LA UNIDAD DE JURISDICCIONES EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

M. Teresa Martínez Táboas
Universidad de Vigo

1.- La justicia preconstitucional

En los últimos decenios del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, nuestro país, como constata Artola, se hallaba inmerso en una crisis en el ámbito económico, financiero y jurídico[1] agudizada por el sostenimiento de los privilegios de la nobleza y de la iglesia. A toda esta problemática se unió, además, otro suceso inesperado, la ocupación militar de nuestro territorio por Napoleón Bonaparte. Acontecimientos, todos ellos, determinantes de una convulsa situación política y social. En estos difíciles momentos surgió el constitucionalismo hispánico y con él nuestra primera Constitución, la de 1812, para construir en España una nueva realidad social, y política impregnada de una novedosa ideología liberal, que sentaría las bases sobre las cuales se llevó a cabo la transformación de la sociedad española, poniendo freno al arbitrio de los monarcas, y estamentos del Antiguo Régimen.

[1] ARTOLA, M., *Antiguo Régimen y Revolución Liberal*. Editorial Ariel, Barcelona, 1978, p. 87 y sig.

Sin extendernos demasiado en el periodo preconstitucional, consideramos conveniente señalar algunos de los rasgos que lo caracterizaban. Así, nos encontramos primeramente una concentración de poderes en unas mismas manos, las del Rey, que le había sido otorgada por Dios. Entendiéndose la justicia como un atributo personal del Monarca, y por tanto, integrada en la esfera de las atribuciones reales, lo que le permitía administrarla directamente. No obstante, el monarca tenía la facultad de delegar de forma particular o permanente el poder de juzgar, en sus oficiales regios pero siempre con carácter revocable, y por supuesto, vinculado o supeditado a él.

Tal dependencia, la observamos claramente en Las Partidas donde existía una notoria evidencia de la obediencia de los jueces al Rey, los cuales, expresamente debían acatar "*todos los mandamientos que el rey les ficiere, por palabra o por su carta, o por su mensagero cierto"*[2]. Siendo esos juzgadores representantes del soberano, y en nombre del rey dictaban sentencia. Incluso, en la Novísima Recopilación[3] promulgada ya en los albores del siglo XIX, advertimos manifestaciones como la que sigue "*Jurisdicción suprema civil y criminal pertenesce á Nos, fundada por Derecho común, en todas las ciudades y villas y lugares de nuestros Reynos y Señoríos*" precepto enunciado a tan solo siete años de distancia de la promulgación de la Constitución de Cádiz, donde de nuevo se confirmaba rotundamente la facultad de juzgar del soberano en esos ámbitos del derecho.

[2] Véase Partida III, IV, VI. Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio. Real Academia de la Historia, 1807. Tomo II.

[3] Novísima Recopilación IV, I, 1. Ley precedida de la siguiente rúbrica "*Suprema jurisdicción perteneciente al Rey en todos los pueblos del Reyno"*.

En este mismo sentido Beneyto[4] nos daba una muestra más del sometimiento de los jueces al poder regio, durante este periodo, al manifestar que "*el rey era el primer juez del reino y no sólo un órgano de justicia, sino la justicia misma*".

Además, el monarca se reservaba la facultad de avocar para sí todas aquellas causas que considerase pertinentes. Lo que nuevamente confirmaba la revocabilidad de la justicia delegada, incluso, en los asuntos que se hallaban pendientes, dando lugar a una gran inseguridad jurídica.

La jurisdicción ordinaria o común del final del Antiguo Régimen se hallaba integrada por un conjunto de órganos -individuales o colegiados- tales como, los Alcaldes ordinarios y mayores, que asumían funciones judiciales y gubernamentales; los Corregidores de designación real, también con atribuciones judiciales, gubernativas e incluso económicas; las Reales Chancillerías, órganos judiciales colegiados con competencia en cuestiones civiles y criminales, cuyas resoluciones eran objeto de recurso de injusticia y de súplica ante el Rey; las Audiencias, de constitución posterior a las Chancillerías, aunque con similares competencias a éstas; finalmente, el Consejo de Castilla que actuaba a modo de Tribunal Supremo con facultades administrativas y legislativas.

Como ya se ha indicado, se trataba de una "justicia delegada" siempre a expensas de quien detentara el poder soberano, el cual, discrecionalmente estaba investido de la facultad para nombrarlos y cesarlos. Caracterizándose los jueces del Antiguo Régimen por una total falta de independencia e inamovilidad, requisitos indispensables[5]

[4] BENEYTO, J., "La Gestación de la Magistratura Moderna", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. nº. 23, 1953, p. 55.

[5] Garantías, posteriormente recogidas en los textos constitucionales, e imprescindibles para el desempeño de la función judicial, presentes actualmente en los arts. 117.1 y 117.2 de la Constitución española de 1978.

para garantizar el ejercicio de su función, frente a una posible mediatización del poder público. Nos llama la atención que los jueces tenían la condición de funcionarios, pudiendo ejercer tanto funciones jurisdiccionales como administrativas[6], no existiendo delimitación entre Jurisdicción y Administración. Sin olvidar, por otra parte, el gran margen de arbitrariedad a su disposición, con lo que a la postre, estos excesos generaban no pocos casos de inseguridad jurídica.

Otra particularidad advertida en la organización judicial previa al constitucionalismo se hallaba en la coexistencia de numerosos fueros o jurisdicciones, que por razón de la persona o materia acudían a diferentes órganos judiciales, entre otras, la eclesiástica, la señorial o la militar, dando lugar al planteamiento de frecuentes cuestiones de competencia ante los Consejos Reales o Juntas de Competencia Especiales, que a la postre, demoraban en exceso la resolución de los procedimientos.

2.- La consolidación constitucional del poder judicial

A finales del siglo XVIII y principios del XIX, los países europeos de cultura occidental, comenzaron a sustituir las bases de la monarquía absoluta por un nuevo ideario ilustrado derivado de la Revolución Francesa, basado principalmente en la idea de que la soberanía residía en la Nación -y no en el rey como antaño- y de ella emanan todos los poderes del Estado.

Por otra parte, se configuró la estructura política del estado democrático, partiendo de la formulación de la teoría de la división del poder, imperante en las ideologías de autores como Locke y

[6] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991, vol. I, p. 118.

Montesquieu[7] que gestaron el llamado principio de la separación de poderes, consagrado en los textos constitucionales europeos del momento[8] y traspasado a los posteriores, hasta ser hoy en día, uno de los principios más sólidos e indiscutibles del constitucionalismo actual.

Como bien indica Fernández Segado[9], esta novedosa doctrina quería construir una ordenación racional del poder, cuya consecuencia fue la diferenciación y especialización de órganos que asumieran funciones separadas. Y como apunta Tomás Villarroya[10] las tres funciones del estado, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, han de estar separadas, y por tanto, deben estar atribuidas a órganos o poderes diferentes, para que cada uno frene y limite al otro. Lo cual, contrastaba, con la indivisión e indefinición de funciones existente en el Antiguo Régimen. Estas modernas concepciones políticas arraigadas en Francia, pronto fueron recibidas en nuestro país y tuvieron su reflejo en la obra legislativa de las Cortes de Cádiz convirtiéndose en los principales ejes

[7] En el capitulo VI del libro XI, de su principal obra "El espíritu de las leyes", el Barón de Montesquieu formulaba en 1748 esta teoría advirtiendo de los perjuicios derivados de una concentración de poderes "No hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares".

[8] Ya la Constitución francesa de 1791, en el art. 15, se refería a este principio estableciendo que "La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey", a continuación en el art. 16 "La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey" y correlativamente en el art. 17 "La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley". De este modo, proclamaba el principio de la división de poderes.

[9] FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Las constituciones históricas españolas*. Editorial Civitas, 4ª edición, Madrid, 1992, p. 82.

[10] TOMÁS VILLARROYA, J., *Breve historia del constitucionalismo español*. 11º edición. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994, p. 15.

de la ideología liberal, consolidada en nuestra primera y sucesivas Constituciones.

Tal principio no era desconocido, pues ya había sido anticipado, casi un año y medio antes, por las Cortes de Cádiz a través del Decreto de 24 de septiembre de 1810[11]. Siendo reiterado después y desarrollado en el propio Discurso Preliminar[12]. La separación de poderes, quedaría, posteriormente materializada en los artículos 15, 16 y 17 de la Constitución de 1812, aprobada por las Cortes extraordinarias reunidas en dicha ciudad, en plena guerra de la Independencia, probablemente por el influjo ejercido por la Constitución norteamericana de 1787, la francesa de 1791 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en donde se indicaba "habían de considerarse iguales aquellos a quienes la ley considerara como tales y diferentes aquellos otros a quienes la ley diferenciara" y en su articulo 16 señalaba

[11]En donde expresamente se desaconsejaba la acumulación de los poderes, en los siguientes términos: "no conviniendo queden reunidos el Poder legislativo, el executivo y el judiciario, declaran las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el poder lexislativo en toda su extensión". Decreto I, párrafo 3º Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811. [Tomo 1]. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/coleccion-de-los-decretos-y-ordenes-que-han-expedido-las-cortes-generales-y-extraordinarias-desde-su-instalacion-en-24-de-septiembre-de-1810-hasta-igual-fecha-de-1811--0/html/0027b5e4-82b2-11df-acc7-002185ce6064_20.html.Consultada el 23 /05/2016.

[12] Calificado por Sánchez Agesta como "*aquel largo y erudito discurso que precedía el Proyecto de constitución"* elaborado por Agustín de Argüelles, Diputado liberal de las Cortes, destacado miembro de la Comisión redactora de la Constitución y encargado de la preparación del citado Discurso junto a Antonio Espiga y Gadea. Que reflejó en él, el sentir de los debates y conclusiones planteados en el seno de la Comisión, en torno al Proyecto constitucional en cuestiones de gran trascendencia, entre ellas, el principio de la separación de poderes, tal como reza en DE ARGÜELLES, A. *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*. *Introducción de Luis Sánchez Agesta*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2011, p. 52 y sig.

"Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución".

De este modo, la jurisdicción comenzó a formar parte de la nueva estructura del Estado, como tercer poder o poder judicial denominándose inicialmente por las Cortes de Cádiz "poder judiciario", y siguiendo los principios imperantes de la separación de poderes, diseñaron una Justicia "independiente" de los otros dos poderes del Estado.

Los constituyentes gaditanos, encargados de inaugurar el constitucionalismo hispánico[13], consideraron conveniente en aquellos momentos dedicar un extenso y detallado título V -en ocasiones demasiado exhaustivo- rubricado "*De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y en lo criminal*"[14] integrado por un total de sesenta y seis artículos[15].

[13] No obstante, antes de la constitución de Cádiz, hemos de hacer mención al Estatuto de Bayona de 1808, de dudosa legitimidad, no siendo una verdadera constitución en sentido estricto, a juicio de constitucionalistas como SOLE TURA, J. y AJA, E., *Constituciones y Períodos Constituyentes en España (1808-1936*) Estudios de Historia Contemporánea, Madrid, 1992, ps. 9 y 10 por ser una imposición de Napoleón Bonaparte, otorgada en plena guerra entre los bonapartistas y el pueblo español y apenas tuvo vigencia. Por ello, suele ser relegada del estudio de la historia del constitucionalismo español. Siendo considerada como una simple "Carta Otorgada" pese a todo ello, hay que reconocer que fue el primer intento constitucional en España.

[14] Que se extiende desde el art. 242 al 308 de la Constitución de 1812.

[15] Extensión muy superior, si la comparamos con la Carta Magna francesa de 1791, la cual, dedicó a esta materia, tan solo 27 artículos breves. Siendo, el citado el título de la Gaditana, el más amplio en la historia del constitucionalismo europeo. ALZAGA VILLAAMIL, O. "La Visión de la Justicia y los Derechos del Justiciable en la Constitución de 1812", en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, REDUR 10, diciembre 2012, ps. 243-251.

De los tres capítulos de que consta dicho título, el primero trata sobre "los Tribunales", el segundo se refiere a "la Administración de Justicia en lo civil", y el tercero versa sobre "la Administración de Justicia en lo criminal". De igual forma, estimaron oportuno combinar en el citado título, normas propias del derecho sustantivo junto a otras relativas al poder judicial y al Derecho procesal, materias éstas, integradas actualmente en las Leyes de Enjuiciamiento Civil o Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Planta y Demarcación e incluso en leyes penitenciarias. Introduciendo una amplia regulación de rango constitucional de una Administración de Justicia[16] renovada y moderna, basada en tres pilares fundamentales: la división de poderes, la institucionalización de un poder judicial independiente, y el sometimiento al imperio de la ley.

Así pues, la función del principio de primacía de la ley, delimitada en la Constitución, suponía para los nuevos jueces la obligación de aplicar las normas, de modo puramente mecánico, ni siquiera, disponían de la posibilidad de interpretarlas, reservada para la asamblea legislativa. En realidad, se proponían dejar atrás la arbitrariedad característica de los jueces de la etapa anterior, y superar la justicia instaurada en la España de la monarquía absoluta, carente de dichos principios.

Los primeros artículos del citado título, integrados en el capítulo "*De los Tribunales"* comenzaban diseñando una concepción liberal del orden judicial, planteando desde su inicio, su separación de los otros dos poderes del estado, disponiendo que "la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales"[17] denominado por Fernández Segado[18] como el "principio

[16] ALZAGA VILLAAMIL, O.," La Constitución de Cádiz y el Poder Judicial" en Constitución de 1812 Cortes y Constitución de Cádiz 200 años. Dirección José Antonio Escudero. Espasa. Madrid, 2011, T. III, ps. 148 y 149.
[17] Art. 242 de la Constitución de 1812.
[18] Art. 273 de la Constitución de 1812.

de exclusividad judicial". Está claro que aquellos liberales gaditanos tenían el firme propósito de atribuir el poder judicial sólo a los tribunales y no a ningún otro, oponiéndose de esta forma a los principios instaurados durante el anterior Régimen. Asimismo, para afianzar tal extremo, establecía el artículo 243 "ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos"[19]. Y determinaba categóricamente cuáles habían de ser a partir de la Constitución gaditana las funciones específicas de los órganos judiciales, al constatar en el art. 245 "los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado". "Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia" (art. 246).

En este contexto, la Constitución de Cádiz quiso otorgar una especial protección a la judicatura al disponer su art. 252 "los magistrados y jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada o sentenciada; ni suspendidos, sino por acusación legalmente intentada". Igualmente, la Constitución configuró la estructura y la organización territorial de la administración de justicia, desde los órganos inferiores a los superiores, empezando por los alcaldes de los pueblos, los cuales, podían no ser letrados y tenían atribuido un doble carácter, calificado

[19] En parecido sentido se pronunciaba Agustín de Argüelles, cuando en el Discurso Preliminar a la Constitución de 1812... op. cit., p. 98, manifestaba que "la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares no pueda convertirse jamás en instrumento de tiranía, se separarán de tal modo las funciones de juez de cualquiera otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán las Cortes ni el rey ejercerlas bajo ningún pretexto (....) en el momento que ambas autoridades (potestad legislativa y ejecutiva) o alguna de ellas reasumiese la autoridad judicial, desaparecería para siempre la libertad política y civil, sino hasta aquella sombra de seguridad personal".

por Bermudez[20] dimensión bifronte, ya que además de tener atribuciones propiamente administrativas en el ámbito municipal, disponían de la facultad jurisdiccional reconocida en el art. 275, cuyas competencias habían de ser determinadas por las leyes y tenían reconocido expresamente, según el art. 282, el "oficio de conciliador" lo que significaba que antes de iniciar demandas sobre negocios civiles o de injurias era necesario previamente acudir a un acto de conciliación[21] ante ellos (art. 284). Los jueces letrados con jurisdicción en cada cabeza de Partido[22], esto es, se instauraban los jueces profesionales versados en leyes, lo cual, supuso un cambio respecto a la situación anterior, sobre los cuales recaía la administración de justicia en primera instancia.

Nuestro primer texto fundamental dejó la organización y las funciones de los órganos judiciales para su desarrollo a posteriori a través del Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, de 9 de octubre de 1812. Completándose la demarcación judicial del estado liberal en la propia redacción constitucional, con la

[20] BERMUDEZ, A. "Las Cortes de Cádiz ante una nueva organización local. De los Corregidores a los Alcaldes" en *Constitución de 1812 Cortes y Constitución de Cádiz... op.cit.*, Madrid, 2011, T. III, ps. 264 y 265.

[21] La tramitación de esta conciliación fue desarrollada siete meses más tarde en el Decreto de 9 de octubre de 1812, en el art. 1 del capítulo III, dedicado a la regulación de los alcaldes constitucionales de los pueblos. Colección de Decretos y Órdenes que han expedido Las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de mayo de 2012 hasta el 24 de febrero de 2015. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.www.cervantesvirtual.com Tomo III. Madrid Imprenta Nacional, 1820, p. 106. Consultada el 5/05/2016.

[22] Véase el art. 273 de la Constitución de 1812, y la posterior legislación de desarrollo, del citado precepto constitucional en el Decreto de 9 de octubre de 1812, Colección de Decretos… Tomo III, op. cit. Capítulo III dedicado a los jueces letrados de partido art. I y sig., p. 120 y sig. En donde se hace la distribución de los partidos judiciales y se establece la competencia de estos jueces.

creación de otros órganos jurisdiccionales denominados Audiencias[23] - tanto dentro de la península como en ultramar- con competencias sobre los juzgados inferiores en causas civiles y criminales, asignándole otras, como el conocimiento de los recursos de fuerza de los tribunales y autoridades eclesiásticas, todas ellas, reguladas en los artículos del 262 hasta el 272.

Finalmente, instauró el Supremo Tribunal de Justicia como máxima instancia, cuya composición y atribuciones aparecen determinadas en los artículos 259 al 261[24]. De esta forma, los constituyentes gaditanos determinaron la organización del estado, a efectos judiciales, en tres instancias, y distintas circunscripciones territoriales: pueblos, partidos, capitales, y provincias, cada uno de ellos con sus órganos judiciales y sus correspondientes atribuciones.

La instauración de la organización judicial gaditana, como era de esperar, eliminó los órganos de administración de justicia característicos del Antiguo Régimen, suprimiendo los Corregidores, Alcaldes mayores, así como los empleados señoriales que existían en los pueblos, con la excepción de los alcaldes ordinarios, siendo aquellos sustituidos por jueces y funcionarios públicos[25]. Al mismo tiempo intentaba acabar con la compra de los oficios judiciales de la etapa anterior. A partir de ahora, los jueces debían ser elegidos para un tiempo determinado.

[23] El Decreto de 9 de octubre de 1812. Colección de Decretos… op. cit. Tomo III, op. cit. Capítulo I. arts. I y sig. Ps. 106 -119. Donde hace una redistribución de las audiencias y especifíca sus facultades.

[24] Estos preceptos de la Constitución de Cádiz fueron desarrollados más tarde por el Decreto de 13 de marzo de 1814, por el que se aprobó el Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia.

[25] Decreto de las Cortes de Cádiz de 6 de agosto de 1811. Colección de Decretos… *op. cit.* Tomo 1., p. 193.

Con ello, se instrumentalizó una nueva administración de justicia, máxime, tras la proclamación constitucional de la unidad de jurisdicciones. No obstante, la sustitución de aquel antiguo modelo judicial, por el constitucional establecido en Cádiz, en la práctica se llevó a cabo de forma lenta, sorteando todos los avatares económicos y políticos, principalmente, las sucesivas derogaciones del texto constitucional y la vuelta al régimen absolutista.

Determinaba la Constitución Doceañista que el proceso será uniforme en todos los tribunales y que las leyes señalarán su orden y formalidades. Ni el Monarca, ni las Cortes podrán alterarlas, como tampoco pueden ejercer funciones judiciales, aunque la justicia se administra en nombre del Rey.

Todos los artículos citados denotaban el interés de nuestros primeros constituyentes por enunciar la división entre los distintos poderes que configuraban el Estado, pero esta estricta delimitación no resultaba muy acertada, pues, la incomunicación y aislamiento entre ellos, a juicio de Tomás Villarroya constituía uno de los mayores defectos técnicos del texto fundamental,[26] que trató de ser solucionado en posteriores constituciones a través de una mayor flexibilidad, y recíproca armonía entre los mismos.

3.- Unidad de fueros

Otra de las profundas reformas de la Constitución del Doce, en relación con la administración de justicia, fue la proclamación del principio de la concentración jurisdiccional, con el propósito de aunar las múltiples y variadas jurisdicciones especiales y privilegiadas del Antiguo Régimen, particularmente la señorial, característica de la Edad Media, sobre todo, después de la promulgación del Decreto LXXXII,

[26] TOMÁS VILLARROYA, J. *Breve historia… op. cit*., p. 15.

de 6 de agosto de 1811[27], por el que los señoríos quedaban incorporados a la Nación.

El texto Gaditano plasmó en su articulado aquella ideología ilustrada, y se ocupó de hacer realidad la unidad de fueros en el artículo 248, en donde se prescribía "*En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas*". Establecía un proceso uniforme para todos los tribunales. El citado precepto determinaba como regla general la unidad de fuero en España, tanto en el ámbito civil como en el penal. Sin embargo, esta norma iba seguida de dos excepciones contenidas en los artículos siguientes, pues, los constituyentes gaditanos, sea por las razones que fuere, quisieron dejar constancia expresa de la vigencia de dos jurisdicciones extraordinarias, la eclesiástica y la militar recogidas en los artículos 249 y 250 respectivamente[28]. La primera se justificaba en que determinadas actuaciones, como los delitos eclesiásticos y las faltas cometidas por los clérigos en el desempeño de su ministerio, debían quedar reservadas para el conocimiento de la jurisdicción especial, en cambio, el desafuero era aplicado a las personas eclesiásticas por razón de los negocios comunes, civiles y criminales. Mientras que la segunda quedaba amparada por la contribución del ejército a un fin tan esencial, como es la defensa de la nación.

Ello significaba, primeramente, la constitucionalización de la unificación de jurisdicciones, unida al expreso deseo de conservación de las dos ya citadas.

[27] Decreto de las Cortes de Cádiz de 6 de agosto de 1811. *Colección de los Decretos. ...op. cit*. Tomo I, p. 193 y 194.

[28] Art. 249 de la Constitución de 1812 "*Los eclesiásticos continuarán gozando del fuero de su estado, en los términos que prescriben las leyes o que en adelante prescribieren*". Y el art. 250 del mismo texto prescribía "*Los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere*".

Ilustrativas, en relación con esta cuestión, son las palabras vertidas por Agustín de Argüelles, en el "Discurso Preliminar leído en Cortes al presentar la comisión de Constitución el proyecto de ella" precedido a su promulgación, sobre la situación de la justicia en nuestro país que transcribimos literalmente "*La comisión no necesita detenerse a demostrar que una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados, introducido para ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia constitución. El conflicto de autoridades que llegó a establecerse en España en el último reinado, de tal modo había anulado el imperio de las leyes, que casi parecía un sistema planteado para asegurar la impunidad de los delitos*". Las cuales ponen de relieve el conocimiento de la problemática real de la justicia en España, arrastrada de la etapa anterior, por parte de algunos de los constituyentes gaditanos, entre los que figuraban juristas de gran experiencia en la práctica del Derecho, que teniendo conocimiento de los nuevos sistemas jurisdiccionales instituidos en países como Francia, Inglaterra y Estados Unidos, se afanaban por abrir el camino para introducirlos en nuestro país.

También, en este punto, las Cortes de Cádiz se mostraron pioneras con la aprobación previa a la promulgación de la Constitución, de aquel Decreto de 6 de agosto de 1811[29] por el que se procedía a la incorporación de los señoríos a la Nación, lo cual, conllevaba la desaparición de las jurisdicciones señoriales de origen medieval tan típicas del Antiguo Régimen, y en especial, dentro del ámbito local, acordaron la supresión de los corregidores, alcaldes mayores y empleados señoriales de los pueblos, dejando a salvo los alcaldes ordinarios, sustituidos ahora por jueces y funcionarios públicos,

[29] "Deseando las Cortes Generales remover los obstáculos que hayan podido oponerse al régimen, aumento de la población y prosperidad de la Monarquía española decretan: Desde ahora quedan incorporados a la nación todos los señoríos jurisdiccionales de cualquiera clase y condición que sean".

preparando de esta forma, el terreno para la consecución de la unidad de fuero.

La supresión de los fueros en aquellos momentos, devenía en una inminente necesidad, para acabar con la inseguridad jurídica y la arbitrariedad existente, y sobre todo, para poner fin a la exclusión de un gran número de personas, que bien por su condición o estado, quedaban fuera de la jurisdicción ordinaria y sometidas a distintos fueros como el eclesiástico, militar, escolástico, de rentas, de correos, de fábricas, o de la inquisición[30] con sumisión a sus propios jueces. Generando en consecuencia, dilaciones excesivas en las resoluciones de competencias, a lo que con frecuencia se unía la dispensa de cierta protección -a veces convertida en práctica generalizada por parte de los juzgadores- que a la postre, derivaba en una verdadera impunidad para sus aforados. Ello, junto a la escasa formación jurídica y a la ausencia de imparcialidad de esos jueces, significaba una sustracción del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y en un menosprecio de ella. Tras la Constitución de 1812, la soberanía ya no reside en el monarca, sino en la Nación, entendida como la reunión de todos los españoles[31]. Y en aplicación de la teoría de la división de poderes, se establece expresamente que la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece al Estado, y es él, quien asume la función jurisdiccional, sin intromisión alguna, ni de las Cortes, ni del Rey. Precisándose, además, que los tribunales no podrán ejercer más función que la de juzgar y ejecutar lo juzgado. Como complemento de lo anterior, se fijaba en los arts. 259 y siguientes, el organigrama de la administración de justicia, determinando las funciones de cada juez y tribunal.

[30] SALAS, R. *Lecciones de Derecho Público constitucional para las escuelas de España*. Tomo I. Madrid, 1821, p. 180. El propio título de esta obra indica su propósito docente, según lo dispuesto en el artículo 368 de la Constitución de 1812.

[31] Véanse los arts. 1 y 3 de la Constitución de 1812.

La unificación de fueros era una pretensión manifestada, con anterioridad en el artículo 98 del Estatuto de Bayona, texto de escasa vigencia efectiva. Más, ese intento de concentrar el orden jurisdiccional colisionaba en parte con aquellos que alzaban sus voces en reclamación de la recuperación de las peculiaridades forales[32].

Acertadamente, advertía SALAS[33] en el año 1821, que en el citado art. 248 sólo se hacía referencia a los negocios comunes en el orden civil y criminal, pero en cambio, se silenciaba todo lo concerniente a los negocios no comunes, en los que parece que quedarán vigentes diversos fueros para distintas clases de personas, apostando en los primeros supuestos por la aplicación de la regla general, sin remisión a excepciones. Fundamentando que cualquier privilegio destruye la igualdad que es la base del gobierno representativo.

Sin embargo, dicho artículo aún declarando de modo firme y claro la unidad jurisdiccional, en los preceptos correlativos, dentro del mismo título dedicado a los Tribunales, establecía a modo de excepción, el respeto de la jurisdicción eclesiástica y militar alejándose en el tratamiento de esta cuestión, de otros países como Francia que no admitían esas salvedades.

Pese a aquel propósito constitucional de acabar con el elevado número de tribunales, que respondían a privilegios de clase, no se materializó hasta el año 1868 con el Decreto de Unificación de Fueros. Las jurisdicciones y privilegios especiales no debían tener cabida en la España liberal de principios del XIX, en donde se vislumbraban visos de igualdad de los ciudadanos ante el Estado en algunas fórmulas como

[32] Véase el acta de sesiones del 16 de noviembre de 1811 en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/200/H1811_11#16111811.
[33] SALAS, R., *Lecciones de Derecho público… op. cit.,* Tomo I, p. 175.

"una sola Ley, como expresión de la voluntad general" que en relación con la mencionada unidad de fueros patrios, suponían su inobservancia.

4.- Jurisdicciones especiales

La jurisdicción eclesiástica

La jurisdicción eclesiástica en la etapa preconstitucional, fiel a su tradición, otorgaba el disfrute de ciertas prerrogativas en función de la condición o estado religioso y podía, a mayores, hacer que una persona abandonara la jurisdicción ordinaria para someterse a una aforada. Por lo que, parecía oportuno, en los albores del siglo XIX una apuesta firme por la idea de que tanto las leyes a aplicar como los tribunales que las aplicaban fueran los mismos para eclesiásticos y seculares[34].

La consideración de esta jurisdicción especial establecida en el art. 249 de la Constitución Gaditana, pudiera vincularse de una parte, a la existencia de un Derecho histórico específico para sus miembros -ya fueran eclesiásticos o fieles- el *Ius* canónico, y ajeno, por tanto, a los seglares y laicos y a la subsistencia, en nuestro país, de una arraigada estructura y organización propias de la iglesia. De otro lado, ha de tenerse en cuenta la tradición de la religión católica en la nación española, manifestada en la proclamación de la confesionalidad de esta religión de forma permanente en el estado español, con exclusión de cualquiera otra, plasmada en el art. 12 del propio texto constitucional en los siguientes términos "La Religión de la Nación española es y será perpetuamente la Católica, Apostólica, Romana, única verdadera". Precepto del que se desprende la intención de asegurar su carácter

[34] ROBLES MUÑOZ, C., "Reformas y religión en las Cortes de Cádiz (1810-1813)", en *Anuario de Historia de la Iglesia* p. 110/ vol. 19 / 2010 / 95-117 file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ReformasYReligionEnLasCortesDeCadiz18101813-3207486%20(1).pdf. Consultada el 24/05/2016

excluyente respecto a otro credo religioso, tanto en el presente como en tiempos futuros.

Pero, además, la protección dispensada a la Iglesia por parte del Estado, se percibía constantemente a lo largo de todo el texto constitucional. A este respecto, son continuas las invocaciones a la religión católica, que comenzaban ya en su preámbulo, con una declaración de fe trinitaria, y proseguían en el propio articulado al exigir al Rey, el juramento religioso (*por Dios y por los Santos Evangelios)*, ante las Cortes, a su llegada al trono, de defender y conservar la Religión Católica, sin permitir ninguna otra[35], obligación impuesta análogamente al príncipe de Asturias al cumplir los catorce años[36]. Así como en ciertas formalidades religiosas apreciadas en la prestación del juramento de los Diputados[37].

Más, esas referencias religiosas no se limitan sólo a esos preceptos, sino que son frecuentes en el texto las intervenciones de eclesiásticos en actos de tinte propiamente político, como la asistencia, entre otros, del cura párroco en las Juntas parroquiales[38], encargado igualmente de la celebración de una misa en el momento de la reunión de éstas, con la pronunciación de un discurso acorde a las circunstancias. De tantas remisiones al catolicismo deducimos que una buena parte de los constituyentes de Cádiz eran herederos de los dogmas cristianos perpetuados en nuestro país, de mayoría católica, quedando patente el deseo de preservar y mantener el fuero religioso, a lo que sin duda contribuyó el peso específico de la iglesia en la monarquía española.

[35] Art. 173 de la Constitución de 1812.
[36] Art. 212 de la Constitución de 1812.
[37] Debiéndose realizar la formalización del Juramento, de defensa y conservación de la religión Católica Apostólica Romana, ante los Santos Evangelios según lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución de 1812.
[38] Arts. 46 y 47 de la Constitución de 1812.

Por lo demás, ha de destacarse el alto número de religiosos dentro de la sociedad española de la época, y sobre todo, la amplia presencia de eclesiásticos (obispos y clero regular) en las Cortes Gaditanas. Prevaleciendo éstos, sobre otros colectivos profesionales, como el de los abogados, funcionarios, militares y catedráticos[39]. En buena lógica, alzaron sus voces en favor del mantenimiento de su jurisdicción[40].

Pero, también, en cierto modo se quiso supeditar las decisiones eclesiásticas a la justicia ordinaria, al disponer en el art. 266 de la Constitución de 1812 "Les pertenecerá (a las Audiencias) asimismo conocer de los recursos de fuerza que se introduzcan de los tribunales y autoridades eclesiásticas de su territorio". Y entre las atribuciones del Supremo Tribunal de justicia figuraban el conocimiento de los recursos de fuerza de todos los tribunales eclesiásticos superiores de la Corte[41].

De especial interés, son las discusiones suscitadas en la Comisión encargada de elaborar el proyecto de Constitución, en torno a la redacción del artículo sobre la conservación de la jurisdicción

[39] Cfr., al respecto los estudios sobre la composición social de las Cortes de Cádiz realizados por FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., *Orígenes del Régimen Constitucional en España,* 2ª ed., editorial Labor, Barcelona, 1976, p. 68. Así como el llevado a cabo por SOLÍS, R., "*El Cádiz de las Cortes*, Madrid, 1958, p. 249 y sig. Coincidentes ambos, en constatar la fuerte presencia de eclesiásticos, que a su juicio oscilaba entre 90 y 97 diputados. Y más recientemente VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.,"El Primer Constitucionalismo Español y Portugués (un estudio comparado)" en *Historia Constitucional,* nº. 13, 2012, p. 102 http://www.historiaconstitucional.com. Quien manifiesta, que de los aproximadamente trescientos diputados de las Cortes de Cádiz, un tercio pertenecía a los estratos más elevados del Clero. Abundaban también los juristas, unos sesenta, y los funcionarios públicos, entre los que sobresalían dieciseis Catedráticos. Una treintena larga eran militares y ocho eran títulos del Reino. Había quince propietarios, cinco comerciantes, cuatro escritores, dos médicos y cinco marinos.

[40] SUÁREZ BILBAO, F; "Las Cortes de Cádiz y la Iglesia" en *Cortes y Constitución de Cádiz 200 años*; Espasa, Madrid, 2011. Tomo II. p. 61.

[41] Art. 261.8 de la Constitución de 1812.

eclesiástica que originó un encendido debate, ilustrativo de las heterogéneas opiniones de los distintos sectores ideológicos a los que pertenecían los diputados doceañistas. Unos, como Calatrava y el Conde de Toreno, inspirados en una corriente liberal radical se mostraban partidarios de silenciar esta cuestión, en aras de eliminar este fuero especial de los eclesiásticos[42].

Alegando el primero, la conveniencia de distinguir los actos realizados por los eclesiásticos en el ejercicio de su profesión, de sus actuaciones como ciudadanos, sometidas a los tribunales ordinarios establecidos para juzgar a los demás. O al menos, restringir la aplicación del fuero sólo a aquellos. Considerando que no debiera existir diferencia entre el eclesiástico y seglar en negocios comunes, tanto civiles como criminales. Recurriendo a nuestra historia jurídica para justificar su postura. Recordando que los eclesiásticos no habían tenido fuero entre nosotros hasta las leyes de Partidas (Partida I) siendo en textos legales anteriores como en el Fuero Juzgo desconocido. Este aforamiento tenía su causa, según el referido diputado, en el otorgamiento de gracia, o generosidad de los Principes o Reyes, y por tanto, Ia autoridad temporal que concedió este fuero, tenía también la facultad para revocarlo o reducirlo. Concluía su argumentación, destacando el interés de la Nación en la eliminación de tales fueros. Por todo ello, este diputado se mostraba partidario de la supresión del fuero eclesiástico en favor de la regla general contenida en el art. 248, o en último caso limitarlo, a "los delitos y faltas relativos al ejercicio de su ministerio"[43].

[42] ALZAGA VILLAAMIL, O., "La Visión de la Justicia y los Derechos del Justiciable…" *op. cit*. Redur 10, diciembre 2012, ps. 243-251.

[43] Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Sesiones del 16 y 17 de noviembre de 1811, Archivo del Congreso de los Diputados. nº 410 y 411 ps. 2267 a 2276. Consultada el 24 de /05/2016. http://www.congreso.es/docu/blog/ds/16111811-2265.pdf

El segundo diputado, el Conde de Toreno, en su discurso pronunciado el día 16 de noviembre de 1811, colmado, igualmente, de referencias históricas, planteaba una justicia igual para todos, imparcial y ejecutiva, lo cual, le llevaba a defender la supresión de la jurisdicción eclesiástica, por entender que se trataba de un privilegio de algunos. Planteamiento al que también se adhirió García Herreros, tal como se desprende de su intervención en los debates de la citada Comisión**.** En consecuencia, sus aspiraciones se centraban en el establecimiento de un clero, con los mismos derechos y deberes que los demás ciudadanos, al objeto de evitar diferencias en la administración de la justicia, que debe ser la misma para todos.

Otros constituyentes de tendencias mas moderadas, entre los que figuraban el Obispo de Calahorra, Lázaro de Dou, Lorenzo Villanueva, y Güereña**,** en sus alocuciones vertidas ante la Comisión, se manifestaron en favor del mantenimiento de la redacción del precepto, que, una vez sometido a votación, fue finalmente aprobado, tal como lo había presentado Argüelles a la Comisión. Prefiriendo nuestros constituyentes gaditanos apartarse de la regulación de esta cuestión, respecto de sus homónimos franceses de 1791.

La subsistencia del fuero eclesiástico instaurada en la constitución liberal, frente a la proclamada unidad jurisdiccional, quedaba supeditada, tal como lo anunciaba el propio precepto constitucional, a lo que "dispusieren o dispongan las leyes".

La supresión del Tribunal del Santo Oficio

No podemos finalizar este apartado sin hacer una breve referencia a la supresión del Supremo Consejo de la Inquisición, cuestión que suscitó un gran interés y motivó un polémico debate en las cuestiones de fe.

La Inquisición en la primera década del siglo XIX ejercía escasa actividad en la persecución de delitos religiosos, centrando su atención en la persecución de delitos políticos y en frenar la entrada de las ideas propiamente revolucionarias.

Además, Napoleón había decretado la supresión del Tribunal de la Inquisición el 4 de diciembre de 1808[44]. Después de esta fecha y debido a la situación de guerra en la que continuaba inmerso nuestro país, se creó una gran confusión acerca del restablecimiento del tribunal inquisidor -debido a la dispersión, deportación, e incluso detención de los miembros del Consejo Supremo, y la anticipada dimisión del Inquisidor General Ramón de Arce- en algunas de las provincias españolas, y se desencadenaron intentos para instaurar el Santo Oficio. Estos acontecimientos, desarrollados entre 1810-1812 son descritos detalladamente por Revuelta González[45].

Sin embargo, la Constitución de 1812 nada decía acerca de esta institución, ni siquiera contemplaba su derogación. No obstante, de su artículo 303 ya se intuían sus pocos años de vigencia al constatar la supresión del tormento y los apremios[46].

[44] Por considerarlo "atentatorio a la soberanía y autoridad civil". Proseguía diciendo "He abolido ese tribunal contra el cual estaban reclamando el siglo y la Europa. Los sacerdotes deben guiar las conciencias; pero no deben ejercer jurisdicción ninguna exterior y corporal sobre los ciudadanos» Palabras de Napoleón Bonaparte, explicativas de la decisión de la abolición de la institución inquisitorial. Tomadas de la Gaceta de Madrid, 16-12-1808, ps.1613 y sig.

