El protectorado francés en Marruecos y sus enseñanzas para la acción española*. Madrid, 1915, p. 119.

personal y el desempeño de su labor[48]. Sirvan como ejemplo las condiciones requeridas para ocupar el cargo de cadí: ser musulmán, tener los 25 años cumplidos y una condición física adecuada, de la zona española o residente en ella durante un mínimo de diez años, y con una conducta intachable. Requisitos que contrastaban con los exigidos para ejercer como rabino en los tribunales hebreos, a los que no se les pedía alcanzar una edad mínima, ni una condición física adecuada, ni haber nacido en la Zona o residido en ella durante una década[49].

Ninguna de las medidas lograron modernizar la institución ya que su finalidad era otra. Tampoco fueron atendidas las quejas de los marroquíes por la laxitud de las actuaciones y la elección de determinadas personas para cargos de importancia dentro de la administración de justicia[50]. En 1955, el comandante Valentín Benítez Cantero se expresaba en términos de "independencia con ayuda"[51] para referirse a los efectos de la última reorganización del gobierno jalifiano. Si en la zona francesa la intervención fue directa al situar un agente francés en cada juzgado para que supervisara la actuación de los cadíes[52], en el caso español no puede hablarse con idéntica contundencia, pero sí existieron injerencias que pudieron en entredicho la supuesta "neutralidad" de la administración colonial[53].

La intervención sobre el Habús es una de las muestras más claras de la injerencia colonial española y de su instrumentalización política para garantizar el control del territorio y apaciguar a los nacionalistas. En primer lugar, la Real Orden de 27 de febrero de 1913 creaba la figura del delegado español para los Servicios Indígenas, que más tarde se convertiría en la Delegación de Asuntos Indígenas, con la finalidad de intervenir en la gestión de las propiedades del Habús. Conviene recordar que al tratarse de bienes de una institución religiosa, administrados en muchos casos por familias de jerifes y por zagüías (cofradías musulmanas), el patrimonio del Habús debía ser respetado,

[48] GARCÍA FIGUERAS, *España y su Protectorado en Marruecos*, p. 191.
[49] CORDERO TORRES, *Organización del Protectorado español en Marruecos*, vol. 2, pp. 68-70.
[50] Dosieres sobre justicia cheránica en AGA, cajas 81/685 y 81/1246.
[51] BENÍTEZ CANTERO, V., "El nuevo gobierno marroquí de la Zona Jalifiana y sus funciones", en *Cuadernos de Estudios Africanos*, nº 29, 1955, pp. 9-10.
[52] FERIA GARCÍA, M., "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", p. 160.
[53] LOSA CONTRERAS, C., "El diseño de la administración de Justicia en el protectorado español en Marruecos (1912-1956)", p. 298.

de manera que la Real Orden suponía una intromisión pese a ser definida por el capitán interventor Carlos Gómez Avellaneda como "discreta inspección sin injerencias"[54].

Como afirma Josep Lluís Mateo Dieste, la administración de los bienes del Habús se convirtió en objeto de control por parte de las autoridades coloniales como mecanismo para manipular a los jerifes, a las zagüías y demás instituciones religiosas. De esta forma, la red clientelar se extendía también en el ámbito religioso como habían hecho los franceses con las cofradías y zagüías de su zona en las que se apoyarían en 1953 para deponer al Sultán. En esta línea, José Luis Villanova Valero apunta que fue una parte del juego político practicado con la población local y especialmente con sus actores políticos, contribuyendo a generar disputas entre interventores, cofradías y demás elites marroquíes[55].

Jesús Marchán expone que el Majzen tutelaba el Habús particular y gestionaba directamente el Habús público a través de sus funcionarios[56]. La estructura organizativa partía de Tetuán, donde existía la más alta instancia, la *Mudiriyya* o Administración General de Bienes Habús. Su director o *mudir*, que tenía categoría de ministro, dependía directamente del Gran Visir. Por debajo de esta última existían las *nadaras*, las oficinas de los *nuddâr*, en Tetuán, Larache, Arcila, Alcazarquivir y Chuen, y los *nuddâr* regionales de los bienes habices del campo. Cada uno de ello supervisaban la gestión de los *nuddâr* de las cabilas[57].

Para contentar a los nacionalistas, que desde principios de la década de los treinta venían demandando la independencia de la justicia y su modernización, los españoles nombraron en octubre de 1934 a su

[54] GÓMEZ AVELLANEDA, C., "El habús y su administración (conferencia)", en *Revista África*, 1930, p. 21.

[55] MATEO DIESTE, J. L., *La "Hermandad" hispano-marroquí. Política y religión bajo el Protectorado español en Marruecos (1912-1956)*. Barcelona, 2003, pp. 231-232 y VILLANOVA VALERO, J. L., *Los interventores. La piedra angular del protectorado español en Marruecos*. Barcelona 2006, pp. 38-39.

[56] MARCHÁN GUSTEN, J., *La colonización agrícola en el protectorado español de Marruecos (1912-1956). Una esperanza frustrada*. Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2014, p. 430.

[57] DEL NIDO Y TORRES, A., *Marruecos. Apuntes para el oficial de Intervenciones y tropas coloniales*. Tetuán, 1925, pp. 203-204.

principal líder en la zona norte, Abdeljalak Torres, como ministro de los bienes habús. La intención era alejar a Torres del partido y limitar su creciente influencia, pero Torres dimitió en septiembre de 1935, quejándose de la falta de autonomía de su cargo[58], demostrando así el carácter instrumental de la medida.

El segundo ejemplo que corroboraría esta utilización se produjo dos años después, cuando la administración colonial en manos de los militares golpistas decidió crear el Ministerio del Habús por dahír de 19 de diciembre de 1936 y dotarlo de una aparente autonomía administrativa respecto a las autoridades españolas[59]. García Figueras interpreta este cambio como "un signo inequívoco del respeto que la política colonial española mostraba por las instituciones islámicas"[60], pero la realidad evidencia el carácter meramente propagandístico para evitar una posible sublevación de su retaguardia y mantener el reclutamiento de tropas, ya que el Ministerio no contó con un proyecto de reglamento hasta 1946.

Entre sus cometidos, el ministerio del Habús era el encargado de controlar, dirigir, instruir, modificar y administrar los importantes ingresos recibidos por la comunidad musulmana a través de las donaciones pías. Cada cabila contaba con un determinado número de mezquitas administradas por un *moqaddem*, incluyendo los bienes donados de que dispusieran. El responsable de los *moqqadem* de una cabila o de una ciudad era el administrador o *nâdir*, mientras que a nivel regional, la albor de los *nuddâr* era supervisada por un inspector o *mufâttiš* quien a su vez rendía cuentas al Ministro del Habús. Este último era el que distribuía los gastos con arreglo a los ingresos y necesidades que pudieran presentarse en la enseñanza islámica, la atención a los necesitados, las ayudas a viudas y huérfanos, etc. El ministro se encontraba siempre asesorado por un Consejo general, el Consejo de Bienes Habús, que contaba con una Junta permanente.

La injerencia española en el nombramiento del ministro y de los miembros del Consejo se puso de manifiesto en numerosas ocasiones, al igual que su intencionalidad política. La designación de conocidos

[58] WOLF, J.: *L'épopée d'Abd el Khaleq Torres. Maroc: la vérité sur le Protectorat Franco-Espagnol*. París, Eddif-Balland, 1994, p. 191.
[59] Véase CAGIGAS, I., "Introducción al estudio jurídico-administrativo de la institución del Habús en Marruecos", en *Cuadernos de Estudios Africanos*, nº 10, 1950, pp. 9-22.
[60] GARCÍA FIGUERAS, *España y su Protectorado en Marruecos*, p. 182.

nacionalistas para distintos puestos, incluyendo los de ministro del Habús y ministro de justicia del gobierno jalifiano perseguían una doble finalidad: alejarles de la militancia al incorporarlos al sistema y contrarrestar sus posibles actuaciones mediante la estrecha vigilancia y la presencia de marroquíes colaboradores con la administración colonial[61]. Mientras se producían estos nombramientos en Tetuán, en las zonas rurales los informes sobre los candidatos a *nuddâr* (plural de *nâdir*) recogidas en los álbumes de la Alta Comisaría evidencian el control ejercido sobre la institución y su personal, así como la importancia del componente político-social en la elección de los administradores. También revela la decisiva actuación de los interventores en la recogida y análisis de información concerniente a cada candidato[62].

Por lo que respecta a la justicia majzeniana o gubernativa, estaba encomendaba a los bajaes y, sobre todo, a los cadíes nombrados por el Sultán. Los cadíes juzgaban según las fuentes del derecho musulmán. Para ello se basaban en la *charaa* (*šarî'a*) o ley islámica interpretada siguiendo la escuela malikí. La máxima instancia era el tribunal de Charaa, que podía considerarse como el tribunal supremo de la justicia coránica, ya que revisaba los fallos de los cadíes en un procedimiento que estaba entre la apelación y la casación. Estaba regulado por el dahír de 19 de octubre de 1938 y se completaba con el de 1 de junio de 1939 relativo al estatuto de su personal[63].

García Figueras reconocía los limitados logros obtenidos, que achacaba fundamentalmente a la falta de un personal formado[64]. Por eso se promovió la capacitación de los marroquíes que aspiraran a formar parte de la institución[65]. La normativa fundamental de sus tribunales se recogió en dahír de 12 de febrero de 1935[66]. En virtud del mismo se establecían tres instancias (tribunales de bajaes en las ciudades y de cadíes en las cabilas, cinco tribunales de apelación regionales, y un

[61] Véanse algunos ejemplos de esta práctica en VELASCO DE CASTRO, "Legislaciones especiales en el Marruecos español", en prensa.
[62] Album Nodar el Habús. Enero de 1954, en AGA, caja 81/1718.
[63] CARRASCO GONZÁLEZ; A. M., "El ordenamiento jurídico hispano-marroquí", en ARAGÓN REYES, M. (coord.), *El protectorado español en Marruecos. La historia trascendida*, Bilbao, 2013, vol. 1, p. 75.
[64] GARCÍA FIGUERAS, *España y su Protectorado en Marruecos*, p. 192.
[65] AGA, cajas 81/2372 y 81/2373.
[66] CORDERO TORRES, J. M., *Organización del Protectorado español en Marruecos*, vol. 2, pp. 65 y ss.

tribunal superior). En cuanto a sus competencias, los tribunales majzenianos podían ejercer en causas en las que ambas partes fueran marroquíes no protegidos y de las que no entendieran los tribunales de derecho islámico (cheránico). Estas limitaciones se sumaban a las dispuestas en el artículo 9, en el que se especificaba que, en caso de requerir la asistencia de las demás autoridades de la Zona, la petición se realizaría a través de los Servicios de Intervención. Este protocolo, que no tiene correspondencia directa en el caso de los tribunales cheránicos, implicaba el control del interventor español sobre la situación.

Otro aspecto significativo del dahír era su artículo 3, ya que hacía referencia al derecho consuetudinario. En lugar de establecer una distinción como hicieron en la zona sultaniana, entre la jurisdicción consuetudinaria y la majzeniana, los responsables españoles optaron por mantener la confusión y posible yuxtaposición de ambas al establecer que, en el caso de impartirse justicia en zonas donde tradicionalmente se ejerciera el derecho consuetudinario, los tribunales de justicia majzeniana debían respetar dicha tradición y obrar en consecuencia. Esta organización generó no pocos problemas y algunas disfunciones[67]. Respecto al nombramiento de su personal, siguió la misma dinámica que para la elección de cadíes cherifianos y los *noddâr* del habús, consolidándose así la intervención española.

La justicia consuetudinaria beréber

La cuestión del derecho consuetudinario beréber fue abordada por algunos de los funcionarios de la administración española, entre los que había quien abogaba por la homogeneización del derecho islámico sin prescindir de algunas particularidades del consuetudinario, como Manuel del Nido y Torres, y quien defendía el mantenimiento de las instituciones locales, especialmente las de las regiones rifeñas. Fue el caso de Emilio Blanco Izaga, uno de los mejores conocedores del medio bereber[68].

[67] Véanse como ejemplo algunos expedientes en AGA, caja M-260.
[68] ZOMEÑO, A., "El derecho islámico a través de su imagen colonial durante el Protectorado español en Marruecos", en *El protectorado español en Marruecos: gestión colonial e identidades*. Madrid, 2002, p. 322.

En la práctica, como señalan algunos autores, la Alta Comisaría promocionó la instalación de un sistema jurídico islámico basado en cadíes y en la aplicación de la ley islámica, que excluía el uso de los códigos locales. Se trataba de promover una paulatina marginación de esta justicia consuetudinaria sin llegar a articularla como imposición. En este sentido es preciso mencionar que los cambios introducidos en los años veinte por las autoridades españolas, fundamentalmente la codificación de algunas prácticas, se sumaron a las reformas impulsadas por Abdelkrim, quien habría promovido la extinción del *'urf*[69]. De esta forma, la estructura majzeniana asumió la mayoría de las funciones de los consejos de poblado, de fracción y de tribu[70].

El segundo aspecto que conviene mencionar es que no siguió la política francesa que trataba de ir más allá de la mera consolidación de esta jurisdicción especial al atribuirle competencias que sustraían las atribuciones de la justicia islámica. Detrás de esta reforma, que no prosperó, había una clara intencionalidad política: extender la política de atracción practicada con las comunidades judías al colectivo beréber. Con ello se contribuiría, por un lado a debilitar el gobierno indígena y, por otro, a formar a unos cuadros de la administración afines que pudieran favorecer los intereses franceses a corto y largo plazo.

El primer paso se dio con la promulgación del dahír de septiembre de 1914[71], en virtud del cual se había dispuesto que las tribus beréberes se rigieran por sus propias leyes y costumbres, al tiempo que las autoridades francesas regularían y adaptarían correctamente los textos legales a tal efecto. Y el segundo con el dahír del 16 de mayo de 1930, más conocido como el dahír beréber, porque perseguía la implantación de un estado beréber, definido por algunos como Berberistán[72], independiente del gobierno central. El decreto, tildado

[69] HART, D. M., *The Aith Waryaghar of the Moroccan Rif. An Ethnography and History*. Tucson, 1976, p. 286.
[70] Para más información, véase MATEO DIESTE, J. L., "El interventor y el caíd. La política colonial española frente a la justicia marroquí durante el protectorado de Marruecos (1912-1956)", pp. 648-650.
[71] HOISINGTON, W. A., "Cities in Revolt: The Berber Dahir (1930) and France´s Urban Strategy in Morocco", en *Journal of Contemporary History*, vol. 13, nº 3, 1978, pp. 433-448.
[72] BERQUE, J., *Le Maghreb entre deux guerres*. París, 1962, p. 230.

por algunos autores de un golpe de Estado[73], fue abolido en 1934 y pretendía establecer un estado laico berberófono que pasaría a regirse por su propio derecho consuetudinario y por el derecho penal francés mediante la abolición de la justicia cheránica, las instituciones islámicas y la lengua árabe.

Basándose cuestionables criterios étnicos, lingüísticos, económicos y jurídicos, el dahír dejaba fuera de la autoridad jurídico-religiosa del Sultán a todos los colectivos beréberes del país, lo cual constituía una ruptura frontal con la tradición mantenida en época pre-colonial. Se atentaba así contra la identidad islámica de la población al intentar escindirla en dos comunidades: la árabe y la beréber, en virtud de la cual la segunda encarnaba el mito rousseauniano del "buen salvaje" y, en consecuencia, "asimilable"[74]. Y también contravenía los acuerdos de protectorado, ya que se atetaba contra la autoridad del Sultán, además de ser un gran error político al atacar directamente la tradición religiosa al limitar el uso de la ley islámica[75]. Lo paradójico era que el dahír había sido refrendado por el Sultán, sin cuya rúbrica no hubiera tenido validez legal a efectos oficiales.

En ambos casos, la administración colonial española se mostró contraria a estas actuaciones y continuó por un camino totalmente opuesto. Como recogía Cordero Torres, la administración española prefirió no aplicar en las zonas rurales un estatuto especial a la justicia bereber como lo había hecho Francia en 1930. De hecho, el decreto español no descartaba su aplicación por parte de los caídes en virtud del artículo 3 del reglamento de 1935 sobre la justicia majzeniana[76]. Al menos así se desprende de la situación que relata Viguera Franco en 1949:

> "*En la zona jalifiana, aunque más de un 50 por 100 de su territorio conserva costumbres bereberes, los Kadíes se extienden por toda ella, y como es natural donde quiera que van aplican el Cheraa, pero no está demás observar*

[73] HOISINGTON, W. A., "Cities in Revolt: The Berber Dahir (1930) and France's Urban Strategy in Morocco", en *Journal of Contemporary History*, vol. 13, nº 3, 1978, pp. 434.
[74] PERRAULT, G., *Notre ami le roi*. París, 1990, p. 20.
[75] VERMERER, P., *Histoire du Maroc depuis l´indépendance*. París, 2002, p. 11.
[76] CORDERO TORRES, J. M., *Organización del Protectorado español de Marruecos*. Madrid, t. 2, 1943, p. 72.

que éste, según sus propios Imam o jurisconsultos, permite al Juez acomodarse a la costumbre en ciertos casos: testamento, juramento, contratos, etc."[77]

Carmen Losa Contreras aduce como principal motivo para esta decisión el hecho de que quienes aplicaban el derecho consuetudinario, caídes y notables locales, eran a priori "menos controlables" por la autoridad española que los cadíes de la justicia majzeniana[78]. En el fondo, las estrategias seguidas por las dos administraciones coloniales perseguían un mismo fin: el control de la población, si bien por medios diferentes que confluían en su legitimación por medio de dahíres, normativas y reglamentos relativos a la administración de la justicia indígena.

4.- Conclusiones

A lo largo de este recorrido se han señalado las bases del sistema jurídico marroquí en época pre-colonial y colonial, se ha descrito el funcionamiento de la justicia indígena y su utilización como herramienta de control político-social de la población por parte de la administración colonial española. Sin llegar a implementar políticas tan radicales como la practicada por los sus homólogos franceses con la promulgación del dahír beréber, la intervención española sobre la justicia indígena fue una práctica habitual y continuada durante la vigencia del protectorado.

La práctica desaparición del derecho consuetudinario y la preeminencia de la justicia cheránica sobre la majzeniana resultaron excepcionales respecto al resto del país, que experimentó una serie de cambios conducentes a una modernización de la justicia acorde con su evolución y su posterior independencia. El inmovilismo a este respecto y la primacía de la jurisdicción más tradicional obedecerían a esta voluntad de instrumentalizar las justicia indígena como mecanismo de control de la población.

[77] VIGUERA FRANCO, E., "Sistemas orgánico-judiciales en Marruecos", en *Cuadernos de Estudios Africanos*, nº. 8, 1949, p. 52.
[78] LOSA CONTRERAS, C., "El diseño de la administración de Justicia", p 302.

Mientras el discurso oficial siempre mantuvo la existencia de una independencia judicial con la que se respetaba la idiosincrasia de la población indígena, en la práctica estas injerencias evidenciaban un gobierno indirecto a través de una vigilancia instrumental que condicionó el funcionamiento de la justicia a todos los niveles, empezando por el control de los nombramientos de los principales cargos, las sentencias y apelaciones. En esta dinámica, la connivencia de algunas autoridades y notables locales era necesaria, de forma que el establecimiento de una serie de redes clientelares, especialmente notoria en las zonas rurales, contribuyó a la eficacia de la labor interventora.

BREVI RIFLESSIONI SULL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA TRA PAESI EUROPEI ED ARABO-MUSULMANI

Stefano Vinci
Universidad Aldo Moro, de Bari

1.- Modelli di amministrazione della giustizia nell'antichità

Il tema oggetto del VI "Congreso Internacional Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones" sul tema "La especialidad y la excepcionalidad como recursos político-jurídicos: instituciones, legislación y jurisdicciones" offre l'occasione per riflettere sull'esistenza di elementi comuni nell'evoluzione storica dell'amministrazione della giustizia tra paesi europei ed arabo-musulmani. Per entrambe le aree è possibile effettuare un necessario distinguo tra due periodi fondamentali rappresentati rispettivamente dalla rivoluzione francese e dalle colonizzazioni: per quanto riguarda l'Europa, infatti, la rivoluzione francese e le riforme che ne seguirono scardinarono completamente il vecchio sistema giudiziario caratterizzato dall'arbitrio dei magistrati ed imposero un nuovo meccanismo che fondava sui codici il diritto che sarebbe stato applicato dai giudici soggetti alla legge[1]; per quanto riguarda, invece, i paesi arabo-musulmani, l'epoca delle colonizzazioni avviate dalla Francia e dall'Inghilterra a partire dall'Ottocento travolse tutte le istituzioni di tradizione islamica con l'effetto di creare un significativo pluralismo giuridico caratterizzato da diritti e da giurisdizioni parallele[2].

---

[1] GODECHOT, J., *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*. Paris, 1951

[2] Sull'argomento cfr. BEN ACHOUR, Y. *Politique, Religion et Droit dans le Monde Arabe*, Tunis, 1992; BOTIVEAU, B, *Loi islamique et droit dans les*

Volgendo lo sguardo all'antichità, in entrambe le aeree il potere giudiziario ha sempre costituito un appannaggio dei sovrani (papi, re, imperatori, califfi) i quali amministravano la giustizia direttamente oppure mediante delega ad un magistrato appositamente individuato. In Europa, ad esempio coesistevano tre diversi modelli giudiziari risalenti al diritto romano, canonico e germanico[3], come ben messo in luce secondo la efficace ricostruzione effettuata da Mathia Schoemeckel.

Il primo modello, quello romano, era strutturato su base prevalentemente monocratica in quanto i giudizi erano affidati ad un giudice unico di nomina pretoria[4], anche se non mancavano consessi collegiali di carattere eccezionale per materie penali di particolare gravità[5]. Il secondo era rappresentato, invece, dall'episcopalis audentia del vescovo, il cui giudizio era garantito dalla partecipazione dei membri della comunità diocesana[6]. Il sistema germanico, invece, prevedeva il giudizio

société arabes, Paris, 1993; GIOLO, O., *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*. Torino, 2005; ID., *La tentazione democratica: politica, religione e diritto nel mondo arabo*. Verona, 2010.

[3] SCHMOECKEL, M., "Das Kollegialprinzip", en LEBLOIS-HAPPE, J. – STUCKENBERG, C.F., (hrsg.), *Was wird aus der Hauptverhandlung? Quel avenier pour l'audience de jugement?* Bonn, 2014, pp. 17-42. Sull'argomento rinvio a S. VINCI, *Il dibattito sul giudice unico in Italia tra Ottocento e Novecento. Processo civile, processo penale e ordinamento giudiziario*, Napoli 2016.

[4] JÖRS, P. – KUNKEL, W. – WENGER, L., "Römisches Recht", en *Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft*, 4. Auf., Berlin, 1987, p. 526; KUNKEL, W. – WITTMANN, R., *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik, 2. Abschnitt: Die Magistratur*. München, 1995, pp. 52 ss.; KASER, M. – HACK, K., *Das römische Zivilprozessrecht*. München, 1996, § 23 V, p. 160 e § 26 1.2, p. 193; SANFILIPPO, C., *Istituzioni di diritto romano*. Soveria Mannelli, 2002, pp. 116 ss.

[5] MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*. Darmstadt, 1961, p. 203. In ogni caso, nonostante l'*imperium* del magistrato fosse di per se solo sufficiente ad emettere il giudizio, trovarono diffusione soprattutto nella Roma postclassica organi consultivi di giuristi esperti chiamati a coadiuvare il giudice nel processo decisionale, come si evince dal *consilium principis* introdotto da Diocleziano. DEMANDT, A., *Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284-565 n. Chr.*, 2. Auf., München, 2007, p. 299.