[45] REVUELTA GONZÁLEZ, M., "Las dos Supresiones de la Inquisición durante la guerra de la independencia". Miscelánea Comillas, en *Revista de Investigación e Información en Ciencias Humanas y Sociales*. www.upcomillas.es/servicios/Serv_publ_revi_misc_pres.as. p. 237 y sig. consultada el 24/05/2016.

[46] En el artículo 303 de la Constitución de 1812.

Más tarde, el 13 de noviembre de 1812, la Comisión de la Constitución emitió un dictamen sobre la inquisición informando de su incompatibilidad con la Constitución política de la monarquía española y sobre todo con la soberanía e independencia de la nación, en ella establecidas.

Después de largas sesiones de debate, en donde se esgrimieron abundantes argumentos en defensa de la supresión del Santo Oficio, y a favor de su permanencia[47], finalmente, las Cortes publicaron el Decreto CCXXIII, promulgado el 22 de febrero de 1813 bajo el título "*Abolición de la Inquisición: establecimiento de los tribunales protectores de la fe"*[48], en cuyo artículo 1 reconocía en su primer párrafo que "*el Tribunal de la Inquisición es incompatible con la Constitución*", y en el párrafo II prescribía " *... se restablece en su primitivo vigor la Ley II, Título XXVI, Partida VII*[49]*, en cuanto deja expeditas las facultades de los Obispos y sus Vicarios para conocer en las causas de fe, con arreglo a los sagrados Cánones y Derecho común, y las de los jueces seculares para declarar e imponer a los herejes las penas que señalan las leyes, o que en adelante señalaren. Los Jueces eclesiásticos y seculares procederán en sus respectivos casos conforme a la Constitución y las leyes*".

[47] CUENCA TORIBIO, J. M., "Las últimas hogueras", en *La Inquisición*, Historia 16. Madrid. 1976, p. 97.

[48] Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1813. Tomo III, ps.199 y sig. Consultada el 21/05/2016. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/coleccion-de-los-decretos-y-ordenes-que-han-expedido-las-cortes-generales-y-extraordinarias-desde-24-de-mayo-de-1812-hasta-24-de-febrero-de-1813-tomo-iii--0/html/0027c598-82b2-11df-acc7-002185ce6064_220.html.

[49] ROBLES MUÑOZ, C. "Reformas y religión... op. cit." vol. 19, p. 104.

Con esta nueva disposición se sustituía el sistema de protección instaurado por la Inquisición en esta materia, por unos tribunales protectores de la fe, dejando exentas las facultades de los obispos, que juzgarían las causas de fe como jueces eclesiásticos, quedando en manos del juez civil la aplicación de las penas temporales.

Junto a ese Decreto, y relacionados con él, fueron publicados el mismo día, otros tres, el número CCXXIV: por el que se ordenaba la lectura en las parroquias del decreto anterior, junto con el manifiesto en donde se exponen los fundamentos y motivos de aquel; el CCXXV: disponía la retirada de los parajes públicos, la destrucción de pinturas o inscripciones de los castigos impuestos por la Inquisición; y el CCXXVI: nacionalizaba los bienes que fueron de la Inquisición, tomaba varias medidas sobre su ocupación y se pronunciaba sobre el sueldo y destino de los empleados de dicho Tribunal. Por lo que, parecía que la Inquisición había llegado a su fin, quedando abolida gracias a la labor de las Cortes de Cádiz.

Sin embargo, esta supresión resultó ser efímera, siendo reinstaurada al regreso de Fernando VII, el 21 de julio de 1814, aunque en palabras de Revuelta González su restauración estaba "tocada de muerte"[50]. Suprimida de nuevo por los liberales en 1820, la vuelta del absolutismo tres años después, declaró nula la obra legistativa del trienio liberal, y en consecuencia parecía restablecer la institución, aunque en la práctica permaneció adormecida y sin apenas actividad de los tribunales inquisitoriales. Finalmente, fue el gobierno de la reina regente Maria Cristina, el que adoptó la medida de su definitiva supresión a través del Decreto de 15 de julio de 1834[51].

[50] REVUELTA GONZÁLEZ, M., "Las dos supresiones de la inquisición...op. cit." Miscelánea Comillas. *Revista de Investigación e Información en Ciencias Humanas y Sociales*, p. 262.
[51] ESCUDERO, J. A. *La abolición de la Inquisición española*, Madrid, 1991.

La jurisdicción militar

Como ya hemos indicado la propia Constitución Doceañista admitió expresamente entre las excepciones, al proclamado principio de unidad jurisdiccional, la subsistencia del fuero militar.

El cuerpo castrense había gozado de fuero especial ya en Las Partidas de Alfonso X, el Sabio, obra legal en la que observamos referencias al reconocimiento de esta jurisdicción, en relación con el Derecho penal militar. Pero no contó con órganos propios hasta la promulgación de las Ordenanzas Generales de la Casa de Borbón.

Esta jurisdicción, en sus inicios, surgió vinculada a la existencia de un ejército permanente, organizado, disciplinado y jerarquizado dentro del estado, cuyo fin primordial era garantizar su defensa, tanto en el orden interno como la seguridad externa. Fueron, los constituyentes gaditanos, los encargados de transformar los antiguos ejércitos del rey consolidados durante la monarquía absoluta, en ejércitos nacionales. Tenía atribuida la competencia de los asuntos civiles y penales de sus aforados en los que existiera un elemento militar, ya fuera por razón de la persona, el delito, o del lugar.

La pervivencia de dicha jurisdicción en el ordenamiento jurídico de la etapa liberal contrastaba con los esenciales principios enunciados en el articulado de la Norma Fundamental, tales como, el de igualdad, la justicia letrada, el juez predeterminado por la ley (art. 247), y en especial, con el de la unidad de fueros establecida en el art. 248. Por lo que, la mejor manera de garantizar su subsistencia, a juicio de los constituyentes gaditanos, fue blindarla a través de su reconocimiento en una norma de rango constitucional, y así sucedió, al ser recogida expresamente en el art. 250 como jurisdicción particular. Precepto, que en su párrafo final añadía "en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere". Éste último enunciado sirvió para efectuar una delimitación de la jurisdicción y los correspondientes recortes en las competencias de los órganos castrenses por leyes posteriores.

Advirtiéndose en los sucesivos textos constitucionales una tendencia a la reducción de competencias de la jurisdicción militar.

Era conveniente delimitar los actos de conocimiento de dicha jurisdicicción**.** Se pensaba que las únicas acciones que debían juzgarse ante esos tribunales, eran los actos de tipo castrense o los atentatorios contra la disciplina militar, pero no aquellos otros ilegales del derecho común cometidos por los militares. Por lo que, los negocios comunes, civiles y criminales habían de ser exclusivamente de la competencia de la jurisdicción ordinaria. Desechándose la interpretación basada en que la mera pertenencia a la institución convierte en militar a cualquier acto, y determinando la competencia del juzgado castrense únicamente a delitos militares.

La jurisdicción castrense, reconocida como tal, en aquel artículo 250 del texto Gaditano, posiblemente, fue el resultado del protagonismo adquirido por el ejército en la defensa de la Nación, que por aquel entonces, se hallaba inmersa en una contienda armada dentro de la península ibérica contra las tropas napoleónicas, y al mismo tiempo debía hacer frente a la conflictividad emanada de los territorios de ultramar dependientes de España que iniciaban el proceso independentista. Circunstancias de peso, motivadoras de una especial atención a la regulación de la milicia, a la que dedicaba por completo el título VIII[52] y otros preceptos fuera de él, diseminados por el texto, como el art. 374 en donde se recogía la obligación de prestar juramento de guardar la Constitución, y fidelidad al Rey cuando se tomaba posesión de determinados cargos públicos, entre los que figuraban los militares. Desempeñando el ejército un papel importante tanto en el momento de la elaboración de la Carta Magna, como después de su

[52] En el se incluían los arts. 356 a 365, donde se hacía una regulación y ordenación constitucional de las fuerzas armadas.

promulgación, sofocando las constantes revueltas acaecidas a lo largo del siglo XIX en nuestro país[53].

Por otra parte, en aquel reconocimiento debió ser clave la amplia presencia de militares en las Cortes Gaditanas, que en número, figuraban a continuación de los colectivos de eclesiásticos, juristas y funcionarios.

Si bien, ya en uno de los pasajes contenidos en el Discurso Preliminar, Argüelles era plenamente consciente de la necesidad del ejército dentro de un estado y justificaba y ensalzaba el papel que desempeñaba[54].

De igual manera, en otro de los fragmentos del mismo Discurso, el citado autor, creía "indispensable dejar a los militares aquella parte del fuero particular que sea necesaria para conservar la disciplina y subordinación de las tropas en el ejército y armada".

[53] Principalmente en el reinado de Fernando VII. Interviniendo en los Cien Mil Hijos de San Luis, para restablecer el absolutismo, las guerras del trienio liberal, y los pronunciamientos militares. MARTÍNEZ PEÑAS, L., "El Ejército" en *Constitución de 1812 Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años* T. III., ps. 357 y sig.

[54]Así se desprende de su intevención, en donde afirmaba literalmente: "*Mientras que subsista en Europa el fatal sistema de ejércitos permanentes, y sea éste el objeto principal del gobierno de sus estados y en tanto que la ambición desapoderada de los estados siga alucinando a los pueblos con la supuesta necesidad de defenderlos de los enemigos exteriores para cohonestar así sus opresores designios, preciso es que la Comisión introduzca en su Proyecto las bases de un sistema militar, que debe adoptarse por la Constitución (...) El ejército permanente debe considerarse destinado principalmente para la defensa de la patria en los casos ordinarios de guerra con los enemigos. Mas en los de invasión o de combinación de ejércitos numerosos para ofender a la nación, necesita ésta un suplemento de fuerza que la haga invencible".* Véase ARGÜELLES, A., *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Con Introducción de Luis Sánchez Agesta. Centro de Estudios Constitucionales, Edición electrónica, Madrid, 2011, ps. 123 y 124.

Intenciones, materializadas en el mencionado art. 250 confirmándose las manifestaciones enunciadas en aquel discurso, pero supeditadas en el texto constitucional a lo que dispongan las leyes militares.

Es probable que, en la decisión del mantenimiento de la jurisdicción castrense dentro del contexto constitucional decimonónico, como excepción al principio de unidad de fuero, evidenciaba como afirma San Cristóbal[55], una desigualdad injustificada, y por tanto una vulneración del principio de igualdad en el ámbito civil, penal, e incluso administrativo, en donde no existió justificación para apartar a los órganos de la jurisdicción ordinaria del conocimiento de los mismos[56].

Más su consolidación en el texto constitucional estuvo en consonancia con las legislaciones de los demás estados de nuestro entorno y de nuestro propio Derecho histórico, que justificaban la conveniencia de imponer castigos más severos o con la mayor premura a los portadores de armas.

La unidad de jurisdicción establecida en la Constitución de Cádiz, fue, sin duda alguna, un importante logro. No obstante, por la corta vigencia y la escasa aplicación práctica del texto constitucional, debido a las convulsiones sociales y la inestabilidad política de la España del siglo XIX, que motivaron su derogación en varias ocasiones, no todos sus proyectos llegaron a materializarse[57] y a pesar de ser un principio repetitivo en ulteriores constituciones[58] fue necesario esperar, para observar la efectividad de tal principio, a la promulgación del Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, mediante

[55] SAN CRISTOBAL REALES, S. *La jurisdicción militar de la jurisdicción especial a la jurisdicción especializada.* Ed. Comares, Granada, 1996, p. 54.
[56] SAN CRISTOBAL REALES, S. *La jurisdicción militar... op.cit.,* p. 55.
[57] Blanco Valdés, R.L. *La Ordenación Constitucional de la Defensa*. Tecnos, Madrid, 1988, ps. 34 y 35.
[58] Como las Constituciones de 1837 y 1845.

el cual, fueron suprimidas las diversas jurisdicciones existentes en el Antiguo Régimen, dejando subsistentes pero con limitaciones, la eclesiástica, la militar y la del Senado. No obstante, el esquema gaditano dejó una profunda huella al ser traspasado a las posteriores Constituciones.

Después de más de doscientos años, sigue prevaleciendo en nuestra vigente Constitución de 1978, el principio de unidad de jurisdicción[59] en la administración de justicia y el reconocimiento, como antaño, de ciertas excepciones como la jurisdicción militar que sobrevive en la actualidad, o el Tribunal de Cuentas. Sin que ello, sea un obstáculo al mencionado principio. Por tanto, solo la militar, es hoy en día la única jurisdicción especial constitucionalmente reconocida, y así se establece "La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución". Igualmente, de tales disposiciones se desprende que esta jurisdicción tendrá aplicación únicamente en el ámbito castrense y casos mencionados.

Además, el art. 117.5 de la actual CE, ha querido recalcar que "el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales". Tal unidad es incompatible con la creación de jurisdicciones especiales al estilo de las existentes en otras etapas históricas. Reafirmando este principio, al establecer la expresa prohibición de creación de tribunales de excepción art. (117.6) y los Tribunales de Honor (art. 26). Disponiendo que el ejercicio de toda función jurisdiccional por parte de los juzgados y tribunales exige en sus actuaciones el sometimiento al imperio de la ley, la independencia, la inamovilidad y responsabilidad de los jueces y tribunales en la toma de decisiones, así como la observancia de todas las garantías dentro del proceso. En 1978 se ha optado por establecer el ámbito competencial de la jurisdicción militar art. 117.5.

[59] Véase el art. 117.5 de la Constitución Española de 1978.

LA INICIAL CONFIGURACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES: LAS COMISIONES FLUVIALES EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

Elena C. Díaz Galán
Profesora de la Universidad Rey Juan Carlos y alumna del programa en Derecho de la Escuela Internacional de Doctorado de esta Universidad

1.- Consideraciones introductorias

Los rasgos que presenta la actual sociedad internacional son fruto de una *evolución histórica*[1]. Así, aunque la *libre navegación de los ríos internacionales* ha estado siempre presente, en mayor o menor medida, entre los asuntos discutidos por los Estados a la hora de regular sus relaciones, el paso más significativo y determinante con respecto a esta materia tiene lugar a principios del siglo XIX. Será, en este periodo histórico, cuando se produzca la transición de la mera declaración del principio de libre navegación o, incluso, del control de las implicaciones que se derivan del mismo por parte de la potencia o el Estado beneficiario en cuestión a la creación de una *autoridad administrativa* internacional encargada de aplicar el principio y de regular las relaciones entre los Estados, en lo que a la libre navegación

[1] CASSESE, A., *International Law*, Nueva York, 2005, p. 22.

se refiere. La fuerza que impulsa este importante cambio fue, en los inicios, la imposibilidad de los propios Estados de llegar a acuerdos sobre las regulaciones en lo que afecta a los ríos internacionales. Ante esta situación, era necesario, por lo tanto, una *autoridad común* que fijara las bases y las condiciones para una navegación justa o, al menos, equitativa, y visiblemente ecuánime, de los ríos internacionales. Aquí se encuentran los orígenes del fenómeno de la Organización internacional.

Asimismo, el *continente europeo* será el primer testigo, y durante algún tiempo[2] el único, en el que surjan, tras la caída del Imperio y del Papado y la aparición de Estados, las primeras Conferencias con pretensiones duraderas y se produzca, en consecuencia, el inicio del proceso que conduzca a la creación de Organizaciones Internacionales. Tal y como ha sostenido CASSESE *"Europe was the theatre of World History and that there the World Spirit found its home"*[3]. En este sentido, habría que señalar el reconocimiento de los Estados como únicos sujetos de la escena internacional durante un largo periodo de tiempo y la homogeneidad de los mismos en la sociedad internacional[4]. Pero esta homogeneidad, sin embargo, poco a poco irá desapareciendo con el surgimiento de Estados con diferentes características en el plano político, económico y social así como por el nacimiento de los nuevos sujetos del derecho internacional: las organizaciones internacionales[5].

Las relaciones internacionales que tienen lugar durante los siglos XVII y XVIII, y que van configurando la sociedad internacional clásica, están fuertemente marcadas por los conflictos y las inestabilidades

[2] Tal y como sostiene CASSESE *"for many centuries the most active and prominent members of the international community were the European States, joined by USA in 1783 and by the Latin American countries between 1811 and 1821",* CASSESE, *International Law,* pp. 25 y 26.
[3] CASSESE, *International Law,* p. 25.
[4] CARREAU, D, *Etudes Internationales (EI). Droit International*, Paris, 2004, pp. 19, 24, 25 y 32.
[5]CARREAU, *(EI). Droit International*, p. 32.

políticas del momento, motivo que justifica, también, que sea en Europa donde surja la necesidad de cooperación entre los Estados. Si a finales del siglo XIX primaban las relaciones de carácter técnico como consecuencia del desarrollo del comercio y las comunicaciones, en los siglos previos el nexo de unión entre los Estados era el *deseo por acabar con las guerras* que asolaban Europa. Por esto, si bien es cierto que algunos autores establecen en el siglo XVI el punto de partida de las Instituciones Internacionales[6;] y, aunque antes del siglo XIX existieron tentativas de cooperación internacional mediante la realización de conferencias europeas convocadas después de grandes conflictos, podríamos afirmar, sin embargo, que la aparición de *la Organización Internacional Contemporánea tiene sus orígenes más mediatos en el Congreso de Viena de 1815*. Esta afirmación se sustenta en los rasgos que definen la naturaleza de la Conferencia más relevante del siglo XIX que, difieren, de aquellos que caracterizaban a las Conferencias e intentos de cooperación del siglo anterior, tal y como lo ha señalado ABI-SAAB, al decir que *"Ce qui caractérise le Congrès de Vienne, c'est son souci prospectif de maintenir la paix dans le cadre du nouvel ordre européen qu'il a établi, et cela par les bilais de consultations régulières entre les grandes puissances"*[7].

Para que surja un modelo de cooperación bajo *la forma de organización internacional* entre los sujetos del ordenamiento jurídico internacional, debe existir una *necesidad de cooperar* que, con el tiempo, se transformaría en voluntad de cooperar mediante la creación de una institución internacional. Los siglos XIX y XX, en lo que a las relaciones internacionales se refiere, se caracterizan por un salto cualitativo desde la yuxtaposición, después la coexistencia, a la cooperación entre los Estados que conforman la comunidad internacional. En todo caso, la *"vieja comunidad internacional"*, como regla general, por su propia estructura y por la insuficiencia de lazos lo

[6] CARREAU, *(EI). Droit International*, p. 23.
[7] ABI-SAAB, G. «La notion d'organisation internationale: essai de synthèse», dans *Le concept d'organisation internationale*, UNESCO, Paris, 1980, p. 10.

bastante sólidos entre sus miembros, se inclinó hacía *tendencias individualistas* en las que primaba el interés propio y en las que el objetivo era la coexistencia y no la cooperación[8]. Por tanto, a pesar de que se podrían mencionar alianzas que datan tanto del periodo medieval como de la edad moderna, y que muestran cierta necesidad de cooperación entre las potencias europeas, estas formas no se podrían encuadrar, en ningún caso, bajo la configuración de las organizaciones internacionales contemporáneas[9].

Ahora bien, el hecho de que no se pueda hablar de organizaciones internacionales durante los siglos XVI, XVII y XVIII, ya que como mantiene Gerbet *"les tempes modernes ne furent pas favorables à*

[8] CASSESE, A. *Le Droit International dans un monde divisé*, Paris, 1986, pp. 31 y 137 – En relación con la evolución del derecho internacional, TUNKIN, G.I. "International Law in the XXth century" *in International law in an evolving world*, in tribute to Professor Eduardo Jiménez Aréchaga, Montevideo-Uruguay, 1994, p. 130.

[9]En este sentido se manifiesta YOKOTA al decir que las Organizaciones Internacionales, tal y como se podría considerar a la Sociedad de Naciones y Naciones Unidas, entre otras, cabría definirlas como "cuerpos" creados por los Estados más que entidades similares a los Estados como las uniones entre Estados (YOKOTA, Y., "Notion of International Public Corporation" *en Essays in International La*w in Honour of Judge Manfred Lachs, La Haya, 1984). Por su parte, y basándose en las definiciones dadas por CLAUDE al respecto, Rafael Grasa mantiene que existe una diferencia entre el término Organización Internacional e Instituciones Internacionales y que sólo este último sería sinónimo de Organizaciones Internacionales. Este autor sostiene que *"la organización internacional (la existencia de instituciones no necesariamente estructuradas organizativamente, que ordenan las pautas de relación entre los actores internacionales) es un fenómeno constatable desde hace bastantes siglos en las relaciones internacionales, al menos episódicamente"* (…) *"Por el contrario, la creación de instituciones internacionales en la segunda acepción del término (la restringida, sinónima de organizaciones internacionales), es un fenómeno mucho mis reciente"*, GRASA, R., "Las Organizaciones Internacionales y los nuevos desafíos globales", *Revista de Sociologia*, Papers 41, 1993, p. 57.

l'organisation international"[10], no quiere decir que no existiesen algunos intentos aislados de cooperación como las Conferencias por la paz, las Capitulaciones e incluso Proyectos de conformación de organismos internacionales. Sin embargo, todos estos esfuerzos de cooperación tienen como característica común, rasgo que se mantendrá en parte en el siglo XIX, poner límites a las guerras que asolaban, sobre todo, al continente europeo. No se trata tanto de manifestaciones de la cooperación internacional sino, más bien, de expresiones en las que se pretende acabar con situaciones de conflicto.

Lo que nos importa subrayar, ahora, es que la creación de Comisiones fluviales va a estar en el origen de las Organizaciones internacionales, tal y como las entendemos en la actualidad y que, en realidad, el estudio y análisis de estas instituciones nos permitirá apreciar algunos de los componentes que definen a la organización internacional. Por ello, corresponde examinar, con algún detalle, *los principales rasgos* que han venido caracterizando a las Comisiones fluviables y, en el fondo, determinar cuáles son sus aportaciones más notables al fenómeno de la organización internacional.

2.- Algunos elementos de los origenes de las primeras organizaciones internacionales

Como se sabe, la gran aportación de la Conferencia de Westphalia de 1648 será, con toda seguridad, la configuración de un *sistema europeo de Estados soberanos*[11], sin que ello suponga, en modo alguno, la constitución de organizaciones internacionales. Efectivamente, y aunque los Estados eran y son los protagonistas en la

[10] GERBET, P., «Naissance et développement de l'organisation internationale» dans *Le concept d'organisation internationale*, UNESCO, Paris, 1980 p. 31.

[11] CASSESE, *International Law*, p. 24; y CARREAU, *(EI). Droit International*, p. 17.

escena internacional, durante un largo tiempo, tal y como ha indicado COLLIARD, los Estados serán considerados, igualmente, "*comme uniques sujets du droit internatio*nal"[12]. Esta situación cambiará con la llegada del siglo XIX. Es cierto que hasta mediados del siglo XX no se reconoció, de manera amplia y generalizada por la doctrina y jurisprudencia, a las Organizaciones Internacionales como sujetos del Derecho Internacional[13] pero esto no implica, en ningún caso, que éstas no se fueran configurando y creando a partir del siglo XIX y que se adecuaran, perfectamente, a las primeras definiciones que se hicieron de instituciones de naturaleza internacional[14] e incluso que se les reconociera, de manera aislada, cierta personalidad jurídica. La justificación de cubrir a las primeras organizaciones internacionales con la máscara de actores en la escena internacional se debe a su independencia a la hora de actuar en la vida internacional lo que permitiría o, más bien, obligaría a que se les reconociera ciertos derechos y deberes para el correcto ejercicio de sus funciones y para lograr los objetivos por los que fueron creadas. En esta línea se ha pronunciado, entre otros autores, Despagnet, para quien *« les puissances peuvent cependant attribuer le caractère de personne du*

[12] COLLIARD, C. A, *Institutions des Relations Internationales*, Paris, 1985, p. 36. En esta misma línea consultar CARREAU, *(EI). Droit International*, p. 19.

[13] Sobre la personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales hay una amplia referencia bibliográfica, consultar, entre otros: ROUSSEAU, Ch., *Droit International Public*, Paris, 1987, pp. 459-462; MOSLER, H., «Remarques sur la superposition du droit des organisations internationales au droit des gens interetatique» en *Estudios de Derecho Internacional*. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela, Madrid, 1979, tomo I, p. 432; CASSESE, *International Law*, p. 134 ; y DI STEFANO, G., « Observations Éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale », *Annuaire Français de Droit International*, LIII-2007.

[14] VIRALLY, M., «Le rôle des organisations internationales dans l'atténuation et le règlement des crises internationales» en *Le droit international en devenir*. Essais écrits au fil des ans. Publications de l'institut universitaire de hautes études internationales-Genève, Paris, 1990, pp. 52 y ss.

Droit international à des institutions crées par elles, par exemple aux commissions de navigation du Danube et du Conge »[15]. Al reconocimiento de la personalidad jurídica de las primeras organizaciones internacionales, concretamente a la Comisión Europea del Danubio de 1856, de una forma si se puede todavía más clara y concisa, hace referencia Diena, cuando afirma que *"la Comisión europea del Danubio, constituye una personalidad jurídica independiente de carácter internacional"*[16].

Aunque la Conferencia de Westphalia representa un hito en la configuración de la sociedad internacional no aporta, sin embargo, el mismo avance en lo relativo a la creación y reconocimiento de organizaciones internacionales[17]. Esto último debido, en parte, a la *inestabilidad* propia de la comunidad internacional de la época que hace difícil, si no imposible, el nacimiento de este tipo de instituciones y que queda latente en la siguiente Conferencia más importante del siglo XVIII: *La Conferencia de Utrecht de 1713*[18] y, sobre todo, en la obra

[15] DESPAGNET, F., *Droit International Public*, Paris, 1905, 69, p. 79. Consultar igualmente en lo relativo a la independencia de las organizaciones internacionales FAUCHILLE, P., *Traité de droit international public*, Paris, 1923, Vol. 1er, tome 1er, p. 214; DISTEFANO, «Observations Éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale », pp. 109-111. Contrario a la teoría sostenida por DESPAGNET encontramos, entre otros, FRIEDMANN, W, «International Public Corporation », *The Modern Law Review*, 6, 1942, pp. 185-207.

[16] DIENA, J. *Derecho Internacional Público*. Traducción de la 4ªedición italiana con referencias al derecho español, Barcelona, 1948, p. 204.

[17] TRUYOL Y SERRA, A, "Una teoría clásica del sistema de Estados Europeo" en A.H.L HEEREN (1760-1842) en *Estudios de Derecho Internacion*al. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela, Madrid, 1979, Tomo I, p. 174.

[18] En este momento se vuelve al sistema previo de comunidad internacional, rechazándose, así, el modelo de organización de Estados reconocido en la Conferencia de 1648. Esto queda demostrado en el *"Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe"* publicado con ocasión de la celebración de la Conferencia de Utrecht por Saint-Pierre y en el que mantiene la adopción por

emprendida por el Congreso de Viena, con la que se pone de manifiesto, tal y como mantiene Diena que *"el sistema creado por los Tratados de Westfalia estaba completamente destruído"*[19].

Se trataría, pues, de un periodo en el que hay importantes *avances y retrocesos* como es común en *prácticamente toda la historia de la configuración de la comunidad internacional* y que, por lo tanto, afecta igualmente a la evolución de las organizaciones internacionales. El Sistema Político de Europa (*système politique de l'Europe*), como la terminología francesa calificó al Sistema Europeo de Estados, *no alcanzaría un reconocimiento generalizado hasta el siglo XIX*[20]. En consecuencia, si consideramos, como hemos mantenido con anterioridad, que los Estados son los sujetos primarios del orden jurídico internacional, todos los demás sujetos que, con carácter posterior pudieran aparecer en la vida internacional, le deberían al primero su existencia[21]. Esto le será aplicable, en definitiva, a las Organizaciones internacionales.

Del análisis llevado a cabo sobre las relaciones que, en el plano internacional, tuvieron lugar a lo largo de los siglos XVII y XVIII y, teniendo en cuenta, las afirmaciones hechas previamente, podríamos concluir que, durante este periodo histórico se desarrollaron, entre los Estados, relaciones de *coexistencia* más que de cooperación interestatal,

---

los *príncipes* de un tratado fundamental de *"Grande Alliance"* con el objetivo de obtener la paz en Europa (ROUSSEAU, Ch, *Droit International Public.* Les sujets de droit, Paris, 1974, tomo II, p. 456). Ver, también, SIÉGLER, P., *Les projets de l'abbé de Saint-Pierre*, thèse Paris, 1900; LEROUX, C., *Exposé des projets de paix perpétuelle de l'abbé de Saint-Pierre, Bentham et Kant,* thèse Paris, 1905; y PERKINS, M.L., *The moral and political philosophy of the abbé de Saint-Pierre*, Ginebra, 1959.

[19] DIENA, *Derecho Internacional Público*, p. 40.

[20] TRUYOL Y SERRA, "Una teoría clásica del sistema de Estados Europeo", Tomo I, p. 165.

[21] DISTEFANO, «Observations Éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale», pp. 108-109.

característica que queda demostrada con la subida de Napoleón al poder y la desaparición del equilibrio político entre los Estados, equilibrio, además, que no se recuperará hasta la configuración del *sistema de los congresos* establecido con el Concierto europeo. Éste, como mantiene Truyol y Serra: "*vino a ser el primer paso hacia una organización de la sociedad internacional*"[22] y dará origen a una cooperación que se desarrollará con la aparición de la organización internacional[23].

La diferencia principal entre el siglo XIX y los siglos anteriores, en lo que a la configuración de las *Organizaciones Internacionales* se refiere, es la *periodicidad* en las Conferencias internacionales, que marcará este siglo y que conformará el origen de estos sujetos de carácter internacional. Asimismo, durante este periodo histórico, tendrá lugar la *institucionalización* de las primitivas, y aún rudimentarias, organizaciones internacionales. En este sentido, se pronuncia, con nitidez, CASSESE cuando indica que *"International Organizations were first created in the late nineteenth and the early twentieth centuries; they were, however, very rudimentary, and primarily concerned with technical matters"*[24]. El llamado *sistema de Congresos* constituye, por ende, el punto de partida en la realización de reuniones

[22] TRUYOL Y SERRA, "Una teoría clásica del sistema de Estados Europeo", Tomo I, pp. 180-181.

[23] REUTER, P. y COMBACAU, J., *Institutions et relations internationales*, Paris, 1980, p. 288.

[24] CASSESE, *International Law*, p. 136. En este sentido, CASSESE menciona, entre otras, a la Unión Postal Universal, a la Unión para la protección de la propiedad industrial y a las Comisiones Fluviales. Ver también página 134 de la misma obra, en la que el autor mantiene que *"States have preferred to set up joint bodies charged with the carrying out of international action, in matters of trans-national interest, on behalf of all the participating States. The establishment of such bodies began in the late nineteenth century"*. Asimismo, consultar, entre otros, BRADLEY, C. A., *International Law in the U.S. legal system*, Nueva York, 2013, p. 98; KAUFMANN, W., *Les unions internationales de nature économique*, II HR, 1924, pp. 181- 290; y CARREAU, *(EI). Droit International Public*, p. 19.

frecuentes por parte de los Estados europeos y desecha la concepción clásica de permanencia que algunos autores tenían sobre la diplomacia de mediados del siglo XVII[25].

En el siglo XIX, concretamente en 1815 tiene lugar, como decimos, la gran Conferencia internacional conocida como el *Congreso de Viena*- que se reúne de septiembre de 1814 a junio de 1815- y que cambiará, de manera significativa, las relaciones que hasta entonces existían entre los Estados en la escena internacional, al establecer un nuevo sistema que se denomina *Concierto Europeo* y que abriría el pórtico hacia la organización de la sociedad internacional[26]. Este acontecimiento tan sobresaliente, en lo que al origen de las Organizaciones Internacionales se refiere, descansa en dos elementos de vital importancia. Por un lado, la *creación de una alianza militar* y, por otro lado, la instauración de un nuevo *procedimiento para la resolución de cuestiones políticas*[27]. Ahora bien, a pesar de que la Santa Alianza contribuyó al desarrollo de las relaciones entre los Estados y facilitó que se produjeran grandes avances en la configuración del origen de las Organizaciones Internacionales, carecía de algunos de los elementos necesarios para que se le pueda considerar como una verdadera institución, entre ellos, la existencia de órganos permanentes y, por consiguiente, tuvo un carácter muy temporal[28]. Este último componente es, precisamente, el que nos hace considerar a las *Conferencias periódicas del siglo XIX*, el segundo elemento en el que descansaba el Concierto Europeo, como las verdaderas impulsoras del fenómeno de la Organización Internacional. Lo ha dicho, con razón,

[25] TRUYOL Y SERRA, "Una teoría clásica del sistema de Estados Europeo", Tomo I, p. 176.
[26] TRUYOL Y SERRA, "Una teoría clásica del sistema de Estados Europeo", Tomo I, p.181.
[27] CASSESE, *International Law*, pp. 28-29 y 30; En esta materia consultar, entre otros, COLLIARD, *Institutions des Relations Internationales*, pp. 37-40.
[28] CASSESE, *International Law*, pp. 29-30.

Cassese, al afirmar que aparece *"a new diplomatic method: multilateral diplomacy, based on periodical summit meetings"*[29].

3.- La aparición de las organizaciones internacionales

Las relaciones existentes en la comunidad internacional del sistema clásico que, como decíamos, iban orientadas a la obtención del propio provecho se transforman, de manera notoria, con la aparición de las primeras organizaciones internacionales[30]. No obstante, y a pesar de que podamos mantener que se trata de un cambio sustancial en lo que a las relaciones internacionales se refiere, no deja de ser un *cambio evolutivo* que no supone, ni mucho menos, la desaparición absoluta de los elementos clásicos. En esta línea se ha pronunciado Cassese para quien *"In the international community the different patterns in law, one traditional, the other modern, live side by side"*[31], enunciado que explicaría, en parte, el carácter embrionario y aislado de las primeras organizaciones internacionales así como que, en particular, la primera Comisión fluvial, la Comisión del Rhin, sea, en esencia, una extensión de las Conferencias periódicas desarrolladas durante el siglo XIX, ya que no podemos olvidar que dicha institución surge del Congreso de Viena de 1815.

---

[29] CASSESE, *International Law,* p. 29 *in fine.*

[30] Ver cita de DUPUY, mencionada por TUNKIN, "International Law in the XXth century", p. 136. En este sentido, consultar, también, DUPUY, R. J., "Communauté internationale et disparité de développement", *Recueil de Cours*, vol. 165, 1979, p. 46; BRADLEY, *International Law in the U.S. legal system*, p. 98; MACKENZIE, D., *A world beyond borders: An introduction to the history of International Organizations*, 2010; REINALDA, B., *Routledge History of International Organizations: From 1815 to the Present Day*, Nueva York, 2009; y TUNKIN, "International Law in the XXth century in International law", p.135.

[31] Ver cita de CASSESE, mencionada por TUNKIN, "International Law in the XXth century", p. 136. En este sentido, consultar, también, CASSESE, A., *International Law in a Divided World*, Oxford, 1990, pp. 23 y 39.

Después de que los Estados, mediante el "sistema de Conferencias internacionales", hubieran dotado de cierta periodicidad a la práctica de la cooperación internacional, convirtiéndola así en algo habitual entre ellos, van a dar un paso adelante, en lo que a la constitución de las instituciones internacionales se refiere, con la creación de *órganos propios y permanentes*. En este sentido se pronuncia Claude cuando sostiene que *"el Sistema de Conferencia del siglo XIX, con ser de mucho interés, no produjo organizaciones de funcionamiento permanente"*[32]. En el fondo, existe una diferencia significativa en la celebración de Conferencias internacionales entre los Estados que conforman la comunidad internacional y la creación de *órganos colectivos* que constituirán el primer paso para reconocer la existencia de organizaciones internacionales. El factor decisivo será el carácter independiente y su consiguiente consideración como personas jurídicas en la escena internacional. En esta línea, como sostiene Distefano, *"L'independence est à tout sujet de droit international, autre que les États, ce que la souveraineté est à tout État: la mesure et l'essence véritable de la subjectivité internationale"*[33]. Precisamente, dotar a las instituciones de órganos propios pone de manifiesto la clara voluntad de continuidad de los Estados que forman parte de una asociación internacional concreta y que lo diferenciaría de aquellas otras alianzas, tanto permanentes como temporales, conformadas entre los Estados durante los siglos XVII y XVIII, y destinadas a desaparecer[34]. Así lo ha expresado Hauriou al hilo de su análisis sobre

[32] CLAUDE, I.L., *Swords into Plowshares: The Problems and Progress of International Organizatio*n, Nueva York, 1956.

[33] DISTEFANO, «Observations Éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale», p. 112.

[34] Para esta posición, consultar DISTEFANO, «Observations Éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale», p. 112; «Discours de M. Rundstein (Pologne), affaire relative à la Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du Travail», 1930, vol. C 18-II, pp. 47-48. En sentido contrario consúltese, entre otros, QUADRI, R, «La personnalité internationale de la Communauté», 1967, in *Scritti giuridici*, 1988, vol.III, pp. 76, 77; WEIL, P., «Le droit international en quête de son identité». Cours

alianzas internacionales, al decir que *"les institutions représentent, dans le droit comme dans l'histoire, la catégorie de la durée, de la continuité et du réel"*[35].

Ahora bien, en relación con la institucionalización de las relaciones internacionales que tiene lugar durante el siglo XIX habría que hacer mención de dos cuestiones de especial relevancia: Por un lado, tal y como señala, de manera clara, Carreau, el fenómeno de la aparición de las organizaciones internacionales *"devait rester marginal à l'époque"*[36]. En realidad, la constitución de instituciones internacionales tiene sus orígenes en el siglo XIX pero, se trata, en todo caso, de creaciones aisladas que verán su auge y proliferación a partir del final de la primera y la segunda guerra mundiales[37]. Asimismo, debemos destacar que se trataba de organizaciones bastante rudimentarias. Por otro lado, si bien es cierto que la existencia *de órganos permanentes* es un elemento que forma parte de la definición de Organización Internacional y, a la postre, es lo que *"institucionaliza",* pueden existir, sin embargo, órganos de carácter permanente sin que necesariamente nos encontremos ante una Organización Internacional. Esto es precisamente, junto con otros componentes mencionados previamente, lo que hace que distingamos el proceso de *institucionalización de las Conferencias internacionales*, de la aparición de órganos permanentes fuera de este acontecimiento[38].

---

générale de droit international public, *RCADI*, (1992-VI), vol. 237, p. 106; BOUTROS-GHALI, B., «Contribution a une théorie générale des alliances», *RGDIP*, 1991, nº 7, pp. 79 y 80.

[35]Ver cita de este autor hecha por BOUTROS-GHALI, «Contribution a une théorie générale des alliances», p. 48.

[36]CARREAU, *(EI). Droit International Public*, p. 21.

[37]CARREAU, *(EI).Droit International Public*, pp. 21-22.

[38]Como por ejemplo era el caso de la *"Assamblée Perpétuelle"* mencionada en el proyecto de Saint-Pierre (ROUSSEAU, *Droit International Public*, tomo II, p. 456).

La motivación de los Estados en la creación de las primeras Organizaciones Internacionales en el siglo XIX y, principios del siglo XX, se debe, como ha mantenido Cassese, a razones de *"expediency and practicality"*[39]. El hecho de que se produjeran significativos avances en la sociedad y que las actividades adquirieran una dimensión internacional hizo *necesaria la cooperación* entre los Estados[40]. Así, este periodo conoció una profunda transformación por el desarrollo de la industria y del comercio, que se completará con la aparición de nuevos medios de transporte que revolucionarán las relaciones internacionales del momento y que contribuirán, de manera decisiva, al aumento de la interacción entre los Estados. En esta línea, debemos tener en cuenta que *"los ríos de carácter internacional eran medios de comunicación óptimos"*[41], lo que justificará que los primeros intentos de organización se produzcan, en particular, en este sector de la cooperación internacional. Tal y como lo señala Hostie *"la Conférence de la paix a établi pour les grandes voies d'eau de l' Europe centrale une administration internationale, une mise en commun de la souveraineté, pour exclure de cette gestion tout élément politique, toute vue égoïste ou étroitement particulariste, tout favoritisme direct ou indirect »*[42].

Sería, por lo tanto, la *necesidad* lo que lleva a los Estados de principios del siglo XIX a relacionarse y a desarrollar la puesta en común de mecanismos de cooperación en la escena internacional. En verdad, existían y existen muchos campos que se podrían gestionar internacionalmente, además de los ríos internacionales o las comunicaciones postales. Sin embargo, la *ausencia de una exigencia internacional inmediata*, hizo que fueran estos campos sobre los que

[39]CASSESE, *International Law*, p. 134.
[40]CASSESE, *International Law*, p. 134; En esta línea consultar: CARREAU, *(EI). Droit International Public*, p. 20.
[41]DIENA, *Derecho Internacional Público*, p. 200; y COLLIARD, *Institutions des Relations Internationales*, pp. 46 ss.
[42]Afirmación hecha por HOSTIE, citado por PINTOR, S., "Le regime international de l'Escaut", *RCADI*, pp. 287-288.

primero se discutiera la internacionalización y para los que se pusieran en marcha mecanismos conjuntos de acción. Si durante los siglos anteriores, el deseo por evitar la guerra fue el principal motivo que impulsó a los Estados a cooperar mediante uniones, el siglo XIX estará marcado por el desarrollo económico que supondrá el nacimiento de verdaderas organizaciones internacionales con fines distintos[43]. Con seguridad, durante los siglos XVII y XVIII *no existía necesidad inminente* de regular conjuntamente por la sociedad internacional los aspectos económicos, lo que hizo que este periodo estuviera marcado por un fuerte nacionalismo que quedaría reflejado en el carácter aislado del desarrollo de proyectos de cooperación así como en la falta de la creación de mecanismos que condujeran a una profunda cooperación internacional[44].

Basándonos en la afirmación realizada por S. Pintor, la acción conjunta de los Estados en el seno de una Organización Internacional supondría la mejor garantía para el desarrollo de la sociedad en su conjunto y para el acometimiento de las tareas encomendadas. De tal forma que el Estado, considerado como un actor "egocentrista" e individualista en la sociedad internacional, es el que mejor aseguraría, eso sí a través de un organismo internacional, la salvaguarda de los intereses comunes. En palabras, quizá más claras: *"Voile donc l'État*

[43]GRANELL, F., "Organizaciones Económicas Internacionales. El Proceso de Transformación", *Afers Internacionals*, Barcelona, 1982, p. 41.

[44]A esto se refiere GRANELL cuando habla del Banco Internacional que, según el autor, *"debía ser creado en Ginebra en 1675"*. Asimismo, este autor mantiene que los antecedentes más remotos de las organizaciones internacionales de carácter económico se sitúan en *"la Liga Hanseática que comprendió una vasta serie de acuerdos entre comerciantes privados, ciudades, estados, reyes e, incluso, el Gran Maestre de la Orden Teuthica"*, GRANELL, "Organizaciones Económicas Internacionales", pp. 42-43. Sobre este tema, consultar, igualmente, SCHLOSS, H. H., *The Bank for International Settlements, An experiment in Central Bank Cooperation*, Amsterdam, 1958; y POSTAN, M. y RICH, E. E., "The Cambridge Economic History of Europe", *Cambridge University Press*, 1952, 11.

au singulier, considéré, isolement écarté, comme l'expression caractérisée de l'égoïsme, de l'étroit particularisme, du favoritisme, et présenté, en revanche, au pluriel, encadré dans la Société des États, comme la source la plus pure et la garantie la plus sure de l'impartialité, de l'objectivité, de la justice »[45].

Por esto, el *Congreso de Viena*, además de suponer un considerable cambio en la sociedad internacional en su conjunto, traerá consigo dos avances sustanciales, con efectos concretos, en la libertad de navegación. En primer lugar, el Acta final del Congreso de Viena, recogiendo los preceptos establecidos en el Tratado de París de 1814, reconoce la libre navegación de los ríos internacionales *para todas naciones* y no sólo para los Estados ribereños, aunque esta declaración sólo es teórica en sus inicios. En particular, el artículo V del Tratado de Viena establece que *"La navigation sur le Rhin (…), sera libre, de telle sorte qu'elle ne puisse être interdite à personne » « Il sera examiné et décidé de même, (…), de quelle manière, la disposition ci-dessus pourra être également étendue a tous les autres fleuves qui, dans leur cours navigable, séparent ou traversent différent états »*[46]. En segundo lugar, y esto tiene mayor relevancia para el estudio que nos ocupa, el Acta Final del Congreso de Viena será el impulsor de la mayor parte de las Comisiones Fluviales. En esta línea se pronuncia Pardo Segovia al indicar que *"el Acta Final del Congreso de Viena del 9 de junio de 1815 aseguró la libertad de navegación, definió los ríos internacionales y los rasgos generales de su regulación jurídica e instituyó el sistema de Comisiones*"[47]. Así, mediante el Congreso de Viena y en palabras, quizá más poéticas *"C'était inaugurer le règne des Commissiones"*[48].

[45]PINTOR, "Le regime international de l'Escaut", p. 288.
[46]HAJNAL, H., *Le Danube: Its Historical, Political and Economic Importance*, La Haya, 1920, p. 39.
[47]PARDO SEGOVIA, F., "Algunas aproximaciones al tema de la libertad de Navegación Fluvial", *Revista Agenda Internacional*, p. 172. En esta línea, consultar igualmente el artículo 108 del Acta Final del Tratado de Viena de 1815.
[48]BIAYS, P., «La Commission Centrale du Rhin», *RGDIP*, 1952, 56, p. 226.

Ahora bien, para poder realizar un correcto análisis de las primeras instituciones internacionales, tendríamos que considerar algunos aspectos.

i) *No podemos establecer criterios generales* para definir ni la naturaleza ni la autoridad reconocida a las organizaciones que surgen a partir del siglo XIX. La comprensión idónea de uno de los fenómenos más destacados de la escena internacional: la aparición de las primeras organizaciones internacionales, requiere *un estudio pormenorizado* de las mismas como consecuencia, en la mayoría de casos, de la ausencia de rasgos comunes en ellas. A esto se refiere POTTER cuando, al hilo de un estudio sobre la clasificación de las instituciones que ven la luz a principios del siglo XIX y centrándose, sobre todo, en el análisis de las uniones administrativas mantiene que *"International organizations, or some of them, concentrate upon collection and distribution of factual data. Others conduct studies of the data of social problems and make their findings publicly available. Still others make recommendations to states or to other organizations based on their findings, and perhaps facilitate the adoption of such findings by the states, by sponsoring conferences where they may be discussed"*[49]. Sin embargo, sí podríamos establecer como *objetivo principal y común* a todas las instituciones el de *"to facilitate the communication of national policies and views by one state to another, their reconciliation, synthesis, and adoption as international law, and the execution of the latter"*[50].

ii) En línea con la afirmación del enunciado anterior, *no debemos confundir las Conferencias internacionales con las primeras organizaciones internacionales* ya que presentan rasgos distintos. En este sentido, primero, algunas instituciones de principios del siglo XIX, tal y como hemos dicho, serán consideradas como una *extensión de las*

[49] POTTER, P.B., "The Classification of International Organizations, II", *The American Political Science Review*, 1935, vol. 29, nº 3, pp. 414 y 415.
[50] POTTER, "The Classification of International Organizations, II", vol. 29, vº 3, p. 416.

Conferencias que tienen lugar en el mismo momento histórico- bien porque nacen de grandes Conferencias internacionales bien porque es cierto que, *en esencia*, tanto las Conferencias como las organizaciones más primarias tienen una función común: *fomentar la cooperación entre los Estados*[51]. Sin embargo, poco a poco, las instituciones internacionales irán adquiriendo rasgos que las diferenciarán de las reuniones de Estados. Segundo, en relación con otro aspecto al que también hemos hecho referencia con anterioridad, la sociedad internacional dotará a las instituciones de *órganos permanentes*. Éste sería, a mi juicio, junto con la necesidad de que exista normalmente un *Tratado Constitutivo* para la creación de organizaciones internacionales, el aspecto que muestra, de manera más clara, la diferencia entre las Conferencias periódicas y las primeras organizaciones de la escena internacional. Tercero, con carácter general, mientras que con las Conferencias internacionales se observa la poca voluntad existente por parte de los Estados para cooperar, ya que son, al menos en la historia moderna, la expresión inicial de contacto entre dichos entes, las primeras organizaciones expresan un marco de relación en el que se sobreponen los intereses comunes a los nacionales. En esta línea se pronuncia POTTER cuando, en relación con las Conferencias internacionales que tienen lugar a lo largo del siglo XIX, mantiene que *"They reach results at times which call for national rather than international action, that is, action of a state upon its own nationals having only indirect international results. And at times they are called in such a way and conducted in such a way that even these fundamental elements in their nature seem slightly less than truly*

[51] En este sentido se pronuncia igualmente POTTER cuando sostiene que *"By contrast again, the actual in- fluence of international administrative (…) is great the deference paid to them substantial. Where administrative bureaus are created for performance of indecisive functions, such as collection of information, no great respect is paid to them, and often their light requests are disregarded as the more exacting demands of other bodies are not. But when bureaus speak with a pretense of authority, they seem to exercise sufficient influence to be obeyed"* POTTER, "The Classification of International Organizations, II", vol. 29, vº 3, p. 413.

international"[52]. Por lo demás, al hilo del análisis de las primeras Uniones internacionales, y a diferencia de las Conferencias del siglo XIX, este autor sostiene que*"International administrative agencies seldom apply national law (...)Such international agencies operate upon states as such, but they also operate upon private individuals, nationals of only one state at the time"*[53].

En definitiva, aceptando como *principio general* que las Conferencias internacionales y las primeras organizaciones no poseen los mismos rasgos y que, por lo tanto, responden a realidades distintas tanto debido al momento histórico en el que surgen como a los propósitos finales de cada una de estas dos formas de cooperación, no debemos olvidar que *cada institución es diferente* y que, por el *carácter embrionario de la mayoría*- debido en parte al deseo de los Estados de conservar su soberanía -, podrían ser más o menos cercanas a lo se entendía, todavía entonces, por reunión periódica de Estados. En palabras de POTTER *"all but a very small proportion of existing international organizations possess at least legislative and administrative organs"*[54]. Sin embargo, a diferencia de las Conferencias internacionales y debido a la existencia de órganos permanentes y a la voluntad de cooperar en las primeras Uniones, *"various administrative bodies are clearly given, or at least clearly exercise, a degree of law-making power. Administrative authority is bestowed much more frequently in terms which make its exercise practically final"*[55]. Para resumir podríamos suscribir las palabras empleadas por el citado autor para quien *"When the question of factual influence and power is raised, the answer is much the same, with one*

[52] POTTER, "The Classification of International Organizations, II", vol. 29, nº 3, p. 408.
[53] POTTER, "The Classification of International Organizations, II", vol. 29, nº 3, p. 408.
[54] POTTER, "The Classification of International Organizations, II", vol. 29, nº 3, p. 409.
[55] POTTER, "The Classification of International Organizations, II", vol. 29, nº 3, p. 412.

very important addition. International legislative bodies, i.e., international conferences, do not wield decisive influence, and have no means of compelling respect for their decisions"[56].

5.- Las comisiones fluviales como manifestación de organización internacional: especial mención a la Comisión Central para la Navegación del Rhin y a la Comisión Europea del Danubio

El examen del fenómeno de la Organización internacional, en todas sus dimensiones, nos obliga a estudiar las principales manifestaciones que tuvieron lugar a lo largo del siglo XIX y que condujeron, en definitiva, al surgimiento de las primeras organizaciones internacionales. Entre ellas se encuentran, sin ninguna duda, las denominadas Comisiones Fluviales que, desde el principio, marcaron algunos de los aspectos que, en la actualidad, se consideran claves en la configuración y definición de la organización internacional. Desde esta óptica, conviene referirse, en particular a las dos Comisiones fluviales más relevantes en el continente europeo que, además, sirvieron de guía y de modelo para el establecimiento de otras instituciones de este tipo. La Comisión Central para la Navegación del Rhin (CCNR) representa la primera expresión de organización internacional y, asimismo, la Comisión Europea para la Navegación del Danubio aporta mucha solidez al marco conceptual y normativo en el que se sitúan las organizaciones internacionales.

[56] POTTER, "The Classification of International Organizations, II", vol. 29, nº 3, p. 413.

Principales aportaciones al fenómeno de la Organización internacional de la Comisión Central para la Navegación del Rhin

La *evolución* del fenómeno de la organización internacional en todas sus formas queda plasmada, principalmente, en la configuración y, posterior afirmación de la que ha sido considerada, por algunos, como la primera Organización Internacional, es decir, la *Comisión Central para la Navegación del Rhin*. Lejos de tener reconocidos, desde sus orígenes, unos elementos perfectamente definidos para pensar en esta institución como tal, un análisis en profundidad, tanto de sus rasgos como de su naturaleza, resulta necesario para comprender este fenómeno que, sin ningún género de dudas, supone un avance en lo que a las relaciones internacionales se refiere. La imposibilidad por parte de la doctrina *iusinternacionalista* del momento de enmarcar este suceso en algunos de los procesos conocidos se debió, precisamente, al carácter innovador del mismo pero, igualmente, a su propia naturaleza que, incluso, en la actualidad, es considerada como doble. Por un lado, la *Comisión Central para la Navegación de Rhin* es una Conferencia diplomática permanente y, por otro lado, es una verdadera Organización Internacional[57]. Asimismo, tal y como ha quedado demostrado por las funciones que realiza a lo largo de su historia, la Comisión Central para la navegación del Rhin fue concebida como una *organización de carácter técnico y económico* más que político.

Conviene recordar que tras el fracaso para llegar a acuerdo en lo relativo a la apertura del Rhin para las naves francesas en la Conferencia de Rastadt[58] celebrada entre Francia y el Imperio alemán en 1798, un

[57]Consultar la naturaleza jurídica y competencias en la página web de la Comisión Central para la Navegación del Rhin (Commission Centrale pour la Navigation du Rhin).

[58]En el artículo XX del Tratado de Campoformio de 1797 se establece la celebración de un Congreso en Rastadt para lograr la pacificación de la potencia francesa y el imperio alemán. Asimismo, el artículo II de un acuerdo secreto adoptado al hilo del Tratado de 1797 reconoce la libertad de navegación

nuevo intento tuvo lugar en 1802, en la Conferencia de Ratisbon. El éxito de esta Conferencia de 1802 supuso que, dos años después, se adoptara entre la República Francesa y el Imperio alemán la *Convención de L'Octroi du Rhin*[59], que entró en vigor el 1 de noviembre de 1805. El principal avance de la Convención, en lo que a regulación fluvial se refiere, fue la creación, por primera vez en 1804, de una *administración centralizada del Rhin, la Administración General de L'Octroi de Navigation du Rhin* que tal y como ha sostenido WUNDER *"était l'expression d'une souveranitée commune sur le fleuve"*[60]. Es, por lo tanto, en esta administración germano-francesa dónde se podría situar el *origen mediato* de la Comisión Central para la Navegación del Rhin.

A la nueva administración internacional, establecida en Maguncia, se le reconocen poderes de diversa índole, en particular, en materia de policía fluvial y judicial[61]. La aportación de la *administración internacional de 1804* tanto a las relaciones internacionales en su conjunto, sobre todo en lo que a la aparición de las Organizaciones Internacionales se refiere, como a la creación de la Comisión Central para la navegación del Rhin es de una *importancia vital.* No debemos olvidar que es a la organización de 1804 a la que sustituye la Comisión del Congreso de 1815, cuyas competencias e independencia como Organización Internacional, en sus inicios, son

del Rhin para la Republica Francesa. Consultar en HAJNAL, *Le Danube*, pp. 27-28.

[59]PARDO SEGOVIA, "Algunas aproximaciones al tema de la libertad de Navegación Fluvial", pp. 170-171.

[60]WUNDER, B., «La Commission centrale pour la navigation du Rhin », en el libro *Organisation Institutionnelle de la Gestion de L'eau aux XIXe et XXe siècles*, p. 216.

[61]Hay una amplia bibliografía sobre este tema, consultar, entre otros, BIAYS, "La Commission Centrale du Rhin", 56, p.227; REINALDA, *Routledge History of International Organizations*, p. 28; PARDO SEGOVIA, "Algunas aproximaciones al tema de la libertad de Navegación Fluvial", p. 171; HAJNAL, *Le Danube*, pp. 29-34.

sorprendentemente menores que las que disfrutaba la unión franco-alemana. En esta línea se pronuncia WUNDER cuando afirma que *"en tant qu'organisation, la Commission du Congrès renforça la centrale en créant une Commission centrale et affaiblit l'organisation en laissant le recouvrement de l'Octroi, la police fluviale et la justice, en première instance, aux Etats »*[62].

En realidad, *la Administración General de L'Octroi de Navigation du Rhin* era una verdadera organización internacional cuyo Tratado Constitutivo fue el Convenio sobre portazgo a la navegación del Rhin entre Francia y Alemania[63]. A esto hace referencia BIAYS cuando sostiene que *"dans leur désir –refiriéndose al deseo de los Estados- de créer une autorité rhénane selon l'expression de l'annexe 16B -refiriéndose al Acta Final del Congreso de Viena-, ces Etats signataires se trouvaient cependant devant une institution déjà existante: La Convention de l'Octroi »*[64]. Asimismo, con respecto a sus competencias, tal y como ha sostenido BERND WUNDER *"L'organisation relative à l'Octroi rhénan était donc essentiellement une organisation financière, aux larges compétences fiscale, policière et juridictionnelle » « l'organisation reçut même une certaine compétence législative, restreinte, il est vrai, par l'approbation des gouvernements, mais englobant un droit d'initiative » « Dans ce cadre,*

[62] WUNDER, «La Commission centrale pour la navigation du Rhin », p. 221. En sentido contrario, encontramos la afirmación hecha por la CCNR en el documento titulado «La Commission Centrale pour la navigation du Rhin: 170 ans d'évolution du statut international du Rhin». Concretamente, se dice que *L'on doit souligner que la tâche attribuée par le Congrès de Vienne à la Commission Centrale dépassait largement celle qui avait été attribuée à l'organisation mise en place par le Traité d'Octroi». http://www.ccr-zkr.org/files/histoireCCNR/07_ccnr-170-ans-evolution-statut-international-du-rhin.pdf*, p. 2.

[63] CRUZ MIRAMONTES, R., "Las Comisiones Fluviales Internacionales y la Comisión Internacional de Límites y Aguas", *Natural Resources Journal*, 1978, vol. 18, p. 113.

[64] BIAYS, «La Commission Centrale du Rhin», 56, p. 227.

les gouvernements concernés renonçaient à une partie de leur souveraineté en faveur d'une ***organisation internationale*** *»*[65]. De estas palabras queda clara la magnitud del hecho que acontecía en 1804, dando lugar a un fenómeno, desconocido hasta el momento, y que, desde entonces, ha ido *in crescendo.*

En cualquier caso, tras el bloqueo por parte de Napoleón de la institución de Octroi en 1810, aunque su periodo de vida inicial era de diez años[66], y la *creciente necesidad* por parte de los Estados de regular de manera conjunta los ríos internacionales a consecuencia de los avances técnicos que se producen en el siglo XIX y que darían la posibilidad a los Estados hasta entonces *"de espíritu egoísta e individualista"*[67] de aprovechar, en alguna o mayor medida, las corrientes del agua, se promueve en el Congreso de Viena dar forma a la exigencia internacional y adaptar los principios reconocidos en la organización d'octroi mediante la constitución en su Acta final de la *Commissio centralis pro navigatione Rheni.*

El Acta Final del Congreso de Viena constituye la Comisión Central para la navegación del Rhin como Organización Internacional, aunque dicha institución no se completaría hasta 1831 con el Acta de Maguncia y se iría perfeccionando con la adopción de sucesivas convenciones internacionales. Los Estados no estaban, sin embargo, dispuestos a ceder soberanía a un órgano independiente con personalidad jurídica propia, lo que hace que algunos internacionalistas consideren a la Comisión Central del Rhin, al menos en sus inicios, como una extensión de las Conferencias propias del siglo XIX más que como una organización internacional en sentido estricto, adquiriendo, sólo con el tiempo, esta condición. En esta dirección se pronuncia Biays

[65] WUNDER, «La Commission centrale pour la navigation du Rhin», p. 221.
[66] REINALDA, *Routledge History of International Organizations*, p. 28; BIAYS, «La Commission Centrale du Rhin», 1952, 56, p. 227 *in fine*.
[67] CRUZ MIRAMONTES, "Las Comisiones Fluviales Internacionales y la Comisión Internacional de Limites y Aguas", vol. 18, p. 113.

cuando sostiene que *"la Commission Centrale du Rhin d'abord simple réunion de délégués, puis Conférence internationale, se présente aujourd'hui – refiriéndose al siglo XX- comme un véritable service administratif"*[68]. El carácter rudimentario que, en un principio, prevalece en la que, por algunos, ha sido definida como *"la decana"* de las organizaciones europeas ha hecho que, en la primera fase de su existencia, la Comisión Central para la navegación del Rhin fuera concebida, ante todo, como una *Conferencia diplomática*[69], otorgándosele, únicamente con el tiempo, plenamente la doble condición de Conferencia permanente y Organización Internacional.

La contradictoria voluntad de los Estados a principios del siglo XIX, por una parte, celosos de su soberanía y, por otra parte, obligados a relacionarse de manera más estrecha para su desarrollo, condujo a que la Comisión Central para la navegación del Rhin surgiera como un *mecanismo de comunicación* entre los Estados, tal y como se manifestaba en el artículo 10 del anexo 16B del Acta Final del Congreso de Viena, sin que se le reconocieran poderes de gestión y quedando, por tanto, definida como una *organización de control y supervisión*[70]. Esto explicaría su consideración, en la escena internacional, como una mera extensión de las relaciones que tienen lugar entre los Estados a principios del siglo XIX. La propia CCNR aclara esta posición al mantener que "*si la nécessité de créer un organe central sur le Rhin était admise par les Puissances représentées au Congrès, les esprits étaient divisés quant au pouvoir à lui donner. Les unes souhaitaient l'établissement d'une autorité permanente et autonome s'inspirant de celle de l'Octroi et dont les pouvoirs devaient lui permettre de prendre décisions s'imposant aux Gouvernements, les autres plaidaient en faveur d'une Conférence diplomatique se réunissant périodiquement et*

[68] BIAYS, «La Commission Centrale du Rhin», 56, p. 227.
[69] POCH Y GUTIERREZ DE CAVIEDES. A., "Comisión Central del Rhin", *Revista de Instituciones Europeas*, 1974, vol. 1, nº 1, p. 275.
[70] POCH Y GUTIERREZ DE CAVIEDES, "Comisión Central del Rhin", p. 275.

qui serait pourvue des pouvoirs limités » siendo, tal y como se manfiesta en este documento, *«la deuxième formule qui triompha»*[71].

La falta de interés, por la mayoría de los Estados, en que una *Administración Central* regulase aspectos que, durante mucho tiempo habían estado bajo su esfera de competencia o que se habían administrado mediante relaciones bilaterales[72], queda demostrada en el largo periodo que transcurre desde 1816 -primera reunión de la pionera organización europea- hasta 1831-momento en el que se adopta el Acta de Manguncia y que supone el inicio del reconocimiento a la Comisión Central del Rin de funciones jurisdiccionales que le habían sido atribuidas en el Congreso de Viena de 1815-. El Acta de Maguncia de 1831 determina un reglamento específico para el Rhin que, de manera general, se había establecido en el Congreso de Viena y cuyos principios serán reproducidos, en parte, en el Acta de Mannheim de 1868. Asimismo, tal y como nos recuerda ROUSSEAU, será igualmente con el Acta de 1831 cuando la Comisión Central *"put commencer à fonctionner"* debido a que *"la seule innovation notable du règlement de Vienne- refiriéndose a la creación de la Comisión- devait rester théorique à la suite de l'obstruction néerlandaise"*[73].

[71] Commission Centrale pour la navigation du Rhin. «La Commission Centrale pour la navigation du Rhin: 170 ans d'évolution du statut international du Rhin», p. 2.

[72]A esta idea hace referencia PINTOR cuando establece que «*Durant quelque temps les controverses et les conflits qui s'élevèrent à ce propos dans les rapports des États furent régies par les moyens diplomatiques ordinaires et par des conventions entre les parties directement intéressées. Mais bientôt les grandes puissances qui, après la chute de Napoléon, se posèrent en quelque sorte en comité de direction des affaires du monde, entreprirent d'édicter, notamment en matière de navigation fluviale, des maximes et des règlements, ayant le caractère de dispositions législatives, c'est-è-dire de régies établies par une autorité, supérieure aux États particuliers, agissant au nom de l'intérêt général* ». PINTOR, «Le régime international de l'Escaut», p. 292.

[73]ROUSSEAU, *Droit International Public*, Fleuves et canaux, pp. 208-209.

De esta manera, y poco a poco, la organización, cuyas funciones principales eran de *control y supervisión*, fue adquiriendo, junto a lo anterior, un *carácter jurisdiccional*[74]. Con ello, el Acta de Mannheim de 1868 supone un cambio significativo en lo que a la configuración y concepción de la Comisión del Rhin se refiere, viendo la Comisión ampliada sus competencias- aunque todavía eran limitadas[75]- y, por tanto, su consolidación como una Organización Internacional. Precisamente, este momento es el que algunos autores consideran como el punto de partida de la aparición, como tal, de la Comisión Central para la Navegación del Rhin[76]. Sin embargo, sería más correcto afirmar que es el Acta de Mannheim de 1868 el que configura a la Comisión del Rhin como una verdadera Organización Internacional quizá por el hecho de que modifica, junto con el Tratado de Versalles de 1919, el *status jurídico* de la institución[77]. En esta línea se pronuncia Bursaux,

[74] POCH Y GUTIERREZ DE CAVIEDES, "Comisión Central del Rhin", p. 275. En la misma línea, consultar CORTHÉSY, F., «Essai sur une nouvelle organisation des tribunaux de navigation et de la Commission Centrale du Rhin», *RGDIP*, 1930, XXX VII, pp. 64 y ss.

[75]En este sentido se refiere ROUSSEAU cuando mantiene que «"elle-refiriéndose a la Comisión Central" ne pouvait ordonner ou empêcher aucun travail et aucune procédure arbitrale n'était prévue en cas de conflit entre les riverains", ver en ROUSSEAU, *Droit international publi*c, p. 209.

[76] ABDALLAH EL-ERIAN., "Relaciones entre los Estados y las Organizaciones intergubernamentales", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. 2, p.190, cuando sostiene que *"por la Convención de Mannheim, de 1868, concluida entre los Estados ribereños del Rhin, se creó la Comisión Central para la navegación del Rhin"*. Consultar, igualmente, BURSAUX, D., «140ème anniversaire de l'Acte de Mannheim (2008)». *Recueil des allocutions*. Commission Centrale pour la navigation du Rhin. *http://www.ccr-zkr.org/files/histoireCCNR/140anniv/Brochure140_fr.pdf*. p. 27.

[77] KISS, A.Ch. y VIGNES, D. H., «Compétences de réglamentation, de contrôle et juridictionnelle», *Annuaire français de droit international*, 1955, vol. 1, p. 508. Sobre el mismo asunto, consultar WALTHER, H., «Le statut international de la Commission Centrale pour la navigation du Rhin », *Revue*

cuando sostiene que *"sur le fondement de cette Convention- haciendo referencia al Acta de 1868-, l'institution qui, auparavant, était perçue comme une sorte de conférence diplomatique permanente est devenue une véritable organisation internationale avec des pouvoirs propres et un processus de décision autonome »*[78].

En este punto de su historia, a la Comisión se le reconocen, con mayor o menor grado de consistencia, tres tipos de competencias: competencias de control y supervisión, competencias jurisdiccionales y competencias de gestión y decisión. A estas tres funciones hacen referencia Kiss y Vignes cuando afirman que la CCNR *"arrête les textes des règlements communs (règlements concernant la police de la navigation, la visite des bateaux, les patentes de bateliers, le transport de matières dangereuses, la clôture douanière, etc…)(…)est chargée de veiller à ce que les principes de liberté de navigation et d'égalité de traitement soient respectés, à ce qu'aucune entrave technique, administrative, fiscale, douanière ou autre ne soit apportée à la navigation (…) est chargée de fonctions juridictionnelles »*[79].

Centrándonos en el estudio de la modificación sobre la Comisión que tiene lugar a principios del siglo XX, el *Tratado de 1919* realiza, en concreto, dos tareas. Por una parte, *transforma algunos de los puntos* recogidos en los instrumentos jurídicos previos y, por otra parte, *complementa y afirma lo establecido* por el Acta de Mannheim de 1868, cuyo reconocimiento pleno era necesario debido a la práctica desarrollada por la Organización a partir de esta fecha[80]. Así lo dice WOEHRLING, Secretario General de la CCNR, cuando, haciendo

des Transports et des Communications, 1949, pp. 8 y ss ; SIBERT, *Traité*, t.I, pp. 173 y ss ; y BIAYS, «La Commission Centrale du Rhin», 56, pp.234 y ss.

[78] BURSAUX, «140ème anniversaire de l'Acte de Mannheim (2008 », p. 28.

[79] KISS y VIGNES, «Compétences de réglamentation», vol. 1, p.508. En la misma línea se pronuncia POCH Y GUTIERREZ DE CAVIEDES, *Comisión Central del Rhin*, p. 275.

[80] ROUSSEAU, *Droit International Public*. Les relations internationales, Paris, 1980, tomo IV, p. 520.

referencia al Acta de Mannheim de 1868, afirma que *«les Etats membres ont donné à la Commission Centrale un pouvoir réglementaire propre. La nature et l'étendue de ce pouvoir réglementaire ne se sont cependant affirmées que progressivement. Celui-ci est considéré aujourd'hui comme une caractéristique centrale de la CCNR mais celle-ci, durant une partie de son existence n'en a pas disposé »*[81].

Con respecto al primer punto, los dos aspectos esenciales objeto de modificación por el Tratado de Paz de 1919 fueron el *cambio de sede de la organización fluvial europea*, que en lo sucesivo se situará en Estrasburgo; y el reconocimiento de los *Estados no ribereños* como Estados miembros de la Organización *en pie de igualdad* con los Estados ribereños. En relación con el segundo punto, quizá más importante para nuestro estudio, quedan afirmadas las tres competencias: de control, de gestión y de jurisdicción, de la CCNR, funciones que harán muy difícil negar a la Comisión como una verdadera institución internacional y que estaban reconocidas en los instrumentos anteriores y, en cierta medida, habían sido puestas en práctica por la Organización desde hacía algún tiempo[82]. Está claro que, en las modificaciones elaboradas por el Tratado de 1919, tal y como mantiene Rousseau, se reconoce un *triple rol* para la Comisión Central del Rhin. Con base en el análisis realizado y respecto a los elementos de la Comisión del Rhin, es posible afirmar que ninguna modificación posterior en relación con esta organización ha alcanzado el grado de importancia que tuvieron aquellas realizadas durante el siglo XIX y el periodo de entreguerras.

[81] WOEHRLING J. M., 140ème anniversaire de l'Acte de Mannheim (2008). Recueil des allocutions. Commission Centrale pour la navigation du Rhin. *http://www.ccr-zkr.org/files/histoireCCNR/140anniv/Brochure140_fr.pdf*. p. 11.

[82] ROUSSEAU, *Droit International Public*, tomo IV, p. 521.

En definitiva, el análisis de la CCNR nos permite sostener que estamos en presencia de un ente que ha contribuido, de manera notable, al surgimiento del fenómeno de la organización internacional y que, al mismo tiempo, allanó sobremanera el camino para que se fuera abriendo paso este fenómeno en una sociedad, como la internacional, en la que primaban la presencia y el protagonismo de los Estados y en la que resultaba sumamente difícil aceptar la existencia de otros entes con personalidad jurídica internacional.

Los rasgos esenciales que definen a la Comisión Europea para la navegación del Danubio

Por lo que se refiere a la regulación danubiana, el año clave será *1856*, no sólo porque es en ese momento en el que se toma conciencia por parte de los Estados de la necesidad de configurar la libertad de navegación por el Danubio, aplicando los principios reconocidos en el Congreso de Viena de 1815, sino que, igualmente e incluso lo que sería más importante para nuestro estudio, porque será en ese momento en el que se constituya la *Comisión Europea para la navegación del Danubio.* No es coincidencia que hablemos de esta *Comisión* en vez de referirnos a las *dos Comisiones* que realmente ven la luz con el Tratado de París de 30 de marzo de 1856. En efecto, una vez más, la creciente necesidad de cooperar que existe entre los Estados que conforman la comunidad internacional en su conjunto y la voluntad de regular la parte inferior y superior del Danubio en particular, conducen a adoptar *decisiones concretas*. Así, el Tratado de París de mediados del siglo XIX establece la "*création de deux Commissions pour surveiller l'application desdits principes- refiriéndose a los principios consagrados en el Congreso de Viena 1815- : 1º une Commission temporaire dite européenne, prévue pour deux ans, chargée de dégager les bouches du Danube des obstacles qui obstruaient le fleuve, 2º une Commission permanente dite riveraine, chargée d'élaborer les*

règlements de police et de navigation et de veiller au maintien de la liberté de navigation»[83].

A primera vista todo parecería indicar que la segunda Comisión, constituida por el Tratado de París, tendría más autoridad en la escena internacional que la Comisión Europea por dos motivos. Primero, por el hecho de ser *permanente,* a diferencia de la primera a la que sólo se le reconoce un carácter temporal. Segundo, por las *competencias* que se le atribuyen a la Comisión ribereña- véase competencia para la elaboración de reglamentos-. Sin embargo, de nuevo, *la evolución* demostró que esta observación no es acertada. Paulatinamente, la *Comisión Europea para la navegación del Danubio* verá ampliada su duración hasta convertirse en *permanente* en 1921 y, a pesar de lo establecido en el Tratado de 1856, algunos autores mantienen que tal Comisión *"possédait des compétences réglementaires et juridictionnelles »*[84] y que *"cette Commission aura même des fonctions beaucoup plus importantes que la Commission du Rhin puisqu'elle réalisera elle-même et financera directement par des emprunts et des péages, les travaux d'aménagements dans les bouches du Danube »*[85]. En contrapartida, estos autores se refieren a la Comisión Ribereña como una Comisión con un *« fonctionnement plus chaotique"*[86].

En esta ampliación progresiva que experimente la regulación del Danubio se podría resaltar el *Tratado de Londres de 1883* que tiene una doble función. Por un lado, alarga la vida de la Comisión Europea y, por otro lado, extiende sus competencias espaciales. Lo mismo ocurre con el Tratado de París de 1921 que, basándose en los principios

[83] ROUSSEU, *Droit International Public*, Tomo IV, p. 527 *in fine*. En relación con esta cuestión existe una amplia bibliografía, consultar, por todos, WOEHRLING, "L'axe fluvial Rhin-Danube: mythes et réalités", en particular *vid*., pp. 3-4.
[84] ROUSSEAU, Ch., *Droit International Public,* tomo IV, p. 529.
[85] WOEHRLING, "L'axe fluvial Rhin-Danube", pp. 3-4.
[86] WOEHRLING, "L'axe fluvial Rhin-Danube", pp. 3-4.

reconocidos en el Tratado de Versalles y a diferencia del Tratado de 1883, modifica el *status jurídico* del Danubio reconociendo la condición de *permanente* a la Comisión Europea[87]. Este último instrumento jurídico es indispensable en la historia danubiana ya que, desde 1921 hasta 1940, será la base de su régimen[88]. Por lo demás, la *Comisión ribereña* no corrió, a lo largo de su historia, la misma suerte que la Comisión Europea. A pesar de que el Tratado de París de 1856, como hemos señalado con anterioridad, estableciera que la primera de las Comisiones tenía un carácter permanente y estaba *"chargée d'élaborer les règlements de police et de navigation et de veiller au maintien de la liberté de navigation",* sus funciones se vieron, en la práctica, muy limitadas. Así nos lo recuerda Hajnal cuando afirma que *"while the appointment of the European Commission as prescribed by the Article XVI. met with universal acclamation, that of the Riparian States Commission was much less fortunate"*[89], añadiendo que *"The European Commission was much more active and much more successful than the Riparian States Commission*"[90].

A diferencia de la evolución que tuvo la Comisión Europea del Danubio, la Comisión Ribereña estaba, prácticamente desde sus inicios, destinada a desaparecer, fundamentalmente, por un motivo: *la búsqueda y defensa de intereses propios por parte de sus Estados miembros*. Pero, además, cabría señalar que la Comisión tenía un alcance reducido ya que sólo incluía a los Estados ribereños. A pesar de que esta característica, considerada individualmente, no tendría por qué haber sido motivo de su debilitamiento y posterior desaparición como Organización internacional, influirá de manera significativa a que los Estados que formaban parte, con una visión nacional más que

[87] Existe una amplia bibliografía sobre el tema, consultar, por todos: ROUSSEAU, *Droit International Public*, tomo IV, p. 529. Este autor mantiene que «*les traités de Versailles et de Saint Germain définissent les grandes lignes du futur statut danubien, qui allait être précisée deux ans plus tard*»
[88] ROUSSEAU, *Droit international public*, p. 211.
[89] HAJNAL, *Le Danube*, p. 80.
[90] HAJNAL, *Le Danub.*, p. 89.

internacional, persiguiesen la consecución de sus intereses particulares. Al mismo tiempo, y según algunos autores, la causa definitiva del fracaso de la Comisión Ribereña es la búsqueda de obtención de beneficios personales por parte de los Estados miembros, lo que quedó reflejado, con mayor claridad, en la atribución de funciones de la propia Organización a una Compañía de Navegación austriaca- *"the Asutrian Steam Navigation Company"*[91]. Como sostiene Hajnal *"Her hand – refiriéndose a Austria- were so bound by her relation to that Company that she could not protect the economics interests of the country, much less those of the world and large"*[92]. Junto a este elemento y debido a la falta de acuerdo, los Estados que componían la Comisión ribereña fueron con el tiempo adoptando sus propias leyes, atribuyendo a la Comisión un papel marginal que conduciría a la desaparición de la misma. Como nos dice el citado autor, el artículo V del acta adoptada en la Conferencia de Londres de 1871 *"was both the death-blow and the burial-service of the Riparian States Commission"*[93].