[6] SCHMOECKEL, "Das Kollegialprinzip", p. 22 ha rilevato l'esistenza di un organo di natura collegiale in alcune fonti canoniche. Il riferimento è, in particolare, a due lettere di Ambrogio rivolte a Siagrio, Vescovo di Verona, con le quali lo rimproverava di aver celebrato un processo da solo senza il consiglio di nessuno (*sine alicujus Fratris consilia*). Ambrogio sottolineava la regola di dover celebrare i processi insieme con i fratelli e preti della sua

popolare degli uomini in armi per cui nelle cause più importanti, specialmente capitali, era necessario che il popolo intero si adunasse in *conventus*, mentre i meno importanti erano lasciati alle *centenae*. Il principio collegiale rimase invariato anche con l'affermazione della potestà regia, che pur riconoscendo la competenza giudiziaria dei re e dei loro legati, questi ultimi si limitavano a presiedere l'assemblea e a pronunciare la sentenza, come avveniva nei tribunali longobardi, dove la giurisdizione era affidata, secondo un ordine gerarchico, al re, ai duchi e ai gastaldi e sculdasci, il cui giudizio richiedeva necessariamente la consultazione di un numero di persone (*adstantes* o *circumstantes*) scelti fra il pubblico[7] oppure presso i Franchi, dove le giurisdizioni del re, del *centenarius*, o del conte esigeva la partecipazione del popolo, in seno al quale erano normalmente scelti sette *vendicatori* (*Rachenbürger*), detti anche *sedentes* per opposizione agli spettatori (*adstantes*)[8]. Un'importante riforma di Carlomagno, che si trova attuata anche in Italia fin dal 774, avrebbe poi sostituito ai *Rachenbürger*, scelti volta per volta, un consesso di notabili locali (Schöffengericht) rappresentati il popolo, ai

diocesi (*cum fratribus et consacerdotibus nostris*). Ulteriori riferimenti sono stati rinvenuto negli *Statuta ecclesiae antiqua*. Paris 1960, c. 14, 81: "Ut episcopus nullius causam audiat absque praesentia clericorum suorum [...]" e nelle *Constitutiones Apostolorum*, II.47.1, 142 = c. XI, in VÖÖBUS, A., *The Didascalia Apostolorum in Syriac*. Louvain, 1979, p. 119. Cfr. MC ARTHUR, A.A., *The Office of Bishop in the lgnatian Epistles and in the Didascalia Apostolorum compared. Studia Patristica*, IV, Berlin, 1961, pp. 298-304; MUNIER, C., "Audientia episcopalis", in *Augustinus-Lexikon*, I, Basel 1986-1994, pp. 511-515.

[7] SCHMOECKEL, "Das Kollegialprinzip", p. 26-7. Cfr. FONSECA, C.D., "Longobardia minore e Longobardi nell'Italia meridionale", in *Magistra Barbaritas – I Barbari in Italia*, Milano, 1984, pp. 145 ss.; DELOGU, P., "La Giustizia nell'Italia meridionale longobarda", in *La Giustizia nell'alto Medioevo (secoli IX-XI)*, tomo I, Spoleto, 1997, pp. 263 ss.; MARTIN, J.-M., "La Longobardia meridionale", in GASPARRI, S., (a cura di), *Il regno dei Longobardi in Italia. Archeologia, società, istituzioni*. Spoleto, 2004 [Istituzioni e società, IV], pp. 337-345; MASTRANGELO, G., La controversa competenza del gastaldo nell'Italia meridionale, in *Annali del Dipartimento Jonico*, III, Taranto, 2015, pp. 285-292.

[8] Potevano però gli astanti non accettare la sentenza dei *sedentes*, e proporne a loro volta un'altra; un conflitto che non si risolveva se non con rimedî disperati come il giudizio di Dio. Cfr. SEGNI, A., "Tribunale. Medioevo ed età moderna", in *Enciclopedia italiana*, Roma, 1937, pp. 308 ss.

quali spettava la decisione della causa, lasciando al giudice la sola direzione del processo[9].

La commistione tra questi diversi elementi incise sullo sviluppo del processo romano-canonico nell'età del diritto comune, le cui fonti affrontano in maniera sporadica e confusa il problema del numero dei giudici, in considerazione di una maggiore attenzione posta sugli aspetti tecnici del processo. Sia le opere canonistiche che civilistiche dimostrano la compresenza nel sistema processuale di diritto comune di giudici unici e di tribunali collegiali con una prevalenza nell'utilizzo del termine *iudex* al singolare, quasi a significare che la regola era costituita dal sistema monocratico[10]. Il potere decisionale sarebbe spettato, invece, agli assessori soltanto in caso di espressa delega da parte del giudice su determinate questioni[11], come peraltro avveniva in Inghilterra dove già a partire dal XII secolo si sviluppò la prassi secondo cui il re delegava al cancelliere la diretta trattazione di tutti i reclami di diritto e di grazia a lui spediti[12]: ciò

[9] WEITZEL, J., *Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter*, Köln-Wien, 1985; BATTENBERG, F., "Schöffengericht", in *HRG*, IV, Berlin, 1990, cc. 1463-1469; FERRARI ZUMBINI, R., *La lotta contro il tempo nel processo altomedioevale. Contributo allo studio della denegata giustizia*, Roma, 1997, pp. 424 ss.; DIESTELKAMP, B., "Giudici. Regno di Germania", in *Federiciana*, Roma, 2005.

[10] Sul punto valga il richiamo ai più noti, diffusi e tradotti 'processi simulati' come il *Liber Belial* di Jacopo Palladino (*Universis Christi fidelibus*, Laterano, metà del XV secolo, Coll. Assisi, Biblioteca del Sacro Convento, ms 73) e il *Processus Satanae* attribuito a Bartolo da Sassoferrato (*Tractatus varii*, Venetiis ed. Vindelinus Spira, 1472, ff. 66v-72r) che accolsero il sistema di giustizia monocratica. Sull'argomento cfr. CARDELLE DE HARTMANN, C., "Die 'Processus Satanae' und die Tradition der Satansprozesse", in *Mittellateinisches Jahrbuch*, 39, 2004, pp. 417-430; SCHOEMAKER, K., "When the devil went to Law School: canon law and theology in the Fourteenth century", in YOUNG, S.E., (ed.), *Crossing Boundaries at Medieval University*. Leiden 2011, p. 255-270; MASTROBERTI, F. – VINCI, S. – PEPE, M., *Il Liber Belial e il processo romano-canonico in Europa tra XV e XVI secolo con l'edizione in volgare italiano (Venezia 1544) trascritta ed annotate*. Bari 2012; PASCIUTA, B., "Il diavolo e il diritto: il Processus Satanae (XVI sec.)", in *Il Diavolo nel Medioevo, Atti del XLIX Convegno storico internazionale. Todi, 14-17 dicembre 2012*. Spoleto, 2013, p. 421-447; VINCI, S., "Liber Belial: a vademecum for roman-canonical procedure in Europe". in *Forum Historiae Iuris*, 12 febbraio 2015, http://www.forhistiur.de/2015-01-vinci.

[11] BARTOLUS, *Commentaria* ad D.1.22, Venezia 1526.

[12] Già sotto Enrico II, Giovanni da Salisbury in una lettera a Thomas Becket descrive il cancelliere come un impiegato che può "mitigare l'acerbità del

consentì l'affermazione di una giustizia personale, monocratica, equitativa e priva di rigide regole procedurali esercitata dal Cancelliere che si impose quale alternativa alla giustizia ordinaria e formalista delle ortodosse corti reali inglesi[13].

L'incertezza delle fonti trova riscontro nelle molteplici e diverse realtà giurisdizionali esistenti nella prassi del diritto comune[14], che prevedeva, in via di principio il giudizio collegiale per le più alte giurisdizioni dell'imperatore, del re, del papa, del principe o del feudatario che decidevano insieme ai consiglieri della loro corte[15], mentre il giudizio monocratico era lasciato alla giustizia locale delegata dal re, dal vescovo o dal signore feudale[16]. Basti richiamare le diverse giurisdizioni esistenti nei comuni demaniali, nelle terre feudali, nelle diocesi, nelle corporazioni in cui la giustizia veniva affidata a magistrati designati con nomi diversi (podestà, rettori, capitani, gastaldi, merighi, assessori e, in generale,

diritto e mutare con il suo potere pretorio le norme antiquate e pregiudicevoli". Il 24 gennaio 1329 Eduardo II ordinò che tutti i reclami di diritto e di grazia a lui spediti passassero per le mani del cancelliere che a tergo scriveva lettere di evasione. FISCHEL, E., *Storia della costituzione inglese*. I, Milano, 1869, p. 338.

[13] SERIO, M., "Alcuni lineamenti storici del diritto inglese", in CERAMI, P. – SERIO, M., *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Torino, 2013, p. 25; DE SIMONE, F., *Introduzione allo studio del diritto privato*. Napoli 2005, p. 245; RHEINSTEIN, M., "Common law-Equity", in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, p. 932.

[14] L'indeterminatezza delle fonti sul carattere monocratico o collegiale del complesso sistema processuale di diritto comune derivava da una pluralità di soluzioni possibili. Cfr. CORTESE, E., *La Norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, 1964, pp. 143 ss.; CARAVALE, M., "Federico II Legislatore. Per una revisione storiografica", in *Clio*, XXXI, 1995, p. 183 SCHMOECKEL, "Das Kollegialprinzip", p. 35.

[15] GUILLOT, O. – RIGAUDIERE, A. – SASSIER, Y., *Pouvoirs et institutions dans la France medievale. Des temps féodaux aux temps de l'État*, Paris 1998, pp. 223 ss.

[16] QUAGLIONI, D., "L'officiale in Bartolo", in *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, vol. IV, I, de "L'educazione giuridica", Perugia, 1981, pp. 150 ss.; ASCHERI, M., *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*. Bologna, 1995[2]; PADOA SCHIOPPA, A., "Il ruolo del diritto nella genesi dello Stato moderno; modelli, strumenti, principi", in *Studi di storia del diritto*, n. 23, Milano, 1999, pp. 47 ss.; CORTESE, E., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000, pp. 424 ss.; ASCHERI, M. – SZABÒ, T., "Giudici. Regno d'Italia", in *Federiciana*, Roma, 2005; PICARDI, N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, pp. 113 ss.

officiales) che nella maggior parte dei casi decidevano da soli oppure si avvalevano del consiglio di esperti: così nelle diocesi dove un ufficiale delegato dal vescovo giudicava in suo nome e con la sua stessa autorità[17]; nei comuni del nord Italia nei quali, a seguito della pace di Costanza del 1183, i giudici eletti dalle municipalità decidevano singolarmente i casi giudiziari di loro competenza[18]; nel *Regnum Siciliae* dove nei singoli distretti demaniali la giustizia era affidata a maestri camerari, baiuli ed altri ufficiali regi[19]; nelle terre feudali dove la c.d. giustizia signorile era esercitata da un giudice delegato dal signore, spesso accompagnato da scabini scelti dalla comunità[20].

[17] HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Lyon 1537, ad X 1.1.28: "die ergo quod consistorium episcopi et officialis unum et idem censetur".

[18] ENGELMANN, W., *Die Wiedergeburt· der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938, pp. 56 ss. ha evidenziato come il sistema adottato dai comuni italiani settentrionali rispecchiava il modello giudiziario romano. Cfr. E. CORTESE, *Il diritto nella Storia Medievale*, Roma 1999, p. 266.

[19] L'amministrazione della giustizia signorile era affidata dal sovrano ai suoi magistrati locali: i camerari regionali, i baiuli e i giudici cittadini. A loro spettava l'esercizio della giustizia civile tra gli abitanti delle terre regie: i camerari conoscevano le vertenze per propria iniziativa, oppure dietro richiesta dei baiuli, oppure per mancata giustizia da parte di questi ultimi, oppure in qualità di giudici d'appello dalle sentenze loro e dei giudici cittadini e locali. Cfr. COSTA, P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969, pp. 148 ss.; KANTOROWICZ, E.H., *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, 1989, pp. 84-90; ROMANO, A., "Tribunali, giudici e sentenze nel 'regnum Siciliae' (1130-1516)", in BAKER, J.H., (a cura di), *Judicial Records, Law Reports, and the Growth of Case Law*, Berlin, 1989, pp. 211-301; ABULAFIA, D., *Federico II. Un imperatore medievale*, Torino, 1990, pp. 169-188; CARAVALE, M., "Federico II legislatore. Per una revisione storiografica", in *La monarchia meridionale. Istituzioni e dottrina giuridica dai Normanni ai Borboni*, Roma-Bari, 1998, pp. 137-166; ID., "Giustizia", in *Federiciana*, Roma, 2005.

[20] Si distingueva in particolare la giustizia feudale, esercitata dalla Corte feudale su vassalli e fittavoli, dalla giustizia signorile, esercitata da magistrati monocratici nominati dal signore (a volte anche assistiti da scabini scelti dalla comunità) su tutti gli abitanti del territorio della signoria. Cfr. OLIVIER-MARTIN, F., *Histoire du droit français des origines à la Revolution*, Paris 1948 (ried. an. Paris 1988), p. 141; PICARDI, *La giurisdizione*, pp. 108 ss.; CARAVALE, M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, 2008, pp. 142.

Nel mondo arabo-musulmano, invece, le istituzioni giudiziarie si affermarono con l'avvento dell'Islam: infatti, nel sistema tribale arabo preislamico[21] la giustizia era affidata alla decisioni di arbitri monocratici (denominati *Hakam* e distinti dai *Saydd* posti a capo delle tribù), privi di carattere di autorità pubblica[22], che venivano scelti dagli stessi litiganti sulla base delle loro doti personali, di conoscenza, di saggezza, di probità e di prestigio[23], come avvenne per *Muhammad* chiamato ad arbitrare a Medina le controversie tribali a seguito delle quali divenne governatore/legislatore della comunità musulmana (Umma) che sarebbe stata destinata a superare il tribalismo della società araba verso una nuova organizzazione politica con tendenze di coesione sotto la direzione di un leader riconosciuto: ciò favorì l'ammodernamento delle istituzioni giudiziarie pur senza travolgere gli usi e costumi esistenti nell'Arabia preislamita[24]. Infatti la scelta di questo leader da parte dei litiganti come loro giudice-arbitro fece si che quest'ultimo fosse considerato come l'*hakam* per eccellenza della sua comunità. Questo spiega il perché il

[21] Le tribù costituivano il quadro sociale e politico dell'Arabia: ciò porterebbe a pensare che il capo di queste organizzazioni primitive fosse tenuto ad evitare tutti i conflitti interni e a farsi carico dell'amministrazione della giustizia tra le persone a lui soggette. Tale opinione deve considerarsi errata in quanto frutto di un concetto inesatto del ruolo del capo delle tribù arabe i cui poteri erano davvero pochi in considerazione della precarietà della carica. Tanto vero che è raro trovare una testimonianza di un capo tribù che abbia svolto funzioni giudiziarie, neppure a La Mecca dove, più che altrove, sembra che esistesse una certa forma di organizzazione politica. TYAN, E., *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Leiden, 1960, p. 41.

[22] *Ibidem*: "Il n'existe pas en Arabie une caste, un ordre, ayant pour attribution exclusive de dire le droit et trancher les litige. Nous verrons, en effet, que tous les individus qui ont exercé la justice ne l'ont fait qu'accessoirement à une autre situation qu'ils occupaient et précisément en vertu du prestige et des connaissances que cette situation leur conférait». Tuttavia in alcune circostanze la funzione giudiziaria ha assunto i caratteri seppur vaghi di organismo pubblico: «Il s'agit des foires de 'Ukaz et autres lieux. Ces assemblées réunissaient tant de gens, venus de tous côtés, appartenant à des tribus diverses, peut-être enemies; ells comportaient un tel movement d'affaires que s'y faisaeint impérieusement sentir le besoin du maintien de l'ordre et du réglement pacifique des conflits, et, par consequent, l'institution, à cet effet, d'autoritès reconnues". Ivi, p. 47.

[23] Infatti coloro i quali si distinguevano per il loro valore letterario o scientifico, come i grandi poeti, oratori, scienziati o saggi diventavano hakam. Col tempo si sarebbe affermata la prassi di scegliere gli hakam all'interno di determinate classi di popolazione. Ivi, p. 42.

[24] Ivi, p. 62.

Corano faccia ancora espresso riferimento a termini e vicende che richiamano la giustizia arbitrale secondo il sistema previgente. Osserva Èmile Tyan nel volume *Histoire de l'organisation judiciarie en pays d'Islam* del 1938, considerato dalla recente storiografia una pietra miliare sull'argomento[25]: «Il est très frappant que, dans tous les teste du Coran où il est question de la justice, elle est toujours désignée par le terme même qui était employé avant l'Islam, celui de *tahkīm*, qui exprime précisément la notion de jurisdiction arbitrale. Dans les cas où le Prophète recommande à ses adeptes de lui soumettre leurs litiges, comme dans ceux où il refuse de juger d'autres process, dans les cas où il parle des juges de la Ğāhilyya comme dans ceux où il prévoit le jugement des process à l'avenir, c'est toujours cette notion d'arbitrage qui se present, seule, à l'esprit du Prophète»[26].

Sulla scia della tradizione, man mano che la comunità islamica cominciò ad estendere il suo dominio sulle altre provincie, fu ritenuto necessario nominare un ufficiale di governo (denominato *Qāḍī*) nei diversi distretti con compiti di amministrazione politica, finanziaria e giudiziaria[27]. Per quanto riguarda le funzioni giusdicenti, la loro giurisdizione fu limitata ai soldati arabi conquistatori ed alle loro famiglie ivi stanziate, senza estensione anche alle comunità conquistate: ciò rispondeva alla politica adottata dal governo centrale di Medina, rivolta a lasciare le città conquistate libere di utilizzare le proprie leggi per regolare i propri affari[28].

[25] Così MASUD, M.K. – PETERS, R. – POWERS, D.S., (eds), *Dispensing justice in Islam. Qadis and their judgments*, Leiden – Boston, 2006, p. 1.

[26] TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire*, p. 64. Uno degli elementi caratteristici della procedura di arbitraggio era l'accettazione dell'incarico: ed infatti nel Corano il Profeta riserva la sua libertà di accettare o rifiutare di arbitrare una lite. Cfr. i versetti II, 59 e IV, 65 del Corano.

[27] Oltre alle funzioni giudiziarie, i primi Qāḍī svolgevano funzioni di governatori, esattori delle tasse, comandanti militari, capi religiosi, provveditori del tesoro pubblico e delle imposte fondiarie. Molti di loro avevano anche il compito di spiegare il significato del Corano ai membri della comunità. del MASUD – PETERS – POWERS (eds), *Dispensing justice in Islam*, p. 9.

[28] Molti *Qāḍī*, specialmente dopo il 670, furono anche incaricati di riscuotere le tasse, fatta eccezione per la Siria dove gli stessi califfi risultano essersi fatto carico di queste funzioni. HALLAQ, W.B., *The origins and evolution of islamic law*, Cambridge, 2005, p. 36.

Questi giudici incaricati furono inizialmente reclutati dai ranghi degli *hakam* pre-islamici, molti dei quali erano illetterati, ma non per questo a digiuno di esperienza per trattare questioni legali derivanti per lo più da contesti sociali di natura tribale e quindi di natura prevalentemente familiare, ereditaria o penale[29]. Con il passare del tempo e con il radicarsi dello stanziamento in queste città delle popolazioni occupanti, i caratteri e le funzioni giudiziarie dell'ufficio del *Qāḍī* furono estese per stare al passo con la varietà di questioni giuridiche che la vita quotidiana presentava. Nonostante la mancanza di formazione giuridica e l'analfabetismo imperante fra molti giudici, circa un secolo dopo la morte del *Muhammad* le loro funzioni risultarono estese soprattutto in materia religiosa, per cui si richiedeva che i giudici avessero quantomeno una ragionevole conoscenza delle disposizioni giuridiche del Corano[30].

In particolare le attribuzioni di questi uffici giudiziari inizialmente caratterizzati da una pluralità di funzioni (che in questa fase embrionale vengono definiti proto-*Qāḍī*[31]) trovarono ampia definizione, specializzazione e settorializzazione a partire dal VIII secolo d.C. grazie alle riforme operate dal Califfato omayyade[32], la cui politica di accentramento e controllo amministrativo incise fortemente sulla natura degli incarichi attribuiti ai *Qāḍī*, le cui corti – composte da un giudice monocratico coadiuvato da un numero di assistenti tra cui scribi, ciambellani e *witness investigators*[33] – estesero gradualmente la loro

[29] Non ci si poteva aspettare, infatti, che i soldati arabi avrebbero sperimentare nelle città da loro presidiate l'intera gamma di questioni della vita sociale ed economica proprie delle popolazioni urbane completamente sviluppate. HALLAQ, *The origins and evolution of islamic law*, p. 36.

[30] Scrive WAKĪ', M.K., *Akhbār al-quḍāt*. al-Qāhirah 1947, III, p. 223 che quando Marwān b. Hasan fu nominato governatore dell'Egitto nel 684, mandò a chiamare 'Ābis b. Sa'īd, allora *Qāḍī* del Fustāt, con l'intenzione di verificare le sue credenziali. Avendo saputo che 'Ābis era un analfabeta, il governatore era preoccupato sulla sua capacità a svolgere le funzioni giudiziarie: pertanto la prima cosa che Marwān chiese ad 'Ābis fu se lui conosceva il Corano e in particolar modo le sue leggi sulle successioni.

[31] Così HALLAQ, *The origins and evolution of islamic law*, p. 57.

[32] Dal 661 al 750 d.C. il governo passò dalle mani dei califfi di Medina a quelle degli omàyyadi, i quali realizzarono numerose riforme di carattere amministrativo. SHACHT, J., *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 2002, pp. 24 ss.

[33] Gli scribi (scelti tra uomini pii, giusti, conoscitori della legge ed esperti nell'arte della scrittura) era responsabili della registrazione di tutti reclami, riconvenzionali e deposizioni dei litiganti, della redazione degli atti e della programmazione delle cause. Il ciambellano garantiva la disciplina nella corte

giurisdizione ben oltre le guarnigioni militari fino ad abbracciare progressivamente città e distretti abitati da diversi gruppi etnici e linguistici. La struttura monocratica di questo ufficio derivava dall'applicazione del principio secondo cui la pluralità all'interno dell'organo giudicante non consentisse di dispiegare l'*iğtihād*, ovvero lo sforzo individuale necessario per giungere all'accertamento della verità che doveva essere fondata sul Corano, sulla Sunna e sulle consuetudini locali e filtrata attraverso la discrezione personale del giudice. In ogni caso era consentito che il *Qāḍī* potesse avvalersi della consulenza di esperti di diritto (*fuqahā*) per formulare quesiti rivolti ad accertare se una data fattispecie fosse regolamentata dalla Sharī'a: questi giusperiti avrebbero fornito il loro parere per iscritto nella forma di una *fatwā*[34]. La competenza del *Qāḍī* era comunque limitata soltanto al popolo musulmano per questioni inerenti sia il diritto civile che il diritto penale ed il suo giudizio era inappellabile e privo di motivazione, senza nessun vincolo al rispetto del precedente[35].

2.- Il modello di giustizia napoleonica tra rivoluzione francese e colonialismo arabo

È possibile cogliere una matrice comune nell'evoluzione degli ordinamenti giudiziari dei paesi europei ed arabo-musulmani nelle riforme realizzate nella Francia napoleonica, la cui influenza ebbe un notevole riverbero nel XIX secolo sulla struttura dell'amministrazione della

ed infliggeva punizioni. I *witness investigators* valutavano l'integrità e la reputazione dei testimoni e teneva un registro degli uomini che qualificava come testimoni in virtù della loro rettitudine. MASUD – PETERS – POWERS (eds), *Dispensing justice in Islam*, p. 21.

[34] In questo caso il faqīh veniva chiamato Muftī, ossia chiunque fosse istruito e i cui sentimenti religiosi fossero riconosciuti a tal punto da poter emanare una fatwā. GLENN, P.H., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011, pp. 303-308.

[35] Sull'argomento rinvio ai "galatei della giustizia" (*Adab al-Qāḍī)* che costituiscono una importante fonte per gli studi sulla amministrazione della giustizia nella società musulmana. In proposito cfr. il volume di SCHNEIDER, I., *Das Bild des Richters in der "Adab al-Qāḍī" Literatur*, Frankfurt, 1990 che ha operato una dettagliata ricostruzione dell'amministrazione della giustizia nei paesi arabo-musulmani (con particolare riferimento alla condizione dei *Qāḍī*, alla loro nomina e destituzione, alla procedura giudiziaria e ai loro rapporti con il governo) utilizzando i galatei composti tra l'VIII e il XIII secolo.

giustizia nei restaurati stati d'Europa e nelle terre a sud del Mediterraneo soggette alla colonizzazione francese.