De esta manera, y a diferencia de lo que los Estados tenían en mente a la hora de crear ambas instituciones, la Comisión Europea fue, poco a poco, sustituyendo en las funciones en una parte del río que le correspondía a la Comisión ribereña, desempeñando, finalmente, el rol que, en un inicio, tenía atribuido la *"Comisión permanente"*. En esta línea se pronuncia, con toda claridad, Reinalda, cuando sostiene que *"the Riparian Commission in the end did not come into being (it finally*

[91]En relación con el papel de esta Compañía y su influencia en el buen funcionamiento de la Comisión Ribereña se refiere HAJNAL cuando sostiene que *"the cause of the complete failure of the Riparian States Commission is to be found in the fact that Austria had granted the Austrian Danube Steam Navigation Company a monopoly in 1846, and was forced to indemnify this company for the loss it sustained as the result of the Article XV of the Paris Treaty (…) it was impossible for Austria (…)to act independently of the Austrian Danube Steam Navigation Company (…)"* en HAJNAL, *Le Danube*, p. 81.

[92]HAJNAL, *Le Danube*, p. 81.

[93]HAJNAL, *Le Danube*, p. 89.

lapsed in 1866), whereas the European Commission, which was efficiently taking care of clearing the mouth of the river, was granted periodic renewals of its mandate"[94]. Ahora bien, como hemos dicho, la Comisión Europea sólo se encargaba de la regulación internacional de la parte baja del Danubio por lo que, al no funcionar la Comisión ribereña, el Danubio fluvial quedaba de nuevo sujeto a la autoridad de los Estados sin que existiera sobre él control internacional alguno mediante una Organización. Este hecho, junto a la compleja realidad política del Danubio, supuso que el Tratado de 23 de julio de 1921 constituyese una nueva institución internacional- la *Comisión Internacional*, encargada del trayecto comprendido entre Braila hasta Ulm[95].

En esencia, como podemos observar del estudio de las Comisiones que se crean para regular la libre circulación por el Danubio y, a diferencia de lo que ocurría con la Comisión del Rhin, no se pone en duda su consideración como Organización en la esfera internacional. La cuestión principal no gira, por tanto, en torno a dilucidar si la *Comisión Europea del Danubio* es o no una institución internacional sino, más bien, en saber si se trata de una *Organización de integración* y qué tipo de *personalidad jurídica* se le reconoce.

Antes de reflexionar sobre esta última cuestión, será necesario hacer dos consideraciones: Primera, en el corto intervalo de 1815 a 1856 o más concretamente a 1921, los Estados que conforman la comunidad internacional *cambian su percepción conforme al fenómeno de las Organizaciones Internacionales*, aunque, como veremos, este cambio no es pleno ya que siguen existiendo reticencias por parte de los Estados en lo que se refiere a reconocer autonomía a una administración central internacional. Segunda, algunos autores, con el paso de tiempo, consideraron a la Comisión Europea del Danubio como un verdadero

[94] REINALDA, *Routledge History of International Organizations,* p. 108.
[95] *Vid.*, REINALDA, *Routledge History of International Organizations,* p. 109.

"État fluvial"[96]. Esto se debió a que tal y como mantiene Lyons la Comisión Europea ejercía sus tareas *"in complete independence of the territory authority"*[97]. Ciertamente, en el reglamento de navegación de 2 de noviembre de 1865, aprobado en 1866, así como en su posterior ratificación de 1881, se le reconocía a la Comisión Europea del Danubio *"quasi-sovereign powers as far as navigation was concerned"*[98].

Debido al progresivo reconocimiento de importantes funciones y competencias para la Organización Danubiana, los Estados se plantearon si considerar o no a la Comisión Europea como una Organización Internacional de integración. En realidad, y en consonancia con la percepción de los Estados, la *Corte Permanente de Justicia Internacial* manifiestó, en su opinión consultiva de 8 de diciembre de 1927, *que "la Cour refusa de voir dans la commission- haciendo referencia a la Comisión Europea- un État ou une organisation dotée d'une souveranitée territoriale exclusive, la commission n'étant qu'une "institution internationale pourvue d'un objet spécial" et ne possédant que les attributions à elle conférées par le statut"*[99].

A partir de los años treinta del siglo XX, y debido a la complicada situación política que se vivía en la escena internacional, era difícil mantener *una administración internacional* cuyos poderes soprepasaban, en algunos aspectos, y se igualaban, en otros, a aquellos de los Estados. El creciente nacionalismo supuso que la *Comisión Europea* fuera perdiendo, sucesiva y progresivamente, autoridad. El momento culmen en lo que a la cesión de potestad por esta Organización Internacional se refiere, y a diferencia de lo que ocurría con la Comisión Central de Rhin, fue el Acuerdo firmado el 18 de

[96] ROUSSEAU, *Droit International Public*, tomo IV, p. 529.
[97] LYONS, F.S.L, *Internationalism in Europe 1815-1914*, Leiden, 1963, p. 61.
[98] REINALDA, *Routledge History of International Organizations*, p. 108.
[99] ROUSSEAU, *Droit International Public*, tomo IV, p. 530. Consultar, igualmente, en este sentido Publications de la Cour, série B, nº14, pp. 63-64.

agosto de 1938. Mediante este acuerdo, *"la Commission européenne transmettait la plupart de ses pouvoirs au gouvernement roumain, ne conservant qu'une compétence réglementaire très limitée"*[100]. Es por ello que algunos autores sitúan la disolución de la Comisión Europea del Danubio en este momento histórico[101].

Durante, y una vez finalizada, la Segunda Guerra mundial, se produjeron cambios decisivos en la historia danubiana. Así nos lo recuerda Rousseau cuando mantiene que *"la convention de Belgrade marque un recul dont on ne saurait sous-estimer la portée par rapport au droit fluvial international tel qu'il s'était établie au XIXe siècle"*[102]. En verdad, una *Comisión del Danubio* –la cual reemplazaría a las dos anteriores- no será reestablecida de nuevo hasta 1953, sin embargo nunca volvería a recuperar el poder que se le atribuyó como ente internacional durante el siglo XIX y principios del siglo XX. No obstante, la contribución de esta Comisión al surgimiento, y posterior consolidación, del fenómeno de la organización internacional es innegable y queda claro que la experiencia danubiana debe ser anotada a la hora de determinar el contenido y alcance de los rasgos que definen y perfilan a las organizaciones internacionales.

4.- Consideraciones finales

El examen de los orígenes de la Organización internacional y, en particular, el devenir de las Comisiones fluviales nos lleva a realizar algunas consideraciones que nos ponen de relieve la necesidad de tener muy en cuenta la contribución de estos entes a la evolución de las

[100] ROUSSEAU, *Droit International Public*, tomo IV, p. 531. En lo relativo al acuerdo de 1938 consultar *R.G.D.I.P.*, 1939, pp. 642-648.
[101] REINALDA mantiene que la disolución de la Comisión Europea como organización internacional se produce en 1939, REINALDA, *Routledge History of International Organizations*, p. 92.
[102] ROUSSEAU, *Droit International Public*, p. 212.

Organizaciones internacionales y, más en concreto, a los rasgos y características que las definen en la sociedad internacional. Con ello, podríamos resaltar lo siguiente:

En primer lugar, la Conferencia Europea del siglo XIX introduce un cambio significativo y por excelencia en lo que a las relaciones internacionales se refiere, desligándose del antiguo régimen, y suponiendo, asimismo, un referente en la transformación de las consideraciones que hasta entonces se hacían sobre el principio de libertad navegación por los ríos internacionales. Lo dice, con toda nitidez, PILLET cuando, haciendo referencia a los siglos XVII y XVIII, manifiesta que *"on peut citer des cas dans lesquels le commerce, découragé par les entraves de toutes sortes que l'on multipliait sous ses pas, dut oublier ses routes ordinaires et se résigner à subir les frais d'un transport par terre ou les lenteurs d'une longue navigation maritime, encore préférables aux obstacles sans nombre dont le cours de chaque fleuve était semé"*, añadiendo *que "c'est en vain que, dans le traité de Münster et dans celui d'Osnabrück, furent insérées certaines clauses dirigées contre la recrudescence d'abus qu'avaient favorisée les désordres de la guerre de Trente ans (...). Ces pratiques demeurèrent en vigueur jusqu'à la fin du siècle, et reçurent encore du traité de Fontainebleau du 8 novembre 1785 une dernière confirmation"*[103]. Asimismo, Forton ha sostenido que *"le début du XIXème siècle a modelé, à sa façon, le devenir de l'évolution européenne. L'acte définitif du Congrès de Vienne, conclu en 1815, constitue une pièce essentielle de cette histoire"*[104]. Con seguridad, las

[103]PILLET, A., «La Liberté de Navigation du Niger d'après le traité de Berlin du 26 février 1885», *RGDIP*, 1896, III, p. 192. Asimismo, para las referencias a los principios reconocidos en los Tratados citados consultar : Traité d'Osnabrück du 24 octobre 1648, IX; Traité de Münster du 30 janvier 1648, LXXXV y XIV; y Traité de Fontainbleu du 8 novembre 1785, Art. VII.

[104]FORTON, P., «140ème anniversaire de l'Acte de Mannheim (2008». *Recueil des allocutions*. Commission Centrale pour la navigation du Rhin. *http://www.ccrzkr.org/files/histoireCCNR/140anniv/Brochure140_fr.pdf*. p. 23.

Comisiones Fluviales que surgen del Congreso de Viena son consideradas, en sentido estricto, como las primeras organizaciones internacionales, al menos por una parte significativa de la doctrina *iusinternacionalista*. Ahora bien, no todas estas Comisiones poseen los mismos rasgos, estructura o grado de reconocimiento en el orden internacional[105], ya sea por el momento histórico en el que surgen o por la potestad que se les atribuye. En esta línea se pronuncia Reinalda cuando, haciendo referencia a las diferentes Comisiones Fluviales que aparecen a lo largo de siglo XIX, mantiene que *"None was comparable in importance and power with the Rhine and Danube Commissions"*[106].

En segundo lugar, la principal aportación al origen de las Organizaciones Internacionales tiene lugar en el *continente europeo* ya que es en Europa donde surgen las dos Comisiones principales y a las que hemos dedicado este trabajo. Las contribuciones al fenómeno de Organización Internacional en el resto de continentes son muy limitadas, no llegando a alcanzar, en ningún caso, la magnitud europea. Asimismo, incluso en nuestro continente, a excepción de la gestión internacional que se crea para el Rhin y el Danubio, no se producen grandes desarrollos. Al contrario, la regulación de ríos como el Mosa o el Odra demuestran retrocesos con respecto a los avances obtenidos con las Comisiones Renana y Danubiana. Si bien es cierto que el *principio de libertad de navegación* se aplica, en su mayoría, en unos casos antes y en otros después, para todas las vías de agua de interés internacional, es necesario tener claro que no tiene por qué existir *"coïncidence nécessaire entre l'internationalisation et le mode gestion"*[107], de tal manera que el nacimiento de un órgano internacional con competencia para regular las aguas fluviales no está vinculado al reconocimiento y aplicación del principio de libertad de navegación sobre un río internacional.

[105]CRUZ MIRAMONTES, "Las Comisiones Fluviales Internacionales y la Comisión Internacional de Limites y Aguas", vol. 18, p. 114.
[106]REINALDA, *Routledge History of International Organizations*, p. 110.
[107]ROUSSEAU, *Droit international public*, p. 207.

En tercer lugar, llama la atención, de manera significativa, el hecho de que los mayores avances con respecto a la gestión fluvial internacional mediante la creación de organismos internacionales, tengan lugar a principios y medidados del siglo XIX. Tras estos periodos históricos, se ha producido, con carácter general, un *estancamiento* en la regulación internacional de las aguas fluviales que, en muchos casos, se ha transformado en un *receso* en la puesta en marcha de mecanismos comunes de reglamentación internacional. Mientras que para la regulación y aplicación del principio de libertad de navegación por el Rhin se constituye una *Comisión internacional*, no ocurre lo mismo en el caso de otros ríos europeos como, entre otros, el *Escalda* y el *Mosela*, dónde queda claro, de una manera más intensa, la ausencia de voluntad de los Estados de ceder competencias a un órgano internacional y las dificultades existentes, aún en este momento histórico, para hacerlo. Todo ello pone de manifiesto el estado embrionario en el que se encontraba la configuración de las Organizaciones Internacionales.

Por último, a pesar de que, como hemos dicho, es el siglo XIX el que verá nacer las primeras organizaciones internacionales, todavía se puede observar en este momento, primero, la poca autoridad que los Estados estaban dispuestos a reconocer a la recién creadas Organizaciones Internacionales; segundo, la falta de práctica en la sociedad internacional en lo que a la existencia de Organizaciones Internacionales se refiere; y, finalmente, la inestabilidad de este fenómeno en sus primeros años de vida que queda reflejada en los avances y retrocesos que tienen lugar en la conformación de las instituciones internacionales. Por tanto, podemos decir que los Estados, en lo que a las relaciones internacionales se refiere, tenían voluntades muy divididas. En efecto, en esta lucha de anhelos se discutía sobre la consideración de las primeras Organizaciones como un simple mecanismo de comunicación o, ir más allá, encargándole la elaboración, en el caso por ejemplo de la Comisión del Rhin, de

reglamentos en materia policial[108], imponiéndose, finalmente, el primero de los criterios.

Como quiera que sea, se puede sostener que si la relevancia de la CCNR es incalculable en la historia de los orígenes de las Organizaciones Internacionales, la aportación de la Comisión Europea del Danubio en el *reconocimiento y el propio concepto de Organización Internacional*, no es menor. Con seguridad, el estudio de la Comisión del Danubio tiene un *inmenso valor en el Derecho Internacional*, fundamentalmente, por dos motivos: Primero, por ser pionera en reconocer *competencias* que, con el tiempo, se irán afirmando en el seno de las Organizaciones Internacionales, integrándose en su definición y conformando su esencia. Segundo, por presentar características *propias*, distintas a todas las demás comisiones que surgen a largo del siglo XIX.

A pesar de lo que puede pensarse *a priori*, las dos Comisiones europeas por excelencia se han configurado de manera muy dispar, por lo que extender el análisis de la Comisión Central del Rhin a la interpretación de la Comisión Danubiana sería, a todas luces, equívoco e incorrecto. Según el Secretario General de la primera institución *"Le Rhin et le Danube sont deux fleuves très différents qui ont connu des histoires distinctes »*[109]. No obstante, al contrario, es decir, llevar a cabo una comparación de algunos aspectos reconocidos a ambas instituciones, podría esclarecer nuestro análisis. De todas formas, estas dos Comisiones han contribuido de manera muy notable a la configuración de uno de los fenómenos más fundamentales de la sociedad internacional: el surgimiento de la organización internacional.

---

[108] ROUSSEAU, *Droit International Public*, p. 208.

[109] WOEHRLING, «L'axe fluvial Rhin-Danube: mythes et réalités », Commission Centrale pour la navigation du Rhin». *http://www.ccr-zkr.org/files/histoireCCNR/13_axe-fluvial-rhin-danube.pdf.* p. 1. El mismo autor hace referencia más detallada a esta cuestión en la página 4 de la misma obra.

LA JUSTICIA SOCIAL ITINERANTE: LOS RETOS DE LOS TRIBUNALES AGRARIOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Magda Yadira Robles Garza
Oscar Flores Torres
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

1.- Preludio

Si bien los historiadores en la materia indican que puede hablarse de la cuestión agraria desde el México indígena pasando por la etapa colonial hasta la etapa del México independiente, también lo es que fue hasta el movimiento revolucionario donde este asunto cobró vigencia e importancia. En efecto, la necesidad de una justicia agraria estuvo en las demandas de los grupos campesinos e indígenas que protagonizaron la lucha armada en 1910. Esta lucha, tuvo como objetivo la urgencia de resolver en términos de justicia los conflictos no sólo patronales sino los relacionados entre las tierras, bosques y aguas de campesinos y comunidades indígenas de nuestro país.

En este contexto, el movimiento armado de 1910 plasmó en el Plan de Ayala de 1911 el firme propósito de buscar la restitución de estas tierras que les habían sido arrebatadas durante el periodo histórico que va desde las rebeliones indígenas de la etapa colonial, las de la

revolución de independencia y el descontento en el sureste mexicano que apoyó la revolución mexicana.

En estas líneas tenemos como objetivo presentar al lector un nuevo sistema de justicia agraria implementado en México conocido como justicia itinerante como respuesta al reclamo de justicia de estas comunidades campesinas en su mayor parte de origen indígena. Este sistema, consideramos, deberá tener como prioridad el respeto a los derechos humanos de estas comunidades indígenas en el nuevo sistema de protección de derechos humanos en México con motivo de la reforma de 2011 y la adecuación a los criterios internacionales en la materia, sobre todo, en aquellos casos sobre defensa de la tierra, territorio y a los derechos relacionados con la vida misma, como la cultura e identidad cultural, la alimentación, la salud y el agua.

Estos aspectos, en el nuevo contexto nacional y a raíz de la reforma energética y eléctrica en México con un entendimiento del desarrollo económico impactarán de manera particular en la tenencia de la tierra, condiciones laborales, el medioambiente y, en general, la protección de los recursos naturales. En este sentido, nuestro planteamiento irá hacia la necesidad de revisar el sistema agrario de protección de la tierra y en particular, de la protección de los derechos humanos de las comunidades indígenas y campesinas de nuestro país. Para ello proponemos una ruta muy sencilla que nos permitirá arribar a nuestro propósito. La presentación de los antecedentes de la justicia agraria principalmente, su desarrollo en el constitucionalismo social de 1917 hasta la aparición de los tribunales especializados. Posteriormente, la etapa de 1992 en adelante permitió avisar el nuevo componente de acercamiento a los grupos de mayor vulnerabilidad en el país, que son las comunidades campesinas, en su mayoría de esencia indígena a través del concepto de justicia itinerante y, finalmente, se presentan algunos casos en los que la justicia agraria ha establecido su protección y como el máximo Tribunal en nuestro país construye en los últimos años un estándar de protección empleando cánones de interpretación convencional. Esto nos permitirá llegar a las

consideraciones finales para señalar los retos para los próximos años de justicia agraria en México.

2.- Los orígenes de la cuestión agraria en México

Es coincidente en la doctrina social agraria la afirmación de que el pueblo azteca, al momento de la llegada de los españoles, ya contaba con una organización no sólo política, sino social y económica.[1] Esta singular clave orgánica de la sociedad azteca estuvo basada en gran medida, en la tenencia de la tierra pues formaba parte del núcleo de la organización y elemento esencial para el desempeño de sus funciones. La clasificación de las mismas es de particular significancia porque precisamente, se refería a las funciones de cada uno de los estratos sociales del pueblo azteca. Por ejemplo, las tierras del rey era t*latocalalli*; las tierras de los nobles *pillalli*, las tierras del pueblo *altepatlalli*; las tierras de los barrios o comunidades *calpullalli*; las tierras de los dioses *teotlapan*, entre algunos otros.

Para efectos de resolver sus conflictos establecieron los magistrados indígenas. Es decir, tribunales aztecas orales en los cuales prevalecían las costumbres y prácticas de la comunidad. Dentro de la organización del gobierno destacan, sin duda, la asamblea de ancianos, los jefes militares y la jurisdicción civil. Sobre todo, la asamblea tenía como principales funciones el reparto de las tierras, la dirección del

[1] Véanse entre otros a: GARCÍA RAMIREZ, Elementos de Derecho Procesal Agrario, México, Porrúa, 1994; CHAVEZ PADRÓN, Martha, *Breve historia de los tribunales agrarios en México, a través del artículo 27 constitucional.* (documento web) disponible en: http://www.derecho.unam.mx/ ; RODRÍGUEZ MEJÍA, Gregorio, "La justicia agraria en México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 78, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/78/art/art6.htm; BECERRA RAMIREZ, José, "Historia de los órganos jurisdiccionales agrarios en México y perspectivas a futuro", en *Podium Notarial*, número 29, junio 2004, pp. 194-207.

trabajo comunitario, la recaudación de los tributos, así como también formaban parte de esta Asamblea los funcionarios encargados de vigilar las costumbres de las familias del *calpulli*. Sin duda, esta prolija organización sentó las bases para lo que ahora conocemos como derecho agrario y el derecho procesal agrario.

Con la llegada de los españoles a México se cambiaron estas tradiciones y costumbres jurídicas y sociales. Con el establecimiento de autoridades provenientes de España se destacan por su aplicación las Leyes de Indias, las cuales se destinaron a la organización y protección de los bienes de las comunidades, se establecieron Cajas de Censos y Fondos, para la custodia de los títulos de propiedad y los fondos necesarios para el desempeño de sus funciones. Por otra parte, cabe mencionar la figura del Tribunal Privativo de Indios, el cual tenía competencia para conocer los asuntos de los indígenas, los litigios en materia civil y criminal[2].

Sin embargo, pese a esta compleja organización judicial, hay que recordar que las principales demandas de los pobladores mexicanos que iniciaron el movimiento de independencia tenían su base en las restituciones de tierras y propiedades en general.

Así, veremos en 1810 el inicio de la guerra por la independencia la cual culminó en 1821 con el inicio del México independiente. En esta nueva etapa histórica del país las funciones agrarias pasaron al control de las autoridades mexicanas. Sin duda, la primera disposición de carácter agrario del México independiente fue la dictada por Agustín de Iturbide, del año de 1821. Mediante esta disposición Iturbide otorgó a sus soldados tierra labrantía y bueyes para que la trabajasen. Este es el primer acto de lo que se llamó la lítica agraria de México. Caracteriza este tipo de acciones que el gobernante dotaba de tierras a las personas

[2] BECERRA RAMÍREZ, "Historia de los órganos jurisdiccionales agrarios y perspectivas de futuro", p. 196.

que habían colaborado con él, como ser perteneciente al ejército revolucionario, por ejemplo.

Sin embargo, como anotan los historiadores del derecho agrario en México, la práctica judicial en esta materia estuvo muy lejos de dar respuesta a los reclamos indígenas y campesinos para la restitución de sus tierras, campos y aguas. Pues la justicia de la época de fuerte influencia del derecho romano fue el instrumento por el cual estas comunidades se vieron privadas de sus tierras, por ejemplo, la Ley de Manos Muertas de 1856 expedida por Ignacio Comonfort[3], así como las Leyes de Nacionalización expedidas por el entonces Presidente de México de origen étnico zapoteco, Benito Juárez, que quitaron a la Iglesia de las propiedades sobre grandes extensiones de tierra, pero no sólo a la Iglesia, sino también a las organizaciones civiles y a los grupos indígenas que entraron en los supuestos de la ley. Otros ejemplos más de la historia se dieron en el país a finales del siglo XIX[4].

La situación que imperaba en México con el tema de las tierras aunado al régimen dictatorial del presidente Porfirio Díaz (1876-1880 y 1881-1911) puso tono de protesta a las reclamaciones en las diversas

[3] A las tierras de la Iglesia se llamó de "manos muertas" y, por analogía, también a otras poseídas por influyentes. Ante aquella situación de acaparamiento se dictó la Ley de Desamortización de 25 de junio de 1856. Se le llamó así, porque las manos del clero se consideraban "muertas" para efectos del trabajo de la tierra. Aquella Ley, más que pretender hacer justicia a quienes más necesitaban de la tierra, como eran los auténticos campesinos, y entre ellos a los indios, que seguían siendo los eternos peones al servicio de españoles o de criollos, o de otros extranjeros, tuvo el propósito de impedir que continuase el abuso de acaparamiento de tierras; pero es un eslabón legal en el movimiento agrario mexicano. Por desgracia, quienes más necesitaban de la tierra no fueron beneficiados por esa Ley, pues no eran, salvo casos muy raros y en pequeñas extensiones, arrendatarios.

[4] Pueden citarse otros ejemplos como el Decreto de colonización de 1875, el Decreto sobre Compañías Deslindadoras de 1883, la Ley de Ocupación de terrenos baldíos.

regiones del país. En el norte contra los enormes latifundios existentes en manos de pocos terratenientes; en el sur las inconformidades de las comunidades indígenas, sumado a las condiciones de trabajo que imperaban en el sector obrero reunieron su voz en protestas a lo largo de todo el país. El caso del Partido Liberal liderado por los hermanos Flores Magón, da muestra clara de este clamor, por ejemplo, se contemplaron en el libelo de 1906 exigencias para el Estado en el sentido de otorgamiento de tierras para la producción agrícola, fijar extensiones máximas de tierras para un titular.

Un documento que se considera base de la actual justicia agraria es el Plan de San Luis de 1910, de Francisco I. Madero. Este plan, aunque de naturaleza política, no eludió el compromiso con las demandas campesinas, pues en el dispositivo 3 señaló que se debía restituir las tierras a los campesinos. Justificó este reclamo debido a la injusticia que trajo la Ley de Terrenos Baldíos de 1856 que permitió el despojo de los propietarios, en su mayoría indígenas, por acuerdo de la Secretaría de Fomento y por sentencias de los tribunales de justicia civil del país. Sin duda, su contenido puede considerarse un paso más en la lucha por la justicia de las tierras y aguas en México.

Otro documento importante para nuestro tema es el Plan de Ayala de 1911 del líder campesino en el sur Emiliano Zapata, el cual establecía entre otros puntos la exigencia de reivindicación de terrenos, montes y aguas que hayan usurpado los caciques, hacendados o científicos, solicitando que las personas que consideran que tenían derecho a ellos, fueran ante los tribunales especiales que se establecieran al triunfo de la revolución. Otro apartado del Plan de Ayala solicitaba la expropiación de estos terrenos y aguas para devolverlos a los pueblos mexicanos.

Sin duda, como se ha señalado por la doctrina agraria en México, este documento contiene entre una de sus demandas, la creación de tribunales agrarios para conocer de las controversias que versen sobre conflictos entre los campesinos y las tierras, terrenos y aguas en el país.

La exigencia cobra sentido, ya que como comentamos antes, las autoridades existentes que resolvían los temas de las tierras y aguas fueron los tribunales civiles, los cuales en todo tiempo tuvieron una clara inclinación a la clase gobernante siendo instrumento de la legalización de los despojos que sufrieron los campesinos y comunidades indígenas en México. Veamos el paso siguiente, al triunfo de la revolución social de 1910.

3.- El paso a la justicia agraria constitucional

La administración de justicia como un proceso, responde y es moldeada por las realidades del escenario en el que se desenvuelve. Esto nos permite decir que es un elemento de suma relevancia en este análisis de la justicia agraria. Para 1910 el 90% de la población era eminentemente rural. A partir del movimiento social de 1910 esta conformación social sufrió profundos cambios, los cuales se dieron paulatinamente en el transcurso de los años. A tal punto, que actualmente en el último censo nos dice que menos del 25 % de la población en México vive en el campo. Sin embargo, la impartición de la justicia para la población que habita el campo o el medio rural sigue cobrando importancia por diversos factores, como su condición de vulnerabilidad histórica, por la importancia que actualmente ha cobrado en materia de explotación de los recursos naturales en México así como otros factores que más adelante describiremos. Por ahora conviene recordar este elemento de la composición netamente rural de la población en México al detonar la primera gran revolución social del siglo XX en el mundo: la mexicana.

En efecto, en el contexto del planteamiento revolucionario cobra especial relevancia el texto de Carranza del 06 de enero de 1915. Esta ley agraria declaró nulas las enajenaciones de las tierras comunales de los indios hechas en contravención a la ley de 1856, así como las concesiones y ventas de tierras hechas por las autoridades de manera ilegal y también las hechas a partir de 1 de diciembre de 1870 en materia

de apeo, deslinde practicadas por las compañías deslindadoras o por la propia autoridad, si con ellas se invadieron tierras, pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades indígenas. La citada ley también creó la Comisión Nacional Agraria y en las respectivas entidades federativas en que se necesitaran. Todo ello sin duda, hace que la citada ley de 1915 de Carranza sea considerada como el antecedente del artículo 27 constitucional.

Sin embargo, deben señalarse otros proyectos de la época como el del villismo de mayo de 1915 y el de Orozco de 1912[5]. Ambos establecieron la necesidad de tomar medidas para la restitución de las tierras y propiedades a sus propietarios originales para la fundación de pueblos y comunidades campesinas así como la repartición de las tierras. Este clima de fuerte reclamo por la justicia social agraria dio pié a la conformación del artículo 27 constitucional en 1917 donde se plasmó de manera inédita, la propiedad de la tierra como originaria de la Nación, además de crear un sistema de convivencia de la propiedad privada y la social, entre ésta última con gran relevancia al ejido y la propiedad comunal.

El artículo 27 de la Constitución de 1857 indicaba: "Ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces".

Así, el artículo 27 constitucional sentó las bases generales de nuestro derecho agrario al señalar la conformación del mismo por estos elementos: la coexistencia de la propiedad privada con la propiedad social (ejidos y comunidades); dotación y restitución de bosques, tierras y aguas; desaparición de la figura del latifundio en el país; la protección del sector campesino.

[5] RUIZ MASSIEU, Mario, *Derecho Agrario*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1990, p. 176. Disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=281

Este nuevo marco constitucional dio las bases para la creación de procedimientos y mecanismos a cargo del ejecutivo federal y sus dependencias de realizar las tareas comentadas; por otro lado, la garantía de los procesos agrarios mediante mecanismos de justicia agraria y la creación de una legislación federal que regulara lo relativo a esta materia.

Este nuevo concepto dio lugar en México a la creación del Derecho Agrario como la disciplina jurídica especializada en lo relativo al derecho del campo, a la organización territorial, a la industria agrícola y agropecuaria que tiene como finalidad garantizar los intereses individuales y de la comunidad, asegurar la función social de la propiedad, buscar la justicia social, el bien común y la seguridad jurídica.

Otros elementos del artículo 27 establecieron un sistema agrario acorde con las necesidades de los campesinos, incluyendo la organización de la administración pública encargada de atender estos asuntos, estableció también el derecho de los pequeños propietarios agrícolas a la obtención de un certificado de inafectabilidad de sus propiedades, dejando sin recurso alguno a los anteriores dueños o propietarios de las propiedades afectadas por la restitución. Salvo, los afectados con donación tendrían derecho a una indemnización. Sin duda, se puede considerar como el antecedente directo de los tribunales que se establecerían oficialmente en la reforma de 1992, como veremos más adelante.

Como la Ley de 1915 estableció un año para que los afectados por las resoluciones restitutorias del Ejecutivo acudieran a los tribunales a reclamar sus derechos, dio lugar a una gran cantidad de amparos, por lo que en 1931 se dictó un nuevo decreto que modificó la Ley de 1915 indicando que, sólo los afectados no tendrían derecho alguno ni pasado ni para el futuro, con excepción de los afectados por dotación, que tendrían el derecho a la indemnización correspondiente.

Con el establecimiento de la Constitución de 1917 no hubo más cambios importantes en la materia, sino hasta la creación del Primer Código Agrario en México, de 1934. Es importante porque su contenido estableció una reestructuración de la justicia y estuvo en aplicación hasta 1992. Fue motivo de algunas reformas como la de 1940 que dio lugar al segundo código en la materia y otra en 1943. Un aspecto que destaca de esta Ley fue considerar al Presidente de la República como la "suprema autoridad agraria" en el país. Facultado para dictar todas las medidas que sean necesarias a fin de alcanzar los objetivos de la Ley y sus resoluciones serían definitivas sin posibilidad de ser modificadas.

Se consideró como "resoluciones definitivas" a las que pongan fin a un expediente de restitución o dotación de tierras, bosques o aguas; ampliación de los ya concedidos, creación de nuevos centros de población, reconocimiento de bienes comunales, expropiación de bienes ejidales y comunales, establecimiento de zonas urbanas de ejidos y comunidades.

Además, de incorporar como autoridades que deben aplicar la ley a los gobernadores de las entidades federativas, la Secretaría de la Reforma Agraria así como la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, así como se crearon las Comisiones Agrarias Mixtas. Estas son consideradas como el antecedente inmediato de los actuales Tribunales Agrarios en México.

La autoridad segunda en la materia fue la Secretaría de la Reforma Agraria, quien vista su competencia, -como firmar las resoluciones y acuerdos en materia agraria, resolver conflictos entre ejidos con motivo de deslinde o señalamiento de zonas de protección o cualquier causa-, puede decirse que tenía funciones de justicia. La ley también señaló los procedimientos agrarios para la impartición de justicia en el campo. Dando competencia para su resolución a las Comisiones Agrarias Mixtas. Sin embargo, este intento no dio los frutos deseados en materia de protección de los derechos de las comunidades campesinas. Las razones han sido analizadas por los expertos en la

materia, pero en lo esencial, la queja más consistente reside en que las personas que debían cubrir esta importante función no tenían la preparación técnica y científica necesaria para ello. Sin duda, estas consideraciones fueron tomadas en cuenta en el nuevo proyecto de Ley Agraria que se dio en 1992, lo que dio lugar a la creación de los Tribunales Agrarios que actualmente conforman una justicia especializada en México.

En efecto, en 1992 se dio el tránsito a nivel constitucional de la creación de la Justicia Agraria mediante la reforma de la ley anterior, que dio lugar a la creación de los Tribunales y a la Procuraduría Agraria y la regulación del procedimiento procesal en la materia. Veamos este punto por la necesidad de impactar en la necesidad de las comunidades agrarias, como lo fue la justicia itinerante en esta materia. Este juicio, de naturaleza eminentemente oral, tiene lugar en una audiencia, en un plazo máximo de 5 días luego del emplazamiento. También la ley prevé que en caso de que los interesados no tengan un asesor la Procuraduría Agraria debe intervenir.

La Audiencia se desarrollará de una manera sencilla, dando lugar a la exposición de las dos partes, el desahogo de las pruebas aportadas por ellas mismas, y el tribunal exhortará a una composición amigable de las partes. Y una vez oídas las partes, se preparará para dictar fallo en la presencia de las partes de manera clara y sencilla. El artículo 189 señala por ejemplo, que "Las sentencias de los tribunales agrarios se dictarán a verdad sabida sin necesidad de sujetarse a reglas sobre estimación de las pruebas, sino apreciando los hechos y los documentos según los tribunales lo estimaren debido en conciencia, fundando y motivando sus resoluciones." Las sentencias serán recurribles ante el Tribunal Superior Agrario. Y ante las sentencias definitivas del Tribunal Unitario o del Tribunal Superior Agrario sólo procederá Juicio de Amparo ante el tribunal colegiado correspondiente.

Sin duda, el derecho procesal agrario mexicano tuvo una orientación social desde las primeras leyes revolucionarias como hemos comentado, y la sigue teniendo actualmente. Este carácter social se observa, por ejemplo, en las atribuciones de la Procuraduría Agraria, así como los elementos del proceso especializado en favor de este grupo social determinado, como lo es el acceso a intérpretes, la oralidad, la mediación, la suplencia de la queja deficiente y la posibilidad de una conciliación amistosa para concluir los conflictos. Además, las audiencias campesinas, para explicar a las partes los términos de la sentencia que no hayan quedado entendidos para las partes.

Este sistema procesal histórico en México implica un modo de resolución a la pareja igualdad y justicia. La reforma de 1992 y posteriormente la de 1993 tuvieron tal cometido. Dotar a la justicia agraria de autonomía e imparcialidad, supone un apego al sistema jurisdiccional del Estado. Y, por otro lado, la materia de su competencia los hace verdaderos tribunales de justicia. Los cuales podrán conocer sobre las controversias que se susciten como motivo de la aplicación de la Ley Agraria. De acuerdo con ésta, los tribunales agrarios serán incompetentes para resolver asuntos sobre otras materias. Para garantizar la jurisdicción agraria en todo el país, la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios señala la competencia por razón de territorio, facilitando conocer las controversias que se planteen en relación con las tierras ubicadas dentro de su jurisdicción, es decir, se constriñe su actuación al área de jurisdicción determinada por el Tribunal Superior para el distrito agrario que corresponda.

En este sentido, la competencia por materia queda determinada para conocer de: las controversias por límites de terrenos entre dos o más núcleos de población ejidal o comunal, y de éstos con pequeños propietarios, sociedades o asociaciones; de la restitución de tierras, bosques y aguas a los núcleos de población o a sus integrantes, contra actos de autoridades administrativas o jurisdiccionales, fuera de juicio, o contra actos de particulares; del reconocimiento del régimen comunal; de juicios de nulidad contra resoluciones dictadas por las autoridades

agrarias que alteren, modifiquen o extingan un derecho o determinen la existencia de una obligación; de los conflictos relacionados con la tenencia de la tierras ejidales o comunales; de controversias en materia agraria entre ejidatarios, comuneros, posesionarios avecindados entre sí; así como las que se susciten entre éstos y los órganos del núcleo de población; de controversias relativas a sucesión de los derechos ejidales o comunales; de las nulidades previstas en los fracciones VIII y IX del artículo 27 de la constitución mexicana en materia agraria, así como las resultantes de actos o contratos que contravengan las leyes agrarias; de las comisiones en las que incurran la Procuraduría Agraria y que deparen en perjuicio a ejidatarios, comuneros, ejidos, comunidades, pequeños propietarios, avecindados o jornaleros agrícolas, a fin de proveer lo necesario para que sean subsanadas de inmediato; de los negocios de jurisdicción voluntaria; de las controversias sobre los contratos de asociación o aprovechamiento de tierras ejidales; así como de los convenios de ejecución de laudos arbitrales en materia agraria[6].

Las resoluciones de los Tribunales Unitarios Agrarios son revisables ante la Sala Superior y estas sentencias son revisables en control de constitucionalidad mediante el juicio de amparo. Sin duda, se trata de tribunales investidos de jurisdicción por la propia Constitución y las normas que de ésta se derivan. Es una justicia especializada en asuntos del campo, asuntos que deben ser atendidos con normas y criterios propios vinculados también, con las costumbres y necesidades del medio rural.