Ed infatti, sulla scorta delle idee maturate durante l'illuminismo, secondo cui il sistema giudiziario di antico regime andava completamente rivoluzionato a causa dei suoi caratteri della farraginosità e dell'arbitrarietà[36], i *cahiers de doléance* diffusi in Francia a partire dal 1789 puntarono il dito sui difetti della giustizia che andava epurata «dans son administration des abus en tout genre»[37]. L'analisi di questi mali provenienti a più voci dalle diverse parti della nazione, indirizzò i progetti di riforma del sistema giudiziario elaborati durante la rivoluzione francese che dopo aver abolito i diritti feudali e la giustizia signorile, avviò sull'argomento un ampio dibattito, nel quale prese corpo l'idea che la collegialità andava garantita a tutti i livelli di giustizia. In particolare, grazie all'impulso di giuristi come Adrien Duport[38], trovò largo consenso l'istituto della giuria di ispirazione anglosassone, che avrebbe consentito soprattutto in materia penale la corretta applicazione dei principi del dibattimento e del libero convincimento del giudice – contrapposti al processo inquisitorio ed al sistema delle prove legali[39] – il cui meccanismo razionale avrebbe condotto necessariamente ad una pronuncia giusta[40].

---

[36] Cfr. AJELLO, R., *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel regno di Napoli*, Napoli, 1968; CARPINETTO, D. – RECUPERATI, G., *L'Italia del Settecento*, Roma – Bari, 1986; BERLINGUER, L. – COLAO, F., *Illuminismo e dottrine penali*, Milano, 1990.

[37] *Cahier de doléances, plaintes et remontrances de la Communauté de Rieussec Minervois*, séné chaussée de Carcassonne, 13 mars 1789.

[38] MARTUCCI, R., "La robe en question: Adrien Duport et le jury criminel (29-30 mars 1790)", in *The Tocqueville Review*, XVIII, 2, 1997.

[39] In particolare nei giudizi penali, dove la valutazione del fatto era pregnante, il principio del libero convincimento o criterio morale avrebbe comportato un vero e proprio ribaltamento della posizione del giudice rispetto all'antico processo che da "schiavo" delle prove legali ne sarebbe divenuto signore assoluto. L'opposto si verificò per quanto riguarda il giudizio sul diritto poiché mentre nell'antico regime il giudice godeva di un certo arbitrio nell'individuazione e nell'applicazione delle pene, con le riforme rivoluzionarie sarebbe stato tenuto ad applicare rigorosamente la legge, salvo una certa discrezionalità tra il *minimum* ed il *maximum* edittali. Cfr. CAVANNA, A., *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*. Milano 1975; ALESSI, A., *Prova legale e pena: la crisi del sistema tra evo medio e moderno*. Napoli, 1987.

[40] PADOA SCHIOPPA, A., *La giuria penale in Francia. Dai Philosophes alla Costituente*, Milano, 1994; MASTROBERTI, F., "Dibattimento e libero convincimento del giudice nel Mezzogiorno borbonico", in MILETTI, M.N.

Nelle proposte elaborate in seno all'assemblea nazionale[41] i collegi di giudici non togati sarebbero stati affidatari del giudizio penale di fatto[42]: se il processo era razionale e il fatto emergeva con chiarezza dal dibattimento il merito poteva essere giudicato anche dai «pari» e le funzioni del giudice togato – verso il quale si nutriva una irresistibile diffidenza – potevano venir ridotte a quelle de *labouche qui prononcelesparoles de la loi*, come aveva indicato Montesquieu.

Il frutto di questo ampio e lungo dibattito perfezionatosi attraverso le riforme attuate nel periodo rivoluzionario trovò il suo assetto definito nella riorganizzazione dei tribunali operata in Francia con la costituzione dell'anno VIII e con le leggi successive[43] che suddivisero l'amministrazione della giustizia in primo grado tra giudici di pace di nomina elettiva, tribunali collegiali di prima istanza civile e correzionali e di commercio di nomina governativa, mentre la giustizia superiore fu affidata a tribunali di appello dislocati nei diversi dipartimenti ed un tribunale di cassazione[44]. Inoltre Napoleone sottomise i giudici ad una severa disciplina e a controlli molto rigorosi da parte del ministro di giustizia o del tribunale di Cassazione o degli stessi tribunali i quali potevano, dietro richiesta dei commissari di governo, pronunciare contro gli stessi loro membri pene di censura o sospensioni dall'ufficio[45]. Particolare caratteristica del sistema fu poi la realizzazione di un significativo decentramento giudiziario che rispondeva alla logica di

(a cura di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra otto e novecento. Atti del convegno di Foggia del 5-6 maggio 2005*. Milano, 2006, pp. 135-61; DONOVAN, J.M., *Juries and the transformation of criminal justice in France in the nineteenth & twentieth centuries*. Chapel Hill, 2010.

[41] Un primo progetto di organizzazione del potere giudiziario fu presentato da Bergasse il 17 agosto 1789, a cui fece seguito quello proposto da Thouret il 22 dicembre 1789. Cfr. *Choix de rapports, opinion set discoursprononcés à la Tribune nationaledepuis 1789 jusqu'àce jour*, tome I, Paris 1818, p. 369 ss.

[42] MARTUCCI, R., *La costituente e il problema penale in Francia (1789-1791), I, Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*. Milano 1984; SCHNAPPER, B., "Le giury française au XIX et XX siècle", in PADOA SCHIOPPA, A. (a cura di), *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1800*, Berlin, 1987; ID., *La giuria penale in Francia. Dai "philosophes" alla Costituente*. Milano 1984.

[43] Sull'argomento rinvio agli studi di ALVAZZI DEL FRATE, P., *Le istituzioni giudiziarie degli "stati romani" nel periodo napoleonico (1808 - 1814)*. Roma 1990, p. 26.

[44]Cfr. HALPERIN, J.L., *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*. Paris, 1987.

[45] BOURDON, J., *La réforme judiciaire de l'an VIII*. Rodez, 1941.

avvicinare la giustizia al popolo per rendere l'amministrazione della giustizia accessibile a strati della società sempre più vasti ed a sopprimere tutti gli inconvenienti che l'accentramento delle massime magistrature aveva provocato in passato[46].

L'eco di queste riforme, oltre a riverberarsi su tutta Europa nelle istituzioni giudiziarie restaurate dopo il Congresso di Vienna, superò i confini del Mediterraneo grazie alle sollecitazioni politiche e culturale derivate dalle conquiste coloniali[47] intraprese a partire dal 1830 dalla Francia nel Nord Africa e dall'Inghilterra nei territori mediorientali e nel sud est asiatico[48]. Nonostante questa doppia colonizzazione, lo sviluppo degli ordinamenti arabo-musulmani in età contemporanea subì soprattutto l'influenza del sistema giuridico francese che – osserva Orsetta Giolo[49] – riuscì ad imporsi anche nei paesi di dominazione inglese: basti pensare alla tradizione amministrativa francese adottata nella quasi totalità dei paesi arabo-musulmani, compresi la Libia e l'Iraq[50].

[46] CAPEFIGUE, B., *L'Europa durante il Consolato e L'Impero di Napoleone*. Versione con note ed illustrazioni storiche di Gaetano Barbieri, vol. II. Napoli, 1842, p. 191.

[47] Secondo FABIETTI, U. – MALIGHETTI, R. – MATERA, V., *Dal tribale al globale. Introduzione all'antropologia*. Milano, 2002, p. 28, si trattò di una acculturazione giuridica che consentì ai paesi colonizzati di recepire repertori e modelli giuridici e politici occidentali.

[48] Sull'argomento rinvio a SCHULZE, R., *Il mondo islamico nel XX secolo. Politica e società civile*, trad. it. A. MICHLER, Milano 2004; SHACHT, J., *An Introduction to Islamic Law*. Oxford, 2002; VARANO, V. – BARSOTTI, V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*. Torino, 2014.

[49] O. GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana.* Torino, 2005; ID., *La tentazione democratica: politica, religione e diritto nel mondo arabo*. Verona, 2010; ID., *Diritti e culture. Retoriche pubbliche, rivendicazioni sociali, trasformazioni giuridiche*. Roma, 2012.

[50] L'influenza inglese fu però determinante per le costituzioni monarchiche mediorientali in Irak nel 1925, in Egitto nel 1923 e in Giordania nel 1947 e 1952. Cfr. BEN ACHOUR, Y., *Politique, Religion et Droit dans le Monde Arabe*. Tunis, 1992; BROWN, N.J., *The Rule of Law in the Arab World. Courts in Egypt and the Gulf*. Cambridge, 2007; MOADDEL, M., *Jordanian Exceptionalism. Comparative Analysis of State-Religion Relationship in Egypt, Iran, Jordan and Syria*. New York, 2002; NEWBERG, P.R., *Judging the State. Courts and Constitutional Politic in Pakistan*, Cambridge, 1995.

I fattori che portarono al maggior radicamento della tradizione giuridica francese dipesero in primo luogo dal movimento riformista del XIX secolo sviluppatosi in Turchia e in Tunisia, dal generale favore per l'adozione di costituzioni scritte di tipo monarchico tra XIX e XX secolo e poi, dopo la conquista delle indipendenze nazionali, di costituzioni monarchiche o repubblicane ispirate al diritto costituzionale francese ed in particolare alla costituzione della V repubblica. Si fece così strada l'idea di un diritto politico autonomo fondato su una costituzione scritta e rigida, di un modello di organizzazione rappresentativa, di una separazione tra la volontà del Principe e quella dello Stato, del positivismo giuridico articolato intorno ad un diritto legislativo statale[51].

Sotto il profitto prettamente giudiziario, l'impossibilità di tradurre il ruolo del giudice inglese e della giurisprudenza del *common law* nelle funzioni svolte dal *Qāḍī* – titolare della giustizia ordinaria che non emanava sentenze dotate di autorità di precedente, ma decideva secondo la Sharī'a – favorì la diffusione dei codici di ispirazione napoleonica, all'interno dei quali trovarono piena formalizzazione i principi del diritto musulmano classico appartenenti alle scuole giuridiche dominanti nei diversi territori[52]: fu così che a partire dalla metà dell'Ottocento i codici d'oltralpe trovarono ingresso senza eccezioni in tutti i paesi arabo-musulmani[53] a partire dalla Turchia, dove nel 1850 fu redatto il codice di commercio, nel 1858 il codice penale e nel 1881 il codice di procedura civile e dalla Tunisia che nel 1906 vide l'emanazione del *Code des*

[51] BEN ACHOUR, *Politique, Religion et Droit*, p. 130. Secondo l'Autore, nell'ambito del diritto pubblico, il diritto francese avrebbe avuto la capacità di contribuire a consolidare l'ordinamento dello Stato ancora in formazione.

[52] GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto*, p. 117. Poichè il codice era ritenuto elaborazione di dotti (giuristi, tecnici e funzionari del diritto) poteva essere affiancato in modo più convincente all'operato dei *fuqahā* e dei *muftī*, giuristi musulmani che svolgevano attività di consulenza del *Qāḍī*.

[53] Il primo incontro del diritto europeo con il diritto islamico riguardò il diritto commerciale e il diritto penale e avvenne nel corso del XIX secolo nell'Impero ottomano attraverso il regime delle Capitolazioni, un sistema cioè con cui i francesi assicuravano ai propri cittadini residenti nel Medio Oriente la possibilità di essere amministrati dalle loro leggi. La diffusione di queste norme crebbe nel momento in cui cominciarono a essere applicate nei rapporti tra europei e musulmani e si consolidò definitivamente quando le autorità del Medio Oriente cominciarono a utilizzare queste leggi per colmare le lacune del proprio diritto. VARANO – BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, p. 542. Cfr. anche SCATTONE, C., "Diritto musulmano classico, diritto musulmano contemporaneo", in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Taranto*, Bari, 2008, pp. 359-365.

obligations et des contrats[54], noto come *Code Santilliana* dal nome del suo redattore David Santilliana, avvocato italiano, esperto in diritto musulmano della scuola malichita[55].

Grazie al contributo dei pratici del diritto (giudici ed avvocati) che all'epoca della colonizzazione svolsero un importante ruolo di diffusione della scienza giuridica occidentale attraverso la pubblicazione di saggi e note in periodici e riviste con l'effetto di consentire un fertile confronto con i funzionari/giuristi arabi[56], tra Ottocento e Novecento presero quindi piede nei paesi arabo-musulmani ordinamenti giudiziari che soppiantarono le vecchie corti del *Qāḍī* (a carattere monocratico e con competenza generale su questioni giudiziarie riguardante i musulmani) con nuovi tribunali collegiali con attribuzioni specifiche in materia di diritto penale, civile, amministrativo tra tutti i cittadini membri dello stesso stato indipendentemente dalla loro confessione religiosa[57], nei quali fece breccia la nuova figura dell'avvocato difensore, sconosciuta al diritto musulmano classico[58].

---

[54] Sul modello del "Code des obligations et des contrats" (C.O.C.) del regno tunisino fu elaborato il progetto de "le Dahir formant Code des Obligations et des Contrats" (D.O.C.) in Marocco ancora in vigore. BLANC, F.P., "Le dahir formant code des obligations et des contrats (D.O.C.). Genèse, content, portée", in *Revue franco-maghrebine du droit. La justice au Maroc (quelques jalons de Mohamed V à Mohamed VI)*, n. 9, 2001, pp. 141-166.

[55] ALUFFI BECK PECCOZ, R., *modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in Tunisia e Marocco*, pp. 37 ss. in LANNI, S., – SIRENA, P., *Il modello giuridico – scientifico e legislativo italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD. Siena, 20-21-22 settembre 2012*. Napoli, 2013.

[56] Osserva GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto*, p. 116 che il processo di nazionalizzazione e arabizzazione del diritto, avviato con la conquista delle indipendenze nazionali, fu più incisivo nei paesi che subirono con più forza l'influenza sia giuridica che linguistica francese. Nei paesi del Maghreb (Tunisia, Marocco e Algeria) fu avviata ben presto l'opera di riconfigurazione dell'ordinamento, tenendo conto delle specificità locali (nazionalizzazione) e di ritorno all'utilizzo esclusivo della lingua araba n molti settori giuridici ed amministrativi (arabizzazione). Cfr. BEN ACHOUR, *Politique, religion et droit*, p. 142.

[57] Ivi, p. 141.

[58] Secondo BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les société arabes*, pp. 139-165 il corpo degli avvocati rappresentò una delle grandi rivoluzioni che segnarono il passaggio degli ordinamenti arabo-musulmani all'epoca moderna. Questa professione venne introdotta nei territori arabo-musulmani all'epoca

La peculiarità del nuovo assetto dell'amministrazione della giustizia risultò rappresentato da una sorta di dualismo giuridico tra il sistema tradizionale e quello moderno di ispirazione occidentale[59], che vide accanto ai tribunali nazionali di stampo occidentale, la coesistenza di tribunali sharaitici con competenza sulle controversie tra musulmani secondo quanto stabilito dalla legge coranica, tribunali rabbinici che si occupavano delle controversie tra ebrei secondo la legge ebraica e di tribunali misti che risolvevano le controversie tra cittadini stranieri in base alla legge della nazione alla quale appartenevano[60].

Basti guardare l'esempio dell'Egitto che nel 1883 vide introdurre corti di giustizia nazionali (costituite da tribunali di prima istanza decentralizzati, corti d'assise e corti d'appello competenti in materia civile penale e amministrativa[61]) accanto alle quali coesistevano giurisdizioni sullo statuto personale dei musulmani (tribunali di prima istanza collocati in otto città egiziane e una corte superiore al Cairo), giurisdizioni straniere (tribunali misti composti dai rappresentanti di 17 nazioni europee con competenza molto limitata in materia civile e commerciale) e collegi

delle dominazioni coloniali con l'apertura di studi legali ad opera dei cittadini stranieri all'interno dei quali facevano pratica cittadini arabo-musulmani.

[59] DEROUICHE, S.– BEN AUCHOUR, Y., *Aux sources du droit modern tunisien: la legislation tunisienne en période colonial*. Tunis, 1995, p. 17.

[60] GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto*, p. 117. Tale pluralismo giuridico è sempre stato presente nei paesi arabo-musulmani, con la differenza che all'epoca dell'Islam classico il pluralismo consisteva nella compresenza di leggi sacre e di leggi statali appartenenti allo stesso patrimonio giuridico e culturale che prescriveva la sudditanza della produzione secolare nei confronti della legge rivelata, mentre in epoca moderna permane la compresenza di leggi sacre e di leggi secolari statali, ma con una sostanziale differenza rispetto al passato: le norme secolari appartengono non alla sfera della tradizione giuridica arabo-musulmana, ma al patrimonio giuridico moderno (e occidentale). Di conseguenza la tradizionale subordinazione delle norme secolari nei confronti delle norme religiose diviene ancora più marcata in ragione della diffidenza che in genere suscita ciò che si ritiene importato dall'occidente. Ivi, p. 119.

[61] Accanto a queste coesistevano giurisdizioni speciali competenti per le controversie arbitrali in materia di tasse e dogane, agricoltura e regime delle acque, oltre a giurisdizioni proprie di alcune regioni che, a causa della loro lontananza dal governo centrale, richiedevano un regime particolare (Al-'Arish, Al-Qusayr e le oasi di Siwa, Bahariyya, Dakhla e Kharga). Infine c'erano tribunali penali come i consigli di guerra e tribunali incaricati di crimini e delitti relativi alla schiavitù. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les société arabes*, pp. 139-165.

arbitrali competenti secondo la legge islamica su conflitti di vicinato o questioni di statuto personale.

L'esempio dell'Egitto offre un quadro della frammentazione delle istituzioni giudiziarie instauratosi tra Ottocento e Novecento anche negli altri paesi arabi musulmani, i cui ordinamenti furono caratterizzati da una forma di "schizofrenia" giudiziaria tutt'oggi permanente nell'ambito di un "mondo in ebollizione" – come definito da Khaled Foud Allam[62] – che, all'indomani dalle "primavere arabe", ha iniziato a sperimentare profonde trasformazioni nelle strutture portanti della società[63].

[62] FOUAD ALLAM, K., "Un mondo in ebollizione", in ZU FÜRSTENBERG, N., *Lumi dell'Islam. Nove intellettuali musulmani parlano di libertà.* Venezia, 2004, pp. 70-76.

[63] Cfr. i recenti studi di CAMPANINI, M. (a cura di), *Le rivolte arabe e l'Islam. La transizione incompiuta*, Bologna, 2013; DI PERI, R. (a cura di), "Dopo le «primavere arabe»: Islam, politica e democrazia", in *Rivista di politica*, 2/2014; TAMBURINI, F., *Il Maghreb dalle indipendenze alle rivolte arabe: storia e istituzioni*, Pisa, 2016.

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)[1]

Dr. Óscar Flores[2]
Universidad Autónoma de Coahuila, México

La revolución mexicana iniciada en el año de 1910, se ha considerado la primera gran revolución social del siglo XX. Este movimiento armado que fue dirigido tanto por liberales de clase media y alta, tuvo un componente de participación alto de líderes campesinos que incluso no sabían leer y escribir. Este fue el caso de Emiliano Zapata, quién se levantó en armas en la parte central y sur de los Estados Unidos Mexicanos. En este levantamiento armado que duro más de una década, se cuestionó el sistema político, económico y social que se había establecido en el siglo XIX. Una vez triunfante la revolución social estableció un nuevo orden social que derivó de una nueva Constitución Política en 1917. En los debates de esta Constitución se discutieron los grandes problemas sociales y económicos de México. Entre ellos, la propiedad privada así como la propiedad comunal de los pueblos indígenas. De igual forma la clase obrera dispersa en el país y sobre todo en el norte de México –lugar que concentraba la mayor infraestructura de la industria metalúrgica y del acero-, exigieron una

[1] Trabajo presentado en CEDHI, España, julio de 2017
[2] oflores60@gmail.com

legislación laboral de avanzada en América Latina. Fue ahí donde se establecieron los derechos de los obreros en cuanto a jornadas a la semana, horas de trabajo, tres turnos al día de ocho horas y y de siete horas por la noche con el pago doble de la octava hora. Todo ello se desarrolló en discusiones internas de los sindicatos y en el Congreso Constituyente de 1916-1917. Cien años después una nueva reforma a la Constitución Política de México cerro el ciclo de los tribunales especiales que lograron sobrevivir 100 años. He aquí esta historia.

Conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, los tribunales especiales laborales, son aquellos creados *ad hoc* para conocer de ciertos delitos o determinados conflictos entre los trabajadores y los patrones. En el caso de México, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que data de 1917, establecía en su artículo 123 y 107, que los conflictos entre trabajadores y patrones estarían a cargo de tribunales del Poder Judicial de la Federación.[3] Estos artículos reformados en el año de 2016, tienen el fin de eliminar estos tribunales especiales y pasar a crear un organismo federal descentralizado de conciliación.

La reforma al artículo 123, apartado A, fracción XVIII, se modifica, a efecto de que la redacción sea la originalmente establecida por el Presidente de la República, Enrique Peña Nieto, en su iniciativa. En otras palabras, es evidente que hubo un acuerdo con la mayoría de los diputados federales y en consecuencia con los senadores. En efecto, el Pleno del Senado de la República aprobó con 98 votos a favor de un total de 128, el proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 107 y 123 de la Constitución Política, sobre justicia cotidiana en materia laboral.[4]

[3] Oscar Flores, (1991), *La comuna empresarial. Burguesía, militares y movimiento obrero en Monterrey, 1909-1923*, Monterrey, Facultad de Filosofía y Letras-Universidad Autónoma de Nuevo León, p.p. 25-32.

[4] "Aprueba Senado reformas constitucionales en materia de justicia laboral", en Boletín del Senado de los Estados Unidos Mexicanos, 13 Octubre 2016, p. 1.

1.- Introducción

La iniciativa elimina una Junta de Conciliación creada constitucionalmente en febrero de 1917 y establecida oficialmente en la ciudad de Monterrey en 1918.[5] Esta iniciativa prevé la resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o bien, de las entidades federativas en el ámbito local y federal.

Además, estipula la creación de un organismo federal descentralizado de conciliación, con autonomía de gestión y presupuestal. Al mismo tiempo, se le designan facultades en el orden nacional para el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales. Igualmente como todos los procesos administrativos relacionados. La idea de juntas tripartitas de resolución de conflictos laborales en México, entre obreros, empresarios y gobierno como mediador, pasó a ser historia.

Un acuerdo histórico

El proyecto aprobado por ambas Cámaras, que establece un organismo comisionado de los procesos en materia laboral, contará con personalidad jurídica y patrimonio propios. De igual forma se estipula que tendrá plena "autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión"[6]. Por otra parte, para la designación del titular de este organismo descentralizado, el Ejecutivo Federal someterá una terna de funcionarios a consideración de la Cámara de Senadores la cual realizará la designación correspondiente.

[5]Oscar Flores, La comuna empresarial. Burguesía, militares y movimiento obrero en Monterrey, 1909-1923, Monterrey, Facultad de Filosofía y Letras-Universidad Autónoma de Nuevo León,1991, p.p. 25-32

[6] Boletín del Senado de los Estados Unidos Mexicanos "Aprueba Senado reformas constitucionales en materia de justicia laboral", en, 13 Octubre 2016, p. 1

El dictamen aprobado por el Senado, "establece que a nivel local, los organismos constituidos contarán con funciones conciliatorias, y será requisito que pase por estas instancias cualquier acción con el órgano jurisdiccional."[7]

Esta establecido en el mismo que "se garantizará el voto personal, libre y secreto de los trabajadores para la elección de sus dirigentes, la resolución de conflictos entre sindicatos y la solicitud de la celebración de un contrato colectivo de trabajo."[8]

El senador del Grupo Parlamentario del PRI, Tereso Medina Ramírez, presentó a nombre de las comisiones dictaminadoras, las modificaciones al dictamen, entre las que destaca una al artículo 123, apartado A, fracción XVIII, la cual devuelve la redacción a lo planteado originalmente en la iniciativa enviada por el Presidente de la República, cambios que fueron avalados por los legisladores.[9]

Con la modificación propuesta por un lado se planteó el punto de vista del empleador para contar con una norma constitucional "que evite emplazamientos frívolos de falsas organizaciones sindicales, y por otro se ventiló el punto de vista del sector obrero para impedir la práctica de los contratos de protección que vulneran los derechos de los trabajadores"[10].