No obstante, este avance en el derecho de acceso a la justicia de este grupo vulnerable de la sociedad mexicana, como lo son las comunidades rurales, conformadas en su mayor parte por pueblos y comunidades indígenas del país, permite y al mismo tiempo, sugiere mostrar las necesidades que existen hoy en día en este campo de la justicia. Una de estos requerimientos es la escasez de recursos y medios para acceder a la misma, para ello, presentamos a continuación la

[6] Véase artículo 18 de la Ley Orgánica de los Tribunales Unitarios Agrarios.

herramienta procesal que el Tribunal Agrario puso en marcha para paliar esta realidad.

5.- La justicia itinerante en el modelo de justicia agraria en México

La relevancia de esta figura procesal de la justicia agraria se encuentra en el grado de pertinencia de la misma, ya que la pobreza y en particular, la pobreza extrema se ubican en las zonas rurales de México, ya que más del 60% de los habitantes del campo se encuentran en esta situación. Esta realidad que nos presentan los indicadores en México nos dice que los campesinos o comunidades indígenas se encuentran más lejos de contar con los servicios (agua, alimentación, electricidad) y prestaciones sociales necesarias para hacer frente a sus actividades, mucho más si hablamos de educación, servicios de salud, acceso a abogados y asesoría jurídica, por mencionar algunos.

Ante este escenario podemos decir que la justicia agraria se convierte en definitiva en justicia social, pues permite una garantía de oportunidades en el desarrollo del proceso. Por tanto, cualquier costo (como el transporte o la alimentación) constituye una carga más y un costo significativo en el acceso a la justicia. De ahí la relevancia de la implementación de estas figuras, como la justicia itinerante para llevar este derecho de acceso a la justicia agraria a los campesinos y comunidades indígenas en los conflictos de la tierras y aguas.

El programa de administración de Justicia Itinerante de los Tribunales Agrarios en México es el único que existe en el país. Es decir, son los tribunales agrarios los únicos órganos jurisdiccionales que desarrollan esta labor de acercar la justicia a las comunidades campesinas e indígenas en el país. Este Programa consiste en que los Unitarios Agrarios encabezados por el Magistrado, en coordinación con la Procuraduría Agraria, se trasladan a determinada localidad para desarrollar en el sitio algunas etapas del proceso agrario, sin que las

partes tengan que acudir a la sede del Tribunal, ello en aras de agilizar trámites y procedimientos.

La itinerancia tiene su base legal en el artículo 8º fracción II de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios, que establece, entre las atribuciones del Tribunal Superior Agrario, la de poder autorizar a los Tribunales para que administren justicia en los lugares y conforme al programa que previamente se establezca. En el reglamento interior de estos tribunales se prevé que cada Magistrado presenta un programa trimestral de justicia itinerante en el cual señale los municipios o localidades así como los asuntos a cuyo conocimiento se avocará el tribunal. Se calendarizan las visitas, las actividades a desarrollar así como cualquier circunstancia o particularidad que considere importante mencionar en este programa. Durante las audiencias celebradas en este programa itinerante el tribunal puede recibir promociones, desahogar pruebas, escuchar alegatos y en su caso, citar para oír sentencia en casos de jurisdicción voluntaria[7].

6.- La justicia agraria itinerante de las comunidades y grupos indígenas desde la perspectiva de la justicia interamericana de derechos humanos

Es importante mencionar los acontecimientos en materia de reformas constitucionales que se han dado en México en los últimos 3 años. Nos referimos a las modificaciones en materia de privatización de los recursos naturales en México. Sin duda, las exigencias ahora van encaminadas a adecuar los instrumentos legislativos existentes en materia agraria para la realidad en nuestro país. Específicamente nos referiremos a la necesidad de dos elementos en la justicia agraria: por un lado, la ampliación de la competencia para conocer de litigios que

[7] Para mayor referencia sobre las actividades y programas de justicia itinerante se sugiere consultar este enlace: http://www.tribunalesagrarios.gob.mx/itinerancias2.html (23 de mayo 2016)

versen en los nuevos temas que pondrán en conflicto la tenencia de aguas, montes y tierras, como asuntos agroambientales, exploración y extracción de hidrocarburos, producción de electricidad, zonas reservadas y protegidas históricamente y como recursos naturales. Y, por otra parte, la tutela a los derechos humanos de los grupos y comunidades indígenas que se dedican a la economía rural y explotación de los recursos naturales como el agua, tierras, bosques, en general, todo lo relacionado con los recursos naturales. También, en este apartado cabe considerar la protección de derechos humanos esenciales para la preservación de las comunidades como son el agua, la alimentación, la salud. En este sentido, cobra relevancia el derecho a la información útil y clara para los consumidores en cuanto a los alimentos y los mecanismos de control y protección en las controversias sobre este derecho. Aquí, la experiencia en México no es escasa. Veremos enseguida algunos de los casos más recientes en donde la justicia agraria en conjunto con la justicia constitucional (de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) ha dado pasos importantes para la protección de estos derechos en sede constitucional y convencional de conformidad con la interpretación del artículo 1 de la Constitución mexicana.

7.- Los derechos sociales en juego: alcances y forma de reparación

El derecho a la propiedad y su reparación en caso de pérdida total o parcial

La experiencia interamericana en materia de protección de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas ha sido prolija y explicativa del fenómeno. Sobre todo, nos permitirá entender el alcance de los derechos sociales que deben ser protegidos para estos grupos. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) nos señala el derecho de propiedad. En el primer caso que la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) envió a la Corte IDH en materia de derecho de propiedad (conocido como Awas Tingi vs. Nicaragua)[8] demanda el respeto de los derechos de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) sobre sus territorios. También en otro caso de comunidades indígenas se reclamó la reivindicación de tierras de ocupación ancestral, sobre las que terceros habían logrado un título de propiedad[9].

Un tema relacionado con este tópico es el de las reparaciones por violación a este derecho de propiedad. Aquí la Corte IDH ha señalado en varias ocasiones que la reparación que ordene la autoridad judicial dependerá de la violación detectada y el alcance en la situación específica. No obstante, en los casos de reclamaciones o reivindicaciones de territorios ancestrales y en general, en todos aquellos casos en que esté de por medio una pérdida de la posesión de un territorio reclamado es la restitución. Esto significa que si los Estados están obligados a respetar y restituir los derechos de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales entonces deben otorgar a título gratuito tierras en extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de la comunidad afectada y de su forma de vida.

[8] Caso de la comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* vs. Nicaragua. Sentencia de 01 de febrero de 2000. La demanda en el caso citado interpuesta por la Comisión el 4 de junio de 1998, se refiere a la supuesta violación por parte del Estado nicaragüense, de los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana; debido a la falta de demarcación y de reconocimiento oficial del territorio de dicha comunidad. La Comisión también solicitó a la Corte, basada en el Artículo 63.1 de la Convención, la reparación de las consecuencias de las violaciones a los derechos objeto de su demanda.

[9] Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Ahora bien, si hay razones justificadas que hagan imposible lo anterior, los pueblos indígenas deben recibir una compensación por el significado y el valor que tiene la pérdida de sus tierras. Esto implica incluso, la entrega de tierras alternativas en extensión y calidad suficientes a las perdidas. Además de la indemnización compensatoria en dinero o en especie por daños y perjuicios adicionales. Sobre este tema en particular, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas ha exhortado a los Estados para que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras, territorios y recursos comunales, a que adopten medidas para que les sean devueltos[10]. Agrega, este documento, que "únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios".

Aquí cabe hace una precisión que la propia Corte IDH ha puntualizado. Existe compensación colectiva e individual, según sea el daño ocasionado por la privación de las tierras a estas comunidades. La Corte Interamericana ha explicado que en los casos de comunidades cuyos derechos sobre el territorio ancestral sean violados, las reparaciones adquieren una especial significación colectiva; la reparación se ordena individualmente para los miembros de la comunidad, pero tiene como componente importante las reparaciones otorgadas a los miembros de las comunidades en su conjunto[11].

La noción de "daño inmaterial", según ha explicado la Corte IDH, puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas e indirectas, como la pérdida de valores significativos para las personas que comprenden alteraciones de

[10] Recomendación General número 23.
[11] Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 226 y ss.

carácter no pecuniario e incluso condiciones de existencia de la víctima o su familia". Para hacer la valoración de estos daños inmateriales la Corte IDH ha indicado que debe tenerse en cuenta la falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria, es decir, la falta de una debida protección a sus propiedades causó graves condiciones de vida a las que se vieron expuestos los miembros de estas comunidades, en algunos casos, puede deberse a la demora en la respuesta judicial, en las omisiones o falta de debida provisión del Estado. Este planteamiento es presenciado en la sentencia del caso *Moiwana,* donde la Corte IDH consideró que el desplazamiento forzoso de la comunidad les causó daños emocionales, espirituales, culturales y económicos a sus miembros, y todo esto fue relevante para el cálculo del monto que a título de indemnización el Estado debió otorgar a esta comunidad[12].

En este caso dijo: "la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas… implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a futuras generaciones".

En forma similar, en el caso de la comunidad *Sawhoyamaxa,* la Corte IDH tuvo en cuenta, al valorar el daño inmaterial, "la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la comunidad *Sawhoyamaxa*, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales".

[12] Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia de 8 de febrero de 2006

Reparaciones en caso de afectación de los recursos naturales del territorio ancestral

Este tema cobra especial relevancia en aquellas situaciones en donde las comunidades indígenas se ven afectadas por proyectos de desarrollo e infraestructura que causan un daño al ambiente y en general, a los recursos naturales. Según lo dispone el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a recibir una indemnización por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las actividades de utilización de sus recursos naturales.

Una forma de compensación es la que consiste en la participación en los beneficios, si bien no es la única forma de compensar los daños, es una forma de establecer una justa compensación como consecuencia de la privación o limitación de su derecho de propiedad en la ejecución de planes de desarrollo o inversión como por ejemplo, las concesiones extractivas. Este mismo planteamiento lo encontramos en el artículo 40 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual señala el derecho de los pueblos indígenas a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. Lo mismo respecto al derecho a la salud de los pueblos indígenas. Esta formulación internacional permite que el deber de reparación sea aplicable no sólo al impacto negativo de las actividades llevadas a cabo, sino también por las autoridades y las empresas comerciales u otros actores privados, los cuales tienen la obligación de asegurar mecanismos de reparación.

Otro derecho que la Corte IDH ha devenido en estos casos es el derecho de las comunidades indígenas de participar en la determinación de los daños ambientales causados por dichos proyectos, así como en la determinación de los impactos causados en sus actividades básicas de subsistencia. Y, por supuesto, este derecho incluye la determinación de la indemnización por los daños causados en sus territorios por motivo de los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales.

En este sentido, cobra relevancia otro derecho que la Corte IDH ha reiterado en varias ocasiones, el derecho a la consulta previa. Que significa que en el procedimiento de consulta previa hecho ante las comunidades se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados y las posibles indemnizaciones por daños ambientales de conformidad con las prioridades de desarrollo de las comunidades y pueblos indígenas y, sobre todo, el monto y la forma de reparación, ha señalado la Corte IDH, debe ser acorde con su derecho consuetudinario, sus valores, usos y costumbres. Este criterio fue sostenido en la sentencia del caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, ya que la Corte IDH, al fijar la indemnización por los daños ambientales causados por la extracción de una cantidad considerable de madera valiosa para el territorio de este pueblo sin consultarle o darle indemnización antes. Esto indica, que las concesiones otorgadas por el Estado causaron un gran daño en el territorio ocupado por el pueblo Saramaka[13].

Esta misma sentencia fijó la indemnización por daños inmateriales y describió el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo, así como el impacto que estas actividades tuvieron sobre la propiedad del pueblo. Además de los recursos que usaban para su subsistencia sino que también valoró la conexión espiritual que el pueblo tiene con su territorio, lo cual ocasión angustia y sufrimiento en sus pobladores en la lucha por el reconocimiento legal de su derecho sobre estas tierras, así como la frustración que tuvieron por el sistema legal que no los protegió ante la violación de sus derechos.

[13] Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

Derecho de propiedad comunal

En el cálculo de la indemnización compensatoria por limitaciones del derecho de propiedad comunal indígena la Corte IDH ha señalado que se deben seguir criterios de no discriminación en relación con otros propietarios privados. Así lo ha reconocido también el Banco Mundial sobre pueblos indígenas, que estipula una cantidad que cubra desde el punto de vista cultural, los beneficios, indemnizaciones y derechos a un debido proceso, equivalentes a los que tendría cualquier propietario sobre la tierra en caso de que sus tierras fueran sometidas a explotación comercial.

Según ha enfatizado la Corte IDH, al igual que en otros supuestos, no es necesario que las comunidades indígenas y tribales cuenten con un título legal o formal de propiedad para acceder a los tribunales para exigir la protección de su derecho.

Sin duda, los tribunales agrarios en México jugarán un papel de trascendencia al momento de garantizar las obligaciones del Estado en relación con la protección de la propiedad comunal en el contexto de los planes de desarrollo o de inversión que hemos comentado. Este control judicial tampoco debe limitarse a la constatación de las medidas de protección comunal, sino que en virtud de la reforma constitucional en vigor desde 2011 obliga a todas las autoridades, incluidas las judiciales y administrativas, a garantizar los derechos humanos de la constitución y de los tratados internacionales, aplicando siempre la protección más amplia a las personas. En tal sentido, los tribunales en general, y, en especial los agrarios deben verificar que dicho cumplimiento sea conforme con los estándares interamericanos y los universales. Como ejemplo, la Comisión ha explicado que un elemento importante de los deberes estatales de acción inmediata en los casos de afectaciones a los recursos naturales por planes o proyectos de desarrollo de inversión o concesiones extractivas es la obligación de desarrollar investigaciones para encontrar a los responsables por los

daños ambientales e imponer la sanción que corresponda, por violación al derecho a la vida y la salud, a causa de una contaminación ambiental.

En este contexto, las actuaciones de las autoridades del Estado están sujetas a revisión judicial y deben incluir, por lo menos: las decisiones relativas a aprobación del plan o proyecto, o las relativas a la consulta previa, incluyendo los resultados de la consulta; así como las decisiones relativas a la aprobación de los estudios de impacto social y ambiental, o la falta de realización de dichos estudios, la incorporación de medidas de mitigación y/o alternativas en relación con los impactos negativos allí identificados. No menos importantes son las decisiones relativas al establecimiento de mecanismos de participación en los beneficios u otras formas de compensación, o la ausencia de dichos mecanismos.

El derecho de acceso a la justicia y su componente social

Respecto al derecho de acceso a la justicia, la regla general en la justicia interamericana señala que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho de acceso a la justicia cuando quiera que se presenten amenazas o violaciones de sus derechos territoriales, en cualquiera de sus manifestaciones o componentes. En este sentido, la doctrina jurisprudencial identifica asuntos en los cuales es obligación de los Estados garantizar este derecho a las comunidades indígenas en las que reclamen tierras, bosques y aguas, así como permitir la revisión judicial sobre decisiones adoptadas por autoridades administrativas del Estado que afecten sus derechos territoriales. Otro aspecto que destaca la Corte IDH es que los pueblos indígenas deben tener derecho a acceder a la justicia para que se investiguen los actos de violencia de los que sean víctimas, en especial, aquellos vinculados a conflictos territoriales y buscar una sanción a los responsables[14]. Tal como ha explicado la Comisión: "[e]l derecho de acceder a mecanismos judiciales de

[14] Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname, párrs. 96, 101 153, 158.

desagravio es la garantía fundamental de los derechos a nivel nacional. El artículo 25 de la Convención Americana (…) significa que los individuos deben tener acceso a un proceso judicial para reivindicar el derecho a la vida, a la integridad física y a vivir en un ambiente seguro."

En el ámbito de los proyectos de infraestructura y desarrollo que se han implementado en nuestro país con motivo de las reformas constitucionales que hemos comentado, es pertinente señalar el criterio de la Comisión IDH en el sentido de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que existan los recursos judiciales accesibles, adecuados y efectivos para la impugnación de los daños ambientales en manera colectiva, adicionales a cualquier otro que ya existan, como los penales, que les permita obtener una respuesta judicial inmediata en caso de sufrir daños irreparables como grupos como consecuencia de tales proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Un aspecto importante de este derecho consiste en su establecimiento en la modalidad individual o colectiva. Es decir, el acceso a la justicia que sólo sea disponible para las personas que reclaman una violación de sus derechos individuales en la propiedad privada no es efectiva para reparar las violaciones al derecho de propiedad comunal de pueblos indígenas, por ejemplo[15].

La itinerancia es otro aspecto del que se ha ocupado la Comisión IDH al señalar que los Estados tienen la obligación de establecer y aplicar sistemas judiciales acordes con su diversidad cultural así como medidas para asegurar el acceso a la justicia efectiva e igualitaria para

[15] En la sentencia sobre el caso del pueblo Saramaka, la Corte Interamericana ordenó a Surinam, como medida de reparación, "otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones.

toda la población, ello conlleva, sin duda, la de proveer recursos económicos y materiales suficientes para el poder judicial en especial, para la justicia agraria, otorgando capacitación intercultural a sus operadores que incluya formación en la cultura e identidad indígena. Esto ayudará a que adopten sus decisiones sin discriminación y teniendo en cuenta su calidad de pueblos indígenas y su derecho consuetudinario.

El derecho al acceso a la justicia también incluye su participación en los procesos como partes ante los tribunales civiles en casos que involucren sus derechos territoriales. Así como la oportunidad, entendida ésta como la exigencia que los tribunales agrarios determinen y decidan los casos con celeridad, particularmente, en los casos urgentes. Las demoras injustificadas vulneran el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de los pueblos indígenas al desconocer el principio de plazo razonable. Lo mismo aplica en este sentido, el principio de ejecución de las sentencias agrarias, en el cual ha insistido la Corte IDH en varias sentencias, pues deja a los pueblos sin la garantía de acceso a la justicia.

8.- Una oportunidad para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en México

Una de las estrategias que se ha seguido en las comunidades campesinas y/o indígenas afectadas por causa de los conflictos con la tierra o por afectación de particulares con motivo de proyectos de inversión o desarrollo ha sido acudir ante los tribunales a fin de solicitar la tutela de los derechos sociales, como la defensa de la tierra, territorio y recursos naturales (ya sea a través del juicio de amparo o de otras vías como la justicia agraria o los procedimientos administrativos). Al respecto, el contexto mexicano asumió una nueva cara frente a estos derechos débilmente protegidos tanto a nivel constitucional como en la práctica judicial.

En efecto, la reforma de la Constitución mexicana en 2011 incorporó los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales firmados por México respecto a los derechos humanos y estableció las obligaciones sobre los mismos para todas las autoridades. También, casi paralelamente, la reforma al juicio de amparo estableció el interés legítimo que amplía la posibilidad de defensa de los derechos colectivos o difusos. Además, de incluir la posibilidad de obtener un amparo de la justicia federal por actos u omisiones de las autoridades, con ello, las omisiones de las autoridades suponen también una posibilidad de vulneración de los derechos humanos, en este nuevo escenario de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Sin embargo, la experiencia jurisdiccional nos da muestras de que aunque en pocos años se han reinterpretado estos derechos también es cierto que no todas las autoridades han tenido este criterio. También es cierto que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales no ha sido ratificado por México a la fecha de escribir estas líneas (28 de mayo de 2016). Este instrumento permitirá en gran medida la protección y justiciabilidad de este grupo de derechos, en particular, los derechos derivados de la tierra, la propiedad y la protección de los recursos naturales y de la cultura en cuanto a la protección del patrimonio histórico y cultural de los pueblos asentados en sus tradiciones indígenas. También es pertinente recordar que en el ámbito interamericano, el Protocolo de San Salvador sólo permite acudir a la justicia interamericana en tanto se trate del derecho a la educación y el derecho a la sindicación[16].

Enseguida presentamos algunos casos más recientes en los que se han impugnado derechos económicos, sociales y culturales, destacamos estos casos porque se refieren a la defensa de la tierra,

[16] Véase la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el Protocolo a la misma, conocido como "Protocolo San Salvador", en particular en numeral 19.3 de éste último.

territorio y la vida de los pueblos debido a afectaciones sufridas por permisos para la construcción y operación de megaproyectos de infraestructura o desarrollo, como son la construcción de presas, hidroeléctricas, proyectos eólicos, concesiones para la industria extractiva como la minería o bien, por la industria del turismo[17].

Caso 1. Proyecto hidroeléctrico La Parota[18]

El caso refiere al Proyecto de construcción de la presa hidroeléctrica conocido como "La Parota" para la explotación y uso de las aguas de los ríos Papagayo y Omitlán, afectando 5 municipios del Estado de Guerrero y provocando la inundación de 21 comunidades. Este proyecto significa el desplazamiento de más de 20 mil personas y afectaciones a más de 70 mil personas que viven en las zonas cercanas al proyecto. Las impugnaciones tuvieron como fundamento la falta de la consulta previa a los pueblos y comunidades que se verían afectados

[17] Los casos se han tomado como referencia del documento "La defensa de casos de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y la respuesta del Estado mexicano: retos y obstáculos en el cumplimiento de resoluciones judiciales", Centro de Derechos Humanos de la Montaña "Tlachinollan", Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez"; Centro Mexicano de Derecho Ambiental; Coalición Internacional para el Hábitat-Oficina para América Latina; Fundar-Centro de Análisis e Información; Colectivo de Abogadas y Abogados; Indignación, Promoción y Defensa de los Derechos Humanos; Instituto Mexicano para el Desarrollo Comunitario; Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2014. Disponible en: http://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/InformejusticiabilidadDESCA_MEXICO_Casos.pdf.

[18] Este caso se tramitó ante el Tribunal Unitario Agrario con sede en Acapulco, del estado de Guerrero. Se recurrió la sentencia en Amparo agrario con el número de expediente 446/2006.

por este proyecto así como la falta de participación en el diseño y planeación del mismo, como lo prescribe el Convenio 169 de la OIT[19]. El proyecto dio inicio desde 2003 por parte de la Comisión Federal de Electricidad (CFE) quien realizó la construcción de la presa. Las comunidades fueron despojadas de sus territorios. En 2005 el gobierno del Estado y la CFE trataron de obtener la anuencia de la comunidad con los comisariados ejidales y de bienes comunales de los núcleos agrarios. El caso se llevó ante el Tribunal Agrario con sede en Acapulco quien nulificó las Asambleas realizadas en contravención a las disposiciones de la Ley Agraria en 2010 y en 2011. La decisión del Tribunal Colegiado que conoció del asunto en amparo agrario contra la resolución del Tribunal Unitario Agrario anuló para todos los efectos legales y puso fin a la pretensión de imponer el Proyecto hidroeléctrico. Actualmente, el legislativo del Estado aprobó nuevamente el presupuesto para la construcción de otro proyecto similar pero con otro nombre.

Caso 2. Tribu Yaqui

Se trata de un caso concluido mediante sentencia dictada por Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013)[20] el cual refiere al Proyecto llamado "Acueducto Independencia" que consiste en un trasvase de más de 60 millones de metros cúbicos de agua de la cuenca del Río Yaqui hasta la cuenca del Río Sonora, para proveer de agua a la ciudad de Hermosillo, en el Estado de Sonora, al norte de México. El proyecto consiste en: la construcción de una toma en la presa El

[19] Véase más sobre el caso en la resolución del Tribunal Latinoamericano del Agua, de la Audiencia Pública Regional, en México. Disponible en: http://www.colsan.edu.mx/investigacion/aguaysociedad/proyectogro2/Biblioteca/Bibliografia/M%F3dulo%202/ProyectoLaParota.pdf

[20] Amparo en Revisión 631/2012, resuelto el 10 de julio de 2013 por la Primera Sala de Justicia de la Nación. Aquí se sigue la sentencia de la Aclaración de la Sentencia del Amparo en Revisión de 07 de agosto de 2013, también de la Primera Sala.

Novillo, una estación de bombeo, un acueducto de acero para la distribución del agua y una línea de transmisión eléctrica. Las lesiones a la comunidad indígena Yaqui son en su derecho de propiedad sobre el río Yaqui en un 50% concedido mediante decreto presidencial de 1940. Las impugnaciones hechas valer fueron contra la resolución de impacto ambiental que contiene el proyecto Acueducto Independencia, así como contra los actos de ejecución de dicho proyecto[21].

Luego del amparo concedido a la Tribu Yaqui por el tribunal colegiado, el Gobierno del Estado de Sonora interpuso recurso de revisión, el cual fue resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2013 mediante sentencia que ordenó la realización de la consulta indígena en la Evaluación del Impacto Ambiental del citado Acueducto. Sin embargo, luego de una Aclaración de Sentencia solicitada por la parte condenada, la sentencia no se ha ejecutado y el proyecto sigue operando. La inejecución de la sentencia es un estado lamentable de la situación, ya que no se ha realizado la consulta a la comunidad Yaqui y, por otro lado, tampoco se han reparado los daños causados en la propiedad de aguas de la comunidad indígena. El grupo de abogados de esta comunidad solicitó medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante las medidas represivas y de peligro a la vida que han vivido los habitantes de esta comunidad por parte de las autoridades del Estado.

Caso 3. Comunidad indígena zapoteca de Unión Hidalgo

La comunidad indígena zapoteca de Unión Hidalgo, del estado de Oaxaca defiende su derecho a la tierra, territorio y bienes naturales frente a la construcción de Proyectos eólicos de la empresa privada

[21] COSSÍO D, José Ramón, MEJIA, Raúl, ROJAS, Laura, VERGARA, Carmen y OROZCO, Luz, en "El Derecho al Agua y el Conflicto Yaqui", en *Doctrina y Jurisprudenci*a, México, 2013, pp. 9-11, disponible en: www.ceja.gob.mx

especializada en el ramo. El caso data de 2004, cuando representantes de esta empresa se reunieron con integrantes de la comunidad de Unión Hidalgo para manifestar su interés en la renta de sus tierras para la construcción de un parque eólico. En el expediente judicial formulado por la comunidad exponen que no fueron informados sobre los alcances del proyecto ni el impacto ambiental y territorial que tendría la construcción de dicho parque. Los dueños de las tierras firmaron los contratos de arrendamiento de manera individual, lo cual contraviene la Ley Agraria, ya que son tierras comunales pertenecientes al núcleo de población, es decir, a Unión Hidalgo. En este sentido, la demanda señala como derechos violentados el derecho a la libre determinación, la falta de consulta previa, a la propiedad, entre otros[22].

La demanda colectiva fue presentada ante el Tribunal Unitario Agrario, con sede en Tuxtepec, en 2013 para presentar la nulidad de los contratos civiles sobre tierras ejidales. El Tribunal se declaró incompetente para conocer del asunto desconociendo la calidad agraria de las tierras señalando que se trataba de contratos suscritos por particulares o pequeños propietarios. Ante esta resolución se tramitó Amparo Agrario ante la justicia federal quien concedió el amparo y ordenó al Tribunal Agrario conocer del asunto. En este caso interesa resaltar cómo la declaración de incompetencia del Tribunal Agrario solamente dilató el procedimiento, ya que el curso de la acción se retrasó siete meses innecesariamente.[23] Actualmente, el asunto se encuentra en trámite.

[22] La defensa del pueblo indígena en este caso fue llevado por Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ProDESC). Disponible en: http://www.prodesc.org.mx/?p=3189

[23] Más información sobre el caso y la resolución definitiva puede consultarse en : http://www.prodesc.org.mx/?p=3189

Caso 5. Ejido La Sierrita

Este caso se refiere a la vulneración de derechos de propiedad de los ejidatarios miembros de la Sierrita de Galeana, en el estado de Durango. En 2008 una empresa minera de nacionalidad canadiense firmó contrato de ocupación temporal de tierras de uso común con el Ejido La Sierrita. Ante los incumplimientos del contrato por parte de la empresa como la falta de construcción de una planta tratadora de aguas y el desarrollo de actividades de exploración en las tierras ejidales fuera de la tierra arrendada sin el consentimiento de la asamblea del Ejido. La empresa se negó a dar cumplimiento y a dialogar con la comunidad. La comunidad interpuso demanda agraria por violación de sus derechos a la tierra, territorio y bienes naturales, además de afectaciones a sus derechos a la salud, a un medio ambiente sano, al agua y a la integridad física y mental de sus habitantes.

El asunto lo conoció el Tribunal Unitario Agrario, con sede en Torreón Coahuila y consistió en la rescisión del contrato de ocupación temporal contra la empresa minera por incumplimiento del mismo además de los daños ya apuntados. El Tribunal Agrario se negó a dar el pago depositado por la empresa al Ejido y éste interpuso amparo contra esta decisión, el cual fue ganado por los ejidatarios. Sin embargo, este caso es relevante porque el procedimiento legal iniciado por el Ejido La Sierrita se encuentra en trámite ya que la empresa ha dilatado el procedimiento con la interposición de recursos ante el amparo que perdió por el depósito de la renta que no se ha resuelto por el tribunal competente. Para los efectos de esta investigación es pertinente advertir que la empresa se encuentra en uso y explotación de las tierras arrendadas y que el Ejido continúa sin recibir pago por la renta así como tampoco decisión judicial sobre su petición de devolución de las tierras cuya propiedad le pertenece[24].

[24] Sentencia pronunciada en el juicio agrario número 1158/93, relativo a la ampliación de ejido, promovido por un grupo de campesinos del poblado Las

Caso 6. Ejido Tila

Se trata de uno de los casos más paradigmáticos en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde tuvo oportunidad de aplicar los tratados internacionales en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio, así como jurisprudencia de la Corte IDH. El caso data de 1966, cuando las autoridades estatales y municipales intentaron despojar al Ejido de Tila, ubicado en el estado de Chiapas, al sur de México.

Un repaso histórico permite señalar que el pueblo *chol* habita el territorio desde la época de la colonización, es decir, tiene derechos sobre el territorio antes de la conformación del Estado mexicano. Por lo que, de acuerdo con lo señalado en el Convenio 169 de la OIT y el artículo 2 de la Constitución mexicana, dicho pueblo indígena tiene derechos sobre la tierra y sus territorios. Derechos que quedaron legalmente adjudicados en la época post revolucionaria mediante decreto presidencial de 1934 al dotar de esas tierras a los habitantes del pueblo de Tila, creándose así el ejido de Tila. Décadas después se intentó despojarlos de 130 hectáreas con la anuencia del Cuerpo Consultivo Agrario, dependencia que modificó el plano del decreto presidencial para establecer un fundo legal. Ante esta acción fue que se promovió el amparo el cual dictaminó favorablemente para la comunidad en 1994, dejando sin efectos la resolución administrativa que pretendió afectar la superficie.

Sin embargo, en 1982 un nuevo intento de despojo se dio a solicitud del Gobernador del Estado y el la autoridad municipal de Tila, por el que el legislativo estatal emitió decreto mediante el cual emitiendo un decreto nuevamente afectando las 130 hectáreas y crear un fundo legal. A esto se dio el segundo de los amparos. También de

Cabras, Municipio de San Diego de la Unión, Gto. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=766108&fecha=22/05/2001

este se obtuvo sentencia favorable[25]. Ante más de 30 años de inejecución de las sentencias, el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación[26], quien en Pleno resolvió sobre el incidente de inejecución de sentencia[27], ya que las autoridades del ayuntamiento se han negado a acatar la sentencia y restituir una superficie de 130 hectáreas a los ejidatarios.

Sin duda, el caso es emblemático y llamó la atención de diversos sectores que estudian la materia, por ejemplo, el Ex Relator de los pueblos indígenas para las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen, expuso mediante un escrito a la Suprema Corte mexicana, en el que resaltó la dimensión cultural que vincula a los choles con su territorio, es decir, explica como la pertenencia a esta comunidad permite su reproducción cultural y de tradiciones desarrollando sus formas de organización, su lengua, su cultura, su relación con los recursos naturales, entre otros derechos ligados a la libre determinación como pueblo indígena y el derecho a la propia vida[28].

Sin duda, el criterio sustentado por la Corte mexicana dio un gran paso en proteger a los habitantes de esta comunidad aplicando en interpretación conforme el precepto 2 del texto constitucional mexicano y los tratados internacionales así como los criterios de la Corte IDH en esta materia, para la protección de sus derechos humanos.

---

[25] Juicios de amparo 590/77 y 259/1982. En el año 2008 se resolvió el segundo de los amparos, en el cual el juez de amparo concedió el mismo lisa y llana para efectos de dejar insubsistente el decreto expropiatorio y ordenó la restitución de los terrenos a la comunidad *huichol* por los actos de despojo material de las hectáreas afectadas

[26] El expediente fue remitido al Pleno de la Suprema Corte de Justicia para conocer de la inejecución de la sentencia de amparo con fundamento en el artículo 107 fracción XVI de la Constitución mexicana.

[27] Incidente de inejecución de sentencia 1302/2010

[28] Véase nota sobre el caso: http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=2438.

9. -Comentarios finales

A partir de los antecedentes señalados para la regulación de la materia agraria en México así como los diversos casos presentados, tanto en el ámbito interamericano como en nuestro país, podemos constatar la historia de abusos y arbitrariedades que han padecido los pueblos y comunidades indígenas en nuestro país. Sin duda, los avances en la materia quedan evidentes. Sin embargo, queda mucho camino por recorrer en la dignificación de sus derechos sobre los territorios, bosques y aguas que habitan. En su mayoría se trata de tierras y aguas utilizadas para el auto consumo y supervivencia y el desarrollo de sus tradiciones y costumbres como comunidad ancestral. En esta vertiente de nuestro estudio podemos constatar varios elementos.

Por un lado, la necesidad de capacitar a los operadores jurídicos de la materia agraria en los efectos de la aplicación y entendimiento de la reforma constitucional de México. A partir de 2011 el escenario de protección de los derechos humanos supone aplicar no sólo la disposición más favorable a las personas o comunidades indígenas, sino también el conocimiento y aplicación de los estándares interamericanos en la materia.

En segundo término, es posible constatar el requerimiento de una justicia agraria totalmente apegada al respeto de los derechos de las comunidades indígenas en cuanto a sus tradiciones y costumbres. Para ello, consideramos que la estrategia de la Justicia Itinerante tiene mucho más por mostrarnos. Es un herramienta de la justicia que hace posible una acercamiento a la justicia de estas comunidades y con ello, el juzgador puede presenciar directamente esto de lo que hablamos, sus tradiciones, costumbres, formas de vida y su relación con la tierra y sus territorios.

También es pertinente señalar la necesidad de ampliar una justicia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Gracias a las reformas en materia de amparo y de derechos humanos,

es posible generar espacios más amplios de justiciabilidad para estas comunidades agrarias, como son los ejidos, comunidades y núcleos de población. En este sentido resulta relevante como los criterios de la justicia interamericana orientan sobre la posibilidad de proteger las vulneraciones a los derechos a la propiedad y al territorio otros derechos afectados por los derechos a la salud, al agua, a la alimentación y a los recursos naturales.

Sin duda, el escenario de la reforma energética y eléctrica en México nos expone a grandes retos para la justicia agraria. Ya deudora de la reivindicación de los derechos de las comunidades agrarias indígenas, el desafío se presenta ante los proyectos de infraestructura y desarrollo que traerán las industrias extractivas y eléctricas en nuestro territorio. La oportunidad de impulsar acciones para dar cumplimiento a los derechos humanos de las comunidades indígenas impera y la justicia agraria tiene aún mucho por decir.

LA GIUSTIZIA DI GUERRA NELLA PIAZZAFORTE MILITARE DI TARANTO (1915-1918)[1]

Stefano Vinci
Universidad Aldo Moro, Bari

1. Il Tribunale militare marittimo di Taranto

Lo scoppio della prima guerra mondiale determinò l'avvio di una giustizia d'eccezione esercitata dai tribunali militari[2] (suddivisi tra commissioni d'inchiesta, tribunali territoriali, tribunali presso le truppe

[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] Sulla giustizia militare cfr. E. Forcella – A. Monticone, *Plotone d'esecuzione. I processi della prima guerra mondiale*, Roma-Bari 1998; P. Melograni, *Storia politica della grande guerra. 1915-1918*, Bari 1998; G. Procacci, *Soldati e prigionieri italiani nella Grande Guerra*, Torino 2000; N. Labanca - P.P. Rivello, (a cura di), *Fonti e problemi per la storia della giustizia militare*, Torino 2004; M. Pluviano – I. Querini, *Le fucilazioni sommarie nella prima guerra mondiale*, Udine 2004; M. Isnenghi, *Il Mito della grande guerra*, Bologna 2007; M. Isnenghi – G. Rochat, *La grande guerra. 1914-1918*, Bologna 2008; L. Del Boca, *Grande Guerra piccoli generali. Una cronaca feroce della prima guerra mondiale*, Torino 2014.

concentrate e tribunale supremo di guerra e marina) istituiti in tutte le zone di guerra del territorio nazionale[3]. Questi organi giudiziari attraevano a sè la competenza dai tribunali ordinari sulla scorta di una rigorosa esigenza di celerità[4], disciplina e sorveglianza determinata dallo stato di guerra che legittimava l'esercizio di poteri coercitivi eccezionali previsti dal codice penale per l'esercito che venivano riconosciuti alle autorità militari nelle piazze di guerra, fortezze e porti militari[5]. In particolare il Regio Decreto n. 703 del 20 maggio 1915

[3] Cfr. C. Latini, *Una giustizia "d'eccezione". Specialità della giurisdizione militare e sua estensione durante la prima guerra mondiale*, in «DEP. Deportate, esule, profughi. Rivista telematica di studi sulla memoria femminile», 5-6, 2006, pp. 67-85; Id., *Il Governo legislatore. Espansione dei poteri dell'esecutivo e uso della delega legislativa in tempo di guerra*, in F. Benigno – L. Scuccimarra (a cura di), *Il Governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Roma 2007, pp. 197-219; Id., *I pieni poteri in Italia durante la Prima Guerra mondiale*, in *Un Paese in guerra. La mobilitazione civile in Italia, 1914-1918*, Milano 2010, pp. 87-103; Id., *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Firenze 2010; Id., *The Great War and the Reorientetion of Italian Private Law*, in «Comparative Legal History», vol 2, Issue 2, 2014, pp. 242-63.

[4] A. Zerboglio, *Appunti sulla giustizia militare in tempo di guerra*, in "Rivista di diritto e procedura penale", VI, 1915, p. 453 affermava che in tempo di guerra la giustizia dovesse avere una sanzione immediata e che la toga dovesse cedere alle armi. Cfr. Latini 2006, p. 67.