Debido a que se presentaron numerosas discrepancias por la propuesta de modificación de dicho apartado, "en torno a la hipótesis del emplazamiento a huelga para la suscripción de un contrato

[7] "Aprueba Senado reformas constitucionales en materia de justicia laboral", en Boletín del Senado de los Estados Unidos Mexicanos, 13 Octubre 2016, p. 1

[8] "Aprueba Senado reformas constitucionales en materia de justicia laboral", en Boletín del Senado de los Estados Unidos Mexicanos, 13 Octubre 2016, p. 1

[9] "Aprueba Senado reformas constitucionales en materia de justicia laboral", en Boletín del Senado de los Estados Unidos Mexicanos, 13 Octubre 2016, p. 1

[10] "Senadores aprueban desaparición de las juntas de Conciliación y Arbitraje", XEU, Miércoles 28, de Junio del 2017, p.1. 8:00 PM, Veracruz, México.

colectivo, el diálogo permitió arribar a un acuerdo para regresar el texto original de la fracción XVIII"[11].

Por otra parte, para conciliar las dudas de los sectores obrero y empresarial, respecto a las acciones inherentes a la solicitud de la celebración de un contrato colectivo, se propone adicionar que "cuando se trate de obtener la celebración de un contrato colectivo de trabajo, se deberá acreditar que se cuenta con la acreditación de los trabajadores"[12]. En mi opinión, específicamente esta parte de la reforma, da entrada por vez primera en la Legislación Mexicana a una nueva etapa para la práctica de las relaciones laborales entre sindicatos, empresarios y trabajadores.

Manifestaciones sobre la ley por parte de los líderes de las Comisiones Legislativas y de los Partidos Políticos.

Al presentar el dictamen final, el presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales del Senado de la República, Enrique Burgos García manifestó que:

> *"(...) esta reforma plantea los elementos básicos de la transformación del derecho de acceso a la justicia del trabajo, ya que se afirma la distinción entre la función conciliatoria en los conflictos laborales y la función de impartición de justicia ante el surgimiento de posibles conflictos."*[13]

[11] "Senado avala reforma de justicia laboral; desaparece Conciliación y Arbitraje", Notimex, México, 13 de octubre de 2106, www.notimex.gob.mx/ntxnotaLibre/253383, consultado a las 19:00 horas.

[12] "Senado avala reforma de justicia laboral; desaparece Conciliación y Arbitraje", Notimex, México, 13 de octubre de 2106, www.notimex.gob.mx/ntxnotaLibre/253383, consultado 13 de octubre de 2016 a las 19:00 horas.

[13] Reforma en justicia laboral; desaparece Conciliación y Arbitraje, Diario El Universal, Ciudad de México, 26 de octubre de 2016, http://derecho.ibero.mx/noticia_int.php?id_noticia=43, consultado el 19 de septiembre a las 11 horas, de 2016.

Igualmente comentó que a partir de este dictamen, se verá impulsada impulsa una nueva etapa en el derecho de acceso a la justicia en materia laboral, atendiendo a los trabajadores y "la seguridad jurídica del gobierno, capital y trabajo."[14] Aseguró que con este tipo de iniciativas México sigue distinguiéndose:

> "*por la protección de los derechos de los trabajadores y la generación de condiciones para que en las relaciones obrero-patronales imperen criterios de justicia.*"[15]

Por su parte, el presidente de la Comisión de Estudios Legislativos, Miguel Barbosa Huerta comentó que se ha alcanzado un acuerdo completo sobre esta propuesta, a pesar que se intentó alterar el derecho de huelga por parte de algunos senadores.

> *"(...) no fue fácil alcanzar los consensos, se tuvieron que estar defendiendo los derechos laborales". (...) Estamos satisfechos del avance que se obtuvo, celebramos que así haya ocurrido, lo importante no es lo que se diga, sino lo que está contenido en el dictamen"*.[16]

En cuanto al presidente de la" Comisión de Trabajo y Previsión Social", del Senado, Miguel Ángel Chico Herrera, reiteró que la reforma es una muestra más del respeto que hay en este país por:

> *"(...) la lucha del sindicalismo mexicano por los derechos de los trabajadores. Escuchar las voces emanadas de la empresa y el sindicato es parte fundamental del ejercicio democrático, porque ello*

[14] Reforma en justicia laboral; desaparece Conciliación y Arbitraje, Diario El Universal, Ciudad de México, 26 de octubre de 2016, http://derecho.ibero.mx/noticia_int.php?id_noticia=43, consultado el 19 de septiembre de 2016

[15] "Reforma en justicia laboral; desaparece Conciliación y Arbitraje", Diario El Universal, Ciudad de México, 26 de octubre de 2016, http://derecho.ibero.mx/noticia_int.php?id_noticia=43, consultado el 19 de septiembre de 2016

[16] "Giro insólito en justicia laboral", Diario Milenio, Puebla, México, 14 de octubre de 2016, octubre 2016, p.p. 14 y 15.

> *permite obtener mejores resultados al momento de trabajar a favor de México". (...) "los derechos de los trabajadores han sido velados por grandes líderes que han comprendido la dignidad de los obreros".*[17]

Al fijar la posición de su partido, el senador del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México (PVEM), de afiliación de derecha, Jorge Aréchiga Ávila, dijo que se refrenda el compromiso de protección de los trabajadores, ya que

> *(...) incorpora mecanismos que agilizarán los procedimientos judiciales. Detalló que las actuales juntas locales y federal de Conciliación y Arbitraje se transforman en un tribunal laboral o juzgados laborales, emitirán sentencias en lugar de laudos y éstos deberán ser con legalidad, imparcialidad, legalidad, transparencia, autonomía e independencia.*[18]

Del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática (PRD), de afiliación centro-izquierda, el senador Luis Sánchez Jiménez comentó que las presentes modificaciones al sistema laboral, son las mismas recomendaciones que dio a México la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a fin de transitar "a un sistema judicial de resolución de conflictos laborales."[19]

Luis Sánchez hizo hincapié en que las reformas introducen por vez primera, "las modalidades de voto directo y secreto," a fin de procesar las principales demandas de los sindicatos. Sin embargo, lo más sobresaliente desde su punto de vista, fue la creación de un

[17] "Aprueba Senado reformas constitucionales en materia laboral", Diario Milenio, Puebla, México, de octubre 2016, p. 12-14.
[18] Aristegi, Carmen, "Otra reforma laboral en camino; desaparecen Juntas de Conciliación y Arbitraje", Ciudad de México, consultado el 28 de junio de 2017.
[19] Luis Sánchez Jiménez, comentado a Carmen Aristegui, en "Otra reforma laboral en camino; desaparecen Juntas de Conciliación y Arbitraje", Ciudad de México, consultado el 28 de junio de 2017

"organismo público federal, encargado de los registros de sindicatos y contratos colectivos de trabajo."[20]

A nombre del Grupo Parlamentario de mayoría del Partido Revolucionario Institucional, (PRI), de filiación de centro derecha, el senador Isaías González Cuevas dijo que la clase trabajadora de este país

> "*(...) ha sabido apretarse el cinturón en épocas en las que el país requiere austeridad y ahorro, han entendido que la demanda excesiva o la presión sin rumbo no conduce a nada bueno y han sabido contribuir a los programas necesarios de la economía*".[21]

Puso énfasis, igualmente, que los trabajadores deben comprender finalmente que la productividad debe convertirse en un estilo de vida, y por eso, las relaciones entre empresa y sindicatos deben realizarse en el marco de certidumbre jurídica, a diferencia del extinto tribunal especial. Comentó que en el anterior marco jurídico los contratos colectivos y las organizaciones sindicales no representaban realmente a los intereses de los trabajadores.

Por su parte, Héctor David Flores Ávalos, senador del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional (PAN), partido de afiliación ideológica de centro derecha, y con fuerte contenido católico, comentó que las modificaciones realizadas a la Carta Magna, están orientadas a hacer

> *"(...) de México un país más competitivo, fortalecer la generación de empleos y derechos sociales que se plasmaron en 1917 (...), robusteciendo el papel del trabajador como eje rector de esos derechos"*.[22]

---

[20] Aristegi, Carmen, "Otra reforma laboral en camino; desaparecen Juntas de Conciliación y Arbitraje", Ciudad de México, consultado el 28 de junio de 2017.

[21] Isaías González Cuevas, Ciudad de México, intervención del senador, el Jueves 13 de octubre de 2016, http://www.senado.gob.mx/backup/index.php?ver=int&mn=4&sm=26&id=519&tp=10732 consultado el 28 de junio de 2017.

[22]Héctor David Ávalos, Ciudad de México, intervención del senador, consultado el Jueves 13 de octubre de 2016.

Recalcó que esta reforma constitucional, es el inicio de

> *"una serie de cambios institucionales que buscan erradicar las malas prácticas que hoy existen y mejorar el acceso a la justicia en materia laboral".*[23]

Igualmente, la senadora del PAN, María del Pilar Ortega, calificó la reforma como histórica para el país, toda vez que el modelo de justicia laboral de 1917 respondió en su momento a un anhelo de justicia social, pero los cambios, dijo, van a contribuir a consolidar una mejor justicia laboral, a generar equilibrios y a incentivar el crecimiento económico.[24]

Por su parte, el senador del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, (PRD), Luis Humberto Fernández Fuentes, comentó que el objetivo de la reforma estaba en la justicia laboral y que no pretendía atacar los derechos de los trabajadores. Para el, la reforma beneficiaba en tres aspectos a la clase trabajadora:

- pasar de un régimen de relaciones laborales a uno basado en juicios que depende del Poder Judicial;

- pasar de un régimen de lo contencioso a lo conciliatorio;

- y que se dé la certidumbre a los trabajadores en su orden democrático.[25]

Por su parte el senador Benjamín Robles Montoya, del PRD, destacó que esta reforma nunca intentó "alterar el derecho de huelga". Comentó que con la aprobación de esta reforma el Senado de la República se da respuesta al llamado que hizo la Organización

[23] Héctor David Ávalos, Ciudad de México, intervención del senador, consultado el Jueves 13 de octubre de 2016.
[24] "Aprueba Senado reformas constitucionales en materia de justicia laboral*", Boletín del Senado de la República, número 329,* México, 13 octubre de 2016, p. 13
[25] Aprueba Senado reformas constitucionales en materia de justicia laboral", Boletín del Senado de la República", número 329, México, 13 octubre de 2016, p. 15

Internacional del Trabajo a México (OIT) a México, para dar mayores garantías a sus trabajadores.

Raúl Morón Orozco, senador por el PRD, comentó que la reforma tendrá éxito si se establece una clara planeación que destine "los recursos suficientes para hacer un cambio de estructura y de profesionalización judicial, a fin de garantizar la calidad y transparencia de las sentencia y, con ello, las garantías de los trabajadores."[26]

El senador Fidel Demédicis Hidalgo, del PRD, manifestó que se trata de una reforma trascendental para la vida los trabajadores y de los sindicatos del país, pues establece el voto universal y secreto para elegir a los líderes sindicales.[27]

Por su parte el senador Armando Ríos Piter del PRD, consideró que este cambio constitucional es un antes y un después en materia de justicia laboral. Y sin duda, a su juicio, tendrá repercusiones en el combate a la corrupción. Comentó que el viejo esquema de conciliación y arbitraje, siempre se distinguió por su corrupción y la determinación de dar la razón a una u otra parte, se basaba claramente a dar la razón a "el mejor postor"[28] en un conflicto entre trabajadores y empresarios.
Finalmente, el senador del PRI, Jesús Priego Calva, destacó la importancia de la desaparición de las juntas y declaró que la ley no tendrá gran avance si los trabajadores:

- no exigen sus derechos;

- y a su vez un sindicato justo y correcto, porque muchos sólo tienen contratos de protección y son los que se llevan dinero, explotan

[26] Aristegi, Carmen, "Otra reforma laboral en camino; desaparecen Juntas de Conciliación y Arbitraje", Ciudad de México, consultado el 28 de junio de 2017, p.1
[27] Aristegi, Carmen, "Otra reforma laboral en camino; desaparecen Juntas de Conciliación y Arbitraje", Ciudad de México, consultado el 28 de junio de 2017, p.1
[28] Aristegi, Carmen, "Otra reforma laboral en camino; desaparecen Juntas de Conciliación y Arbitraje", Ciudad de México, consultado el 28 de junio de 2017, p.1

a los trabajadores y a las empresas y ocasionan el cierren los sindicatos.[29]

4.- Problemática general de la Justicia Laboral en México

Sin duda la justicia laboral en México está en crisis. No hay duda que faltó atender las diversas deficiencias de los tribunales laborales, a fin de dar certidumbre a trabajadores y empleadores. Entre los elementos que hemos encontrado son las malas prácticas y falta de recursos, en estos tribunales denominados, Juntas de Conciliación y Arbitraje. Entre estas deficiencias que llevaron a su extinción a 100 años de su creación, destacan en base a mi parecer y a comentarios generales de analistas sociales que ven con preocupación esta situación, las siguientes[30]:

- La ley y la práctica han permitido pactar disminución de obligaciones legales mínimas. Las partes acuden al juicio para intentar "negociar" lo que por ley no sería negociable. Se confunde la conciliación con una posibilidad de quita o descuento.

- Al arrojar la carga de la prueba al patrón, un trabajador, que abandona su empleo o renunció verbalmente simula un despido injustificado.

- La ley no es estricta en cuanto a la solemnidad y autenticidad de la renuncia (inclusive no la contempla) por lo que es simulada por el patrón.

- El patrón puede reinstalar al trabajador y despedirlo nuevamente lo que prolonga indefinidamente el problema.

---

[29] Aristegi, Carmen, "Otra reforma laboral en camino; desaparecen Juntas de Conciliación y Arbitraje", Ciudad de México, consultado el 28 de junio de 2017.

[30] A esta conclusión llegaron los "Diálogos por la Justicia Cotidiana", los cuales en noviembre de 2015, se conformaron nueve mesas de trabajo con el objetivo de construir soluciones para los problemas más relevantes que afectan a los ciudadanos en materia de justicia cotidiana. Referencia a este estudio en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/60552/DIAGN_STICOS_CONJUNTOS.pdf consultado el 28 de junio de 2017.

- No son eficaces las medidas legales y punitivas existentes que inhiban adecuadamente la falsedad en las declaraciones, las probanzas y el fraude procesal.

- Múltiples despachos de abogados hacen del litigio laboral toda una industria.

- No existen límites ni controles para los emolumentos y honorarios del abogado patrono.

- Las medidas legales existentes son insuficientes para inhibir el prolongamiento del juicio, por el contrario, más duración, más ganancia.

- No existe el pago de gastos y costas.

- Algunos abogados al no tener debidamente preparadas sus contestaciones o probanzas hacen uso de la voz durante mucho tiempo para forzar la suspensión y reprogramación de la audiencia.

- No existen límites legales para la transcripción en audiencias y diferimiento de las mismas.

- Las periciales se ofrecen por regla más que por excepción y prácticamente en todos los casos se llega al perito tercero en discordia.

- Se presentan vicios y sesgos en los peritos de cada parte e incluso corrupción.

- Las partes recurren con mucha frecuencia al juicio de garantías.

- No existen limitantes suficientes para evitar que se abuse de este medio de defensa, por ejemplo, es optativo recurrir a la aclaración del laudo o al amparo.

- Casos de abuso de las solicitudes de acceso a la información.

- Al no estar suficientemente regulado, se ha convertido en una práctica de extorsión o simulación.

- Los procesos actualmente son tardados, ineficientes, complicados y poco transparentes, incentivando la corrupción.

- La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del apartado B del artículo 123 Constitucional (LFTSE) no prevé la posibilidad de conciliar asuntos de carácter particular sin incurrir en responsabilidad administrativa.

- Las leyes prevén algunos procedimientos de naturaleza administrativa que se desahogan en las juntas, por ejemplo: Seguridad Social o Ahorro para el Retiro.

- Los representantes tienen un estatus y un sueldo distinto a los del presidente.

- No existen suficientes herramientas legales y/o administrativas para garantizar el cumplimiento y ejecución inmediatos de un laudo que ha causado estado.

- Desorganización.

- Mal uso de recursos.

- Ausencia de diagnósticos.

- Insuficiente uso de tecnología.

- Falta de incentivos a la productividad de los trabajadores al interior de las Juntas.

- Excesiva carga de trabajo.

- Los procedimientos y particularmente las diligencias de recuentos de titularidad, carecen de una regulación estricta en materia de tiempos, transparencia y equidad.[31]

[31] A esta conclusión llegaron los "Diálogos por la Justicia Cotidiana", los cuales en noviembre de 2015, se conformaron nueve mesas de trabajo con el objetivo de construir soluciones para los problemas más relevantes que afectan a los ciudadanos en materia de justicia cotidiana. Referencia a este estudio en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/60552/DIAGN_STICOS_CONJUNTOS.pdf consultado el 28 de junio de 2017

5.- Comentario Final

Sin duda, la justicia laboral en México ha entrado en una crisis, al grado de eliminar las Juntas de Conciliación y Arbitraje que datan por vez primera en una Constitución, como lo es la de México de 1917. Los argumentos son variados pero sin duda son sólidos en el sentido de una justicia sumamente arbitraria.

En efecto, actualmente los procesos son tardados, ineficientes, complicados y poco transparentes, incentivando la corrupción a numerosos Contratos de Protección. En efecto, se registran contratos colectivos de trabajo sin conocimiento muchas veces de los trabajadores e incluso antes de que exista el centro de trabajo.

En cuanto a los criterios de impartir justicia son distintos entre las juntas y salas. En efecto, falta de uniformidad y congruencia entre la forma en que resuelve un mismo caso distintos tribunales, particularmente entre federales y locales.

Se ha encontrado una desigualdad de género en la legislación. En efecto, hay preceptos discriminatorios o que violentan los derechos de las mujeres. No hay un lenguaje incluyente en la legislación.

Hace falta armonizar la Ley y Reglamento del Seguro Social con la Ley Federal del Trabajo (LFT).

Inexistencia de la figura de violencia laboral en la legislación laboral.

Falta de dispositivos que permitan la sanción a hostigadores o acosadores.

Hacen falta procedimientos administrativos que establezcan medidas oportunas y recursos breves para sancionar la violencia laboral, así como el hostigamiento y el acoso sexual.

En la LFTSE existen disposiciones jurídicas relativas a la sindicación y federación única, lo que viola la libertad de asociación de los trabajadores.

La LFTSE prevé la posibilidad de que existan Salas Auxiliares en las capitales de las entidades federativas, sin embargo, no existe ninguna.

El procedimiento para sustanciar conflictos de carácter individual pre- visto en la LFTSE no prevé una etapa conciliatoria, ni la posibilidad de dar por concluida una controversia mediante convenio de las partes, con la consecuencia de que se generen salarios vencidos, que harán que la condena se incremente por el simple transcurso del tiempo. No existen disposiciones específicas en cuanto al ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, por lo que se aplica supletoriamente la Ley Federal del Trabajo, sin embargo, el proceso laboral burocrático difiere en muchas ocasiones con la naturaleza de los que se dan en el apartado A del artículo 123 Constitucional.

La LFTSE no prevé que la representación de las partes deba recaer en un abogado con título y cédula profesional y al haber disposición ex- presa, no aplica la supletoriedad de la LFT.

No se han actualizado las multas desde 1963 y después de la entrada en vigor de la nueva unidad del sistema monetario, en la que se le quitaron tres ceros a la moneda, la ejecución de las resoluciones emitidas por el TFCA han sido hasta de 1 peso.

En 2012 se realizaron reformas y adiciones a la Ley Federal del Trabajo, se publicó un nuevo Reglamento Interior así como criterios de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA).

Asimismo, dicha reforma incorpora conceptos importantes como igualdad sustantiva, trabajo decente, discriminación por embarazo, licencia de paternidad, hostigamiento y acoso sexual, considerados como un avance hacia la igualdad formal necesaria para alcanzar la igualdad sustantiva. No obstante, esta reforma fue insuficiente para erradicar los problemas planteados en materia de igualdad de género.

Diversos trabajos, estudios u opiniones realizadas por el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), el Centro para la Investigación y Desarrollo, A.C. (CIDAC), la Organización Internacional del Trabajo (a través del Consejo de Administración y del Comité de Libertad Sindical), el Centro de Investigación y Docencia Económicas (Diagnóstico de Justicia Cotidiana), el ITAM, la Friedrich Ebert Stiftung, el IIJ-UNAM, así como evaluaciones externas

solicitadas por la STPS, entre otros, se han ocupado del estudio del funcionamiento de la justicia laboral.

En el caso del IMCO, al analizar el funcionamiento de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Estado de Jalisco, generó evidencia de que su actual diseño trae consigo la posibilidad de espacios de corrupción y servicios deficientes que merman al estado de derecho en materia laboral.

Por otro lado, en el tema de notificaciones, en el ámbito local la Dra. Joyce Sadka (ITAM) implementó una Central de Actuarios en la Junta de Conciliación y Arbitraje del Valle de Cuautitlán-Texcoco, en el Estado de México en 2014. Principalmente la Central apuntó a que las cargas de trabajo de cada notificador se sistematizaran. A través de la creación diaria de rutas geográficas y metas, el sistema asignaba de manera aleatoria la ruta de cada Actuario.

Las estadísticas semanales de cada Actuario se encontraban disponibles para la revisión de sus superiores en la Junta. Este insumo sirvió para implementar un programa piloto de incentivos a la productividad de los Actuarios. Durante el año y medio de su duración, la Central logró aumentar 123% las notificaciones realizadas exitosamente. Antes de su implementación, solamente el 23% de los casos de los expedientes estaban notificados a tiempo para su audiencia de conciliación, mientras que en los últimos cuatro meses de la Central este número aumentó al 59%. Este caso es uno de los ejemplos más ilustrativos de las bondades de la automatización de algunos procesos de las Juntas.

ANEXO 1

DIARIO OFICIAL de la FEDERACIÒN:
MEXICO 24/02/2017

DECRETO por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Laboral.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.
ENRIQUE PEÑA NIETO, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:
Que el Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

"EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN USO DE LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA Y PREVIA LA APROBACIÓN DE LA MAYORÍA DE LAS HONORABLES LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS, DECLARA REFORMADAS Y ADICIONADAS DIVERSAS DISPOSICIONES DE LOS ARTÍCULOS 107 Y 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE JUSTICIA LABORAL.

Artículo Único.- Se reforman el inciso d) de la fracción V del artículo 107; las fracciones XVIII, XIX, XX, XXI y el inciso b) de la fracción XXVII del artículo 123; se adicionan la fracción XXII Bis y el inciso c) a la fracción XXXI del Apartado A del artículo 123, y se elimina el último párrafo de la fracción XXXI del Apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 107. ...
I. a IV. ...
V. ...

a) a c) ...

d) En materia laboral, cuando se reclamen resoluciones o sentencias definitivas que pongan fin al juicio dictadas por los tribunales laborales locales o federales o laudos del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado y sus homólogos en las entidades federativas;
...

VI. a XVIII. ...

Artículo 123. ...
...

A. ...
I. a XVII. ...

XVIII. Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a los tribunales laborales, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciera actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del Gobierno.

Cuando se trate de obtener la celebración de un contrato colectivo de trabajo se deberá acreditar que se cuenta con la representación de los trabajadores.

XIX. Los paros serán lícitos únicamente cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de los tribunales laborales.

XX. La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a lo dispuesto en los artículos 94, 97, 116 fracción III, y 122 Apartado A, fracción IV de esta Constitución, según corresponda, y deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral. Sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia.
Antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente. En el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los Centros de Conciliación, especializados e imparciales que se instituyan en las entidades federativas. Dichos centros tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios. Contarán con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en las leyes locales.

La ley determinará el procedimiento que se deberá observar en la instancia conciliatoria. En todo caso, la etapa de conciliación consistirá en una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora debidamente fijadas de manera expedita. Las subsecuentes audiencias de conciliación sólo se realizarán con el acuerdo de las partes en conflicto. La ley establecerá las reglas para que los convenios laborales adquieran condición de cosa juzgada, así como para su ejecución.

En el orden federal, la función conciliatoria estará a cargo de un organismo descentralizado. Al organismo descentralizado le corresponderá además, el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados.

El organismo descentralizado a que se refiere el párrafo anterior contará con personalidad jurídica y patrimonio

propios, plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirá por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad.

Su integración y funcionamiento se determinará en la ley de la materia.

Para la designación del titular del organismo descentralizado a que se refiere el párrafo anterior, el Ejecutivo Federal someterá una terna a consideración de la Cámara de Senadores, la cual previa comparecencia de las personas propuestas, realizará la designación correspondiente. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara de Senadores presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si la Cámara de Senadores no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo aquél que, dentro de dicha terna, designe el Ejecutivo Federal.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Ejecutivo Federal someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuere rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna designe el Ejecutivo Federal.

El nombramiento deberá recaer en una persona que tenga capacidad y experiencia en las materias de la competencia del organismo descentralizado; que no haya ocupado un cargo en algún partido político, ni haya sido candidato a ocupar un cargo público de elección popular en los tres años anteriores a la designación; y que goce de buena reputación y no haya sido condenado por delito doloso. Asimismo, deberá cumplir los requisitos que establezca la ley. Desempeñará su encargo por períodos de seis años y podrá ser reelecto por una sola ocasión. En caso de falta absoluta, el sustituto será nombrado para concluir el periodo respectivo. Sólo podrá ser removido por causa grave en los términos del Título IV de esta Constitución y no podrá tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación

del organismo y de los no remunerados en actividades docentes, científicas, culturales o de beneficencia.

XXI. Si el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a cumplir con la resolución, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Esta disposición no será aplicable en los casos de las acciones consignadas en la fracción siguiente. Si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo.

XXII. ...

XXII Bis. Los procedimientos y requisitos que establezca la ley para asegurar la libertad de negociación colectiva y los legítimos intereses de trabajadores y patrones, deberán garantizar, entre otros, los siguientes principios:

a) Representatividad de las organizaciones sindicales, y
b) Certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo.

Para la resolución de conflictos entre sindicatos, la solicitud de celebración de un contrato colectivo de trabajo y la elección de dirigentes, el voto de los trabajadores será personal, libre y secreto. La ley garantizará el cumplimiento de estos principios. Con base en lo anterior, para la elección de dirigentes, los estatutos sindicales podrán, de conformidad con lo dispuesto en la ley, fijar modalidades procedimentales aplicables a los respectivos procesos.

XXIII. a XXVI. ...
XXVII. ...

a) ...

b) Las que fijen un salario que no sea remunerador a juicio de los tribunales laborales.

c) a h) ...

XXVIII. a XXX. ...

XXXI. ...

a) y b) ...

c) Materias:

1. El registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados;

2. La aplicación de las disposiciones de trabajo en los asuntos relativos a conflictos que afecten a dos o más entidades federativas;

3. Contratos colectivos que hayan sido declarados obligatorios en más de una entidad federativa;

4. Obligaciones patronales en materia educativa, en los términos de ley, y

5. Obligaciones de los patrones en materia de capacitación y adiestramiento de sus trabajadores, así como de seguridad e higiene en los centros de trabajo, para lo cual, las autoridades federales contarán con el auxilio de las estatales, cuando se trate de ramas o actividades de jurisdicción local, en los términos de la ley correspondiente.

B. ...

Transitorios

Primero. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas deberán realizar las adecuaciones legislativas que correspondan para dar cumplimiento a lo previsto en el presente Decreto, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del mismo.

Tercero. En tanto se instituyen e inician operaciones los tribunales laborales, los Centros de Conciliación y el organismo descentralizado a que se refiere el presente

Decreto, de conformidad con el transitorio anterior, las Juntas de Conciliación y Arbitraje y, en su caso, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social o las autoridades locales laborales, continuarán atendiendo las diferencias o conflictos que se presenten entre el capital y el trabajo y sobre el registro de los contratos colectivos de trabajo y de organizaciones sindicales.

Los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación continuarán conociendo de los amparos interpuestos en contra de los laudos emitidos por las referidas Juntas en términos de lo previsto por la fracción V del artículo 107 de esta Constitución.

Los asuntos que estuvieran en trámite al momento de iniciar sus funciones los tribunales laborales, los Centros de Conciliación y el organismo descentralizado a que se refiere el presente Decreto, serán resueltos de conformidad con las disposiciones aplicables al momento de su inicio.

Cuarto. Dentro del plazo a que se refiere el artículo segundo transitorio de este Decreto, el Ejecutivo Federal someterá a la Cámara de Senadores la terna para la designación del titular del organismo descentralizado que se encargará de atender los asuntos relacionados con el registro de contratos colectivos de trabajo y organizaciones sindicales.

Quinto. En cualquier caso, los derechos de los trabajadores que tienen a su cargo la atención de los asuntos a que se refiere el primer párrafo del artículo tercero transitorio, se respetarán conforme a la ley.

Sexto. Las autoridades competentes y las Juntas de Conciliación y Arbitraje deberán transferir los procedimientos, expedientes y documentación que, en el ámbito de sus respectivas competencias, tengan bajo su atención o resguardo a los tribunales laborales y a los Centros de Conciliación que se encargarán de resolver las diferencias y los conflictos entre patrones y trabajadores. Asimismo, las autoridades competentes y las Juntas de Conciliación y Arbitraje deberán transferir los expedientes y documentación que, en el ámbito de sus respectivas competencias tengan bajo su atención

o resguardo, al organismo descentralizado que se encargará de atender los asuntos relacionados con el registro de contratos colectivos de trabajo y organizaciones sindicales.

Ciudad de México, a 8 de febrero de 2017.- Dip. Edmundo Javier Bolaños Aguilar, Presidente.- Sen. Pablo Escudero Morales, Presidente.- Dip. Alejandra Noemí Reynoso Sánchez, Secretaria.- Sen. María Elena Barrera Tapia, Secretaria.- Rúbricas."
En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, a veintitrés de febrero de dos mil diecisiete.- Enrique Peña Nieto.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, Miguel Ángel Osorio Chong.- Rúbrica. [32]

[32] Diario Oficial de la Federación (DOF): México, 24/02/2017

PARTICULARIDADES DE LA SUBASTA JUDICIAL DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES HIPOTECADOS COMO MODALIDAD ESPECIAL DE LA SUBASTA JUDICIAL

Rubén López Picó[1]
Becario de Formación Interna de Derecho Procesal
Universidad de Granada

1. Introducción

En los últimos años, el procedimiento de ejecución hipotecaria se ha visto sometido a un especial control por parte del legislador, lo que como resultado, ha derivado en el desarrollo de un conjunto de modificaciones en lo relativo a su regulación. Respecto a nuestro objeto de estudio, tres han sido las reformas principales:

La aprobación de la Ley 13/2009, de 3 de Noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, supuso la modificación de siete -arts.686, 687, 688, 690, 691,693 y 695- de los dieciochos artículos que integran el Capítulo V del Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC-.

Al mismo tiempo, la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, se tradujo

[1] rubenlopezpico@ugr.es

en un cambio del contenido de algunos de los artículos -arts.682, 691, 693 y 695- del Capítulo V, antes referido. La finalidad perseguida con estos cambios, radica en poder garantizar que el desarrollo de la ejecución hipotecaria tenga lugar conforme a la adecuada protección de los derechos e intereses de los deudores, al tiempo que se consigue una mayor agilización y flexibilización del procedimiento de ejecución.

Por último, la Ley 19/2015, de 13 de Julio, de medidas de reformas administrativas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, retocó lo afirmado por los artículos 682, 683, 685, 686, 688, 691 y 693 de ese mismo Capítulo V, para poder integrarlos y adaptarlos a las nuevas exigencia tecnológicas introducidas en el procedimiento civil[2].

2. Consideraciones previas

Con carácter general la institución procesal de la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles se rige por las normas contempladas en la Sección 5ª "*De la subasta de bienes muebles*" -arts.643 a 654- y 6ª "*De la subasta de bienes inmuebles*" -arts.655 a 675-, respectivamente, del Capítulo IV "*Del procedimiento de apremio*" del Título IV "*De la ejecución dineraria*" del Libro III "*De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*" de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Frente a la generalidad, nos encontramos con la especialidad de la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados, regulada a través de las normas establecidas por medio del Capítulo V -arts.681 a 698- "*De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados*" del Título IV "*De la ejecución dineraria*" del Libro III "*De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*" de la LEC.

De conformidad con lo establecido en el art.681.1 LEC, la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados se lleva a cabo conforme a lo dispuesto en el Título IV de la LEC, ya mencionado. Pero siendo conscientes que en la aplicación de esas normas, tendremos que tener en cuenta las particularidades relativas a esta modalidad de subasta judicial -de bienes muebles e inmuebles hipotecados- contempladas a través del Capítulo V de la LEC, también antes

[2] *Vid.* DE LA SERNA BOSCH, J. *La subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3ª Edición*. Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, p.291.

mencionado. A lo que adicionalmente, de acuerdo con el contenido del art.682.1 LEC, tendremos que añadir que las normas de ese Capítulo V de la LEC, relativas a las particularidades de las subastas judiciales de bienes muebles e inmuebles hipotecados, solo son de aplicación cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes muebles e inmuebles que gocen de dicho carácter: hipotecados.

Dentro de esta misma línea argumentativa, debemos tener presente, que tal y como refleja el contenido del art.682.2 LEC, las particularidades relativas a la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados del presente capítulo -Capítulo V de la LEC-, se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto hasta el momento, se cumplan los siguientes requisitos:

- Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75% del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de los previsto en la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

- Que en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. También se podrá fijar una dirección electrónica a los efectos de recibir notificaciones electrónicas, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del art.660 LEC. En la hipoteca sobre establecimientos mercantiles se tendrá necesariamente por domicilio el local en que tuviere instalado el establecimiento que se hipoteca.

- El Registrador hará constar en la inscripción de la hipoteca las circunstancias a que se refiere el apartado anterior.

En definitiva, tras lo expuesto, podemos afirmar que la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados se desarrolla conforme a lo dispuesto en el Título IV "*De la ejecución dineraria*" de la LEC, es decir, de acuerdo a lo previsto legalmente para el desarrollo de la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles, pero con las particularidades que existen para esa modalidad de subasta judicial -de bienes muebles e inmuebles hipotecados -, recogidas en el Capítulo V "*De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados*" del

Título IV "*De la ejecución dineraria*" del Libro III "*De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*" de la LEC. Pues aunque de forma generalizada la hipoteca se suela constituir sobre bienes inmuebles, también hay casos en los que ésta última -la hipoteca- se constituye sobre bienes muebles[3].

3. Particularidades de la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados

Las particularidades relativas a la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados pueden poseer un carácter general o especial dependiendo de si el bien mueble o inmueble hipotecado objeto de la misma -subasta judicial-, se encuentra inmerso en un procedimiento general de subasta judicial hipotecaria, o en uno de los procedimientos especiales de la subasta judicial hipotecaria.

Particularidades relativas al proceso general de subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados

Entre las particularidades relativas al proceso general de subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados, debemos hacer referencia a las siguientes cuestiones.

a) Bienes inmuebles hipotecados

La mayoría de los bienes hipotecados que constituyen el objeto de este proceso especial de subasta judicial, se caracterizan por tener una naturaleza de tipo inmueble. De ahí, la necesidad de referenciar su naturaleza inmueble.

Así, en los casos en los que el objeto de la subasta judicial recaiga sobre un bien inmueble hipotecado, de forma previa al inicio de la subasta judicial, los interesados en ésta última, pueden reclamar -siempre a instancia de parte, nunca de oficio, al Registrador de la Propiedad la expedición de la oportuna certificación en la que consten los extremos a que se refiere el art.656.1 LEC: los dominios y las cargas

[3] *Vid*. LIÉBANA ORTIZ, J.A., y SANTOS DEL VALLE, L.F. *Las subastas electrónicas -judiciales, notariales y administrativas-*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor -Navarra-, 2016, pp.233 y 234.

que existen sobre el bien inmueble hipotecado objeto de la subasta judicial. El Registrador de la Propiedad encargado de la emisión de la certificación antes referida, hará constar a través de nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido dicha certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento al que se refiere[4].

Esa misma certificación, también debe hacer referencia a la inserción literal de la inscripción de hipoteca que haya de ejecutarse, expresándose en todo caso que la hipoteca a favor del ejecutante se haya subsistente y sin cancelar, o de forma contraria, la cancelación o modificación de los datos contenidos en el Registro de la Propiedad, donde se haya inscrito. Con independencia de lo descrito hasta el momento, siempre será de aplicación lo dispuesto en el art.656.3 LEC[5] –certificación de dominio y cargas-.

"La nota marginal en la inscripción de la hipoteca produce una especie de cierre registral en relación con el propio asiento objeto de la hipoteca que se está ejecutando. Por tanto, mientras no se cancele por mandamiento del Letrado de la Administración de Justicia dicha nota marginal, el Registrador de la Propiedad no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas a la propia ejecución. Si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto poniendo fin a la ejecución -art.688 apartados 1,2 y 3 LEC-. "Ello implica que, desde el momento en que consta en el Registro la correspondiente nota marginal, no puede tener lugar la cancelación de la hipoteca por carta de pago sin el control judicial"[6].

[4] *Vid.* ASENCIO MELLADO, J.Mª. *Derecho Procesal Civil. 2ª Edición*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.339.

[5] El art.656.3 LEC relacionado con la quiebra de la subasta judicial señala que: "*Sin perjuicio de lo anterior, el Procurador de la parte ejecutante, debidamente facultado por el Letrado de la Administración de Justicia y una vez anotado el embargo, podrá solicitar la certificación a la que se refiere el apartado 1 de este precepto, cuya expedición será igualmente objeto de nota marginal. En todo caso, la certificación se expedirá en formato electrónico y con contenido estructurado*".

[6] *Vid.* DE LA SERNA BOSCH. *La subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3ª Edición… óp. cit*., p.297.

b) Domicilio a efecto de comunicaciones

El deudor y el hipotecante no deudor pueden cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de los requerimientos y notificaciones en función de lo dispuesto a través de las reglas contenidas en el art.683.1 LEC -referenciadas en los distintos procedimientos especiales del apartado 3.2 de este trabajo-.

Si tiene lugar alguno de los cambios a los que se refiere el art.683.1 LEC, éstos tienen que inscribirse en la escritura de constitución de la hipoteca a través de una nota marginal, bien mediante instancia con firma legitimada o ratificada ante el Registrador, bien mediante instancia presentada telemáticamente en el Registro, garantizada con certificado reconocido de firma electrónica, o bien mediante acta notarial -art.683.2 LEC-[7].

Debemos señalar que a efecto de requerimiento y notificaciones, el domicilio de los terceros adquirentes de bienes hipotecados será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición.

c) Competencia

Salvo para el caso de los procesos especiales de subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados -a los que más tarde haremos referencia-, con carácter general y de acuerdo al contenido del art.684.4 LEC, la competencia para conocer de estas cuestiones recae sobre el Juzgado de Primera Instancia al que las partes se hubiesen sometido en la escritura o póliza de constitución de la garantía, y en su defecto, el del lugar en el que los bienes hipotecados se hallen, estén almacenados o se entiendan depositados. El examen de la competencia tiene siempre y en todo caso lugar "*ex officio"* -art.684.2 LEC-, recayendo la posible denuncia de la falta de competencia a través de la declinatoria -art.547 LEC-[8].

[7] *Vid.* JIMÉNEZ CONDE, F., GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., y TOMÁS TOMÁS, S. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ed. Diego Marín, Murcia, 2015, pp.402 y 403.
[8] *Vid.* ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Civil. 9ª Edición*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2016, p.488.

d) Comunicación del proceso al titular inscrito y a los acreedores posteriores

Si emitida la certificación registral, apareciese que la persona a cuya favor resulta practicada la última inscripción de dominio, no ha sido requerida de pago en ninguna de las formas notariales o judiciales antes señalada, de acuerdo con el contenido del art.689.1 LEC, se deberá notificará la existencia del procedimiento a esa persona -a favor de la que se realizó la última inscripción de dominio- en el domicilio que conste en el Registro de la Propiedad, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución conforme a lo dispuesto en el art.662 LEC[9] -tercer poseedor-, o satisfacer antes del remate el importe del crédito, los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca.

Cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el art.659 LEC[10] -titulares de derechos posteriormente

[9] El art.662 LEC referente al tercer poseedor determina que: "*1. Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasare aquel bien a poder de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Oficina judicial, lo que se acordará por el Secretario judicial sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores. 2. Se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo. 3. En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, el tercer poseedor podrá liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien, y siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 613 de esta Ley*" -Efectos del embargo. Anotaciones preventivas y terceros poseedores-.

[10] El art.659 LEC viene a establecer en relación a los titulares de derechos posteriormente inscritos que: "*1. El registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro. 2. A los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas no se les realizará comunicación alguna, pero, acreditando al Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución la inscripción de su*

inscritos-. Estos casos hacen referencia fundamentalmente a los terceros poseedores, es decir, personas que adquirieron el bien hipotecado con posterioridad a la constitución de la hipoteca y sin subrogarse en la deuda, y que, además, no han sido requeridas de pago, ni son parte del proceso de ejecución. Ante esta situación, la Oficina Judicial y no el Registro de la Propiedad es quien debe efectuar la correspondiente notificación, pues es la propia Oficina Judicial la que está capacitada para saber si ese tercer poseedor ha sido o no requerido. De modo que la notificación a este tercer poseedor en el domicilio que conste registralmente corresponderá en todo momento a aquélla, a la Oficina Judicial[11].

El art.689.2 LEC hace mención al art.659 LEC al abordar las distintas cuestiones relativas a los supuestos en los que existen cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor. En estos supuestos, la Instrucción de la Dirección General del Registro y Notariado –DGRN- de 12 de Diciembre del año 2000 declara que las comunicaciones a titulares de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la constitución de la hipoteca que se ejecutando, referida por el art.689.2 LEC en relación con el art.659 LEC, debe de ser realizada por el Registrador de la Propiedad al tratarse de ejecuciones iniciadas con arreglo a la citada Ley, Ley de Enjuiciamiento Civil -Disposición Transitoria 7ª de LEC 2000-. Por su parte, en las ejecuciones hipotecarias, todavía vigentes, que se tramiten con arreglo al procedimiento judicial sumario del art.131 de la Ley Hipotecaria -Decreto de 8 de Febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria-, esas mismas comunicaciones

derecho, se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten. 3. Cuando los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho. Se harán constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y las de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades indicadas o del oportuno mandamiento expedido por el Secretario judicial, en su caso".

[11] *Vid*. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILA, S., y CALDERÑON CUADRADO, M.P. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. 24ª Edición*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.870 y 871.

serán realizadas por el Juez competente para ello, aunque el mandamiento ordenándolas se presente una vez en vigor con aquélla[12].

De forma contraria a toda esta casuística, si de la certificación se desprende que la persona a cuyo favor se ha practicado la última inscripción ya ha sido requerida de pago, podrá procederse a la convocatoria de la subasta, transcurridos los veinte días previstos en el art.691.1 LEC.

e) Inicio de la subasta judicial

El contenido del art.691.2 LEC recuerda que el anuncio y la publicidad de esta modalidad especial de subasta judicial tiene lugar conforme a la forma determinada por los arts.667 y 668 LEC, y que por tanto, su desarrollo se produce bajo los parámetros existente para el caso de la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles, pero con determinadas particularidades.

Para que el bien mueble e inmueble hipotecado pueda salir a subasta, es necesario cumplimentar de forma previa los dos requisitos señalados por el art.691.1 LEC:

a) La presentación de la correspondiente solicitud de inicio de la subasta judicial por parte del actor legitimado para ello -art.685.1 LEC-.

La presentación de la solicitud de inicio de esta particular modalidad de subasta judicial tiene lugar por medio de la presentación de la demanda ejecutiva dirigida contra el deudor, y en su caso, contra el hipotecante no deudor, o contra el tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que éste último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes. De modo que, generalmente, será el actor ejecutante, quién solicite la celebración de la subasta judicial mediante la presentación de la solicitud antes referida[13].

[12] *Vid.* DE LA SERNA BOSCH. *La subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3ª Edición… óp. cit*., p.298.

[13] *Vid*. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. -VV.AA.-. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 3440 y 3441.

La demanda ejecutiva irá acompañada de un conjunto de documentos. Fundamentalmente del título o títulos de crédito -art.549 LEC-, revestidos de los requisitos que la LEC exige para el despacho de la ejecución, así como los referidos en los arts. 550, 573 y 574[14] LEC

[14] Art.550 LEC. Documentos que han de acompañar a la demanda ejecutiva: *"1. A la demanda ejecutiva se acompañarán: 1.º El título ejecutivo, salvo que la ejecución se funde en sentencia, decreto, acuerdo o transacción que conste en los autos. Cuando el título sea un laudo, se acompañarán, además, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes. Cuando el título sea un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, se acompañará, además, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. 2.º El poder otorgado a procurador, siempre que la representación no se confiera «apud acta» o no conste ya en las actuaciones, cuando se pidiere la ejecución de sentencias, transacciones o acuerdos aprobados judicialmente. 3.º Los documentos que acrediten los precios o cotizaciones aplicados para el cómputo en dinero de deudas no dinerarias, cuando no se trate de datos oficiales o de público conocimiento. 4.º Los demás documentos que la ley exija para el despacho de la ejecución. 2. También podrán acompañarse a la demanda ejecutiva cuantos documentos considere el ejecutante útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla".*

Art.573 LEC. Documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta: "*1. En los casos a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior, a la demanda ejecutiva deberán acompañarse, además del título ejecutivo y de los documentos a que se refiere el artículo 550, los siguientes: 1.º El documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución. 2.º El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. 3.º El documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible. 2. También podrán acompañarse a la demanda, cuando el ejecutante lo considere conveniente, los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono. 3. Si el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución*".

Art.574 LEC. Ejecución en casos de intereses variables: "*1. El ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución en los siguientes casos: 1.º Cuando la cantidad que reclama provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiera pactado un interés variable. 2.º Cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o*

-documentos que han de acompañar a la demanda ejecutiva, a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta, y a la ejecución en casos de intereses variables, respectivamente- de la misma LEC –art.685.2 LEC-.

Los títulos que deberán acompañar a la demanda ejecutiva, requeridos para poder dar inicio a la subasta judicial hipotecaria, dependerán del tipo de bien hipotecado –mueble o inmueble- objeto de la misma. Con carácter general esos títulos serán:

- Documento privado de constitución de la Hipoteca Naval inscrito en el Registro de Bienes Muebles conforme al art.128 de la Ley 14/2014, de 14 de Julio, de Navegación Marítima -art.685.3 LEC-.

- Certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Debiéndose posteriormente complementada con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución –art.685.4 LEC-.

Por último, en relación a este primer requisito, hay que tener presente que para despacharse la ejecución, es necesario que previamente se haya notificado al deudor la demanda ejecutiva inicial. Esta notificación puede tener lugar por el procurador de la parte ejecutante que así lo solicite o cuando atendiendo a las circunstancias lo acuerde el Letrado de la Administración de Justicia –art.685.5 LEC-.

b) Haber transcurrido al menos veinte días desde que tuvieron lugar las actuaciones requeridas por la LEC para poder iniciar la subasta judicial de

crédito en el que sea preciso ajustar las paridades de distintas monedas y sus respectivos tipos de interés. 2. En todos los casos anteriores será de aplicación lo dispuesto en los números segundo y tercero del apartado primero del artículo anterior y en los apartados segundo y tercero de dicho artículo".

los bienes muebles e inmuebles hipotecados objeto de la misma.