[5] In particolare l'art. 249 c.p.e. stabiliva che «Quando sarà dichiarato lo stato di guerra preveduto dagli articoli precedenti, ovvero una piazza di guerra o fortezza o posto militare saranno dal nemico o assediati o investiti, od egli sarà a tre giornate ordinarie di marcia, gli autori e complici, chiunque essi siano, di un fatto qualunque, con cui si opponga resistenza, impedimento o rifiuto all'esecuzione degli ordini dall'autorità militare emanati per la sicurezza o difesa delle dette piazze di guerra, fortezze o posti militari, saranno puniti col carcere militare, salve sempre le maggiori pene stabilite per gli speciali reati con tali fatti si fossero commessi». Sull'argomento rinvio a C. Latini, *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia fra Ottocento e Novecento*, Firenze 2010, pp. 313 ss.

attribuiva poteri civili e militari ai comandanti delle piazzeforti marittime di Spezia, Maddalena, Taranto, Brindisi e Venezia ed a quelli delle fortezze costiere di Altare-Vado, Monte Argentario, Gaeta e Messina, conferendo loro altresì le più ampie facoltà per porre le dette piazze in stato di difesa e resistenza[6]. L'ampiezza di questi poteri – che consentiva ai comandanti delle piazzeforti militari l'introduzione di specifici divieti puniti con pene contravvenzionali, come ad esempio il bando sul divieto di pesca notturna del 23 maggio 1915, sulla distanza dei battelli civili dalle navi da guerra del 6 agosto 1915, sull'oscuramento notturno del 12 gennaio 1916 emessi a Taranto dall'ammiraglio Vittorio Cerri – era connessa a due requisiti: uno temporale e uno geografico corrispondenti rispettivamente alle condizioni di tempo di guerra (scoccata in Italia il 25 maggio 1915 con la dichiarazione di guerra all'Austria-Ungheria) e di zona di guerra (relativa solo a quei territori teatro del conflitto) che creava una distinzione giuridicamente artificiosa e incongruente, produttrice di equivoci e di confusioni, specialmente nei rapporti giurisdizionali[7]. Se non vi erano dubbi in ordine allo stato di guerra che riguardava l'intera Nazione a seguito della sua dichiarazione da parte del governo, le zone di guerra venivano definite tali solo con specifici decreti reali e in caso estremo – come quello di invasione nemica – anche con semplice ordinanza del comandante del Corpo d'Armata territoriale, divisione o piazzaforte in forza degli artt. 246 e 247 del codice penale per l'esercito: le zone di guerra riguardarono inizialmente i territori di frontiera e le piazzeforti marittime, i comuni costieri e le isole dell'Adriatico, le province di Sondrio, Brescia, Verona, Vicenza, Belluno, Udine, Venezia, Treviso, Padova, Mantova, Ferrara, Bologna, Ravenna e Forlì;

[6] RD n. 795 del 20 maggio 1915 col quale sono concessi pieni poteri ai comandanti delle piazze forti marittime ed ai comandanti delle fortezze costiere, in «Gazzetta Ufficiale» n. 144 del 8 giugno 1915, p. 13.

[7] Cfr. V. Manzini, *La legislazione penale di guerra*, Torino 1918, p. 2; A. Jannitti di Guyanga, *Manuale legislativo del periodo di guerra: esposizione sistematica per voci, illustrata con la giurisprudenza*, Roma 1919, p. 716; G.G. Rubbiani, *Principi e questioni di diritto militare penale e processuale mentre dura la guerra*, in «Rivista penale», LXXXIII, p. 415.

si aggiunsero nel luglio 1915 e nell'ottobre 1916 le province di Cremona, Piacenza, Rovigo. Nel settembre 1917 quelle di Messina e Reggio Calabria e per diretta richiesta del generale Dallolio, capo della Mobilitazione industriale, nel settembre 1917 si aggiunsero le province di Alessandria, Genova, Torino. Nel dicembre 1925 furono dichiarate zone di guerra la maggior parte delle province del Nord Italia[8].

La combinazione di questi due elementi avrebbe determinato una procedura giudiziaria con minori garanzie rispetto a quella ordinaria e l'applicazione dell'art. 243 e ss. del c.p.e. che stabiliva aumenti di pene di un grado rispetto ai delitti comuni se commessi in tempo di guerra e pene specifiche per alcuni delitti ritenuti gravi – come l'omicidio commesso nell'impeto d'ira in seguito a provocazione per il quale l'art. 255 c.p.e. prescriveva i lavori forzati – e addirittura la pena di morte per l'omicidio con premeditazione e l'incendio volontario di una casa abitata[9]. L'espansione della giurisdizione militare anche nei confronti dei civili (con evidente deroga al principio del giudice naturale sancito dallo statuto albertino[10]) determinava inoltre la previsione di specifici reati militari non previsti dal codice penale comune come il divieto di esportazione di merce vietata[11], di riunione e di associazione[12], di

[8] G. Procacci, *La limitazione dei diritti di libertà nello stato liberale: il piano di difesa (1904-1935), l'internamento dei cittadini nemici e la lotta ai «nemici interni» (1915-1918)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 38 (2009), *I diritti dei nemici*, t. I, p. 633.

[9] Latini 2010, p. 314.

[10] L'art. 71 dello Statuto albertino stabiliva il divieto di distogliere i cittadini dal loro giudice naturale. Per tutti cfr. R. Martucci, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma 2002, pp. 137 ss. e la bibliografia ivi citata.

[11] R.D. 21 marzo 1973 n. 273. *Provvedimenti relativi ai divieti di esportazione*, in «Gazzetta ufficiale» 21 marzo 1915 n. 72.

[12] D.Lt 23 maggio 1915 n. 674, in «Gazzetta ufficiale» 24 maggio 1915 n. 127. L'art 3 del decreto vietava le riunioni pubbliche, le processioni civili e religiose, le passeggiate in forma militare con o senza armi e gli assembramenti

stampa e di comunicazione postale e telegrafica[13], di diffusione di notizie sulla difesa dello stato o sulle operazioni militari[14] o ancora il delitto di frode nella somministrazione delle merci[15]. La gravità di questi reati – ed in particolar modo di quelli riflettenti le forniture militari – e la introduzione avanti ai tribunali militari dell'istituto della costituzione di parte civile (che dava luogo a svariate questioni di diritto) rese necessario ai fini di una più sicura attuazione di giustizia e per la unità della giurisprudenza, che fosse dato il ricorso per nullità al tribunale supremo contro le sentenze di prima istanza[16].

---

in luogo pubblico o aperto al pubblico. I contravventori erano puniti con l'arresto non inferiore a un mese o con l'ammenda non inferiore a lire 50.

[13] D.Lt 23 maggio 1915 n. 675, in «Gazzetta ufficiale» 24 maggio 1915 n. 128. Il decreto puniva la pubblicazione con qualunque mezzo di notizie non comunicate da governo o dai comandi superiori dell'esercito e dell'armata concernenti il numero dei feriti, morti e prigionieri; le nomine e i mutamenti negli alti comandi dell'esercito e dell'armata e le previsioni sulle operazioni militari di terra e di mare. La pena prevista era quella della reclusione o con la detenzione da un mese a un anno e con la multa sino a lire mille.

[14] D.Lt 20 giugno 1915 n. 885, in «Gazzetta ufficiale» 22 giugno 1915 n. 156. L'art. 1 del decreto luogotenenziale puniva con la detenzione sino a sei mesi o con la multa da lire 100 a 1000 chiunque, comunicando con più persone, riunite o anche separate, avesse dato sulla difesa dello Stato o sulle operazioni militari notizie diverse da quelle portate a conoscenza del pubblico dal Governo o dagli alti comandi dell'esercito o dell'armata.

[15] D. Lt. 31 ottobre 1915 n. 1550, in «Gazzetta ufficiale» 5 novembre 1915 n. 271. Osservava Manzini, *op. cit.*, p. 64 che questo decreto non faceva altro che dichiarare punibili a norma dell'art. 189 del Codice penale per l'esercito i subfornitori che commettevano una frode nella somministrazione delle merci ai fornitori diretti dell'amministrazione militare, mentre questi ultimi erano già punibili ai sensi dell'art. 189 del Codice penale per l'esercito. Le pene, nell'ipotesi di imputato estraneo alla milizia, erano quelle prescritte dall'art. 190 del Codice penale per l'esercito per il tempo di pace. Sull'argomento rinvio ancora a Latini, pp. 314 ss.

[16] *Decreto luogotenenziale 9 dicembre 1915, riguardante i ricorsi per nullità contro le sentenze pronunciate dai tribunali militari del R. Esercito e della R. Marina*, in Leggi e decreti del regno d'Italia, anno 1915 n. 1729 (GU 20

2. Struttura e organizzazione del tribunale militare della piazzaforte marittima di Taranto

La procedura penale seguita dal Tribunale militare marittimo di Taranto seguiva la disciplina del *Codice penale per l'esercito del regno d'Italia* del 1870[17], ripresa dal *Regolamento pel servizio della giustizia militare in zona di guerra*[18] del capo di Stato maggiore dell'esercito, generale Luigi Cadorna, che prevedeva un'istruzione preparatoria affidata ad un capitano o ad un ufficiale subalterno in funzione di giudice unico istruttore[19] – che in caso di impossibilità di procedere sull'istante avrebbe potuto essere supplito dai comandanti, maggiori ed aiutanti di piazza, dai comandanti di corpo di distaccamento e di posto, dagli ufficiali dei carabinieri reali e dai comandanti delle loro stazioni e dagli ufficiali della polizia giudiziaria – il quale avrebbe ricevuto le denunzie o querele, accertato il corpo del reato e lo stato dei luoghi in cui era stato commesso il reato. Avrebbe poi assunto informazioni sul fatto commesso e avrebbe raccolto tutte le prove o indizi, relazionando sulle interrogazioni svolte. Avrebbe proceduto inoltre al sequestro degli oggetti che sarebbero potuti servire tanto a carico quanto a favore dell'imputato e ad accertare, anche a mezzo di periti, le tracce apparenti del reato per le quali ci fosse stato pericolo di dispersione[20].

dicembre 1915 n. 309). Articolo unico: «Nei procedimenti per reati che sono devoluti alla giurisdizione militare per essere stati commessi in tempo di guerra, può essere proposto ricorso per nullità contro le sentenze pronunziate dai tribunali militari dell'esercito e della marina, anche in zone di guerra e marina nei casi previsti nell'art. 344 del codice penale per l'esercito e 369 del codice penale militare marittimo».

[17] Sul codice penale militare del 1870 rinvio al recente studio di C. Latini, *Soldati delinquenti, scienza giuridica e processi penali militari nell'Italia unita*, in «Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna», n. 2/2012, paper 12 ed alla bibliografia ivi citata.

[18] *Regolamento pel servizio della giustizia militare in zona di guerra*, in «Gazzetta ufficiale» n. 242 del 13 ottobre 1917, pp. 4277 ss.

[19] Art. 298 c.p.e.

[20] Artt. 352-355 c.p.e.

All'ufficiale procedente agli atti di istruzione preliminare spettava inoltre il potere di proibire a chicchessia di uscire o di allontanarsi dalla casa o dal luogo ove venisse redatto il verbale fino a che lo stesso non fosse stato chiuso, pena l'arresto e la consegna all'autorità militare oppure, se civile o appartenente ad altra armata, la trasmissione del verbale al pubblico ministero presso il tribunale competente[21].

All'istruzione preparatoria seguiva la fase dell'istruzione formale che prevedeva entro ventiquattrore dalla presentazione dell'imputato all'istruttore, l'interrogatorio sulle sue generalità e sulle circostanze del reato accompagnato dalla esibizione dei corpi del reato e degli altri oggetti sequestrati al fine di farli riconoscere ed offrire tutte le opportune indicazioni. Si sarebbe poi proceduto alla citazione dei testimoni e dei periti e al loro esame (compreso quello dei testi presentatisi spontaneamente) con la previsione di un mandato di arresto per la traduzione del militare che non avesse risposto all'invito a comparire (o se si fosse trattato di un civile con la trasmissione del verbale della sua mancata comparizione al pubblico ministero presso il tribunale competente)[22]. Secondo il *Regolamento* del generale Cadorna tutti gli atti istruttori dovevano essere redatti con semplici verbali e l'indagine nell'istruttoria formale in tempo di guerra avrebbe dovuto ispirarsi soprattutto al concetto di raccogliere «nel più breve tempo possibile le sole prove essenziali, tanto a carico quanto a discarico dell'imputato», in modo da fornire gli elementi strettamente indispensabili per permettere al comandante della grande unità, intendenza o fortezza da cui il tribunale dipendeva, di decidere in piena coscienza se l'esperimento del giudizio orale fosse indispensabile ai fini

[21] Art. 356 c.p.e. Le stesse regole si sarebbero osservate anche dall'autorità giudiziaria ordinaria e dall'ufficiale istruttore presso un tribunale militare marittimo, relativamente agli stabilimenti militari: «ed elevandosi conflitto di giurisdizione, dovrassi tuttavia eseguire l'arresto dell'imputato che da alcuna delle autorità suddette fosse richiesto, con riserva di far risolvere la questione del conflitto dall'autorità competente». Cfr. art. 364 c.p.e.
[22] Art. 373-378 c.p.e.

della giustizia e della disciplina o se invece dovesse ritenersi superfluo[23].

Terminata l'istruzione, l'ufficiale istruttore con l'intervento e previe conclusioni dell'avvocato fiscale militare avrebbe presentato la relazione della causa alla commissione d'inchiesta, composta da un ufficiale superiore presidente e da due capitani, la quale avrebbe emesso sentenza di non luogo a procedere nelle ipotesi che il fatto non costituisse reato o non risultassero indizi sufficienti di reità contro l'imputato o se l'azione penale fosse prescritta o altrimenti estinta.

Salvo il caso di trasmissione degli atti per competenza ad un tribunale ordinario o ad altro tribunale di terra o marittimo, qualora la commissione d'inchiesta avesse riconosciuto che il fatto costituisse un reato militare e fosse di competenza del tribunale cui appartenesse avrebbe pronunciato l'accusa ed avrebbe ordinato il rinvio della causa e dell'imputato allo stesso tribunale[24]. Con la notifica all'imputato della sentenza di accusa, quest'ultimo avrebbe potuto nominare un difensore (in mancanza del quale ne sarebbe stato nominato uno di ufficio dal presidente del tribunale militare) il quale entro soli otto giorni dalla notifica della sua nomina avrebbe potuto prendere visione degli atti del processo, del corpo del reato e di ogni altro oggetto sequestrato, con la possibilità di presentare eccezioni all'avvocato fiscale per vizi di forma o nullità entro i primi tre giorni successivi alla di lui nomina[25]. Si trattava, come è evidente, di termini strettissimi che limitavano ogni garanzia di difesa, soprattutto ove si consideri che sempre entro otto giorni dalla sua nomina il difensore avrebbe dovuto presentare la lista dei testimoni a discarico ed opporre eventuali cause di ricusazione dei

[23] *Regolamento Cadorna*, II. Istruzione formale, § 26.
[24] Art. 426 c.p.e.
[25] Art. 435 c.p.e.

giudici[26]. Decorsi tali termini, gli atti accompagnati dalle istanze del difensore e dell'avvocato fiscale sarebbero stati trasmessi al presidente del tribunale militare il quale avrebbe fissato il giorno del dibattimento che sarebbe stato comunicato all'imputato ed al suo difensore solo ventiquattro ore prima dell'apertura del dibattimento stesso ed ordinato la citazione dei testimoni.

La direzione del dibattimento era affidata al presidente del tribunale (composto di un colonnello e di cinque giudici)[27] al quale l'art. 441 affidava un significativo potere discrezionale in virtù del quale avrebbe potuto svolgere ogni attività ritenuta utile per scoprire la verità, potendo chiamare a testimoniare qualunque persona e richiedendo ove occorresse anche la forza pubblica, disponendo l'acquisizione di qualunque nuovo documento. Dopo essersi pronunciato sulle eventuali eccezioni richieste dal difensore nei termini stabiliti, aver proceduto all'esame dei testimoni ed aver dato lettura dei verbali, documenti e perizie, l'avvocato fiscale e il difensore dell'imputato avrebbero svolto «le ragioni che impugnano o confermano l'accusa» consegnando per iscritto il riassunto delle proprie conclusioni con l'indicazione delle norme di legge richiamate[28]. Terminato il dibattimento il tribunale militare si sarebbe ritirato in camera di consiglio per deliberare la sentenza.

A questo schema procedurale non mancarono correttivi emanati all'indomani dell'entrata dell'Italia in guerra. Basti pensare al *Decreto luogotenenziale del 14 novembre 1915 concernente il procedimento per citazione diretta nei tribunali militari* (GU 19 novembre 1915 n. 283)[29]

[26] L'art. 426 prevedeva però che questi termini avrebbero potuto essere prolungati dal presidente del tribunale militare ove la natura della causa lo avesse richiesto.
[27] Cfr. gli artt. 295 e 296 c.p.e.
[28] Art. 477 c.p.e.
[29] *Decreto luogotenenziale del 14 novembre 1915 concernente il procedimento per citazione diretta nei tribunal militari*, in *Leggi e decreti del Regno d'Italia*, anno 1915 n. 1622.

che conferiva maggiori poteri all'avvocato fiscale militare, il quale avrebbe potuto ricercare direttamente le prove osservando, in quanto applicabili, le forme stabilite per l'istruzione formale e al quale competeva l'onere di presentare requisitoria diretta alla commissione d'inchiesta per le sue deliberazioni, formulando l'atto di accusa o chiedendo il proscioglimento: si trattava di una vera e propria esautorazione del ruolo del giudice istruttore, le cui funzioni venivano di fatto acquisite dall'avvocato fiscale per esigenze di maggiore celerità e di accorpamento di funzioni nella stessa persona. E ancora, al fine di garantire un controllo sull'operato dei tribunali territoriali disseminati nella nazione, il *Decreto luogotenenziale 9 dicembre 1915 (GU 11 dicembre 1915) istitutivo dell'ufficio di vice avvocato generale militare presso il tribunale supremo di guerra e marina per la durata della guerra*, attribuiva a quest'ultimo le funzioni di pubblico ministero avanti al tribunale supremo di guerra e marina e gli conferiva facoltà di esercitare le stesse funzioni avanti i tribunali presso l'esercito mobilitato, territoriali militari e marittimi, compreso il potere di vigilanza e di ispezione sugli organi della giustizia militare[30].

3. I processi del tribunale marittimo di Taranto contro i civili

La disamina dei atti processuali conservati nell'Archivio di Stato di Taranto consente di ricostruire dall'interno il funzionamento del Tribunale militare marittimo di Taranto (fondo archivistico inesplorato che meriterebbe uno specifico ed approfondito studio sotto il profilo storico-giuridico) durante gli anni della guerra, ponendo in evidenza i reati più ricorrenti, i tempi di durata dei procedimenti, il rapporto tra imputati civili e militari e l'entità delle pene inflitte.

[30] Decreto luogotenenziale 9 dicembre 1915 (GU 11 dicembre 1915) istitutivo dell'ufficio di vice avvocato generale militare presso il tribunale supremo di guerra e marina per la durata della guerra, in Leggi e decreti del regno d'Italia, anno 1915 n. 1730. La carica veniva affidata al comm. Tommasi Donato Antonio, già sostituto avvocato generale erariale.

Un primo dato che si evince risulta connesso alla straordinaria celerità della procedura seguita che conduceva l'imputato dalla denuncia alla sentenza in meno di due mesi. Si veda l'esempio della causa a carico del negoziante Coruzzolo Roberto, imputato per contravvenzione al bando sull'«oscuramento della piazza»[31], la trasmissione degli atti al Tribunale marittimo veniva effettuata con processo verbale del 9 settembre 1916 redatto dai carabinieri della stazione di Taranto, i quali alle ore 22 dello stesso giorno avevano rilevato che contrariamente all'ordinanza sull'oscuramento.

Coruzzolo «aveva la finestra della cucina del proprio domicilio aperta dalla quale usciva luce viva e visibile a lunga distanza proveniente da una lampada elettrica di 16 candele»[32]. Trasmessi gli atti all'Ufficiale Istruttore del Tribunale Militare, quest'ultimo il 5 ottobre 1916 provvedeva ad esaminare i carabinieri per confermare la denuncia, mentre il 18 ottobre interrogava l'indagato, il quale confermava la veridicità dell'accaduto, incolpando la sua domestica che quella sera si trovava sola in casa[33]. Raccolti i certificati anagrafici di rito, l'ufficiale istruttore Luigi Cabelli, capitano di Corvetta, trasmetteva il fascicolo all'avvocato fiscale militare, il quale l'8 novembre 1916 formulava l'imputazione e disponeva il rinvio a giudizio. Seguiva il decreto di citazione a giudizio per il 24 novembre 1916 a firma del presidente del Tribunale, capitano di Vascello Adolfo Ruggiero, che veniva notificato

[31] Il bando dell'ammiraglio Cerri sull'oscuramento della piazza di Taranto del 12 gennaio 1916 stabiliva che non dovesse apparire nessuna luce viva all'esterno: «All'uopo, tutti i lucernari delle case, stabilimenti, chiese etc. dovranno a cura dei rispettivi proprietari, amministratori, parroci etc. essere dipinti in nero o grigio con vernice matta, oppure coperti con tela opaca, si da impedire qualsiasi emanazione di luce viva all'esterno».

[32] Archivio di Stato di Taranto (ASTa), *Tribunale militare marittimo della Piazza Marittima di Taranto*, fasc. 1059, processo contro Coruzzolo Roberto, imputato di contravvenzione al bando sulla luce. Per la stessa imputazione vedi anche il procedimento a carico di Leonardo Bosco, ivi, fasc. 1050.

[33] Mandato di comparizione a firma dell'ufficiale istruttore del 29 settembre 1916 per il 18 ottobre 1916. *Ibidem.*

all'imputato il 19 novembre: l'intero processo veniva celebrato dal Tribunale in composizione collegiale (presieduto da Ruggiero Adolfo e composto dai giudici Lignolà Vincenzo, Musu Sebastiano, Boccia Giuseppe, De Cesare Francesco, Fedele Luigi) in una sola udienza, nel corso della quale dopo l'escussione del carabiniere Cesare De Florio, unico testimone, seguivano le conclusioni delle parti e la sentenza di condanna a lire 16 di ammenda[34].

Il caso esaminato consente di evidenziare l'importante ruolo svolto dal giudice istruttore nell'ambito del processo – le cui funzioni erano interamente esercitate dall'avvocato fiscale nei casi di citazione diretta – la cui attività era determinante per le sorti del processo, in considerazione dell'istruttoria svolta senza nessuna possibilità di partecipazione dell'imputato e del difensore fino alla fase del dibattimento. Ciò conferma l'assoluta sommarietà di questa procedura, fondata essenzialmente sull'acquisizione della notizia di reato proveniente da carabinieri, guardie municipali o autorità militari e sulla conferma della stessa attraverso l'audizione dei militari verbalizzanti. Pur non mancando l'esame degli imputati da parte dell'ufficiale istruttore, le loro dichiarazioni – salvo i casi di evidenza del fatto – non avevano peso nella valutazione del reato, in quanto le tesi difensive risultavano raramente suffragate da testimoni a carico nel dibattimento, la cui presentazione rispondeva a termini strettissimi da parte del difensore dell'imputato.

Valgano alcuni esempi: nel processo a carico dei pescatori De Bartolomei Giuseppe e Angarano Cosimo, imputati di contravvenzione al bando sulla distanza dei battelli dalle navi da guerra, l'istruttoria processuale fu limitata alla semplice conferma da parte del personale militare in servizio sulla nave Andrea Doria che aveva rilevato la

[34] *Ibidem.* È opportuno precisare che nessuno dei fascicoli esaminati contiene le sentenze motivate. Vi è dato solo rinvenire i dispositivi riportati sul frontespizio fascicolo processuale oppure, in alcuni casi, la sentenza priva della parte motiva sostituita con un "omissis".

presunta violazione sul limite di 200 metri di distanza stabilita dall'ordinanza del 6 agosto 1915 dell'ammiraglio Cerri. Nonostante gli imputati nel corso dell'interrogatorio avessero negato l'accusa, riferendo di essere passati esattamente nel mezzo delle navi Doria e Cavour, tra le quali era noto ci fosse una distanza di 400 metri, il 4 novembre 1916 – dopo appena un mese dalla trasmissione della notizia di reato all'ufficiale istruttore – il tribunale militare senza svolgere nessun supplemento istruttorio condannò il De Bartolomei alla pena contravvenzionale di 2 mesi di arresto con la conseguente confisca del battello, mentre l'Angarano veniva assolto per inesistenza del reato[35].

Dello stesso tenore è il processo a carico dei pescatori Rusciano Pietro e Chioppa Nicola, imputati di contravvenzione al bando sulla pesca per essere stati sorpresi dalle guardie municipali di mare a pescare nel primo seno del Mar Piccolo con la "sciabica" in luogo vietato, fuori turno ed in un'ora vietata. La capitaneria di porto dopo aver sequestrato i battelli e 85 kg di pesce (distribuiti agli istituti di beneficenza della città), il 28 settembre 1916 provvedeva a trasmettere gli atti al Tribunale militare marittimo: l'istruttoria risultò fondata sull'esame delle guardie municipali che erano intervenute sul luogo del fatto, le quali precisarono che «essendo dal bando Cerri la pesca consentita nel mese di settembre dalle 5.30 alle 19.30, gl'imputati pescavano alle ore 3 ed alteravano il turno prescritto»[36]. Gli imputati, interrogati il 13 ottobre

[35] ASTa, *Tribunale Militare Marittimo di Taranto*, fasc. 1033. Processo contro De Bartolomei Giuseppe fu Cataldo di anni 58 da Taranto, pescatore, e Angarano Cosimo di Nicola, di anni 19 da Taranto, pescatore. Il De Bartolomei dopo essersi costituito in carcere per l'esecuzione della pena avanzava domanda di grazia che veniva accolta con conseguente sospensione dell'esecuzione della pena.

[36] Ivi, fasc. 1038. Processo contro Rusciano Pietro, Tagliente Francesco, Antonante Angelo, Schinaia Emanuele, Chioppa Nicola, Gigante Nicola, Rusciano Cosimo imputati di contravvenzione al bando sulla pesca. Sentenza del 10 novembre 1916: condanna per Rusciano Pietro e Chioppa Nicola a lire 100 di ammenda per ciascuno. Assoluzione per gli altri per inesistenza del reato. Cfr. anche il processo a carico dei pescatori Greco Giuseppe, Leonardo

1916, confermarono l'accaduto, riferendo che avevano iniziato la pesca solo 45 minuti prima delle 5 del mattino. Sulla scorta di questi dati raccolti, l'ufficiale istruttore procedeva a trasmettere gli atti all'avvocato fiscale il quale formulava l'atto di accusa per contravvenzione degli articoli 6 e 8 del bando Cerri sulla pesca del 17 agosto 1915, per il quale tribunale – dopo circa un mese e mezzo dalla commissione del fatto – comminava condanna alla pena di lire 100 di ammenda per ciascuno[37].

Questo rapido e snello modello procedurale fu identico per tutte le cause a carico dei civili, il cui numero dei processati non risultò inferiore rispetto a quello dei militari. Oltre ai reati già richiamati, le altre imputazioni riguardarono le contravvenzioni ai bandi dell'ammiraglio Cerri sul divieto di somministrazione di bevande alcoliche ai marinai francesi, sul rispetto dell'orario di chiusura degli esercizi pubblici, sull'obbligo di comunicazione degli ospiti da parte degli albergatori, sul divieto di soggiorno senza permesso, sul divieto di circolazione durante le ore di oscuramento e sui reati di frode in commercio o di abbandono di lavoro. Dalla casistica esaminata si evince che le pene inflitte furono caratterizzate da particolare tenuità e risultarono consistenti per la maggior parte in pene pecuniarie (multa o ammenda a seconda della natura del fatto addebitato e, ovviamente, del tetto edittale previsto per il delitto o per la contravvenzione) spesso

Francesco, Sergio Cirillo, Battista Cosimo, Rusciano Fedele, ivi, fasc. 1019, denunziati il 28 settembre 1916 per essere stati sorpresi dagli agenti municipali addetti alla vigilanza del Mar Piccolo e del Mar Grande a pescare nel secondo seno del Mar Piccolo con la "sciabica", non essendo di regolare turno ed in ora vietata. Gli imputati si difesero sostenendo che non stavano pescando ma stavano solo recuperando la rete che si era infangata ed era rimasta attaccata al fondo la sera precedente. Il Tribunale con sentenza del 10 novembre 1916 condannò Greco e Battista all'ammenda di lire 84 per ciascuno ed assolse gli altri per inesistenza del reato.

[37] *Ibidem*. Seguiva la nomina da parte del presidente del Tribunale di un ufficioso degli accusati individuato nel sottotenente Avv. Silvio Di Palma, facendo salvo agli interessati il diritto al difensore di fiducia.

commutate in giorni di arresto in quelle ipotesi in cui gli imputati non ottemperarono all'obbligo di versare le somme alle quali erano stati condannati. In molti casi furono anche avanzate domande di grazia, molte delle quali furono rigettate a seguito di parere contrario espresso dal comandante della piazza militare in considerazione della non effettiva indigenza del condannato.

Tra le cause per contravvenzione, maggiormente ricorrenti furono i casi di violazione del bando sul divieto di somministrazione di liquori ai marinai francesi: tra questi sia sufficiente menzionare il processo a carico di D'Addario Michele, denunciato da un agente di polizia il 27 novembre 1917 con la duplice accusa di aver tenuto aperta al pubblico oltre le ore 20.00 il suo esercizio commerciale somministrando del vino a diversi avventori, fra i quali alcuni marinai francesi. Nonostante il gestore della cantina si fosse difeso nel corso del suo interrogatorio sostenendo di non essersi reso conto trattarsi di marinai francesi in quanto vestivano in borghese e parlavano bene l'italiano, e di aver ritardato la chiusura del negozio in quanto gli acquirenti non avevano denaro per pagare, il Tribunale militare ritenne provata la sua responsabilità sulla base della testimonianza resa dall'agente di polizia e il 7 marzo 1918 condannò l'imputato a 83 lire di ammenda, pena convertita in carcere per mancato pagamento e poi amnistiata con provvedimento del 14 giugno 1919[38].

[38] Ivi, fasc. 2438, processo contro D'Addario Michele, imputato di duplice contravvenzione alla chiusura esercizi e somministrazione vini a militari francesi. Di analogo contenuto fu l'accusa mossa nei confronti di Recchia Ermelinda e De Pace Stefano, rispettivamente commessa di una birreria ed esercente il bar Etna, imputati di aver somministrato vermouth a marinai francesi. Il Tribunale con sentenza dell'11 aprile 1918 condannò la Recchia a lire 83 di ammenda e il De Pace a lire 100 di ammenda, disponendo la chiusura dei rispettivi esercizi commerciali per giorni 15. La Recchia avanzò domanda di grazia che fu respinta. Ivi, fasc. 2672.

Per contravvenzione al bando sul soggiorno del 16 marzo 1916 e al bando sulla notifica alloggi del 15 febbraio 1917 furono chiamate a rispondere Mengucci Adalgisa e Del Giudice Rosa accusate rispettivamente la prima di risiedere a Taranto in data 23 giugno 1917 con il permesso mensile di soggiorno scaduto da 3 giorni e la seconda per aver seguitato a darle alloggio senza la dovuta comunicazione. Nel corso dell'istruttoria emerse che la Mengucci aveva soggiornato presso l'abitazione della Del Giudice su richiesta del di lei marito Magetti Alfredo, 2° capo meccanico il quale si trovava in navigazione alla data di scadenza del permesso di soggiorno, per cui la moglie non poté lasciare la città fino al ritorno del marito, il quale peraltro aveva con sè a bordo della nave Tripoli i documenti e i biglietti del treno della Mengucci. Accertata la causa di forza maggiore il Tribunale assolse la Mengucci, ma condannò la Del Giudice per omessa comunicazione dell'alloggio alla pena di lire 30 di ammenda[39].

Minori nel numero risultarono i processi per delitti, fra cui il più ricorrente fu quello per frode in commercio punito dall'art. 295 del codice penale comune[40]. Si trattò per la maggior parte di piccole frodi come quella a carico del fornaio Ferretti Raffaele, condannato con sentenza del 23 novembre 1916 alla multa di lire 42 per aver venduto per l'importo di lire 0,49 un chilogrammo di pane mancante di grammi 110. Secondo quanto accertato dalla polizia urbana di Taranto il fornaio aveva consegnato il pezzo pane – oggetto di sequestro – all'acquirente senza pesarlo in quanto non in possesso di bilancia. Le guardie provvidero ad effettuare due diverse pesature del pane presso altri

[39] Ivi, fasc. 1909, processo contro Mengucci Adalgisa e Del Giudice Rosa imputate di contravvenzione al bando soggiorno e bando notifica alloggi. Nello stesso senso vedi il procedimento a carico di Caterina Catacchio e Rosa Conserva, entrambe di Brindisi, condannate per essere state sorprese Taranto il 31 gennaio 1918 presso il Caffè Traversa priva del permesso di soggiorno. Ivi, a. 1918, fasc. 2787.

[40] L'art. 295 del codice penale per il regno d'Italia del 1889 puniva il reato di frode in commercio con la reclusione sino a 6 mesi o con la multa da lire 50 a 3000.

esercizi commerciali del luogo al fine di verificare la violazione. A seguito di condanna l'imputato presentò domanda di grazia sulla quale il comandante in capo Cerri il 16 gennaio 1917 espresse parere sfavorevole «dato il genere del reato di cui il Ferretti si rese colpevole e per essere in condizione di pagare la multa». La pena pecuniaria fu pertanto convertita in 9 giorni di carcere[41]. Analogo procedimento fu celebrato contro Semeraro Carmela, imputata di contravvenzione al calmiere e frode in commercio perché il 4 settembre 1916 in Massafra vendeva a Giannotta Michele un kg di pomodori per centesimi 15 anziché al prezzo di calmiere di 10 centesimi stabilito dall'autorità municipale e perché aveva effettuato la pesatura su una bilancia a mano le cui coppe erano formate di vimini e canne, illegale per la forma e per il peso mancante di 60 grammi[42]. Nel corso dell'interrogatorio la Semeraro riferì di non esercitare il commercio e di non conoscere pertanto né i pesi né i prezzi del calmiere. I pomodori furono dati al calzolaio Giannotta in quanto da lui espressamente richiesti alla signora in quanto quella mattina non ne vendevano al mercato: la Semeraro provvide quindi a pesare i pomodori con la bilancia che aveva a disposizione e si fece pagare 3 soldi. Il PM nel formulare l'atto di accusa specificò che «il delitto di frode in commercio non potesse dirsi dimostrato, dati i primitivi mezzi di misura adoperati ed il ridottissimo valore economico della minor misura (qualche millesimo)»[43] e il Tribunale, allineandosi a tale indicazione, assolse l'imputata per inesistenza del reato con sentenza del 13 ottobre 1916[44].

[41] Ivi, fasc. 1054, processo contro Ferretti Raffaele, imputato di frode in commercio

[42] Ivi, fasc. 973, processo contro Semeraro Carmela imputata di contravvenzione al calmiere e frode in commercio.

[43] *Ibidem*.

[44] Per violazione al bando sul calmieri vedi anche il procedimento a carico del legnaiuolo Galasso Angelo, accusato per aver venduto alla sig.ra Pompea Ariano Kg 50 di legna d'ulivo per £ 3.60 mentre avrebbe dovuto percepire £ 1.75 perché il calmiere in vigore ne stabiliva la vendita a £ 3.50 al quintale, percependo in più £ 1.85. Nel corso dell'interrogatorio il Galasso negò di aver venduto quel quantitativo di legna alla predetta signora, ma di averne venduti

Del delitto di abbandono di lavoro previsto dal Decreto luogotenenziale n. 1684 del 5 novembre 1916 fu invece chiamato a rispondere Di Bello Michele, operaio giornaliero nel Regio Arsenale di Taranto, il quale nell'ottobre 1918, senza giustificato motivo, abbandonò il lavoro e il territorio della piazzaforte di Taranto facendo ritorno in Trani, sua città di residenza[45]. Interrogato il 22 novembre 1918 dal Giudice della Pretura di Trani per delega, l'imputato riferì:

> "*Nell'ottobre u.s. fui assunto a lavorare nel R. Arsenale di Taranto come operaio meccanico avventizio. Percepivo lire 3,00 al giorno, e poiché tale mercede non era affatto sufficiente per vivere a Taranto, ove la vita costa assai, chiesi un aumento. Tale aumento non mi venne concesso, e perciò mi vidi costretto ad abbandonare il lavoro e la città di Taranto. Domando la clemenza del Tribunale perché non avevo in animo di ledere gli interessi di alcuno, ma fui costretto dalla necessità non avendo di che vivere in Taranto*"[46].

2 quintali al costo di lire 4 al quintale al facchino chiamato Domenico, mentre il prezzo del calmiere era di £ 5. Tale versione dei fatti fu smentita dalla guardia municipale di Taranto Epifani Attilio il quale riferì di aver raccolto le dichiarazioni del facchino il quale dichiarò di aver ritirato mezzo quintale di legna per incarico della Ariano. Il facchino interrogato dall'ufficiale istruttore confermò invece quanto dichiarato dal Galasso. Il Tribunale condannò l'imputato ad un giorno di arresto e a lire 83 di ammenda, pena che fu convertita dall'avvocato fiscale in giorni 17 di arresto per mancato pagamento. Ivi, fasc. 1060.

[45] La trasmissione degli atti all'ufficiale istruttore del Tribunale marittimo fu effettuata dalla Direzione delle costruzioni navali del R. Arsenale di Taranto. Ivi, fasc. 3717, processo contro Di Bello Michele imputato di abbandono di lavoro art. D.Luog. 5 novembre 1916 n. 1684.

[46] Sommario interrogatorio dell'imputato in istruzione sommaria da parte dei Procuratori del Re e degli Ufficiali di polizia giudiziaria indicati nell'art. 164 proc. pen., ivi, fol. 6.

L'assenza di giustificati motivi comportarono la condanna dell'imputato alla pena di giorni 15 di detenzione inflitta con sentenza del 25 gennaio 1919, non eseguita in virtù della concessione del beneficio della sospensione condizionale[47].

4. I processi del Tribunale marittimo di Taranto a carico dei militari

Di maggior rigore furono invece le pene inflitte per i reati a carico dei militari, le cui imputazioni più ricorrenti riguardarono i reati di ammutinamento, abbandono di nave in presenza del nemico, diserzione, violata consegna e le contravvenzioni sulla spedizione della corrispondenza, sulla diffusione di notizie di guerra non comunicate dalle autorità e sulla censura postale. Anche questi processi furono caratterizzati da rapidità e sommarietà, la cui istruttoria oltre che dall'acquisizione della denuncia risulta arricchita dalle note caratteristiche sulla condotta dei militari imputati provenienti dal comando di appartenenza, che venivano tenuti in debita considerazione dal tribunale militare nel formulare il giudizio di responsabilità e nell'irrogare la pena.