Esas actuaciones a las que acabamos de hacer referencia, y cuya realización es requerida por la LEC para poder dar inicio a la subasta judicial, consisten fundamentalmente en: el requerimiento de pago -art.686 LEC[15] -, la expedición de la certificación de dominios y cargas –art.688 LEC-, y la comunicación, en su caso, de la existencia del procedimiento al tercer poseedor y a los acreedores posteriores -art.689

[15] La cuestión relativa al requerimiento de pago queda perfectamente explicada a través del contenido del art.686 LEC al señalar que: *"en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro. Sin perjuicio de la notificación al deudor del despacho de la ejecución, no se practicará el requerimiento a que se refiere el apartado anterior cuando se acredite haberse efectuado extrajudicialmente el requerimiento o requerimientos, conforme a lo dispuesto en el art.581.2 LEC. A estos efectos, el requerimiento al deudor y en su caso las notificaciones al tercer poseedor hipotecante no deudor y titulares, en su caso, de derechos inscritos con posterioridad al derecho real de hipoteca que se ejerce habrá de realizarse en el domicilio que conste consignado por cada uno de ellos en el Registro. El requerimiento o notificación se hará por el Notario, en la forma que se resulte de la legislación notarial, en la persona del destinatario, si se encontrare en el domicilio señalado. No hallándose en el domicilio, el Notario llevará a efecto la diligencia con la persona mayor de edad que allí se encontrase y manifestase tener con el requerido una relación personal o laboral. El Notario hará constar expresamente la manifestación de dicha persona sobre su consentimiento a hacerse cargo de la célula y su obligación de hacerla llegar a su destinatario. Será válido el requerimiento o la notificación realizada fuera del domicilio que conste en el Registro de la Propiedad siempre que se haga en la persona del destinatario y previa identificación por el Notario con su consentimiento, que será expresado en el acta de requerimiento o notificación. Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas antes referidas, y realizadas por la Oficina Judicial las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista por el art.164 LEC"* –comunicación por medio de edicto-.

LEC-. Las dos últimas cuestiones son desarrolladas en apartados independientes[16].

Pago del crédito hipotecario, destino del precio del remate, y aplicación del sobrante

El precio del remate -cantidad pagada por el licitador o postor vencedor en la subasta judicial por el bien mueble o inmueble hipotecado- se destina al pago el crédito/deuda del actor, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos pueda exceder del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.

Una vez realizados todos estos pagos, el exceso -en caso de haberlo- se pondrá a disposición de los titulares de derechos posteriores, a los del ejecutante, inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Si una vez satisfechos estos derechos posteriores, sigue existiendo sobrante, éste, le será entregado al propietario del bien hipotecado. Sin embargo, cuando el propietario del bien hipotecado sea el ejecutante, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se debe al ejecutante por el crédito objeto de la ejecución, una vez satisfechos los créditos inscritos o anotados posteriormente a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra -art.692.1 LEC-[17].

Aquellas personas, que entiendan o consideren que se encuentran en posesión de algún derecho posterior al del ejecutante, inscrito o anotado sobre el bien hipotecado objeto de la subasta judicial, tras el pago al ejecutante, podrán actuar de acuerdo a lo previsto en el articulado de la LEC. Dicha actuación variará dependiendo del tipo de bien hipotecado del que se trate -art.654 LEC para bienes muebles, y art.672 LEC para bienes inmuebles-. Todo ello sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención

[16] *Vid*. CARBONEL LLORENS, C. *La ejecución hipotecaria: presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales*. Ed. CGPJ, Madrid, 2000, p.321.

[17] *Vid*. RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., y RIAÑO BRUN, I. *Derecho Procesal Civil. Volumen II*. Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2011, p.545.

en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal -art.692.2 LEC-.

Efectuados todos los pagos determinados por la LEC, se expedirá un mandamiento dónde se concreta la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante, las inscripciones y las anotaciones posteriores, además de los dispuesto en el art.674 LEC[18] -cancelación de cargas-, y que se realizaron todas y cada una de las notificaciones y comunicaciones previstas en el art.689 LEC, antes mencionado -art.692.3 LEC-[19].

Reclamaciones

Todas y cada una de las distintas cuestiones relacionadas con las reclamaciones, quedan reguladas a través del art. 693 LEC, que conforme a su apartado primero, determina que: "*lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros*

[18] El art.674 LEC referente a la cancelación de cargas señala que: *"A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación. A instancia de parte, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se remitirán electrónicamente al Registro o Registros de la Propiedad correspondientes*".

[19] *Vid.* LIÉBANA ORTIZ, y SANTOS DEL VALLE. *Las subastas electrónicas -judiciales, notariales y administrativas- …óp. cit*., pp.236 y 237.

plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha".

Este artículo, a través de su apartado segundo, señala que se podrá reclamar la totalidad de lo adeudado por capital e intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo.

En este caso, de acuerdo con el art.693.3 LEC, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, puede liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el art.578.2 LEC[20] -vencimiento de nuevos plazos o de la totalidad de la deuda- y se le conceda una ampliación del plazo de ejecución[21].

[20] El art.674 LEC relativo a la cancelación de cargas, determina que: "*A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación. A instancia de parte, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se remitirán electrónicamente al Registro o Registros de la Propiedad correspondientes*".

[21] *Vid.* LIÉBANA ORTIZ, y SANTOS DEL VALLE. *Las subastas electrónicas -judiciales, notariales y administrativas-…óp. cit*., pp.235 y 236.

No obstante, si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamos y los intereses impagados en todo o en parte. Además, liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los párrafos anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite del 5% previsto en el art.575.1 bis LEC y, una vez satisfechas éstas, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

Imposibilidad de hacer frente a la deuda por falta de liquidez

El contenido del art.579.1 LEC pone de manifiesto que en aquellos casos en los que tras la celebración de la subasta judicial de los bienes muebles o inmuebles hipotecados objeto de la misma, las cantidades dinerarias obtenidas de ella resultasen ser insuficientes para cubrir el derecho de crédito insatisfecho, el ejecutante se verá legitimado para solicitar que se despache ejecución por la cantidad restante de la deuda, y contra quienes proceda. Esta última -la ejecución por la cantidad del total de la deuda que resta por pagar- tendrá lugar conforme a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

Debemos tener presente que si de la venta en subasta judicial hipotecaria de los bienes muebles o inmuebles objeto de la misma no se obtuviesen los recursos económicos suficientes con los que hacer frente al pago de la deuda del acreedor, tras la finalización del proceso, el deudor quedará obligado a hacer frente al pago de la misma de acuerdo al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido a través del art.1911 del Código Civil.

Ante esta situación, el acreedor hipotecario no tiene otra opción más que la de recurrir a la ejecución forzosa común como único medio para obtener el pago del resto de su crédito insatisfecho. Para ello, y de

acuerdo con las normas ordinarias, solicitará el despacho de ejecución por la cantidad de dinero que falta por pagar y contra quienes proceda. Debiendo presentar para ello una nueva demanda cuya tramitación la asumirá el mismo órgano judicial que haya conocido previamente del asunto, salvo que nos encontremos ante un partido judicial donde exista un juzgado hipotecario especializado en dicha materia[22].

En esta misma línea, pero como caso especial, debemos señalar que para el caso de los supuestos de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si una vez celebrada la subasta judicial del bien mueble o inmueble hipotecado, no se logra obtener las cantidades dinerarias suficientes y necesarias con las que completar la satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución por las cantidades que resten no se suspenderá sino que se ajustará a las especialidades recogidas a través del art.579.2 LEC:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación el remate o adjudicación, por el 65% del cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los términos sí, no pudiendo satisfacer ese 65% dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80% dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, el acreedor podrá reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación a favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50% de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirá todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

[22] *Vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA.V. *Derecho Procesal Civil. Parte especial. 6ª Edición*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.290

"Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por la que el deudor podría quedar liberado de acuerdo a las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b)"[23].

Oposición y suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria

"Las especialidades más importantes del proceso especial de ejecución de créditos garantizados con hipoteca afectan al régimen de oposición y suspensión de la ejecución hipotecaria"[24].

En cuanto a la oposición a la ejecución hipotecaria, la LEC establece una serie de causas tasadas que permiten a los interesados oponerse al desarrollo de la misma. Causas que se caracterizan por quedar encuadradas dentro de un proceso sencillo marcado por la comparecencia de las partes y la adopción de una decisión final en torno a esta misma cuestión por parte de un tribunal, en forma de auto -art.695.2 LEC-.

Las causas de oposición a la ejecución hipotecaria quedan recogidas en el art.695.1 LEC, y son las siguientes: a)extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía, b) plus petición, pero sólo cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado, c) si se trata de hipoteca mobiliaria, que el bien hipotecado esté sujeto a otra hipoteca o embargo inscritos con anterioridad a la hipoteca que motive el procedimiento. El resto de motivos que se pretendan alegar para

[23] *Vid.* LIÉBANA ORTIZ, y SANTOS DEL VALLE. *Las subastas electrónicas -judiciales, notariales y administrativas-…óp. cit*., pp.237 y 238.
[24] *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRRES J. *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte Especial*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp.462 y 463.

oponerse a la ejecución hipotecaria solo se pueden alegar a través del proceso ordinario de declaración del art.698 LEC[25].

Frente a la oposición, la LEC por medio de sus arts.696 y 697, nos permite recurrir a la suspensión de la ejecución hipotecaria ante estas situaciones: a) Interposición de una tercería de dominio. En estos casos el tercerista debe aportar un título de propiedad con fecha anterior al a constitución de la hipoteca que motiva el procedimiento donde se haga constar no sólo la titularidad del mismo sino también qué dicha titular se encontraba inscrita de forma previa a la constitución de la hipoteca, y b) Prejudicialidad penal. Es necesario acreditar que existe una causa criminal con el fin de poder declarar la falsedad, invalidez o ilicitud del título de despacho de ejecución.

3.2. Particularidades relativas a los procesos especiales de subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados

Frente al procedimiento general de subasta judicial de bienes muebles e inmuebles hipotecados, encontramos varios procedimientos especiales cuyo objeto también son bienes muebles e inmuebles hipotecados, y que presentan diversas particularidades merecedoras de alguna mención.

Hipoteca marítima

Siguiendo el contenido del art.681.2 LEC, cuando se reclame el pago de deudas garantizadas por hipoteca naval, lo dispuesto en el art.681.1 LEC -relativo al procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca-, solo podrá ejercitarse directamente en los casos descritos en el art.140.a) y e) de la Ley 14/2014, de 14 de Julio, de Navegación Marítima. De modo que el acreedor con hipoteca naval podrá ejercitar directamente su derecho de crédito contra el buque afecto a hipoteca, bien al vencimiento del plazo para la devolución del capital o para el pago de los intereses -art.140.a)-, bien cuando se cumplan las condiciones pactadas como resolutorias de la obligación

[25] *Vid.* BANACLOCHE PALAO, J. CUBILLO LÓPEZ, I.J. *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp.435 y 436.

garantizada, y todas las que produzcan el efecto de hacer exigible el capital o los intereses -art.140.e)-.

En el resto de los casos del mencionado artículo, cuando el buque hipotecado sufriese algún deterioro que lo inutilizase definitivamente para navegar, o cuando existiesen dos o más buques afectos al cumplimiento de una misma obligación, y tuviese lugar la pérdida o el deterioro de alguno de ellos, que supusiese su inutilización definitiva para poder navegar –art.140.c) y d)-, la acción del acreedor con hipoteca naval solo se podrá ejercitar contra el buque afecto a hipoteca, previa constatación de la situación real del mismo a través de certificación emitida por la administración competente. Por su parte, en el caso de que el deudor fuese declarado en concurso –art.140.b)-, para que el acreedor con hipoteca naval pueda ejercitar su derecho contra el buque afecto a la misma, será necesario que se presente testimonio de la ejecutoria en la que se haga constar la declaración de concurso[26].

Todas las comunicaciones, requerimientos y notificaciones tendrán lugar en el domicilio que el deudor o el hipotecante no deudor hubiesen designado durante la constitución de la hipoteca. De acuerdo al art.683.3 LEC, para que se produzca un cambio respecto del lugar de notificación, bastará con poner este hecho en conocimiento del acreedor.

La competencia para conocer de estos casos recae sobre el Juzgado de Primera Instancia al que se hubieran sometido las partes en el título constitutivo de la hipoteca, y en su defecto, el Juzgado del lugar en el que se hubiere constituido la hipoteca, el del puerto en que se encuentre el buque hipotecado, el del domicilio del demandado o el del lugar en que radique el Registro en que fue inscrita la hipoteca, a elección del actor, tal y como viene establecido por medio del contenido del art.684.2 LEC.

Deuda garantizada con hipoteca sobre vehículos de motor

Si la subasta judicial tiene por objeto la venta de vehículos de motor con hipoteca, de acuerdo con lo dispuesto en el art.687.1 LEC, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la subasta judicial, es el encargado de ordenar que los vehículos de motor

[26] *Vid.* CORTES y MORENO. *Derecho Procesal Civil…óp. cit*., p.291.

hipotecados sobre los que recae la subasta judicial, se depositen en poder del acreedor o de la persona que éste último haya designado.

Una vez entregados estos últimos -los vehículos de motor hipotecados sobre los que recae la subasta judicial- a quien corresponda, ya sea al acreedor o a la persona designada por él, los vehículos deben ser precintados con el fin de no ser utilizados. Si no fuese posible garantizar este objetivo por la existencia de disposiciones especiales, el Letrado de la Administración de Justicia al frente de la subasta judicial, nombrará un interventor, quién tendrá como tarea fundamental garantizar la consecución de ese último objetivo[27].

En aquellos casos en los que el deudor es requerido extrajudicialmente para el pago de las cantidades adeudadas, el depósito antes referido es acordado mediante decreto por el Letrado de la Administración de Justicia, competente para ello. En caso contrario, el mismo Letrado de la Administración de Justicia, es quién debe requerir de pago al deudor con arreglo a lo previsto para estos casos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si éste último -el deudor- no atendiese al requerimiento de pago efectuado por el Letrado de la Administración de Justicia competente para ello, se procederá a la constitución del depósito ya referido.

De forma extrema, cuando los bienes del deudor afectos a la subasta judicial no pudiesen ser aprehendidos, y tampoco fuese posible la constitución del depósito de los mismos, se dará por terminado el procedimiento de la subasta judicial.

En estos casos, el art.683.2 LEC establece que cuando se trate de hipoteca mobiliaria, el domicilio afecto a notificaciones, comunicaciones y requerimientos no podrá ser cambiado sin consentimiento del acreedor.

La competencia para conocer del asunto recaerá sobre el Juzgado de Primera Instancia al que las partes se hubieran sometido en la escritura de constitución de hipoteca y, en su defecto, el del partido judicial donde ésta hubiera sido inscrita. Si fueren varios los vehículos de motor hipotecados e inscritos en diversos Registros, será competente

[27] *Vid.* ORTELLS RAMOS, M. -Dir.-. *Derecho Procesal Civil. 15ª Edición*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor –Navarra-, 2016, p.689.

el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de los partidos judiciales, a elección del demandante -art.684.3 LEC-.

Deuda garantizada con hipoteca sobre establecimiento mercantil

El art.691.3 LEC establece que para la subasta judicial que recaiga sobre un establecimiento mercantil con hipoteca, el edicto que se publica en el Portal de Subastas del AEBOE -a fin de darle publicidad- debe indicar que el adquirente del mismo queda sujeto a lo dispuesto por medio por la Ley 29/1994, de 24 de Noviembre, sobre Arrendamientos Urbanos, aceptando por consiguiente el derecho del arrendador a renta por cesión del contrato. Se trata pues, de una particularidad centrada fundamentalmente en la publicidad de la subasta judicial que recae sobre un bien inmueble con hipoteca, en la que el aspecto a destacar es la necesidad de advertir al posible adjudicatario del bien inmueble objeto de la misma, de la obligación de sometimiento a la legislación arrendaticia urbana en caso de que finalmente proceda a su adquisición.

La Ley de 16 de Diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, determina a través de su art.19 que "*para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles, deberán estar instalados en local de negocio del que, el titular, sea dueño o arrendatario, con facultad de traspasar*". Por tanto, si finalmente, la subasta judicial que recae sobre un establecimiento mercantil hipotecado se ejecuta, el adjudicatario de la misma, adquirirá no la propiedad del establecimiento mercantil hipotecado afecto a la subasta judicial, sino el derecho de arrendamiento sobre ese mismo establecimiento mercantil hipotecado objeto de la subasta judicial. De forma, que tras la subasta, el rematante -licitador/postor vencedor de la subasta judicial- adquiere el derecho a subrogarse en la posición del arrendatario hipotecante frente al arrendador.

Adicionalmente, el art.32 de la Ley 29/1994 -antes mencionada- determina que "*el arrendador tiene derecho a la elevación de la renta en vigor en un 10% en caso de producirse un subarriendo parcial, y de un 20% en el caso de producirse la cesión del contrato o el subarriendo total de la finca arrendada*". De modo que, a lo expuesto hasta ahora, debemos añadir que el postor que consiga adjudicarse el bien subastado -rematante- y se convierta en el arrendatario del establecimiento mercantil hipotecado objeto de la subasta judicial, deberá hacer frente

al pago de la renta del establecimiento mercantil existente hasta el momento, pero con la posibilidad de verse incrementada en hasta en un 20%, dependiendo del tipo de subarriendo acordado[28].

El apartado cuarto de ese mismo art.32 de la Ley 29/1994, determina que "*tanto la cesión como el subarriendo deberán notificarse de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes desde que aquéllos se hubieren concertado*". Si dicha notificación no se realiza en el plazo establecido para ello, el propietario del establecimiento mercantil hipotecado, podría no reconocer la subrogación realizada. De forma contraria, una vez notificada la adquisición del establecimiento mercantil hipotecado en tiempo y forma, la relación entre el arrendador y el adquirente se regirá de acuerdo a lo previsto en el contrato de arrendamiento original.

Por último, el art.684.1 LEC determina que para el caso de que los bienes hipotecados fueren inmuebles, el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si ésta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicasen en diferentes partidas, el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, será el competente para conocer del asunto. En este caso, no son aplicables las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Declaración de concurso del deudor

El art.691.5 LEC, viene a determinar que al igual que en las subastas judiciales de bienes muebles e inmuebles, en las equivalentes de bienes muebles e inmuebles hipotecados, cuando el Letrado de la Administración de Justicia al frente de la subasta judicial tenga conocimiento de que el deudor se encuentra inmerso en una situación de concurso, deberá proceder a suspender la subasta judicial aunque esta última ya se hubiese iniciado de forma previa. En estos casos, la subasta judicial, solo se reanudará cuando se consiga acreditar mediante testimonio del Juez encargado de la dirección del concurso, que los bienes hipotecados afectos por la subasta judicial no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor

[28] *Vid.* DE LA SERNA BOSCH. *La subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3ª Edición… óp. cit*., p.302.

concursado, siendo de aplicación el contenido del art.649.2 LEC -relativo a la suspensión de la subasta judicial[29]-.

De acuerdo con éste último -art.649.2 LEC-, la suspensión de la subasta judicial se practicará en idénticas condiciones a las del régimen general de la subasta judicial de bienes muebles e inmuebles no hipotecados. Así, "*la suspensión de la subasta por un periodo superior a quince días llevará consigo la devolución de las consignaciones, retrotrayendo la situación al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio. La reanudación de la subasta se realizará mediante una nueva publicación del anuncio como si de una nueva subasta se tratase*".

En todo caso, el Registrador de la Propiedad será el encargado de notificar a la Oficina Judicial ante la que se sigue el procedimiento ejecutivo, la inscripción o anotación del concurso sobre la finca hipotecada, así como la constatación registral de que el bien o bienes muebles o inmuebles hipotecados objeto de la subasta judicial , y sobre los que recae el concurso, no están afecto o no son necesario para que el deudor concursado pueda continuar desarrollando su actividad profesional o empresarial.

Vivienda habitual del deudor

Con el fin de garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibieran la contraprestación adecuada por el bien inmueble objeto de la misma, el art.671 LEC fue modificado por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de Julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa.

Esta modificación, orientada al incremento del porcentaje de adjudicación, prevé que para el caso de las subastas judiciales dónde el bien objeto de la misma es un inmueble hipotecado, la adquisición del mismo -incluso por el ejecutante, cuando la subasta judicial queda sin postores- nunca podrá tener lugar por una cantidad inferior al 60% del

[29] *Vid.* LIÉBANA ORTIZ, y SANTOS DEL VALLE. *Las subastas electrónicas -judiciales, notariales y administrativas-…óp. cit*., pp.235.

valor por el que salió a subasta. Así se evita el "despojo" del deudor, y se alcanza la consecución de uno de los objetivos de la subasta judicial: adquirir los recursos económicos suficientes con los que acabar o reducir al máximo la deuda del ejecutado.

La elevación que experimentó el porcentaje mínimo de adjudicación de los bienes inmuebles hipotecados objeto de la subasta judicial, fue del 50% al 60% del valor por el que el bien inmueble hipotecado salía a subasta.

Posteriormente, la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios[30], reestructuración de deuda y alquiler social, modificó una vez más el contenido del art.671 LEC, al añadir un tercer apartado al art.21 del Decreto-Ley de 8 de Febrero de 1946, por el que se aprobaba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. Determinando que en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda, debe hacerse constar el carácter habitual o no que pretenda atribuirse a la vivienda que finalmente se hipoteque, presumiendo, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble, éste último es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución[31].

De modo que tal y como explica la Resolución de 19 de Diciembre del año 2013 de la Dirección General del Registro y Notariado, este tercer nuevo apartado del art.21 LH establece un sistema de protección de los deudores hipotecarios en el que tan solo es necesario para su aplicación la apreciación del carácter de vivienda habitual, sin que sea necesario en ningún momento la apertura de una fase probatoria extraña a este procedimiento. De ahí, que podamos

[30] La aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios constituye un aspecto de gran importancia al haber motivado la modificación de la LH y de la LEC en diversos aspectos. Sin duda alguna, el elemento esencial a destacar de la misma es la posibilidad de suspender el lanzamiento de la vivienda habitual durante un periodo de tiempo de dos años cuando la situación familiar y económica del deudor reúna diversas circunstancias previstas en el artículo primero de esta Ley, así como su competencia y/o capacidad para determinar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de hipoteca. *Vid.* ROBLES GARZÓN, J.A. -Dir.-. *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil. Quinta Edición*. Ed. Tecnos, Madrid, 2013, p.667.

[31] *Vid.* DE LA SERNA BOSCH. *La subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3ª Edición… óp. cit*., p.308.

entender, que este tercer y nuevo apartado del art.21 LH tenga por finalidad esencial el restablecimiento de una presunción legal destinada a dispensar de toda otra prueba sobre el carácter habitual de la vivienda, a los efectos de permitir aplicar en el ámbito de la ejecución hipotecaria las medidas de protección del deudor hipotecario sin necesidad de adicionar algún otro trámite.

El art.683.1 LEC, determina que en el caso de los bienes inmuebles hipotecados, para efectuar la modificación del domicilio, no será necesario el consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirvan para determinar la competencia del Juzgado. En caso contrario será necesaria la conformidad del acreedor.

En estos casos, y al igual que para el caso anterior relativo a la deuda garantizada con hipoteca sobre establecimiento mercantil, art.684.1 LEC determina que para el caso de que los bienes hipotecados fueren inmuebles, el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si ésta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicasen en diferentes partidas, el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, será el competente para conocer del asunto. En este caso, no son aplicables las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Bibliografía

- ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Civil. 9ª Edición*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2016.

- ASENCIO MELLADO, J. Mª. *Derecho Procesal Civil. 2ª Edición*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- BANACLOCHE PALAO, J. CUBILLO LÓPEZ, I.J. *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

- CARBONEL LLORENS, C. *La ejecución hipotecaria: presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales*. Ed. CGPJ, Madrid, 2000.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA.V. *Derecho Procesal Civil. Parte especial. 6ª Edición*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRRES J. *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte Especial*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

- DE LA SERNA BOSCH, J. *La subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3ª Edición*. Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016.

- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. -VV.AA.-. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.

- GARBERÍ LLOBREGAT, J. Derecho Procesal Civil. *Procesos declarativos y procesos de ejecución. 2ª Edición*. Editorial Bosch, Barcelona, 2015.

- JIMÉNEZ CONDE, F., GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., y TOMÁS TOMÁS, S. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ed. Diego Marín, Murcia, 2015.

- LIÉBANA ORTIZ, J.A., y SANTOS DEL VALLE, L.F. *Las subastas electrónicas -judiciales, notariales y administrativas-*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor -Navarra-, 2016.

- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILA, S., y CALDERÑON CUADRADO, M.P. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. 24ª Edición*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- ORTELLS RAMOS, M. -Dir.-. *Derecho Procesal Civil. 15ª Edición*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor –Navarra-, 2016.

- RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., y RIAÑO BRUN, I. *Derecho Procesal Civil. Volumen II*. Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2011.

- ROBLES GARZÓN, J.A. -Dir.-. *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil. Quinta Edición*. Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

Legislación

- Ley de 16 de Diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión.

- Ley 2/1981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

- Ley 29/1994, de 24 de Noviembre, sobre Arrendamientos Urbanos.

- Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

- Ley 13/2009, de 3 de Noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

- Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

- Ley 14/2014, de 14 de Julio, de Navegación Marítima.

- Ley 19/2015, de 13 de Julio, de medidas de reformas administrativas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

- Decreto-Ley de 8 de Febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

- Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 d Julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa.

- Instrucción de la Dirección General del Registro y Notariado -DGRN- de 12 de Diciembre de 2000.

- Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado -DGRN- de 19 de Diciembre de 2013.

IL CONTRIBUTO DI CLARA CAMPOAMOR NEL RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO DI VOTO ALLE DONNE NELLA SPAGNA DEL NOVECENTO

Daniele Lo Cascio
Universidad Aldo Moro, de Bari

1.- Clara Campoamor: un profilo biografico

Nell'ambito del dibattito per l'emancipazione della donna e dei suoi diritti combattuta nel XX secolo in Spagna, assume particolare rilievo la figura di Clara Campoamor, che attraverso la propria attività professionale, giornalistica e parlamentare svolse un ruolo fondamentale per la battaglia rivolta al riconoscimento del voto feminino. Clara Campoamor Rodríguez[1] nacquealle dieci del mattino[2]al piano terra della madrilena calle del Rubio 4[3] nel barrio de Maravillas[4]il 12 febbraio 1888 in seno ad una modesta famiglia. A tre settimane dalla

[1]Da ora in avanti C.C.
[2] Partida de nacimiento, Libro 44, Registro Civil de Nacimientos, folio 249, n.283. Distrito Universidad.
[3] Nel 1894 rinominata calle del Marqués de S.Ana.
[4]Attuale barrio de Malasaña.

nascita fu battezzata nella chiesa di San Idelfonso[5]. Il padre Manuel Campoamor Martínez originario di Santander era contabile presso un quotidiano, la madre M.ª Pilar Rodríguez Martínez era sarta. Nel 1898 quando aveva dieci anni rimase orfana di padre, questo la costrinse a lasciare gli studi per aiutare la madre nell'economia familiare. A tal fine iniziò a svolgere diversi lavori, primo fra tutti quello di sarta, poi di commessa e centralinista. Il primo stipendio riuscì ad averlo a ventun'anninel 1909 quando il 19 giugno vinse il concorso a funzionaria di seconda classe del Cuerpo de Correos y Telégrafos del Ministerio de la Gobernación, questo incarico la portò però lontano da Madrid, prima a Saragozza, poi a San Sebastian dove avrebbe salutato la proclamazione della Seconda Repubblica e dove sarebbero ritornati i suoi resti dopo il lungo esilio[6].

Nel 1914 riuscì a ritornare a Madrid avendo vinto l'unico posto a concorso bandito dal Ministerio de Instrucción Pública come professore speciale di tachigrafía e meccanografia nelle Scuole per adulti. Contemporaneamente diventò ausiliare meccanografica presso il Servicio de Construcciones Civiles dello stesso Ministero. Il suo carattere poliedrico unito alle necessità economiche portò C.C. ad affiancare lavori di traduzione dal francese per la nota editorial Calpe[7]e a diventare segretaria di Salvador Cánovas Cervantes, direttore de *La Tribuna* [8], un periodico apparentemente liberale ma sostanzialemente conservatore di stampo germanofilo e maurista[9]. Furono questi gli anni

[5] Libro 42, folio 439, Parroquia de San Idelfonso, Madrid.

[6] FAGOAGA C. Y SAAVEDRA P., Clara Campoamor. *La sufragista española*, Madrid, 1981, p.28.

[7] Inizia nel 1922 con *Le roman de la momie* di Théophile Gautier che verrà pubblicato a Madrid nel 1923 con il titolo *La novela de una momia*.

[8] La Tribuna fu un periódico che si definiva indipendente publicado en Madrid entre 1912 y 1922.

[9] Il maurismo fu un movimento precursore della destra radicale spagnola facente capo a Antonio Maura y Montaner político spagnolo, cinque volte presidente del Consiglio dei Ministri sotto il regnato di Alfonso XIII. Nei suoi due primi governi sostenne una "rivoluzione dall'alto" per combattere

in cui C.C. iniziò ad interessarsi di politica guardando anche lo Sciopero Generale Rivoluzionario dell'agosto del 1917 che la portò a credere che un cambio fosse possibile. Nel 1919 entrò a far parte del Consejo Supremo Feminista de España, associazione che riuniva in modo federale cinque associazioni femministe: La Mujer del Porvenir, La Progresiva Femenina de Barcelona, la Liga para el Progreso de la Mujer, la Liga Concepción Arenal de Valencia, la Asociación Nacional de Mujeres Españolas (ANME). Raggiunta una certa tranquillità economica C.C. nel 1920 riprende a trentadue anni gli studi iscrivendosi all'Instituto Cisneros di Madrid per conseguire il baccillerato in poco più di due anni, il 21 marzo 1923[10].

Il 31 ottobre 1924 C.C. entrò a far parte de la *Academia de Jurisprudencia* per iscriversi subito dopo alla Facoltà di Diritto dell'Universidad Central di Madrid[11]ove conseguirà la laurea il 19 dicembre 1924. Visse il mondo accademico non in modo passivo ma attivamente entrando nella *Juventud Universitaria Femenina*, costola de la ANME e tenendo una serie di conferenze tra cui quella del maggio 1923 sul tema: *La mujer y su nuevo ambiente*[12]nella quale iniziò a cavalcare il femminismo come strumento di giustizia sociale e di eguaglianza tra i sessi, per questo la giurista e femminista María Telo Núñez disse di lei:

l'oligarchia e il caciquismo e rinnovare le istituzioni in un momento in cui si assisteva alla crisi dei partiti dinastici della Restauración. CFR: GONZÁLEZ CUEVAS P.C. *Tradicionalismo, catolicismo y nacionalismo: la extrema derecha durante el régimen de la Restauración (1898-1930) en Revista Ayer*, n.71, Madrid, 2008, pp.25-52.

[10] Conseguirà poi il titolo presso l'Instituto General y Tecnico di Cuenca

[11] Il Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes aveva permesso l'accesso al conseguimento di un titolo accademico abilitante una professione solo nel 1910.

[12] CAMPOAMOR C., *La mujer y su nuevo ambiente* (La Sociedad), en El Derecho de la mujer, Madrid, 1936 p.143-144.

> [...*nació feminista y amante de la justicia, que es lo mismo. No tuvo que formarse en el feminismo, pues en ella fue algo innato*.][13].

Il tre febbraio 1925 a trentasei anni era diventata una dei pochi avvocati donna di Spagna entrando nel Ilustre Colegio de Abogados de Madrid con un proprio studio legale. Come acutamente è stato rilevato [14] C.C. in quegli anni non doveva ancora godere di stabilità economica dal momento che il 30 gennaio 1925 aveva rivolto al Decano del Colegio de Abogados de Madrid un'istanza per essere esonerata dal pagamento della quota di entrata allo stesso collegio, privilegio che gli fu accordato[15]. L'esercizio della professione forense era per C.C. solo il punto di partenza della rivendicazione e dell'uguaglianza dei diritti della donna che l'avrebbe portata prima ad una serie di conferenze presso istituzioni o associazioni femminili volte a ridestare le coscienze, poi a sostenere quelle stesse idee in Parlamento al fine di ottenere il cd. *voto femenino*. Degna di nota è la conferenza del 13 aprile 1925 impartita presso l'Academia de Jurisprudencia che aveva come titolo: *La nuova mujer ante el derecho (El derecho público)*[16]. In quell'esposizione la C.C. iniziò con una analisi lucida di quella che era stata sino ad allora la condizione della donna, da elemento di sfruttamento nei paesi arretrati, passando per essere strumento di soddisfazione del capriccio maschile negli *harem*, per arrivare ad essere qualificata la regina della casa nei paesi più civilizzati.

---

[13] TELO NÚÑEZ M., *El compromiso ético de Clara Campoamor*, en *Poder y Libertad*, n.9, 2º sem.,1988, p.35.

[14] NEUS SAMBLANCAT M., Clara Campoamor, *La revolución española vista por una republicana*, Barcelona, 2002, p.5.

[15] Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Expediente Personal del Colegiado, Don Clara Campoamor Rodríguez, Junta de Gobierno 2 de febrero 1925, in NEUS SAMBLANCAT M., op. cit., nota 14, p.5.

[16] CAMPOAMOR C., *El derecho de la mujer: recopilación de tres de las conferencias iniciadas en 1922 por Clara Campoamor*, Madrid, 2007, p. 29-63.

Una diversità di condizioni che avevano in comune isolare la donna dal contesto umano e sociale, quando questa invece doveva conquistare la sua indipendenza e libertà senza repressioni o esaltazioni, in una parola doveva reimpadronirsi del diritto più universale, quello di essere. Definì il XX secolo come quello dell'emancipazione femminile che la donna avrebbe potuto conquistare in Spagna solamente con le proprie forze, smettendola di fingere un'inferiorità che non sentiva parte di se. C.C. contestòsubito esenza mezzi termini la teoria della differenziazione sessuale del dott. Gregorio Marañon, più tardi suo avversario politico nelle Corti Costituenti, il quale in una conferenza dal titolo "Sexo y Trabajo" si mostrò sostenitore della inadeguatezza della donna al lavoro sociale ritenendo *la funzione sessuale e materna della donna esclusiva ed escludente*[17]. Lo stesso Marañon confutava, in base ad una improbabile analisi biologica, l'affermazione della Genesi secondo la quale Dio segna con chiarezza i due cammini paralleli: "*tu uomo lavorerai; tu donna, partorirai*". Per C.C. si trattava evidentemente solo di una diversità qualititiva dei sessi a cui corrispondeva per la donna solo una prestazione fisiologica maggiore rispetto all'uomo a causa della funzione riproduttiva.

Per fortuna erano lontani i tempi in cui Concepción Arenal affermò che *in Spagna la donna poteva essere solo regina o tabaccaia*, potendo riscontrare la presenza della donna in quasi tutte le attività sociali, tranne che in quelle in cui vi erano cavilli giudiziari che ne impedissero l'accesso. La Ley de Bases del 1918 per la regolamentazione dei servizi di amministrazione ad esempio, concedeva l'acceso alle cariche pubbliche "previa verifica degli stessi requisiti attitudinali richiesti per gli uomini", una sorta di *capitis diminutio* che la Campoamor aveva sperimentato su se stessa quando lavorò come funzionaria di seconda classe nel Cuerpo de Correos y Telégrafos ove ebbe modo di riscontrare che la donna svolgeva incarichi formalmente ausiliari ma sostanzialmente identici a quelli

[17] CAMPOAMOR C., *El derecho de la mujer: recopilación de tres*… op.cit., p. 33.

ufficiali a causa di una riserva del regolamento. Già in quegli anni era chiarissima nella Campoamor l'idea di modernizzare la legislazione:

> *El legislador tiene hoy ante sí otro tipo de mujer que ha suplantado a aquella que motivó sus únicas preocupaciones de clase; a la hija de buena familia, sin inquietudes económicas desde la cuna, criada por servidores bien pagados, mientras la madre atiende sus frívolas ocupaciones de corte y sociedad y deambula entre joyeros y modistas; que estudia idiomas, sin penetrar en su literatura; música de gabinete, y labores de adorno, todo ello dirigido por maestros particulares o pujantes asociaciones religiosas, que con notas brillantes sostienen el fuego sagrado del pingüe sueldo, la que en la época presente gasta sus bien cultivadas energías en el deporte, y en quien acaso algunos conocimientos superiores, como el manejo del latín o de la poesía, son flores que adornan una conversación de sobremesa o un ocio paternal. A esa ha sucedido la mujer moderna, la hija del trabajo que necesita labrarse una independencia económica* […] *La obrera, y la oficinista, pagada inferiormente al varón, la auxiliar administrativa, que, aunque realice prácticamente la misma labor no podrá llegar a la escala de oficiales; la licenciada, q quien el Estado da un título con valores apócrifos, que luego no puede hacer válido*[18].

In questi anni C.C. passa dal semplice interesse alla politica all'impegno politico concreto simpatizzando con le idee del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) e scrivendo il prologo al libro *Feminismo socialista* di Maria Cambrils [19] dedicato a Pablo Iglesias [20].

[18]*Ibidem*, p. 52-53.

[19] CAMBRILS M., *Feminismo socialista*, Valencia, 1925.

[20] Pablo Iglesias Fondò il PSOE il 2 de mayo de 1879 in una riunione svoltasi presso la taberna Casa Labra situada en la calle Tetuán, alla quale assistirono

Probabilmente prese parte al Lyceum Club, la prima associazione femminista del paese la cui prima sede fu inaugurata il 4 novembre 1926[21], associazione che anelava alla concessione del voto politico alle donne così come era accaduto nella maggioranza dei paesi europei e negli Stati Uniti[22]. Nel 1927 presiede la *Juventud Universitaria Femenina* che avrebbe rappresentato nel settembre dello stesso anno la sezione spagnola della Federazione Internazionale al XII congresso de la *International Federación of University Women*[23]. Sempre nel 1927 quando la Academia de Jurisprudencia gli concede un premio a cui è annessa la Gran Croce di Alfonso XIII la rifiuta.

Nel 1929 fondò a Madrid, insieme con Carmen Baroja de Caro, Margarita Gorriti, Carmen Gallardo de Mesa, e Matilde Huici il primo *Centro de Información de la mujer* che aveva l'obiettivo di creare e propagare tra tutte le donne universitarie la cooperazione e il mutuo aiuto a beneficio della collettività sociale e della donna in generale; nello stesso anno fu tra le fondatrici a Parigi della *Federación Internacional de Mujers de Carreras Jurídicas*[24] ove conobbe

venticinque compagni: sedici tipografi, quattro medici, un dottore, due gioiellieri, un marmista e un calzolaio.

[21] Presidente María Maetzu, vicepresidente Victoria Kent e Isabel Oyarzábal, vide 115 socie fondatrici con le presidenze di onore ostentate dalla Regina Vittoria e dalla Duchessa di Alba. Cfr. HURTADO A., *El Lyceum Club Femenino (Madrid 1926-1939)*, Boletín Institución Libre de Enseñanza, II Época, Diciembre 1999, n.36, pp.28 e ss.

[22]Al 1924 solo Francia, Italia e Svizzera non lo avevano ancora concesso a fronte di 23 àesi che lo avevano già concesso: Australia, Austria, Belgio, Canada, Cecoslovacchia, Danimarca, Stati Uniti, Finlandia, Ungheria, Irlanda, Islanda, Lussemburgo, Monglia, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Polonia, Regno Unito e Irlanda del Nord, Repubblica Federale Tedesca, Repubblica Socialista Sovietica di Bilelorussia, R.S.S. di Ucraina, Svezia e Russia o in forma universale o con qualche restrizione.

[23] Cfr. MAILLARD M.L., *La Asociación Española de Mujeres Universitarias*, (1920-1990), Madrid, 1990.

[24] Si trattava di un primo grupo di avvocatesse rappresentanti alcuni paesi tra cui Marcelle Kraemer Bach e Agatha Divrande Thevenin (Francia), Margaret

Antoinette Quinche, l'avvocatessa svizzera che l'aiutò negli anni dell'esilio. Nel 1929 fa parte insieme con Matilde Huici, del comitato organizzatore della Agrupación Liberal Socialista, dal quale entrambe però si svincolarono, essendo la stessa organizzazione troppo vicina agli ideali del regime riverista. Nel 1931 intervenne nella Società delle Nazioni attraverso la *Liga Femenina Española* e la *Asociación Femenina Universitaria* integrate nella *International Federación of University Women*[25].Rifiutò sempre l'appellativo di femminista preferendo quello di umanista in difesa dell'uguaglianza dei diritti della donna e della la libertà politica.

Sempre nel 1931 entrò a far parte del Consiglio Nazionale di *Acción Repúblicana*, embrione del futuro partito di Manuel Azaña, dal quale pure si svincolò comprendendo subito che non avrebbe potuto perseguire i suoi ideali dal momento che Azaña, pur appartenendo al Governo Provisional de la República non solo aveva sostenuto il cd. *decreto de las faldas*[26], quello che permetteva a donne e sacerdoti di essere eletti alle Corti Costituenti ma non di eleggere, ma neppure si era mostrato favorevole ad una candidatura della Campoamor nelle file del suo partito a Madrid, giudicando troppo avanzati i suoi ideali. A questo punto C.C. entra nel Partito Radicale di Alejandro Lerroux García su richiesta dello stesso il quale crede che una persona cosí di valore non puó rimanere al margine di un processo costituente così importante per il futuro del paese. Per il suo impegno, i suoi valori repubblicani, il suo umanismo gli viene offerto un posto nelle liste del Partito Radical Repúblicanodi Madrid. C.C viene così eletta deputata nelle elezioni del 28 giugno 1931 da un suffragio universale maschile con 68.470 voti

Brendt (Germania), Poska Gruntal (Russia) a cui in seguito si aggiunsero rappresentanti di altri paesi tra cui Antoinette Quinche per la Svizzera.

[25] FAGOAGA C., *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España. 1877-1931,* Barcelona, 1985, p.165-171; FAGOAGA C. Y SAAVEDRA P., Clara Campoamor. *La sufragista española*, op. cit. 80-81.

[26] Art.3, Decreto Ministerio de la Gobernación n.130, 10 de Mayo 1931, Gaceta de Madrid, p.639-641.

prestando giuramento il 27 luglio seguente[27]. Il 28 luglio sarà inclusa dalle nuove Cortes nella Comisión Redactora de la Constitución Republicana come unica donna di un consesso di 21 membri. Il primo ottobre 1931, dopo articolati dibattiti parlamentari il voto alle donne ricevette 161 voti favorevoli e 121 contrari. Si approvó infatti l'articolo 36 della Costituzione della Seconda Repubblica che recitava: "*Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes*". Grazie a soli 40 voti in più le donne divenivano elettrici. Una vittoria che non apparve più tale quando, il 19 novembre 1933 risultò una maggioranza di centro destra alle prime elezioni a suffragio universale in cui le donne spagnole votarono. C.C. sapeva che l'avrebbero ritenuta la principale responsabile di quella sconfitta della sinistra e non sentendosi più sostenuta dal suo partito si dimise nel 1934 dal Partito Radical Repúblicano ormai sceso a patti con la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA).

In realtà la sconfitta della sinistra non era da ascriversi al voto delle donne influenzate dalla Chiesa, ne alla campagna astensionista della Confederación Nacional de Trabajadores (CNT) quanto alla frammentarietà con cuisi era presentata al voto fronte a delle destre unite, al contrario di quanto avvenne nelle elezioni del 1931[28]. Nel luglio del 1935 chiese a Cesares Quiroga di entrare nella Izquierda Republicana ma gli venne rifiutato. Nel 1936 alla vigilia della Guerra Civil pubblica in giugno *El Voto Femenino y yo. Mi Pecado Mortal* opera in cui C.C. descrive il suo ideale politico e l'iter parlamentare della riforma costituzionale che portò all'approvazione del voto delle donne fino all'ostracismo che la volle fuori da parlamento e dalla vita politica attiva. Rimase a Madrid fino ad agosto osservando il clima di

[27]Fonte Buscador Historico Congreso de los Diputados 1810-1977. Portal Web Congreso de los Diputados.

[28] Cfr. CASANOVA, J., *República y Guerra Civil*. Vol. 8 de la Historia de España. Barcelona, 2007. GIL PECHARROMÁN, J., *La Segunda República. Esperanzas y frustraciones*. Madrid, 1997. JULIÁ, S., *Un siglo de España. Política y sociedad*. Madrid, 1999.

terrore e le fucilazioni che avvenivano quotidianamente, poi tra settembre ed ottobre si imbarcò ad Alicante su di una nave tedesca diretta in Italia con l'intenzione di rifugiarsi in Svizzera. I falangisti la denunciano alle autorità fasciste e viene trattenuta alcune ore a Genova. Una volta libera riuscì ad arrivare a Losanna dove raccolse quanto vissuto a Madrid tra il luglio e l'agosto del 1936 in piena Guerra Civil nel volume *La revolución española vista por una republicana* che resta tra le prime testimonianze della Guerra Civil.

Nel 1938 decide di proseguire l'esilio in Argentina, dove a Buenos Aies svolge qualche incarico come avvocato e insieme a Federico Fernández-Castillejo pubblica *Heroismo criollo: la marina argentina en el drama español* [29]un testo nel quale ripercorse alcuni momenti della sua fuga dalla Spagna e la condizione psicologica dei rifugiati in esilio. In Argentina continua a dare conferenze, scrivere biografie[30], effettuare traduzioni[31]nonché a collaborale con il prestigioso studio legale Fornieles specializzato in diritto successorio[32]. Il 16 gennaio del 1948 torna a Madrid [33]per essere ospitata in casa di

[29] CAMPOAMOR C., FERNÁNDEZ CASTILLEJO F., *Heroismo criollo: la marina argentina en el drama español*, Buenos Aires, 1939.

[30] CAMPOAMOR C., *El pensamiento vivo de Concepción Arenal: presentado por Clara Campoamor*, Buenos Aires, 1943; *Sor Juana Inés de la Cruz*, Buenos Aires, 1944; *Vida y obra de Quevedo*, Buenos Aires, 1945.

[31] HUGO V., *Los Miserables*, traducción y prefacio de Clara Camoamor, Buenos Aires, 1939; AMIEL H.F., *Diario íntimo*, Buenos Aires, 1949; GONCOURT E. Y J., *Historia de María Antonieta*, Buenos Aires, 1945; MILLOT A., *Las grandes tendencias de la pedagogía contemporánea*, Mexico, 1941; GONCOURT E. y J., *Madame de Pompadour*, Buenos Aires, 1947. ZOLA E., *La bestia humana*, Buenos Aires, 1953.

[32]FAGOAGA C. Y SAAVEDRA P., Clara Campoamor. La sufragista española, op.cit, p.218.

[33] La data esatta si apprezza da una comunicazione scritta della Dirección General de Seguridad al Exmo. Sr. Presidente del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo datata 19 gennaio 1948 in cui si espone che "*con fecha del 16 corriente, y procedente de Buenos Aires ha llegado a España por el Aeropuerto Barajas la ex-Diputado Socialista Clara*

Elisa Soriano Fischer, docente e oftalmóloga spagnola, fondatrice della *Asociación Nacional de Mujeres Españolas* (ANME) e presidente della *Juventud Universitaria Femenina* (JUF)[34].Accortasi di essere ricercata dal TribunalEspecial para la Represión de la Masonería y el Comunismo il 9 febbraio del 1948 decise di ritornare a Buenos Aires prima di essere arrestata. Ritornerà a Madrid[35]tra il 1952 e il 1953[36] dove ottenne da Concha Espina[37]una lettera di presentazione per potersi rivolgere al tribunale della Massoneria, questi gli comunicherà che potrà optare per dodici anni di carcere o delare i nomi degli altri componenti della loggia femminile *Reivindicación*.