Si veda l'esempio del processo contro il sotto capo infermiere Bianco Francesco imputato di diserzione ai sensi dell'art. 262 del codice penale militare marittimo in quanto, quale membro del Corpo Reale Equipaggi in congedo illimitato appartenente a classi, categorie e specialità richiamate per mobilitazione del personale della Regia Marina, non si presentava senza giustificato motivo presso la capitaneria di Porto di Taranto a seguito di convocazione disposta con dispaccio ministeriale n. 7600 del 28 febbraio 1916. Trasmessi gli atti all'ufficiale istruttore del Tribunale militare marittimo di Taranto, quest'ultimo con mandato di cattura dell'11 maggio 1916 ordinava la traduzione del Bianco nelle più vicine carceri militari. Eseguite vane

[47] *Ibidem.*

ricerche dai Carabinieri ed acquisito il certificato del casellario giudiziale dal Tribunale di Rossano, dal quale risultarono precedenti giudiziari per furto commesso in Francia e per truffa commessa a Venezia[48], l'ufficiale istruttore trasmetteva gli atti al PM il quale formulava l'atto di accusa a carico del Bianco che veniva condannato in contumacia dal Tribunale alla pena di anni 3 di reclusione militare con sentenza del 25 agosto 1916[49]. A seguito di pubblicazione della sentenza dal Ministero della Marina, il Bianco veniva arrestato il 28 settembre dello stesso anno a Ventimiglia e poi trasferito a Taranto, dove il 16 ottobre 1916 veniva interrogato dall'ufficiale istruttore Luigi Cabella, al quale riferiva di essere stato recluso in Francia per 6 anni fino al 25 settembre 1916 e di essere stato espulso da quel paese dal quale andò via in treno e si fermò a Ventimiglia, dove fu arrestato dai carabinieri con l'accusa di diserzione. Riferì quindi di non aver potuto rispondere alla chiamata alle armi, a lui ignota, in quanto si trovava detenuto presso le carceri di Thonars. Dopo aver verificato la veridicità delle dichiarazioni rese in ordine al periodo di detenzione, l'imputato veniva deferito al giudizio del tribunale il quale a seguito di rinnovazione del giudizio in contraddittorio con l'assistenza dell'avvocato Silvio Di Palma veniva assolto per non provata reità con sentenza del 9 novembre 1916.

Maggiormente complesso risultò invece il procedimento a carico del marinaio Mastronardi Natale, imputato di violata consegna in tempo di guerra, reato punito dall'art. 109 n. 2 codice penale militare marittimo, perché il 14 agosto 1916 comandato di scorta ad un carro di

[48] In Francia, il 23 gennaio 1910 Bianco era stato condannato per il reato di furto qualificato dalla Corte di Assise di Bocche del Rodano alla pena della reclusione per anni 10 ed alla interdizione di soggiorno per anni 10. In Italia, il 26 marzo 1915 era stato condannato a mesi 7 di reclusione e lire 175 di multa per il reato di truffa continuata. Certificato del casellario giudiziale di Rossano del 16 maggio 1916. Nel fascicolo è acquisita la sentenza del tribunale di Venezia. Ivi, a. 1916, fasc. 1034, processo contro Bianco Francesco imputato di diserzione in tempo di guerra.

[49] *Ibidem.*

materiali spedito dalla Direzione Costruzioni Navali di Taranto alla Stazione Radiotelegrafica di Barletta lo abbandonava per recarsi a casa sua a Bari e raggiungere poi il 9 agosto a Barletta il carro medesimo. L'accusa era nata a seguito del rinvenimento da parte dei carabinieri di materiale esplosivo in un carro aperto su un binario dello scalo ferroviario di Barletta che risultava privo di scorta. Trasmessi gli atti per competenza al Tribunale marittimo di Taranto, il 16 agosto 1916 il Capitano Luigi Cabella ordinò la cattura dell'imputato e delegò il Pretore di Barletta affinché svolgesse specifica attività istruttoria consistente nell'audizione dei militari intervenuti, nell'acquisizione dell'ordine di servizio dal quale risultava che il carro dovesse essere scortato e nella relazione di perizia sulle 18 bombe rinvenute. L'attività istruttoria svolta consentì di dimostrare che il Mastronardi aveva lasciato la vigilanza del carro per andare a mangiare a casa di un amico e che in sua assenza il vagone per errore era stato attaccato ad un treno, tanto vero che l'imputato tornato in stazione il giorno seguente non riusciva più a trovarlo. La evidente responsabilità dell'imputato comportò la condanna da parte del Tribunale alla pena di mesi nove di carcere militare inflitta con sentenza del 13 ottobre 1916[50].

Molteplici furono anche i procedimenti per il reato di abbandono di nave da guerra dinanzi al nemico, secondo quanto previsto dall'art. 112 del codice penale militare marittimo, a carico di ufficiali responsabili del comando delle navi, come nel caso del capitano Giovanni Malato, comandante del piroscafo requisito *Italia M.*, che durante un attacco da parte di un sommergibile nemico nelle acque antistanti la località Capo Rizzuto in Calabria, innalzò bandiera bianca ed abbandonò la nave insieme all'equipaggio, consentendo così al nemico di colpire ripetutamente il piroscafo senza riuscire ad affondarlo. L'accusa di non aver eseguito le manovre utili per la salvezza della sua nave facilitando l'azione di offesa del nemico, per aver diffuso spavento e disordine a bordo, per non essersi curato di sottrarre dal piroscafo documenti di bordo riservatissimi e per rifiuto di

[50] Ivi, a. 1916, fasc. 972.

obbedienza comportò la condanna a due anni di reclusione militare con sentenza del 3 novembre 1916[51]. Di analogo tenore fu l'accusa mossa nei confronti di Mario Cornaglia, ufficiale in seconda del cacciatorpediniere Borea (affondato il 15 maggio 1917 dalle navi austro-ungariche Balaton e Csepel[52]) accusato di essere sceso da bordo ed essersi allontanato dalla nave con un battello in assenza del capitano Virgilio Franceschi, caduto in mare durante l'attacco nemico. Il 5 febbraio 1918 il Tribunale condannò l'imputato destituendolo dall'incarico (la pena fu sospesa con decreto luogotenenziale del 21 luglio 1918 in via di grazia per la durata della guerra) avendo ritenuto che il Convaglia se fosse rimasto sulla nave avrebbe potuto compiere operazioni per impedire o almeno ritardare l'affondamento della Borea, avrebbe potuto continuare a lottare con il nemico, salvare feriti e rimuovere le bombe lanciate (pericolose per i naufraghi) e avrebbe potuto aiutare il proprio comandante che chiedeva di risalire a bordo[53].

Di ammutinamento risposero invece Agostino Orlando ed altri 39 marittimi imbarcati sul piroscafo Perseo, impiegato per il trasporto di uomini, animali e merci tra Taranto, Corfù e Valona. Il 1 giugno 1916, terminato l'ultimo viaggio programmato tra Salonicco e Corfù a seguito del quale l'equipaggio sapeva di dover far rientro in Italia, l'ordine di raggiungere Marsiglia creò malcontento e incidenti, determinati anche dal mancato pagamento delle competenze mensili,

[51] Ivi, fasc. 1021.

[52] Il 13 maggio 1917 il Borea lasciava l'ancoraggio di Taranto per scortare a Gallipoli e poi a Valona i piroscafi Carroccio, Verità e Bersagliere, Alle 3.30 circa del giorno 15 il convolgio, in rotta verso Valona, mentre transitava nel Canale d'Otranto, nel punto situato venti miglia a sud di punta Linguetta, venne attaccato dal nemico. Il primo fuoco indirizzato al Borea provocò un incendio nella sala macchina. Di seguito vennero bombardati e incendiati il Verità e il Carroccio, mentre il Bersagliere riuscì a fuggire. Il Borea dopo circa 15 minuti venne nuovamente colpito gravemente. Ivi, 1917, fasc. 2386.

[53] *Ibidem*. Il Borea alle 5.20 affondava accompagnato dal grido "Viva l'Italia" del Comandante Franceschi che, faticosamente risalito sul suo cacciatorpediniere, per ultimo lo abbandonava.

dalla cattiva qualità del rancio di bordo e dai pericoli della navigazione. Per protesta il personale di macchina tenne bassa la pressione delle caldaie così diminuendo la velocità di marcia. Giunto a Marsiglia il 6 giugno 1916, mentre il Perseo venne ormeggiato al porto per procedere ai lavori di allestimento delle stalle e imbarco di quadrupedi e carbone, i marittimi, avuta notizia dai loro familiari che le loro competenze non erano state corrisposte, si misero in sciopero e rifiutarono di riprendere il lavoro nonostante il Ministero della Marina avesse militarizzato l'intero equipaggio[54]. Le condotte furono severamente punite dal Tribunale marittimo di Taranto che irrogò condanne alla reclusione dai 2 anni e 3 mesi ad 1 anno.

Particolarmente numerosi furono invece i casi di contravvenzioni per sottrazione di corrispondenza alla locale censura militare, molti dei quali si risolsero con sentenze di assoluzione in considerazione della non provata volontà di spedire la lettera fuori dalla piazzaforte di Taranto. Così nel procedimento a carico del marinaio Casucci Giovanni, imbarcato sulla Nave Puglia, deferito il 24 novembre 1917 dal comando militare della stazione ferroviaria di Taranto all'avvocato fiscale presso il Tribunale marittimo di Taranto con l'accusa di essere contravvenuto al bando sulla spedizione della corrispondenza del 23 febbraio 1917 per aver consegnato ad altro commilitone una lettera da spedire fuori dalla piazza di Taranto, così sottraendola al controllo della locale censura[55]. Espletate le indagini, consistite nell'acquisizione del foglio matricolare, nell'audizione dei militari verbalizzanti e nell'interrogatorio dell'imputato, quest'ultimo veniva assolto per non provata reità con sentenza dell'8 marzo 1918, in considerazione del fatto che sulla busta furono rinvenuti dei francobolli per cui la stessa

[54] Lo sciopero cessò solo il 22 giugno quando le autorità francesi restituirono il Perseo al governo italiano e si apprestavano ad iniziare le operazioni di scarico del materiale già imbarcato. Ivi, a. 1916, fasc. 912.

[55] Il bando prevedeva il divieto fatto a chiunque di sottrarre la propria corrispondenze in partenza dalla piazza marittima di Taranto al controllo del locale ufficio militare di censura.

era destinata ad essere spedita utilizzando il locale servizio postale (non spedita per dimenticanza del marinaio affidatario della busta) e quindi non sottrarla al controllo della censura[56]. Diverso esito ebbe invece il procedimento a carico dei marinai Bastogi Eduardo, Ferrani Attilio, Carrozzo Guglielmo e Friscione Giovanni accusati di aver consegnato a Faita Attilio, in partenza per la licenza, 6 lettere (sequestrate presso la stazione di Taranto) perché le consegnasse a mano presso i rispettivi destinatari. Gli imputati riferirono di aver preferito affidare le lettere al collega per il «più pronto e sicuro recapito» ai loro familiari, ignorando completamente il disposto del bando sulla corrispondenza. Acquisiti i fogli matricolari e caratteristici dei marinari, il Tribunale assolse Faita per non aver commesso il fatto e condannò gli altri marinai alla pena di lire 41 di ammenda per ciascuno[57].

Infine meritano di essere citati i processi per violazione del decreto luogotenenziale n. 885 del 20 giugno 1915 sul divieto di diffusione di notizie di guerra non comunicate dall'autorità governativa o per contravvenzione all'ordinanza del generale Cadorna del 28 luglio 1915 sulla censura postale che puniva militari e civili che avessero inviato corrispondenza per qualunque destinazione contenente notizie relative alla difesa militare dello Stato o espressioni denigratorie delle operazioni di guerra, di disprezzo e di vilipendio per l'esercito, per

[56] Ivi, a. 1918, fasc. 2453, processo contro Casucci Giovanni, imputato di contravvenzione al bando sull'impostazione corrispondenza. Vedi anche il processo a carico di Lena Edoardo, ivi, fasc. 3923, imputato della contravvenzione al bando sulla corrispondenza postale, assolto con sentenza dell'8 marzo 1918 per non provata reità in quanto a tergo della busta consegnata ad un commilitone furono rinvenuti 4 francobolli da centesimi 5. Cfr. processo a carico di Guidoni Arturo, ivi, fasc. 2450, assolto per la stessa motivazione.

[57] Ivi, a. 1918, fasc. 3623. Nello stesso senso cfr. il procedimento a carico di Marchese Renato, imputato di porto abusivo di lettera e condannato l'8 marzo 1918 alla pena di 41 £ di ammenda (Ivi, fasc. 2445); Evangelista Enrico, imputato di contravvenzione al bando sul porto delle lettere, condannato il 14 marzo 1918 a lire 41 di ammenda (Ivi, fasc. 2472).

l'amministrazione e i corpi militari[58]. Tra queste ipotesi, il Tribunale militare marittimo di Taranto nel 1915 fu chiamato a pronunciarsi sul contenuto di alcune lettere rivelanti notizie sulle operazioni militari svoltesi sull'isola di Pelagosa[59], su operazioni svolte dalla R. Marina contro legni esercenti il contrabbando di guerra a favore di sommergibili nemici[60] e sulla formazione ed il comando della squadra navale comandata dal Duca degli Abruzzi[61]. Di contenuto denigratorio

[58] *Ordinanza del Comando Supremo del R. Esercito Italiano*, 28 luglio 1915, in «Gazzetta Ufficiale», n. 242 del 13 ottobre 1917, p. 4277

[59] Ivi, a. 1915, fasc. 90, processo a carico del cannoniere scelto Fernando Traica imbarcato sulla R.N. Regina Elena, il quale durante una sosta nel porto di Taranto inviò una lettera allo zio nella quale violando le norme sulla censura descrisse che nel luglio 1915 l'isola di Pelagosa era stata abbandonata «tanto da noi quanto dal nemico, perché non potevano resistere che tutti i giorni andavano areoplani e buttavano sempre quelle 20, o 25 bombe, poi ultimamente sono state 20 unità che erano 2 esploratori ed il resto cacciatorpediniere, però dopo pochi minuti si vedero 2 nostre unità, e quelle del nemico scapparono come gli uccelli, e da qual giorno lì l'hanno abbandonata»

[60] ASTa, *Tribunale Militare Marittimo della Piazzaforte di Taranto*, a. 1915, fasc. 85 processo a carico del sotto-capo meccanico Foresto Godi, imbarcato sulla R.N. Vittorio Emanuele, accusato di aver scritto due lettere ai fratelli residenti a Prato nelle quali scrisse: «Solamente vi dico che noi la guerra non la facciamo con le navi austriache?! Ma contro le golette e i brigantini che portano il contrabbando di guerra […] ve ne sono oltre che italiani anche molti greci […] molte di queste tenevano dentro tutta sabbia, e sotto poi nascondevano siluri benzina ecc. tutto occorrente per rifornire i sommergibili nemici».

[61] Ivi, fasc. 174 processo a carico del marinaio Agostino Guglielmino, imbarcato sulla R.N. Duilio, accusato di aver spedito da Taranto due lettere ai genitori residenti a Catania nelle quali riferì sulla formazione ed il comando della squadra navale comandata dal Duca degli Abruzzi («la più grande la Duilio, la seconda la Cavour, la terza la Dante, quarta e quinta sarebbero uguali e sono Giulio Cesare e Leonardo da Vinci») e descrisse operazioni navali in maniera diversa da quanto portato ufficialmente a conoscenza dal pubblico governo e dalle autorità militari, accennando tra l'altro a numerose perdite di unità navali italiane ed ad un attacco tra la Duilio e un sommergibile nemico.

risultò invece il contenuto di una lettera inviata il 22 luglio 1916 dal marinaio De Biasi Angelo alla moglie nella quale aveva usato invettive contro la guerra con le espressioni «per questa vile guerra e quel vile che ne ebbe colpa» e frasi oltraggiose all'indirizzo della R. Marina Italiana dicendo «Marina ossia putridume latrina». Interrogato il 2 ottobre 1916 dall'Ufficiale Istruttore l'imputato riconobbe la paternità della lettera e giustificò le espressioni utilizzate dicendo che

> "*il mio cervello non era perfettamente equilibrato e aveva la testa di fuori di posto per il siluramento della città di Messina ove era un mio cugino che si è salvato. La frase "vile chi ne ebbe colpa" è riferita all'Imperatore di Germania che io ritengo solo responsabile dello stato attuale. La seconda frase non l'ho scritta nel senso di diffamare o vilipendere la R. Marina alla quale appartengo, ma in un momento di aberrazione per il dispiacere della salute di mia moglie così lontana da me, ho dato colpa al fatto di essere in marina della lontananza da essa. Ho rispetto e stima della marina che mi da vivere*"[62].

Nonostante le giustificazioni offerte, il Tribunale con sentenza 19 ottobre 1916 dichiarò l'imputato passibile di punizione disciplinare da infliggersi dall'autorità competente. Alla condanna di 30 giorni di detenzione fu invece comminato il 16 agosto 1917 il cannoniere Giuseppe Tirelli imbarcato sul piroscafo requisito Barion in contravvenzione al decreto n. 885/1915 per aver diffuso notizie non comunicate ufficialmente dalle autorità sul siluramento del piroscafo Città di Bari, provocando avvilimento tra l'equipaggio già provato per il siluramento del piroscafo Japigia avvenuto qualche giorno prima[63].

[62] Ivi, a. 1916, fasc. 993.
[63] Ivi, a. 1917, fasc. 1923.

SIERRA LEONA: DE LA GUERRA CIVIL (1991-2002) A LA SITUACIÓN ACTUAL. OBSTÁCULOS Y AVANCES

Sagrario Morán Blanco,
Universidad Rey de Juan Carlos

1.- Introducción: Antecedentes históricos

Sierra Leona es un pequeño país (71.740 Km²) situado en África Occidental y bañado al oeste por las aguas del Océano Atlántico. Este país, que cuenta con poco más de 5.5 millones de personas repartidas en 18 grupos étnicos, limita al norte y al este con Guinea y al sur con Liberia. Sin embargo, llama la atención que uno de los países más pobres del mundo –pobreza agudizada por una distribución de la riqueza desigual, la inmensa mayoría de la población vive de la agricultura de subsistencia- cuenta con grandes reservas de recursos naturales. De hecho, la extracción de diamantes es la principal fuente de ingresos del país. Hoy en día, la infraestructura social y económica está poco desarrollada[1].

Entre 1991 y 2002, este pequeño país africano vivió una de las guerras más crueles de finales del siglo XX. Un conflicto civil que generó más de 100.000 víctimas, entre ellas multitud de mutilados, unos 50.000 muertos y el desplazamiento de aproximadamente dos millones de personas, es decir, casi un tercio de la población. La mayoría de los refugiados huyeron a los países vecinos de Guinea y Liberia. Además, dicha guerra civil destruyó su escasa infraestructura, empresas y la trama básica de la sociedad. Hacia el final de la guerra, el ciudadano medio sobrevivía con el equivalente de 38 centavos de dólar al día.

En efecto, aunque todas las guerras se caracterizan por el denominador común del horror, una de las características del largo conflicto civil en Sierra Leona fue el extremo grado de crueldad empleado por los diferentes grupos en discordia contra la población. Las fuerzas rebeldes, apoyadas por Liberia, llevaron a cabo múltiples matanzas e infligieron numerosas heridas, como la amputación de miembros y la mutilación de rostros con machetes.

[1]Información Oficina de Información Diplomática. http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/SIERRALEONA_FICHA%20PAIS.pdf (Consultado el 16 de mayo de 2016).

Las violaciones y la explotación sexual salpicaron a uno de los grupos más vulnerables de cualquier sociedad: los niños, protagonistas activos del conflicto en el rol de soldados. Niños de cinco a 14 años fueron reclutados a la fuerza por los rebeldes. El procedimiento era sencillo: raptarlos, obligarlos a matar y así comprometer sus conciencias. Los miembros del *Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas* (AFRC), los llamaban *Small Boys Units* (literalmente "Unidades de Chicos Pequeños"). "Tienen que aprender pronto. La guerra no respeta edades", aseguraba un oficial del AFRC[2].

El saldo de esta macabra guerra donde siempre ha planeado la brillante sombra de los diamantes, principal fuente de riqueza y discordia en el país, convirtió a Sierra Leona en uno de los *Estados fallidos* más pobres y conflictivos del planeta. En 2004, dos años después de finalizar la guerra, ocupó el último puesto en la clasificación mundial del *Programa de Desarrollo de la ONU* (PNUD). Casi dos décadas después de que finalizara el conflicto, Sierra Leona figura en la lista de Estados en situación de Alerta según el *Índice de Estados*

[2]Véase FANTHORPE, R., "Gobierno, exclusión social y conflicto en Sierra Leona", University College of London, en http://www.novaafrica.net/documentos/archivo_NA09/01NA9.Fanthorpe.pdf . Este autor destaca la siguiente bibliografía: RICHARDS, P., «Rebellion in Liberia and Sierra Leone: a crisis of youth?», in O.W. FURLEY (ed.), *Conflict in Africa*. Tauris, London, 1995, pp. 134-70 y Fighting for the Rainforest, pp. 1-119; KOROMA, A.: Sierra Leone: The agony of a nation (Andromeda, Freetown, 1996); ABDULLAH, I., MUANA P., «The Revolutionary United Front of Sierra Leone: a revolt of the lumpenproletariat», in CLAPHAM, C. (ed.): *African Guerrilla*s. James Currey, Oxford, 1998; RENO Warlord Politics, pp.113-45. Ver también UNHCR, «Background paper on refugees and asylum seekers from Sierra Leone», http://www.unhcr.ch/refworld/country/cdr/cdrlse, Noviembre 1998; PRATT, D., «Sierra Leone: the forgotten crisis», http://www.sierra-leone.org/pratt042399, 23 April 1999.

Fallidos del 2015. Ocupa el puesto 31 de 177 Estados analizados. No olvidemos que el primer puesto lo encabeza el Estado más joven del mundo, Sudán del Sur[3].

2.- Orígenes y evolución de las guerras civiles en Sierra Leona y Liberia

Históricamente Sierra Leona ha sido territorio de multitud de tribus y etnias. Se cree que los primeros habitantes fueron los *bulom*, que habitaban en la costa. Durante el siglo XV llegaron los *mende* y *temne*, hoy los dos grupos étnicos mayoritarios con el 35 por ciento y el 32 por ciento de la población, respectivamente. En 1787 la península de Sierra Leona se transformó en "province of freedom", un refugio para esclavos liberados. Veinte años después se convirtió en colonia británica, situación que se mantuvo hasta su independencia en 1961.

El resto de minorías son los criollos, los libaneses, los indios y los europeos. Pese a la variedad de etnias que conviven en Sierra Leona, no existen enfrentamientos relevantes entre ellas, siendo frecuentes los matrimonios entre diferentes grupos religiosos y étnicos. En el caso de que el padre sea musulmán y la madre cristiana, los hijos profesan la religión del primero. De hecho, la principal causa de la guerra no es la rivalidad étnica como en otros países africanos, sino el control de los diamantes. Aquello que debería ser una bendición para los sierraleoneses se convirtió en una maldición.

El punto de partida origen del conflicto lo situamos en 1991, cuando Foday Sankoh –el líder del *Frente Revolucionario Unido (*en adelante RUF)- se subleva para hacerse con el control de las áreas de producción de diamantes. Desde el primer momento, el RUF destacó

[3]Véase el *Índice de Estados Fallidos 2015* publicado por la *Organización Fund for Peace*, *Foreign Policy*, 2016, en http://fsi.fundforpeace.org/ (Consultado el día 20 de mayo de 2016)

por sus prácticas crueles. Comenzaron decapitando a los funcionarios públicos y clavando sus cabezas en picas para pasar a las amputaciones indiscriminadas. A finales de ese año el RUF, con la ayuda de guerrilleros del *Frente Patriótico Nacional de Liberia* (FPNL), liderados por el caudillo Charles Taylor, toman el control sobre las ciudades fronterizas con Liberia. Es en este punto donde se cruzan los destinos de los dos países africanos vecinos. Dos países con un origen parecido por cuanto ambos fueron fundados por los esclavos libertos de Estados Unidos. Liberia se convirtió en la primera república negra de África en 1847, cuando las sociedades abolicionistas de Estados Unidos ayudaron a que los antiguos esclavos libertos regresaran a la tierra de sus ancestros[4].

Por entonces Charles Taylor[5] tenía como objetivo acabar con el gobierno liberiano de Samuel Doe[6] en el poder. En julio de 1990 el NPFL llegó a Monrovia, capital de Liberia. Después de librar combates con otras facciones armadas se alcanzó un acuerdo de paz en 1996 (*los Acuerdos de Abuja*). El cese de hostilidades de *Abuja II* se consideró el

[4] Véase MORÁN BLANCO, S.: "La guerra de los diamantes en Sierra Leona". Revista *Légete*, Nº 10, Junio 2008, pps. 119-130.

[5]Charles Taylor es el tercero de los 15 hijos de padres liberianos. El padre era descendiente de los antiguos esclavos convertidos en libertos por las sociedades abolicionistas de Estados Unidos y que en 1847 fundaron Liberia como la primera república negra de África. En 1989, Charles Taylor comienza su trayectoria como "guerrillero con el objetivo de acabar con el gobierno liberiano de Samuel Doe. Para ello creó el Frente Nacional Patriótico de Liberia (NPFL).

[6] Samuel Kanyon Doe fue presidente de Liberia desde 1980 hasta 1990. Durante esos diez años se vivió una dictadura en Liberia basada en la "etnicidad". Doe, que pertenecía a la etnia Krahn, se convirtió en el primer nativo que llega a la presidencia de Liberia. Este grupo étnico (los Krahn) había sido reprimido duramente por la élite américo-liberiana, que descendía de los esclavos estadounidenses que fundaron Liberia en 1847. En http://africanarguments.org/2015/09/09/25-years-after-his-demise-samuel-doe-continues-to-cast-a-long-shadow-across-liberian-politics/ (Consultado el 11 de mayo de 2016)

final de una guerra civil de seis años que había asolado Liberia. En 1997 Taylor anunció su candidatura presidencial y para ello fundó el *Partido Patriótico Nacional* (NPP). Con el 75.3 por ciento de los votos, "Taylor arrasó a once contrincantes. Los observadores de los organismos internacionales, y especialmente los del *Centro Carter,* prefirieron no destacar los casos de intimidaciones constatados en los colegios electorales y alabaron los primeros comicios celebrados desde 1985 como un éxito democrático de participación, el 80 por ciento del censo, y de transparencia". El 2 de agosto de 1997, recién cumplido el 150 aniversario de la independencia de Liberia, Taylor juró como presidente de la República con un mandato de seis años, culminando una ambición. Ahora bien, en los años siguientes, el Gobierno de Taylor fue acumulando tantos balances negativos que le desacreditaron rápidamente ante sus interlocutores exteriores y ante sus propios ciudadanos, hasta granjearse la condena y el aislamiento internacionales. Pero fue la actuación exterior de Taylor lo que más enfadó a la comunidad internacional, en especial a Estados Unidos, el Reino Unido y los países anglófonos de la organización internacional denominada *Comunidad Económica de Estados de África Occidental* (en adelante CEDEAO)[7].

Por su parte, en 1992 se vive en Sierra Leona un golpe militar que depuso al presidente Joseph Momoh. Le sucede Valentine Strasser, de sólo 25 años, que se convierte así en el jefe de Estado más joven del mundo. El nuevo dictador, que pronto acapara la atención internacional con la ejecución de disidentes políticos, no consiguió evitar que el RUF con armas ligeras, antiguas e incluso obsoletas, y muchos de sus

[7] La CEDEAO (ECOWAS por sus siglas en inglés) es una organización internacional de carácter regional formada por 15 países y fundada en 1975 con la firma del *Tratado de Lagos*. Su objetivo es promover la integración económica de la región. Véase http://www.uneca.org/fr/oria/pages/cedeao-communaut%C3%A9-economique-des-etats-de-l%E2%80%99afrique-de-l%E2%80%99ouest. Biografía Charles Taylor, en http://www.cidob.org/biografias_lideres_politicos/africa/liberia/charles_taylor. Editado por Roberto Ortiz de Zárate. (Consultado el 15 de mayo de 2016)

soldados tan solo niños, se hiciesen con el control de varias regiones mineras de los distritos de Kono y Bo.

En 1996 se celebraron elecciones y Ahmed Tejan Kabbah, candidato del *Partido Popular de Sierra Leona* (en adelante SLPP), fue elegido presidente. Sin embargo, las encarnizadas luchas entre el Gobierno y las fuerzas rebeldes del RUF continuaron. Situación que se acentuó con el golpe de Estado que expulsó al nuevo presidente del poder[8].

Acuerdo de paz en Togo

Una vez comprobado que la clave de un posible acuerdo de paz residía en la figura del principal instigador de la rebelión: Sankoh; Kabbah presionado por Nigeria, EEUU y Reino Unido autorizó las conversaciones entre aquel y los líderes del RUF para clarificar sus peticiones. El esfuerzo diplomático, encaminado a entablar el diálogo con los rebeldes, desembocó en una serie de negociaciones entre el Gobierno y el *Frente Revolucionario Unido*.

El conflicto civil concluyó, como ya se ha señalado, con un acuerdo de paz firmado el 7 de julio de 1999, entre todas las partes del conflicto en Lomé, Togo, para cesar las hostilidades y formar un gobierno de unidad nacional.

Durante ese tiempo, Sankoh, principal beneficiario del acuerdo, fue nombrado Ministro a cargo de las minas de diamantes, "entregando al líder rebelde los mismos recursos por los cuales se había librado una guerra". El tratado contemplaba la liberación de los civiles capturados por los rebeldes, el desarme, la reintegración en el ejército de los antiguos combatientes y la reconstitución del RUF como fuerza

[8] Véase LEGUINECHE, M. y SÁNCHEZ, G., *Los ojos de la guerra*, Plaza y Janés Editores, Barcelona, 2001.

política. Finalizado el desarme se celebraron elecciones legislativas y presidenciales.

Para el cumplimiento de estos objetivos, el Consejo de Seguridad de la ONU estableció una misión encargada de supervisar la implantación del *Tratado de Paz de Lomé* entre el Gobierno y los rebeldes. Las fuerzas de UNAMSIL (Misión de Naciones Unidas en Sierra Leona), desplegadas en octubre de 1999, llegaron a estar compuestas por 17.500 militares, incluyendo 260 observadores militares[9]. Los países contribuyentes con personal militar a la misión más grande de la ONU en el mundo fueron: Bangladesh, Bolivia, China, Croacia, Gambia, Alemania, Suecia, Tanzania y Uruguay, entre otros. Los cascos azules de la ONU permanecieron en Sierra Leona hasta la primera semana del 2006, una vez concluida la misión para la que se creó.

Sin embargo, el pacto firmado en Lomé no impidió que el comercio ilegal de diamantes y la violencia desplegada por facciones del RUF continuasen. Los diamantes para los rebeldes suponen el mantenimiento de sus ejércitos, entre otras cosas. A pesar del colapso del acuerdo de paz en ese momento, los nuevos intentos por alcanzar la paz tuvieron su recompensa cuando en enero de 2002 se declaró el fin de la guerra civil.

De acuerdo con el calendario de Lomé, en mayo de 2002 se celebraron elecciones presidenciales y legislativas. El presidente Kabbah se proclamó vencedor tras obtener el 70 por ciento de los votos emitidos. Los rebeldes del antiguo RUF –ahora convertido en un partido político- consiguieron escasos resultados. Su líder Sankoh, encarcelado, no pudo presentarse como candidato presidencial.

[9]Véase http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/ (Consultado el 20 de mayo de 2016).

3.- La posguerra en Sierra Leona

En los años siguientes al fin del conflicto, el país intentó recuperar la normalidad que perdió ahogada en sangre. Una normalidad difícil de alcanzar porque el comercio ilícito de diamantes no cesó por completo. Para acabar con esta situación, en febrero de 2003 entró en vigor el *Kimberley Process*[10], (con la participación de 64 países productores o compradores de diamantes). Dicho proceso –que certifica la producción legal de piedras preciosas- establece un sistema de control nacional con el objetivo de impedir el contrabando. Algo básico para un país que, como Sierra Leona, depende de forma casi exclusiva de las exportaciones de diamantes. En 2004, los beneficios de las exportaciones de este tipo de piedras (bajo control legítimo), que se incrementaron en casi un 60 por ciento, contribuyeron al crecimiento económico del país. Los ciudadanos estadounidenses compran dos tercios de los diamantes del mercado global.

Desde el año 2000, se ha multiplicado por 20 el volumen de exportación legal declarada. Esto, junto con la creación, a instancias de las Naciones Unidas, de un fondo con los impuestos que gravan la exportación diamantífera, ha permitido al país crecer de manera progresiva. No obstante, a pesar de la legislación existente y de las promesas realizadas al respecto en todo el mundo, las compañías de diamantes siguen sin hacer todo lo necesario para evitar que las piedras se utilicen para comprar armas, alimentar conflictos y traer el caos a países en los que la pobreza ya es endémica. Algo que se visualiza muy bien en "Blooded Diamond", una película contra el negocio de los

[10] En 2003, Naciones Unidas aprobó *el Proceso de Kimberley* con el objetivo de impedir que las empresas vendan diamantes de conflicto, es decir, combatir el tráfico ilegal de diamantes. Otras materias primas como el coltán en la República Democrática del Congo también han sido objeto de comercializaciones ilegales con el objetivo de financiar conflictos armados. *La ley de EEUU de Comercio Limpio de Diamantes* sanciona que todos los diamantes que entren en EEUU lleven la certificación del proceso Kimberley.

diamantes. La cinta intentó reclamar la atención pública sobre el ilegal y poco ético comercio de diamantes.

Junto al existente comercio ilegal de diamantes, las violaciones a los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere al trabajo infantil, son la nota protagonista. Las estadísticas muestran que el trabajo forzado en Sierra Leona afecta al 71.6 por ciento de los menores de edades comprendidas entre los cinco y los 14 años. En las minas de diamantes trabajan cientos de niños, principalmente varones, en condiciones muy duras. A las niñas (entre cuatro y ocho años) es más fácil verlas trabajando en los mercados de las ciudades como Freetown. En las zonas rurales los menores son los encargados de acarrear con el agua (en grandes bidones) desde las fuentes, en ocasiones situadas a varios kilómetros, hasta las aldeas.

Esta situación en la que viven muchos niños contrasta con el aumento del desempleo juvenil. Otros potenciales factores para la desestabilización son la problemática situación económica y la corrupción[11]. Por otra parte no hay que olvidar que, en África en general

[11] La *Organización de Transparencia Internacional* realiza todos los años el *Índice de Percepción de la Corrupción* (IPC). Este índice clasifica a los países puntuándolos de 0 (percepción de alto nivel de corrupción) a 100 (percepción de muy bajos niveles de corrupción) para obtener la clasificación de los países en función de la percepción de corrupción del sector público. Los mejores puestos los ocupan Dinamarca y Nueva Zelanda, considerados los países más "limpios". "La última posición la ocuparon en el 2015, Afganistán, Corea del Norte y Somalia que, con 8 puntos, son percibidos como los países cuyo sector público es percibido con más corrupción". En 2015, Sierra Leona mantuvo la posición nº 119 de los 167 del ranking de corrupción gubernamental, es decir, sus habitantes creen que existe mucha corrupción en el sector público. Sierra Leona obtuvo 29 puntos en el *Índice de Percepción de la Corrupción* que publica la *Organización para la Transparencia Internacional*. Si observamos, comprobamos que en 2003, un año después de terminar la guerra, Sierra Leona ocupó la posición 113º del ranking de la corrupción y ahora está en la posición

y en Sierra Leona en particular, las mujeres viven en ocasiones humillaciones y abusos por parte de los hombres, impensable en Occidente. Un elemento que demuestra el grado de sumisión sexual de las mujeres es el fenómeno de la mutilación genital, que afecta a más de un millón de niñas en 30 países africanos. A finales de 2015, el ministro sierraleonés de asuntos sociales, género e infancia, Moijua Kaikai, señalaba que "Sierra Leona no puede prohibir la mutilación genital femenina (MGF) porque es parte de nuestra cultura". Y apelaba a que debía hacerse de forma responsable. Se estima que en Sierra Leona el 88 por ciento de las mujeres han sufrido MGF, ocupando así el séptimo lugar de la lista de países que aún mantienen esta práctica[12]. El 20 de diciembre de 2012 la Asamblea General de las Naciones Unidas prohibió la MGF. La Resolución fue adoptada por unanimidad de los 194 países miembros de la ONU[13]. Es decir, que muchos países que la votaron siguen "permitiéndola en su territorio". En 2015 dos países africanos, Gambia y Nigeria, prohibieron la mutilación genital. No fue el caso de Sierra Leona.

119º. Véase: http://www.datosmacro.com/estado/indice-percepcion-corrupcion/sierra-leona (Consultado el 21 de mayo de 2016).

[12] Véase el Informe*: Female genital mutilation/cuting: a statistical overview and exploration of the dynamics of change*. Publicado por UNICEF, 2013. Información. Autor Chema Caballero, misionero javeriano, que ha llevado a cabo programas de educación y recuperación de niños-soldado. En http://blogs.elpais.com/africa-no-es-un-pais/2015/12/sierra-leona-se-niega-a-prohibir-la-mutilacion-genital-femenina.html (Consultado el 21 de mayo de 2016).

[13] Véase la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/146 (Consultado el 22 de mayo de 2016).

4.- Tribunal especial para Sierra Leona: el juicio contra Charles Taylor

Como consecuencia de las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y a las Leyes de Sierra Leona, cometidas a partir del 30 de noviembre de 1996 en el territorio de dicho país, y en vista a la entonces prevaleciente situación de impunidad, fue establecido el *Tribunal Especial para Sierra Leona* (SCSL, por sus siglas en inglés *Special Court for Sierra Leona).* En efecto, alcanzada la paz, la ONU creó el *Tribunal Especial de Justicia* (para los crímenes de guerra) con el objetivo de facilitar la reconciliación del país. Su tarea esencial era llevar ante la justicia a los principales autores de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH) ocurridas en el país. Charles Taylor, ex presidente de Liberia, fue el principal acusado. No olvidemos que el autócrata liberano fue uno de los pilares básicos de la guerrilla de Sierra Leona *Frente Unido Revolucionario* (RUF), conocido por sus prácticas de mutilación de personal civil durante la guerra que se libró en el pequeño país africano[14]. Ayuda que también se mantuvo entre 1997 y 2000 cuando Fonday Sankoh pretendió arrebatar el poder a Ahmad Tejan Kabbah, el presidente sierraleonés democráticamente elegido. Además Charles Ghankay Taylor, Jefe de Estado y Presidente de Liberia entre 1997 y 2003 fue inculpado por el TESL por crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En diciembre de 2000, una investigación realizada por Naciones Unidas concluyó "que el Gobierno de Taylor estaba contribuyendo a prolongar la guerra civil sierraleonesa al brindar entrenamiento en suelo liberiano a los combatientes del RUF y al suministrarles armas a cambio

[14] Tanto Charles Taylor como el líder del RUF, Fonday Sankoh, eran camaradas a los que les unía una amistad forjada en los campos de entrenamientos libios "para subversivos de todo el continente". Biografía Charles Taylor, en http://www.cidob.org/biografias_lideres_politicos/africa/liberia/charles_taylor. Editado por Roberto Ortiz de Zárate. (Consultado el 15 de mayo de 2016).

de diamantes expoliados en las áreas que controlaba la guerrilla, diamantes que por tanto carecían de certificado de origen del Gobierno sierraleonés". El 7 de marzo de 2001 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobó una resolución por la que imponía a Liberia un embargo forzado de armas y un ultimátum de dos meses para que cortara todos sus vínculos con el RUF[15].