Decide di ritornare immediatamente a Buonos Aires per rimanervi fino al 4 novembre 1955 quando decide di ritornare definitivamente a Losanna. L'ultimo tentativo di passare la frontiera da Irún gli viene sconsigliato essenso sempre in vigore l'ordine di ricerca e arresto [38].L'8 febbraio 1964 sarebbe stato pubblicato il decreto di

Campoamor Rodríguez" in Archivio General de la Guerra Civil Española (Salamanca). Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, Juzgado Espacial, n.3, N.º del Archivo 13777, N.º del Juzgado 3-I-48, N.º del Tribunal 27001.

[34] ORTIZ-GÓMEZ T. *Una médica feminista*. Mujeres y salud, Granada, 2000, pp. 16-17; [Voz] *Soriano Fisher*, Elisa. En: Diccionario Biográfico Español. Madrid: Real Academia de la Historia, vol. XLVII, 2013.

[35] ESPAÑOL BOUCHÉ L., *Semblanza de Clara Campoamor*, in La revolución española vista por una republicana, Sevilla, 2013, p.9-18.

[36] Secondo NEUS SAMBLANCAT M., op. cit., p.33 rifacendosi ad una lettera diretta a Gregorio Marañon datata 19 ottobre 1952 la Campoamor avrebbe esplicitamente datato il suo rientro, in Archivo Fundación Gregorio Marañon, Madrid, Fondo Correspondencia, Serie Correspondencia a Marañon.

[37]NEUS SAMBLANCAT M., op. cit., p.15.

[38]Nell'ultima comunicazione datata 3 giugno 1963 si legge: "que subsiste a todos los efectos la orden de busca y captura de Clara Campoamor Rodriguéz". In Archivo General de la Guerra Civil Española (Salamanca). Tribunal Especial Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo,

soppressione del Tribunal Especial[39] ma C.C. aveva ormai abbandonato l'idea di rientrare in patria. In Svizzera trascorrerá gli ultimi 17 anni della sua vita lavorando in uno studio legale finchè perse la vista. Morirà di tumore il 30 aprile 1972 assistita dalla sua amica e collega Antoinette Quinche [40]. I suoi resti furono trasportati17 giorni piú tardi[41] al Cementerio Municipal Polloe in San Sebastián (Guipúzcoa) in un'urna siglata dalle autorità svizzere e dal Consolato di Spagna a Ginevra.

2.- L'iter legislativo verso la parità dei diritti: il voto alle donne in Spagna

Il primo tentativo di riconoscimento dell'elettorato attivo alle donne si ebbe sotto il regnato di Alfonso XIII quando il 7 marzo 1908[42] il Conde de Casa Valencia, Emilio Alcalá Galiano pose dal Senato una mozione affinché il Governo presentasse un nuovo progetto di legge che concedesse l'elettorato attivo alle donne adducendo la contraddizione che *in Spagna la donna poteva essere regina ma non elettrice.*[43] La mozione non ebbe risposta. Dieci giorni dopo, il 17 marzo 1908 quando era in discussione al Congresso la nuova legge del Régimen de Administración Local si mise in discussione l'emendamento all'art.41 presentato da sette deputati repubblicani con a capo il Sr. Pi y Arsuaga che intendeva concedere il voto alle elezioni

Juzgado Espacial, n.3, N.º del Archivo 13777, N.º del Juzgado 3-I-48, N.º del Tribunal 27001.

[39] FERRER BENIMELI J.A., Masonería española contemporánea. Vol.2. Desde 1868 hasta nuestros días, Madrid, 1987, p.157.

[40] RODRIGO A., Mujer y exilio, 1939, Madrid, 1999, p. 377-380.

[41]ELIZONDO LOPETEGUI A., Clara Campoamor, Diario Vasco, 1 de mayo, San Sebastián, 1996, p.27.

[42]Diario de Sesiones de Cortes 9 de marzo 1908; CAPEL MARTÍNEZ R., El Sufragio Femenino en la Segunda República Española, Madrid, 1992, p. 69.

[43] FAGOAGA C. Y SAAVEDRA P., Clara Campoamor. La sufragista española, op.cit, p.12.

municipali alle donne emancipate, maggiorenni o capofamiglia, ma non la capacità di essere elette.

L'emendamento fu visto come rivoluzionario dai conservatori e reazionario dalla sinistra perchè dare il voto ad una vedova equivaleva darlo al sacerdote[44], per questo fu bocciato con 65 voti contro e 35 a favore[45]. I tempi in effetti non erano ancora maturi perchè l'opinione pubblica accettasse come diritto quello che ancora veniva considerato un privilegio. La questione rimase lettera morta fino al 1924 quando a otto mesi del colpo di Stato che instaurò la dittatura di Miguel Primo de Rivera y Orbaneja, il 10 aprile 1924 venne pubblicato sulla Gaceta de Madrid un Real Decreto[46]in tema di allargamento del censo elettorale nelle elezioni municipali a firma dello stesso dittatore quale Presidente del Direttorio Militare e dal Re Alfonso XIII, decreto che concedeva con carattere di mera provvisorietà e a fini di saggio, una forma ristretta di voto alle donne. In base all'art. 1 si estendeva il censo alle donne maggiori di ventitrè anni, non soggette alla patria potestà, autorità maritale o tutela di persone con esse conviventi.

Si includevano inoltre *le titolari e le pupille di case di mal vivere* e le donne sposate che vivevano 1) separate dal marito in virtù di una sentenza definitiva che dichiarava colpevole lo sposo; 2) quando si era dichiarata giudizialmente l'assenza del marito ai sensi degli articili 184 e 185 del codice civile; 3) quando il marito soffriva della pena di interdizione civile imposta da sentenza definitiva; 4) quando la donna esercita la tutela del marito matto o sordomuto. Non si trattava evidentemente di un suffragio universale ma di un suffragio *sui generis* che lasciava incoerentemente fuori dal voto politico la donna sposata. Piú volte Primo de Rivera spiegò che non aveva voluto farsi carico di creare dissidi all'interno della coppia nella quale la donna avrebbe potuto votare per il tramite della sua influenza verso lo sposo[47].

[44] CAPEL MARTÍNEZ R., *op.cit*., p. 70.
[45] Diario de Sesiones de las Cortes, n.170, de 17 de marzo de 1908.
[46]*Gaceta de Madrid*, n.103 de 12 de abril 1924, pp.250-253.
[47] CAPEL MARTÍNEZ R., op.cit., p. 79.

In verità se pochi accolsero tale innovazione come una conquista, molti o furono contrari o non ne apprezzarono la portata simbolica, seppur per un numero limitato di soggetti. Il successivo corso della storia propabilmente aiutò naturalmente il diritto al voto della donna ad emergere. Il 28 gennaio 1930 Miguel Primo de Rivera presentò al re Alfonso XIII le sue dimissioni, il 17 agosto successivo, in una Spagna che vedeva il fronte repubblicano estremanente compatto e quello monarchico disgregato, si firmò il Patto di San Sebastian in cui i partiti repubblicani si coalizzarono per portare avanti un programma per destituire Alfonso XIII, organizzando un Gobierno Provisional che doveva essere pronto ad assumere il potere in qualsiasi momento. A seguito della Sublevación de Jaca del 12 de diciembre de 1930 assunse la difesa di alcuni membri del Comitato Rivoluzionario, tra cui il fratello Ignacio a quattro mesi dalla proclamazione della Repubblica.

Il 14 aprile 1931, il monarca non rinunciando ai suoi diritti, sospese il potere reale allontanandosi dalla Spagna, viene allora proclamata la Seconda Repubblica. L'8 maggio successivo un decreto del Gobierno Provisional, cd. *decreto de las faldas*[48] riformava la legge elettorale dell'8 agosto 1907 abbassando l'età per eleggere a 23 anni, concedendo alle donne e ai sacerdoti l'elettorato passivo[49], istituendo le circoscrizioni provinciali in luogo dei distretti unipersonali e determinando una percentuale minima del 20% per la validità delle elezioni. Un decreto inaccettabile per C.C. perchè creava un diritto a metà, l'elettorato passivo e rimandava alle Corti Costituenti la decisione di concedere o no il suffragio femminile attivo. Il 28 di luglio 1931 venne eletta la Comisión Constitucional composta da 21 deputati, in cui C.C. era l'unica donna eletta con 185 voti[50], il giorno seguente se ne dava comunicazione alle Cortes[51].

[48] Decreto delle gonne.
[49]Art.3: "*El artículo 4º de la Ley se varía en el sentido de reputar como elegibles para las Cortes Constituyentes a las mujeres y a los sacerdotes*".
[50]*DSCCRE* (Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española) 28 de julio 1931, n. 10, p.166.
[51]*DSCCRE*, n.11, 29 de julio 1931, p.191.

Grazie al lavoro della Commissione e all'opera persuasiva della deputata C.C. l'espressione suffragio universale avrebbe raggiunto in pochi mesi la sua pienezza di significato, così come l'uguaglianza tra i sessi non sarebbe stata più motivo di discriminazione alcuna. Il testo costituzionale fu elaborato dalla Commissione in venti giorni e fu presentato alla Camera il 18 agosto 1931 ove iniziò subito il dibattito[52] che si incentrò inizialmente sull'articolo 23 il cui testo iniziale recitava:

> *No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: el nacimiento, la clase social, la riqueza, las ideas políticas y las creencias religiosas. Se reconoce, en principio, la igualdad de derechos de los dos sexos. El Estado no reconoce los títulos y distinciones nobiliarios.*

Due furono gli obiettivi di C.C.: la menzione del *sexo* tra gli altri motivi di non privilegio giuridico e la cancellazione della parola *en principio* dal testo. In merito alla sottrazione della parola *en principio* nella sessione del 1º settembre fu posto il primo seme di dissenso dal deputato Álvarez Buylla il quale per suo conto e con il permesso del gruppo repubblicano affermò:

> *«Traéis a la Constitución el voto de las mujeres. Permitidme que os diga... (y perdone la señorita Campoamor, que si todas fuesen como ella, no tendría inconveniente en darles el voto) os diga que el voto de las mujeres es un elemento peligrosísimo para la República; que la mujer española merece toda clase de respetos dentro de aquel hogar español que cantó Gabriel y Galán, como ama de casa; que la mujer española, como educadora de sus hijos, merece también las alabanzas de los poetas; pero... que no se ha separado de la influencia*

[52] DURÁN Y LALAGUNA, P., El voto femenino en España, Madrid, 2007, p.22.

> *de la sacristía y el confesionario... a la mujer puede dársele el derecho pasivo, pero nunca el derecho a ser electora»*[53].

Tale affermazione dall'evidente maschilismo che vedeva la donna esclusivamente regina del focolare e psicologicamente dipendente dai consigli dei sacedoti, non fece altro che accendere l'ira di C.C. che nel suo primo intervento alla Camera quel giorno replicó:

> *«Yo les diría a estos pseudoliberales que debieron tener más cuidado cuando en el siglo XIX dejaban que sus mujeres frecuentaran el confesionario y que sus hijos poblaran los colegios de monjas y de frailes […] la desgracia de la mujer es que no ha sido nunca juzgada por normas propias... respetad su derecho como ser humano».*

Facendo poi leva sullo spirito patriottico C.C. terminava dicendo:

> *«esta Constitución será, por su época y por su espíritu, la mejor, hasta ahora, de las que existen en el mundo civilizado, la más libre, la más avanzada... (España) es el primer país latino en que el derecho, a la mujer, va a ser reconocido... me enorgullezco con la idea de que sea mi España la que alce esa bandera de liberación de la mujer, la que diga a los países latinos, a los únicos que se resisten ... cuál es el rumbo que debe seguir la latinidad»*[54].

[53] *DSCCRE*, n.30, 1º de septiembre de 1931, p.697-698.
[54] VALCÁRCEL A., El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931, Madrid, 2001, p.34.

La Camera plaudì entusiasta queste idee che vedevano la Spagna volano di un cambio di atteggiamento per tutti i paesi latini. Quando il giorno successivo C.C. andò a Ginevra come delegata supplente all'assemblea della Società delle Nazioni, alcuni repubblicani iniziarono a presentare degli emendamenti a titolo personale in merito all'età del voto, volendo aumentarla a 23 per i maschi e 45 per le donne[55]. Nella successiva sessione del 29 settembre C.C. tornò a difendere il sesso come motivo di non discriminazione spiegando come si trattava solo di sanare una dimenticanza nella redazione del testo originario e chiedendo ancora la soppressione dell'inciso *en principio* essendo l'uguaglianza dei diritti dei due sessi cosa ormai data per assodata[56].Venne innanzitutto approvato il testo dell'art. 2:

«Todos los españoles son iguales ante la ley.»

e poi quello dell'art.25 nella sua formulazione definitiva:

«No podrán ser fuente de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas y las creencias religiosas. El Estado no reconoce los títulos o distinciones nobiliarios.»

Questo articolo si rivelò essere il punto su cui C.C. avrebbe fatto leva per l'approvazione dell'art. 36 sull'uguaglianza dei diritti elettorali. Il giorno seguente si riaccese infatti il dibattito con l'intervento del deputato Guerra del Río del Partido Republicano Radical che continuando ad alimentare la polemica sulla dipendenza della donna dai sacerdoti sostenne:

[55] Ayuso: «*Los ciudadanos varones desde los veintitrés años y las hembras desde los cuarenta y cinco tendrán los mismos derechos electorales...*», Apéndice 9 al DSCCRE, núm. 46, de 29 de septiembre de 1931.
[56] CAMPOAMOR C. El voto femenino y yo. Mi pecado mortal. Madrid, 2010, p.81.

> *«negar el voto a la mujer, no; pero que se reserve la República el derecho para concederlo en una ley electoral, para negarle al día siguiente si la mujer vota con los curas y la reacción»* [...] *«conceder ese voto en una ley... que pueda ser derogada por las mismas Cortes que la votaran»*[57].

chiedendo di delegare la concessione di tale diritto ad una successiva legge elettorale della Repubblica per poi tornare a negarlo qualora la donna votasse la destra insieme ai sacerdoti. Immediata e diretta fu la risposta di C.C. che replicò:

> *«no es posible sentar el principio de que se han de conceder unos derechos si han de ser conformes con lo que nosotros deseamos y, de no ser así... revocarlos el día de mañana».*

Per poi concludere in modo incisivo:

> *casi podría decirse que nosotras, mujeres, deberíamos negarnos a aceptar el derecho pasivo si no concedéis a nuestras hermanas el derecho activo, porque no debemos prestarnos a contribuir a la farsa. Una mujer, dos mujeres, ¿qué hacen en un Parlamento de 465 diputados? Dar una nota de color, prestarse a una broma...».*[58]

[57] DSCCRE, núm. 47, de 30 de septiembre de 1931, pág. 1339.
[58] CAMPOAMOR C. El voto femenino y yo. *op.cit.*, p.100.

Erano anni in cui, come acutamente osserva Valcarcel[59] si parlava non solo nei dibattiti parlamentari ma anche nella stampa, di *concessione* del diritto al voto in luogo di ottenerlo con legittimità. Una parola che la dice tutta sulla cultura del tempo in merito alla condizione della donna. I socialisti (PSOE), della cui onestà politica avrebbe poi fatto lode C.C. attraverso il deputato Cordero affermarono:

> *«a nosotros no nos preocupa que la mujer tenga derecho a votar...Cuando se promulgó el sufragio (masculino) los trabajadores vivían una vida inferior; su incultura era enorme; aquellos que pensaron en implantar el sufragio universal no repararon en los peligros que ello pudiera tener porque sabían muy bien que implantar el sufragio era abrir una escuela de ciudadanía... Lo mismo ocurrirá con el sufragio de la mujer ¿Tenéis miedo a cómo se pronuncie? Pues trabajad para que se produzca en tono con nuestras ideas»*[60].

A questo punto una mossa a sorpresa dei repubblicani riaccese ancora una volta il dibattito: il deputato Gil Robles presentò al Parlamento un milione di firme di donne che chiedevano protezione per gli istituti religiosi col chiaro intendo di dimostrare sia il potenziale numerico che la soggezione psicologica del sesso femminile nei riguardi della Chiesa. Guerra del Río rincarando la dose e rivolgendosi a Cordero affermò:

> *«esas mujeres no están manejadas precisamente por las organizaciones obreras, sino por los curas, por los frailes...»*[61]

[59] VALCÁRCEL A., El debate sobre el voto femenino…*op.cit.*, p.37.
[60]DSCCRE,núm. 47, de 30 de septiembre de 1931, pág. 1341.
[61] Ibidem

C.C. replica allora in modo secco puntando sulla logica dal momento che il giorno precedente si era votato l'art.2 e 25 sull'uguglianza dei sessi:

> *«Si habéis votado la igualdad no podéis mantener la condición... No deis una lección de ilogicidad.» […] «Los sexos son iguales, lo son por naturaleza, por derecho, por intelecto» y, recogiendo lo sembrado, acaba: «Además, lo son porque ayer lo declarasteis.»*[62]

In fine sessione a sostegno gli fece da corollario l'intervento del deputato vasconavarro Beunza che sostenne:

> *«después que en España las mujeres pueden aspirar a todos los cargos públicos ... demostrando en todas partes la misma capacidad que los hombres, compitiendo con ellos en muchas oposiciones y obteniendo en ellas mejores números... no se explica que ahora se pretenda imponer una condición suspensiva»*[63]

L'emendamento di Guerra del Río viene respinto con 153 voti contro e 93 a favore. La succesiva sessione del 1º ottobre fu definita da C.C. quella dell'isterismo maschile[64], nella quale l'altra deputata Victoria Kent, dei radical socialisti si sarebbe mostrata a favore del differimento temporale del suffragio femminile ed entrando in polemica diretta con C.C.. La Kent sosteneva che era presto per attribuire il voto alla donna dal momonto che questa non era ancora pronta per sostenere delle idee proprie in politica, non lo aveva mai fatti, mai la si era vista in strada a manifestare per chiedere migliori condizioni per i propri

[62] CAMPOAMOR C. El voto femenino y yo. op.cit., p.107.
[63] DSCCRE, núm. 47, de 30 de septiembre de 1931, pág. 1342.
[64] CAMPOAMOR C. El voto femenino y yo. op.cit., p.113.

figli. Per confutare la sua tesi dette valore anche al milione di firme presentate da Gil Robles dicendo:

> *«cuando yo deseaba fervorosamente unos millares de firmas de mujeres españolas de adhesión a la República»*

E ancora

> *«Si las mujeres españolas fueran todas obreras, si las mujeres españolas hubiesen atravesado ya un período universitario, yo me levantaría hoy frente a toda la Cámara para pedir el voto femenino... pero me levanto para decir lo contrario»*[65].

Intervento a cui la Campoamor rispose:

> *«Cómo puede decirse que cuando las mujeres den señales de vida por la República se les concederá como premio el derecho a votar?» Las mujeres trabajan, estudian, pagan impuestos, sufren—todas— las consecuencias de la legislación que el Parlamento aprueba. La Cámara, votada por un solo sexo no es verdaderamente representativa: «Tenéis el derecho que os ha dado la ley que hicisteis vosotros, no tenéis el derecho natural, el fundamental, que se basa en el respeto a todo ser humano y lo que hacéis es detentar un poder»*[66].

Dopo che Guerra del Río ribadì che avrebbe votato contro, il deputato Ovejero del PSOE a sostegno del suffragio femminile affermò:

[65] DSCCRE, núm. 48, de 1 de octubre de 1931, pág. 1352
[66] CAMPOAMOR C. El voto femenino y yo. op.cit., p.116.

> *«Oídlo bien: yo comprendo que vosotros, republicanos, ... llamados a recoger el Poder en vuestras manos próximamente, sintáis la inminencia de los riesgos... nosotros no. El Partido Socialista está acostumbrado...a esperar su día. Nosotros sabemos que podemos perder en próximas elecciones, puestos en estos escaños; pero... lo que importa es la educación política de la mujer española... queremos el sufragio para llamar a la conciencia de la mujer y convertirla en cooperadora ... del resurgimiento español. Nosotros no tenemos más que una palabra para llamar a la mujer... compañeras. Ésta es la palabra mágica que reclutará sufragios femeninos y que dará el triunfo ... a esta minoría de cemento inconmovible»*[67]

Sulla stessa línea intervennero Roberto Castrovido della Conjunción Republicano-Socialista che motivò la vicinanza della donna alla Chiesa perchè era li che gli si dava rispetto:

> *«Está en esas agrupaciones porque en ellas se le concede respeto, ... porque allí bulle, porque allí se agita, porque allí habla, porque allí escribe, porque allí discute, porque allí toma iniciativas...»*[68]

E Lluís Companys di Esquerra Republicana de Catalunya:

> *«Ya sé que toda España no es Cataluña. En Cataluña el voto de la mujer no perjudicará, sino que será un extraordinario refuerzo para la República española»*[69].

[67] DSCCRE, núm. 48, de 1 de octubre de 1931, pág. 1356.
[68] Ivi, pág. 1357
[69] Ibidem

La maggioranza del Partito Radicale, quello di C.C., votò contro il suffragio femminile che invece fu approvato con 161 voti a favore e 121 contro. Il principio di uguaglianza elettorale tra i due sessi era finalmente salvaguardato. L'articolo 36 della Costituzione della Seconda Repubblica nella sua formulazione definitiva così recitava:

> "*Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes*".

La partita però, secondo alcuni non era ancora conclusa: approfittando dell'assenza nella Camera della destra, che aveva votato a favore del voto femminile e aveva abbondonato la camera, il deputato Peñalba presentava un emendamento che nella sostanza ammetteva il voto femminile in modo immediato alle sole elezioni municipali, subordinando quello legislativo al completo rinnovo dei municipi[70], un differimento che avrebbe abbracciato un lasso di tempo non inferiore alle due legislature. In risposta tornarono a rispondere prima il deputato Cordero del PSOE che ribadì:

> *«... defendemos el voto de la mujer aun pensando que en los primeros tiempos pueda sernos negativo, porque lo mismo hemos hecho en el caso de los trabajadores... porque solamente con la función del sufragio se adquiere capacidad y competencia para el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber... nosotros no queremos mezclar el problema religioso con*

[70] «El derecho de sufragio acordado a la mujer por el artículo 36 de esta Constitución será efectivo en las primeras elecciones municipales que se celebren. Para... las legislativas el sufragio femenino no entrará en vigor hasta ... después de haberse llevado al efecto totalmente la renovación de los actuales Ayuntamientos», Apéndice 11 al DSCCRE núm. 80, de 25 de noviembre de 1931; para darse una clara idea, en el año 1936 no habían sido renovados totalmente los ayuntamientos.

el problema del sufragio... la mujer, si tiene conciencia religiosa, irá al culto, pero en cuanto sea una buena mujer cívica pensará que el culto está bien para el sagrado de la conciencia, pero la ciudadanía para intervenir en la vida administrativa... No desconfiéis de la conciencia de la mujer... es posible que tenga un anhelo y un deseo de redención que la estimulen a ejercitar sus derechos tan libremente y tan dignamente como los hombres que se consideren más capacitados»[71].

C.C. concluse allora in maniera diretta andando subito al segno:

«condicionáis el voto de la mujer por miedo de que no os vote a vosotros; ése es todo vuestro contenido filosófico... si lo creéis así, debíais haberlo silenciado... lo que hacéis ahora, dejando a la mujer extramuros del derecho al voto... sembráis la respuesta que os dará...»[72].

L'emendamento veniva rifiutato con 131 voti contro e 127 a favore salvando per soli 4 voti il suffragio universale. Gli articoli 2 e 25 della Costituzione riconoscevano definitivamente l'uguaglianza degli spagnoli, il 36 la parità dei diritti elettorali nei due sessi colmando una inammissibile lacuna giuridica. Conseguire un autentico suffragio universale avrebbe posto le basi per la costruzione del volto democratico della Spagna attuale, cosa che C.C. intuì da subito e per la quale spese tutta la sua vita. Per C.C. fu un cammino impervio nel quale riportò molteplici ferite, delle quali, con castigliano spirito si compiacque e inorgoglì di *sentirle sulla pelle e nelle viscere*, avendo

[71] DSCCRE,núm. 83, de 1 de diciembre de 1931, pág. 2748.
[72] CAMPOAMOR C. El voto femenino y yo. op.cit., p.117.

riportato un successo che ritenne personale, *pagato con la moneta viva dell'amarezza*[73].

[73] CAMPOAMOR C. El voto femenino y yo. op.cit., p.247.