Por lo tanto, fue el Gobierno de Sierra Leona quien solicitó a la ONU la constitución de un Tribunal Especial, tribunal creado a través de la Resolución 1315 del Consejo de Seguridad (14 de agosto de 2000)[16]. Esta Resolución dio el mandato al Secretario General de Naciones Unidas, de negociar un acuerdo con el gobierno de Sierra Leona para la creación de una jurisdicción mixta para juzgar las atrocidades perpetradas en este país. Dos años después, en 2002, se firmó un acuerdo entre Sierra Leona y la ONU para el establecimiento del TESL. El Parlamento de Sierra Leona ratificó este acuerdo ese mismo año[17].

Tras dejar el poder en 2003, Taylor se exilió a Nigeria, donde fue detenido en marzo de 2006, y en junio de ese año fue enviado a La Haya para ser juzgado por el TESL[18].

[15]Ibídem.

[16]Véase el texto de la Resolución en http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4844fb432

[17]Biografía Charles Taylor, en http://www.cidob.org/biografias_lideres_politicos/africa/liberia/charles_taylor. Editado por Roberto Ortiz de Zárate. (Consultado el 15 de mayo de 2016).

[18] En 1989 Taylor había lanzado una rebelión en su país como líder del *Frente Patriótico Nacional de Liberia*. Ocupó la presidencia entre 1997 y 2003. En ese periodo también debilitó la seguridad en Guinea y Costa de Marfil.

Niños Soldado en el transcurso de la guerra civil de Sierra Leona. Foto año 2000

Se consideró oportuno transferir a Charles Taylor a La Haya después de que los liberianos y los sierraleoneses expresaran sus temores sobre una posible desestabilización de la región si su juicio se celebraba en África occidental. En efecto, aunque el Tribunal de Sierra Leona tenía su sede en la capital, Freetown, los procedimientos se trasladaron a La Haya por razones de seguridad. Las autoridades holandesas condicionaron el traslado a una resolución de Naciones Unidas que lo autorizase y a que, una vez dictada la sentencia, Taylor saliera del país. Petición concedida tras la decisión del gobierno británico de Tony Blair de permitir que el ex presidente liberiano cumpla en el Reino Unido la sentencia que le sea impuesta[19].

[19] Véase Afrol News, http://www.afrol.com

El juicio comenzó en abril de 2006 y Charles Taylor compareció ante el *Tribunal Especial para Sierra Leona*[20], ante el cual se declaró inocente de los 11 crímenes de guerra de que se le acusaba. El fiscal consideró que Taylor armó a la guerrilla sierra-leonesa del *Frente Revolucionario Unido*, responsable de decenas de miles de asesinatos y amputaciones a cambio de diamantes, y de reclutar a miles de niños-soldado. "Definitivamente no cometí y no pude haber cometido estos actos contra la hermana República de Sierra Leona", declaró.

Por lo tanto, el ex presidente Charles Taylor fue acusado de 11 cargos diferentes, cometidos entre los días 30 de noviembre de 1996 y 18 de enero de 2002, y que fueron:

[20]El Tribunal Especial –establecido conjuntamente por las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona- es un tribunal internacional y nacional, con jueces internacionales y sierraleoneses, y basado en el país donde se cometieron los crímenes. Distinto de este tribunal es el *Tribunal Internacional de Justicia* creado por iniciativa de la ONU el 17 de julio de 1998 mediante el *Estatuto de Roma*, que entró en vigor el 1 de julio de 2002. La también conocida como *Corte Penal Internacional* es el primer tribunal internacional de carácter permanente encargado de juzgar a los responsables de Crímenes contra la Humanidad, Genocidio y Crímenes de Guerra. La CPI, con sede en La Haya (Países Bajos), se financia principalmente a través de los Estados Miembros, pero también con aportaciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades. Fue la necesidad de contar con un organismo de estas características lo que llevó a su creación, pues con anterioridad se habían celebrado los juicios de Nurenberg y Tokio para juzgar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial; y en la década de 1990 del siglo XX se pusieron en marcha los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, pero todos ellos circunscritos a conflictos específicos.
La CPI es un tribunal estable y permanente, y constituye la primera jurisdicción internacional con vocación y aspiración de universalidad competente. Véase LIRONA DELGADO, I: /MARTÍN MARTÍNEZ, M.: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*. Barcelona, Ariel Derecho, S.A., 2001.

Cargo nº 1: Actos de terrorismo (crimen de guerra)[21].

Según el Artículo 8 del *Estatuto de Roma de 1998*, por Crímenes de Guerra se entiende lo siguiente:

"1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra":

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) El homicidio intencional;

ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

[21]Véase Documento "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" en http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf (Consultado el 23 de mayo de 2016)

v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;

vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;

vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal;

viii) La toma de rehenes;

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores,

tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

8 e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar

en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

Cargo nº 2: Asesinato (crimen contra la humanidad)[22]

Según el Artículo 7 del Estatuto de Roma, por Crímenes de Lesa Humanidad se entiende lo siguiente:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

[22]Según figura en el Estatuto de Roma de 1998 en su artículo 7: Crímenes de lesa humanidad. En http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

Cargo nº 3: Atentado contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (crimen de guerra);

Cargo nº 4: Violación (crimen contra la humanidad);

Cargo nº 5: Esclavitud sexual (crimen contra la humanidad);

Cargo nº 6: Atentados

En agosto de 2010 se inició el juicio en el *Tribunal Especial para Sierra Leona* contra el ex presidente de Liberia, Charles Taylor, por crímenes contra la Humanidad en la Guerra civil en Sierra Leona, en el cual fue declarado culpable en abril de 2012. En efecto, dicho tribunal condenó a Charles Taylor por ayudar a los rebeldes de Sierra Leona a cambio de diamantes, con lo que se hizo cómplice de los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos durante la guerra civil que asoló ese país africano entre 1991 y 2002. Esta sentencia convertía a Charles Taylor en el primer ex jefe de Estado condenado por un tribunal

internacional. Los jueces fueron claros al "establecer que el apoyo logístico, moral y el suministro de armas y municiones desde Liberia le hacen culpable de los once cargos de los que le acusaba la Fiscalía, entre ellos asesinatos, violaciones de niñas y mujeres y reclutamiento de niños, que frecuentemente también eran tratados como esclavos para extraer diamantes"[23]. La entrega, que se hacía a veces directamente y a través de intermediarios en otras ocasiones, era "continua por parte del RUF al acusado, a cambio de armas y municiones", declaró el juez que presidió el caso, Richard Lussick.

La declaración de la modelo Naomi Cambpell, en agosto de 2010, "a quien Taylor habría regalado algunos supuestos "diamantes de sangre", fue determinante en la estrategia de la Fiscalía para probar este hecho. "El Tribunal tardó casi cinco años en pronunciar este fallo, en parte debido a los continuos obstáculos provocados siempre por la defensa de Taylor para intentar retrasar el juicio"[24].

Finalmente fue condenado a 50 años de prisión. En 2013 su pena fue confirmada y los jueces aclararon que la pena cuenta a partir de la fecha en la que fue detenido para afrontar su juicio, en marzo de 2006.

El Secretario General de la ONU acogió con beneplácito la decisión de la Sala de Apelaciones y afirmó que se trata de un día histórico para el pueblo de Sierra Leona y de toda la región. Actualmente Charles Taylor se encuentra cumpliendo condena en Reino Unido.

[23]Véase en http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11658541 (Consultado el 17 de mayo de 2016).
[24]Véase en http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11658541 (Consultado el 17 de mayo de 2016).

El proceso judicial contra Taylor, que marca una victoria en la lucha contra la impunidad, le convirtió, como ya hemos señalado, en el primer jefe de Estado procesado, juzgado y condenado por un Tribunal Penal Internacional[25].

Lo más importante de la celebración de este juicio es que se prevé que esta advertencia contra la impunidad tenga repercusiones en toda la sociedad occidental y disminuyan las violaciones masivas de derechos humanos cometidas al amparo de las guerras. Pero aunque la trascendencia internacional del juicio es evidente, su significado en Sierra Leona no lo es tanto. "La gente perdió confianza en el Tribunal Especial, porque "los acusados no están", no obstante la comparecencia de Taylor abrió "una esperanza de restaurar la dignidad y el respeto", señaló Edgard Jombla, coordinador nacional de la *Red de África Occidental para la Construcción de la Paz*. En el mismo sentido Alez Macavorey, superviviente de la guerra y que ahora trabaja con refugiados, declaró que "el tribunal no es una solución. No abordará los problemas que condujeron a la guerra". Y es verdad, "pero a nadie se le puede escapar que la celebración de este juicio es un instrumento clave para facilitar la reconciliación nacional, ya que sin justicia no hay paz" [26].

[25]FERNÁNDEZ TRESGUERRES, José A.: "Charles Ghankay Taylor. Primer Jefe de Estado condenado por un Tribunal Penal Internacional". Documento Marco 17/2012, Editado por el Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE) del Ministerio de Defensa, Madrid, 24 pps.

[26]Véase en http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11658541 (Consultado el 17 de mayo de 2016).

5.- Situación socio-política y económica de Sierra Leona: la lenta recuperación

Tras la guerra civil, la situación político-económica en Sierra Leona se ha ido estabilizando poco a poco, a pesar de los numerosos obstáculos.

En efecto, tras el cese del fuego se abrió una etapa de recuperación económica. Como ocurre en algunas ocasiones cuando los países emergen de la devastación de una guerra civil, el ingreso aumentó considerablemente. El apoyo internacional ayudó a restablecer muchos servicios básicos, y desde 1999 la tasa de matrícula en la escuela primaria ha aumentado en un 146 por ciento. Además, en los años posteriores a la guerra la actividad comercial creció y el país se convirtió en un destino relativamente seguro para el turismo. Sin embargo, la falta de infraestructuras que faciliten los desplazamientos entre las ciudades y la costa, ha sido uno de los *hándicaps* insuperables en los años siguientes y que ha limitado de forma considerable el crecimiento del turismo que se buscaba. Las carreteras siguen sin asfaltar en muchos tramos, y un viaje entre las ciudades de Bo y Freetown, la capital, (de unos cien kilómetros) en *jeep* puede durar varias horas. La situación se complica cuando uno se adentra por caminos de tierra rodeados de jungla de difícil acceso. Todavía es fácil ver como en los poblados y aldeas próximos o en la selva, la mayoría de los niños van semidesnudos.

Por otra parte, tras la guerra civil la democracia se ha ido recomponiendo en Sierra Leona. A principios de 2006, tres años después de la finalización oficial de la guerra, las tropas de Naciones Unidas encargadas de velar por la paz dejaron el país, transfiriendo la competencia en materia de seguridad a las fuerzas militares sierraleonesas. Por lo tanto, dicha operación de mantenimiento de la paz dio un respiro que resultó ser fundamental para que los programas de recuperación financiados por la *Asociación Internacional de Fomento* (AIF), el fondo del Banco Mundial para los países más pobres del mundo, consolidaran la paz y produjeran dividendos de paz tangibles para la población. En efecto, la AIF ha sido un participante fundamental de la alianza internacional que ha colaborado con Sierra Leona a medida que el país salía del conflicto y establecía las prioridades para su recuperación y rehabilitación. Dicha asistencia internacional fue clave para entregar a la población beneficios concretos que permitieran

consolidar la paz, y ayudó a preparar el terreno para la reconstrucción y la introducción de reformas en el sector público.

> "*Entre 2000 y 2005, la AIF financió proyectos de desarrollo, reformas de políticas y estudios analíticos por un total de US$329 millones. La reanudación de actividades del Banco tras el acuerdo de paz de 1999 se concentró en: 1) brindar apoyo para el retorno de las personas desplazadas y de los ex combatientes a sus comunidades, y ayudarles a reiniciar actividades económicas y sociales normales, y 2) brindar apoyo presupuestario de rápido desembolso, y colaborar en las reformas de las políticas y el fortalecimiento de la capacidad*"[27].

> "*La adecuada coordinación de los esfuerzos de los diversos donantes durante los años de conflicto resultó en una relación de colaboración coherente entre el gobierno y sus asociados en la tarea del desarrollo durante el período de posguerra. Un fondo fiduciario administrado por el Banco y establecido en 1997 por múltiples donantes para el programa de desarme, desmovilización y reinserción" contribuyó positivamente hacia una transición pacífica en Sierra Leona "al crear las condiciones básicas de seguridad necesarias para la reconstrucción y la recuperación económica*"[28].

[27]En http://siteresources.worldbank.org/EXTIDASPANISH/Resources/IDA-Sierra-Leone-es.pdf. Información fuente *World Bank*, 2007.
[28]Ibídem.

Dotado de US$31,5 millones, dicho fondo financió el desarme y la desmovilización de 72.000 ex combatientes. Además, 56.000 recibieron capacitación para su reinserción en las comunidades locales, entre los que se contaban 1.800 niños soldados[29]. Dicho banco también apoyó las iniciativas del gobierno orientadas a rehabilitar las escuelas comunitarias, dispensarios de salud, mercados y caminos. Los agricultores recibieron semillas y herramientas agrícolas. En el marco de ese programa también se proporcionaron equipos más modernos, suministros y capacitación para los trabajadores de la salud de las zonas rurales. La AIF también ayudó al Ministerio de Salud a mejorar la eficiencia de su gestión.

Tras la creación de un comité nacional de acción social en 2003, los programas de recuperación financiados por la AIF se extendieron a zonas que anteriormente no se habían incluido debido a la guerra, y a otras comunidades especialmente vulnerables dentro de esas zonas[30]. En total, entre 1999 y 2005, la AIF financió cuatro créditos para rehabilitación y recuperación económica por un valor de US$135 millones, para ayudar al gobierno a reactivar la economía y mejorar la prestación de servicios. Estos créditos proporcionaron las divisas necesarias para realizar importaciones esenciales, como alimentos, productos derivados del petróleo y materias primas[31].

Por otra parte, el Banco Mundial también respaldó los esfuerzos del gobierno dirigidos a combatir la corrupción, reforzar la gestión y mejorar los servicios. En este sentido, la AIF facilitó la creación de comités de fiscalización presupuestaria para ayudar a establecer prioridades, hacer un seguimiento de la implementación y preparar informes periódicos. Por su parte, el Parlamento aprobó en 2004 una

[29]Ibídem.
[30]Febrero de 2007 http://www.bancomundial.org/aif (Consultado el 23 de mayo de 2016).
[31]Ibídem

ley de adquisiciones públicas y desde entonces existen controles de seguridad y registros de auditoría, y se preparan y publican en los diarios oficiales informes trimestrales sobre el presupuesto. También desde 2001 se han realizado encuestas de seguimiento del gasto público, cuyos resultados se dan a conocer públicamente.

En respuesta a la decisión del gobierno de emprender un proceso de descentralización, la AIF preparó un proyecto de reforma institucional y fortalecimiento de la capacidad, además de contribuir a la financiación de dicho programa. Finalmente, el gobierno restableció las instituciones de gobierno local, que habían sido desmanteladas 30 años antes, al convocar elecciones de concejos municipales y de distrito en 2004.

Sin embargo, todos estos programas dirigidos a mejorar las instituciones y el fortalecimiento del Estado no han concluido. De hecho, Sierra Leona todavía presenta "graves deficiencias en el suministro de servicios confiables de electricidad, agua y saneamiento". En 2002, tan solo el 8 por ciento de los caminos del país estaban pavimentados. En 2004, apenas el 5 por ciento de la población tenía acceso a electricidad (una de las tasas de cobertura más bajas de África al sur del Sahara). Actualmente todavía existen zonas rurales sin energía eléctrica. La falta de electricidad, agua e infraestructura de transporte también impide el buen funcionamiento del sector privado.

La presa de la central hidroeléctrica de Bumbuna, que estaba casi terminada, quedó abandonada durante la guerra. Para ayudar a Sierra Leona a terminar su construcción y comenzar a resolver al menos en parte las necesidades insatisfechas de suministro de electricidad, el Banco financió la reanudación de las obras de construcción[32]. No obstante, la central hidroeléctrica de Bumbuna no tiene capacidad suficiente para satisfacer las necesidades básicas de Freetown.[33].

[32]Febrero de 2007 http://www.bancomundial.org/aif
[33]Ibídem

Tras completarse pacíficamente dos ciclos de elecciones presidenciales y parlamentarias (en 1996 y 2002), Sierra Leona entró en 2007 en la tercera ronda de elecciones. En las elecciones presidenciales celebradas obtuvo la victoria en la segunda vuelta el líder del entonces partido opositor *All People's Congress* (APC), Ernest Bai Koroma.

Los comicios de 2007 fueron denunciados como fraudulentos por el partido perdedor, SLPP, alegando que la Presidenta de la Comisión Nacional Electoral (NEC) invalidó el resultado de casi 450 colegios electorales donde el 100 por cien de los votos eran para el SLPP[34]. Lo más llamativo de estas últimas elecciones es que se presentó el RUF, el antiguo grupo rebelde que inició la guerra, responsable de miles de amputaciones y muertes, además del secuestro de cientos de menores para ser utilizados como soldados o esclavas sexuales, reconvertido en partido político (RUFP) bajo el liderazgo de Eldred Collins[35].

Fueron las primeras elecciones sin supervisión de la ONU en Sierra Leona. Si bien los objetivos del Gobierno de Bai Koroma fueron: consolidar definitivamente la paz en el país; promover el desarrollo efectivo del país; crear empleos y acabar con la corrupción (casi endémica) del país; a finales de 2011 poco se había avanzado.

[34] CABALLERO, Chema en *El País*, en http://blogs.elpais.com/africa-no-es-un-pais/2012/11/que-pasa-en-sierra-leona.html (Consultado el 17 de mayo de 2016).

[35] Señala Chema Caballero en su artículo que "algunos analistas acusan al actual presidente de financiar el RUFP para mantener vivo el fantasma de la guerra y poder acusar a alguien de los males del país". En CABALLERO, Chema en *El País*, en http://blogs.elpais.com/africa-no-es-un-pais/2012/11/que-pasa-en-sierra-leona.html (Consultado el 17 de mayo de 2016).

En noviembre de 2012, el Presidente Koroma fue reelegido tras lograr el 58,7 por ciento de los votos en la primera vuelta, más de veinte puntos por encima de su rival principal, Julius Maada Bio (SLPP)[36].

En opinión de Chema Caballero, "a parte del posible fraude electoral que pesa siempre sobre las elecciones de Sierra Leona, el principal problema al que el sistema democrático se enfrenta en este país es que en él no se vota de acuerdo a ideologías o programas políticos, sino según la identidad tribal. Cada grupo étnico se identifica con uno de los grandes partidos políticos y éstos mantienen la fidelidad de sus votantes gracias a sus redes clientelares, las cuales, a su vez, fomentan la corrupción ya que para mantenerlas se necesitan grandes sumas de dinero y muchos favores". Y añade: "Como en tantos otros lugares de África, el ganador de las elecciones se lleva todo, es decir, controla de forma absoluta todos los recursos del Estado. Los cuales se utilizan para favorecer con ayudas y proyectos a las regiones y tribus que le apoyan y condenar a la privación y exclusión a las regiones perdedoras"[37].

La situación se complicó con la virulenta epidemia del ébola, a finales de 2013. Sierra Leona fue uno de los países más afectados por la epidemia desatada en África del oeste. Con datos de marzo de 2016,

[36]Información Oficina de Información Diplomática. http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/SIERRALEONA_FICHA%20PAIS.pdf (Consultado el 16 de mayo de 2016).

[37]"El SLPP cuenta con los mendes (grupo mayoritario del país) y otras tribus del sureste como los konos, kissies, vais, mientras que el APC es más fuerte entre los temmes, limbas, kurankos, lokos o mandingos del norte." En CABALLERO, Chema en *El País*, en http://blogs.elpais.com/africa-no-es-un-pais/2012/11/que-pasa-en-sierra-leona.html (Consultado el 17 de mayo de 2016)

se trata del país con mayor número de contagios de esta enfermedad (14.124), mientras que los muertos ascienden a 3.956 [38].

Los tres países más afectados por el ébola fueron Guinea, Liberia y Sierra Leona. La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) declaró a Sierra Leona libre de ébola en noviembre de 2015. "La OMS se une al Gobierno de Sierra Leona para anunciar el final del reciente episodio de ébola en el país[39]".

Por otra parte, la paz interna y la ayuda exterior son también factores esenciales y decisivos para el desarrollo del país. Ese desarrollo se vio frenado a partir de comienzos de 2014 a causa del estallido de la epidemia de ébola. El cierre de fronteras y por tanto del comercio entre países, la reducción de la actividad empresarial (con los consiguientes despidos), la caída del turismo, el freno a las inversiones por parte de compañías extranjeras, etc. provocaron una importante reducción del PIB sierraleonés. En 2016 las previsiones apuntan a una recuperación paulatina de la situación económica[40].

7.- Sierra Leona y sus relaciones exteriores

En cuanto a las relaciones exteriores de Sierra Leona hay que destacar que éstas se han normalizado durante los últimos años. El pequeño país africano es miembro de la CEDEAO, organización que desempeñó un papel fundamental en su estabilización. A su vez, desde

[38]Información Oficina de Información Diplomática. http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/SIERRALEONA_FICHA%20PAIS.pdf (Consultado el 16 de mayo de 2016).

[39]Véase http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/29/actualidad/1451373297_004514.html (Consultado el 17 de mayo de 2016).

[40]Información Oficina de Información Diplomática. http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/SIERRALEONA_FICHA%20PAIS.pdf (Consultado el 16 de mayo de 2016).

1973 Sierra Leona forma parte de la Unión del Río Mano junto a Liberia, Guinea y Costa de Marfil. Si bien ha tenido una proyección reducida, "es un foro importante para garantizar la estabilidad subregional. Sus relaciones con la vecina República de Guinea son cordiales. Los Presidentes están comprometidos con el impulso a la cooperación entre sus países, a mantener la seguridad y estabilidad en la región y a resolver las disputas por la vía diplomática, en el marco esencialmente de la Unión del Río Manu y la CEDEAO"[41].

Entre esas disputas cabe destacar la situación en Yenga, localidad sierraleonesa a la que Guinea envió tropas en 2001 para apoyar al ejército de Sierra Leona frente a los rebeldes del RUF. Tras el fin de la guerra civil, las tropas guineanas se mantuvieron en la localidad. En 2002 un acuerdo entre los dos países estableció que Yenga sería devuelta a Sierra Leona, acuerdo que se cumplió tres años después. Finalmente, en julio de 2012 ambos Gobiernos firmaron una Declaración Conjunta para la desmilitarización de Yenga.

En relación con la vecina Liberia, la estabilización de las relaciones entre los dos países y la actual etapa de colaboración bilateral es fruto, entre otras razones, de la detención de Charles Taylor, su extradición a La Haya y su posterior condena por el *Tribunal Especial para Sierra Leona*, así como del progresivo retorno de los miles de refugiados liberianos a su país y las posiciones concertadas en el seno de la UA, la CEDEAO y la Unión del Río Manu.

Desde que finalizó el conflicto, los principales socios de desarrollo de Sierra Leona han sido el Banco Mundial, el Banco Africano de Desarrollo, la UE, el Reino Unido, los EEUU, Nigeria, China, Irlanda, Alemania, Japón, entre otros. Todos ellos han desarrollado, como ya hemos explicado, programas de apoyo. En cuanto a ese importante actor internacional que es la Unión Europea, hay que destacar que esta organización internacional es "el principal

[41]Ibídem.

socio de desarrollo de Sierra Leona". La base de la cooperación es el *Acuerdo de Cotonú* revisado. "En el marco del X Fondo Europea de Desarrollo (en adelante FED) la Unión Europea destinó a Sierra Leona fondos por valor de 266 millones de euros. En el XI FED (2014-2020) esa cantidad ascendió a 376 millones de euros. Las áreas prioritarias son: gobernabilidad, apoyo institucional e infraestructuras esenciales. Se han señalado además como prioridades transversales: derechos humanos, derechos de niños, jóvenes y pueblos indígenas, igualdad de género, sostenibilidad medioambiental, personas con discapacidad, lucha contra el VIH/Sida"[42].

A ello se suma el Acuerdo de Partenariado Económico (APE), entre UE y CEDEAO, firmado en la cumbre ordinaria de la CEDEAO celebrada el 10 de julio de 2014. En cuanto a España, cabe destacar que Sierra Leona no ha sido tradicionalmente país de cooperación, ni figura en el Plan Director 2013-2016 que, sin embargo, considera la región de África Occidental como prioritaria. Por lo tanto, las principales líneas de actuación de la cooperación española en Sierra Leona se enmarcan en el ámbito multilateral, en general, y en el ámbito de la CEDEAO, en particular. En efecto, en estos momentos la cooperación española en Sierra Leona se articula fundamentalmente a través del Fondo España-CEDEAO y, en el marco de la UE a través del FED. Entre las iniciativas financiadas a través de la CEDEAO cabe destacar:

• "Fondo España-CEDEAO sobre Migración y Desarrollo: para un proyecto de fortalecimiento institucional formulado por la Comisión Nacional para la Acción Social.

• Fondo para las Energías Renovables (EREF) del Centro de Energías Renovables y Eficiencia Energética de la CEDEAO (ECREEE). Además España ha destinado fondos de ayuda humanitaria

[42]Información Oficina de Información Diplomática. http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/SIERRALEONA_FICHA%20PAIS.pdf (Consultado el 16 de mayo de 2016).

a luchar contra la epidemia de ébola en este país, así como un proyecto del PMA de reforzamiento de las actividades que protejan a la población afectada por el ébola en situación de inseguridad alimentaria, al que la AECID ha contribuido"[43].

8.- Retos y desafíos a los que se enfrenta Sierra Leona

En el momento actual, si bien es cierto que Sierra Leona ya ha logrado salir de los principales baches que tuvo que afrontar durante la posguerra, el país continúa enfrentando grandes desafíos. La alta tasa de desempleo, el analfabetismo generalizado y algunos de los peores indicadores de salud del mundo contribuyen a una tasa de pobreza del 70 por ciento, con una esperanza de vida que ronda los 55 años.

Sierra Leona, un país dotado de abundantes recursos agrícolas y mineros, tiene una economía de apenas unos US$1.000 millones. Si no hubiera experimentado un prolongado período de deterioro político que derivó en un conflicto de 11 años, cabría esperar que la economía fuera unas tres o cuatro veces mayor. Sierra Leona sigue requiriendo cuantiosas inversiones para continuar la recuperación de posguerra.

Los retos que enfrenta Sierra Leona siguen siendo inmensos, y las prioridades de desarrollo son evidentes. "Aumentar el crecimiento económico y ofrecer más oportunidades de empleo. El país necesita un sector privado que funcione de manera más adecuada para poder generar más y mejores empleos, especialmente para la juventud. A tales efectos, Sierra Leona debe aplicar una estrategia de desarrollo que permita mejorar la prestación de servicios, solucionar las deficiencias de infraestructura y crear condiciones propicias desde el punto de vista jurídico y regulatorio"[44].

[43]Ibídem.
[44]Ibídem.

Otro elemento clave sería mejorar la capacidad de la Administración Pública. En efecto, la mayoría de los funcionarios públicos ocupa puestos de bajo nivel, por ejemplo, oficinistas o mensajeros. Existe gran escasez de profesionales preparados.

Otro aspecto que precisa una solución es la reducción de las tasas de mortalidad materna, infantil y de niños menores de cinco años. En este país por cada 1.000 nacidos vivos, 286 mueren antes de cumplir los cinco años de edad. Para elevar los indicadores de salud hasta que alcancen niveles aceptables, el Estado debe "invertir en agua y saneamiento, y mejorar los sistemas de prestación de servicios y la infraestructura, en particular, los caminos". A esto se une, la necesidad de satisfacer las necesidades de agua potable. Prácticamente el 50 por ciento de la población urbana y menos del 15 por ciento de los habitantes de zonas rurales tiene acceso a agua limpia, razón por la cual el país registra una de las tasas de mortalidad infantil más altas del mundo. La red de agua potable de Freetown no se ha extendido lo suficiente desde antes del conflicto, cuando el tamaño de la ciudad era tan sólo un tercio del que tiene en la actualidad.

9.- A modo de conclusión

Hoy Sierra Leona, al igual que una parte importante de los países subsaharianos, necesita el máximo de sabiduría y voluntad política. Aunque África genera el 30 por ciento de la producción mundial de mineral, el 95 por ciento de diamantes, el 75 por ciento de oro, el 67 por ciento de cobalto, el 35 por ciento de potencia hidroeléctrica mundial y el 11 por ciento de petróleo, su riqueza –como hemos visto en el caso de Sierra Leona- rara vez la disfrutan sus habitantes. De hecho la fragilidad y pobreza por la que atraviesan gran parte de los países del continente negro siguen en niveles muy altos. ¿Cómo se ha llegado a esta situación? Como suele ocurrir en estos casos hay que distinguir entre causas exógenas y endógenas. Entre las primeras, destacar las injerencias externas: El colonialismo siempre benefició por encima de

todo a la metrópoli. Por otra parte, las multinacionales han extraído y extraen las materias primas africanas, siempre con el beneplácito de sus dirigentes, para incrementar sobre todo el bienestar de Occidente, contribuyendo a engordar la fractura Norte/Sur. Con respecto a las causas endógenas, que son a día de hoy las mayores responsables de la situación de sangrado continuo que atraviesa el continente, destacan las guerras civiles, el laxismo en la gestión del bien público, la corrupción ejercida por sus dirigentes, y el odio entre etnias, clanes y religiones.

La solución para los múltiples problemas por los que atraviesa África también precisa de medidas endógenas y exógenas. En ese sentido, aunque los programas estructurales apadrinados por organismos como el FMI (Fondo Monetario Internacional) o el Banco Mundial y las ayudas de las ONG deben continuar, es fundamental cambiar el concepto de ayuda al desarrollo que ha prevalecido hasta ahora. Para ello es preciso que Occidente deje de mirar a África como abastecedora de materias primas baratas y fomente las inversiones sin trampas, capaces de dinamizar la economía africana.

Por su parte, la Unión Europea a través de su Agencia Humanitaria (ECHO), EEUU y Gran Bretaña, principales donantes de ayuda humanitaria y desarrollo para Sierra Leona, deben reforzar los programas de ayuda humanitaria de todo tipo (desde alimenticia hasta de rehabilitación para los niños-soldado); ofreciendo asistencia militar; y ayudando en la gestión de los recursos.

Por lo tanto, todavía es largo el camino que hay que recorrer para conseguir la estabilidad y el bienestar que precisan los sierraleoneses. Como señala Chema Caballero, a pesar de las grandes inversiones hechas por Naciones Unidas y otros donantes para progresar en materia de gobernanza, "el clientelismo sigue dominando el día a día de Sierra Leona y los patrones para enriquecerse y mantener sus redes de control". "Mientras, el 70% de los jóvenes del país, según cifras del *Banco Mundial*, están desempleados, la educación sigue siendo un privilegio al que muy pocos pueden acceder y la sanidad un lujo. Estos

problemas contribuyeron enormemente a crear el ambiente que propició el inicio de la guerra en 1991".

En efecto, aunque Sierra Leona está viviendo un momento de bonanza económica, ésta no llega a la mayoría de los ciudadanos. Además, el país ha fallado en el intento de modernizar sus estructuras. Las elecciones de 2012 solamente supusieron "una continuación o un cambio de personas, pero el voto étnico, la corrupción, la violencia, la pobreza, el clientelismo….seguirán dominando la vida política y social del país[45].

[45]CABALLERO, Chema en *El País*, en http://blogs.elpais.com/africa-no-es-un-pais/2012/11/que-pasa-en-sierra-leona.html (Consultado el 17 de mayo de 2016)

PERVIVENCIA DE LAS JURISDICCIONES ESPECIALES EN MARRUECOS: LA *MUDAWWANA* Y SUS EFECTOS DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO[1]

Rocío Velasco de Castro[2]
Universidad de Extremadura

El texto aborda la evolución del conocido como Código de Familia marroquí o *Mudawwana*[3] desde su implantación, en 1958, hasta la actualidad. La aplicación de este código, de base religiosa, ha contribuido a la perpetuación de las jurisdicciones especiales, y con ello a la pervivencia de las legislaciones tradicionales cuya impronta en los códigos civil y penal aún son objeto de polémica frente a lo estipulado en la carta constitucional, especialmente en lo referente a los derechos y libertades de las mujeres.

[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

[3] Dado que el texto está dirigido a un lector no versado en lengua árabe, se ha prescindido del uso de la transcripción para los términos citados en el texto. En el caso de las referencias bibliográficas, se sigue el modelo de la revista *al-Andalus*.

El contexto histórico, político y social en el que se ha desarrollado el marco jurídico marroquí en general y la *Mudawwana* en particular presenta unas características diferenciales respecto a otros países de la región y explicaría en buena medida la preeminencia de la legislación de inspiración religiosa sobre aquellas de corte occidental adoptadas por el Reino alauí. Por este motivo, y para comprender el entorno en el que se generan y evolucionan las distintas legislaciones, el recorrido histórico y el trasfondo político-social adquieren protagonismo y son tratados con más o menos profusión en el texto.

En todo este proceso, que discurre parejo a las reformas constitucionales y a las protestas que exigen la adopción de una serie de medidas tendentes a una mayor democratización del país, se analizan las disposiciones de la *Mudawwana* de 1958, el alcance de una primera y tímida reforma del texto, acaecida en 1993, y finalmente los profundos aunque limitados cambios introducidos en 2004, fecha de la última modificación del texto. Asimismo, se subrayan las contradicciones existentes con lo estipulado en la constitución, la injerencia que ejerce en ella y en el código penal a través de algunos casos concretos y se establecen una serie de conclusiones basadas en los resultados obtenidos tras doce años de aplicación de dicho código con los efectos de la primavera árabe, la adopción de un nuevo texto constitucional en 2011 y la reforma del código penal en 2015 como telones de fondo.

1. Las jurisdicciones especiales en el Marruecos independiente: la *Mudawwana*

Con la abolición del Tratado de Fez (2 de marzo de 1956), la potestad otorgada por Francia a España en su zona de influencia quedaba sin efecto. El gobierno de Franco, empeñado en visibilizar una igualdad respecto a Francia que nunca tuvo en Marruecos, no aceptó oficialmente esta situación hasta que pudo escenificar un acuerdo con el sultán marroquí (7 de abril de 1956) al estilo del rubricado en París.

A partir de ese momento, España se desentendió de los asuntos marroquíes pese a que aún quedaban pendientes cuestiones capitales, lo cual desembocó en un traumático proceso de descolonización[4] que envenenó las relaciones bilaterales durante varias décadas[5]. Por el c ontrario, Francia supo encauzar unas relaciones sustentadas en la herencia dejada por la administración colonial. En consecuencia, y acorde con las prácticas acometidas en otros órdenes, en el ámbito jurídico lo que prevaleció fue la impronta colonial francesa[6].

Los responsables políticos franceses mantuvieron en época colonial y promovieron en el período poscolonial la yuxtaposición existente entre las distintas jurisdicciones, según la cual la justicia islámica tradicional, de base religiosa, mantenía su competencia en los asuntos relacionados con el estatuto personal, mientras una justicia majzeniana modernizada atendía las causas civiles, penales y mercantiles. También subsistió la estructura majzeniana de legitimación de autoridad, en virtud de la cual el soberano ostentaba la máxima autoridad política y religiosa del Marruecos independiente debido a que su calidad de Comendador de los Creyentes (*Amir al-Mu'minin*) le legitimaba para detentar el poder político.

Es en este contexto cuando comenzó a fraguarse el código de familia marroquí. También llamado Código de Estatuto Personal o *Mudawwana*, fue elaborado entre 1957 y 1958 por una comisión compuesta exclusivamente por ulemas y juristas, todos ellos hombres y en su mayoría de ideología conservadora. El texto se componía de 297

[4] YBARRA ENRÍQUEZ DE LA ORDEN, C., *España y la descolonización del Magreb: rivalidad hispano-francesa en Marruecos, 1951-1961*. Madrid, 1998, pp. 263 y ss.

[5] Véase el estudio de HERNANDO DE LARRAMENDI, M., *La política exterior de Marruecos*, Madrid, 1997.

[6] Para más información, VELASCO DE CASTRO, R., "Aproximación al modelo jurídico marroquí en época colonial: legitimación de la autoridad y jurisdicciones especiales", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., coord.), *Estudios sobre jurisdicciones especiales*, Valladolid, 2015, pp. 365-370.

artículos distribuidos en seis libros, cuyos originales fueron apareciendo por partes en sucesivos dahíres o decretos: El matrimonio y su disolución (libros I y II, 22 de noviembre de 1957); El nacimiento y sus efectos (libro III, 18 de diciembre); La capacidad y la representación legal (libro IV, 25 de enero de 1958); El testamento (libro V, 20 de febrero); y La sucesión (libro VI, 3 de marzo)[7].

El hecho de que se emitiera por partes llevó a que en cada entrega se repitiera el artículo que a modo de preámbulo establecía que el código se basaba en la escuela jurídica malikí. Esta reiterada mención a la doctrina clásica reflejaba la pervivencia de los cánones en función de los cuales se había impartido la justicia cheránica en época colonial y su continuidad hasta la *Mudawwana*[8]. Por lo tanto, el modelo jurídico de familia que se desprendía del estatuto personal promulgado tenía por objeto la salvaguarda del patrimonio islámico y la herencia de siglos pasados dentro de una línea tradicionalista y conservadora. En virtud de la más estricta ortodoxia malikí, todas y cada una de las disposiciones situaban a la mujer en una condición inferior y de sometimiento a los dictados del hombre (marido, padre, hermano, hijo, etc.), su espacio se reducía al de la esfera privada y su única función, aparte de la reproductora, era la de criar, formar y educar a los hijos en estos mismos valores tradicionales, perpetuando así el ostracismo del rol femenino en la nueva sociedad marroquí.

A priori, puede resultar una paradoja, ya que algunos de los políticos e intelectuales reformistas que durante la lucha por la independencia habían abogado por la participación activa de la mujer en la política y la sociedad del nuevo Marruecos, caso del líder nacionalista Alal el Fassi, tomaron parte activa en la elaboración del

[7] Disponible en castellano en RUIZ DE ALMODÓVAR, C., "El código marroquí de estatuto personal", en *El Magreb: coordenadas socio-culturales*. Granada, 1995, pp. 413-485.

[8] FERIA GARCÍA, M., "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", p. 160.

citado estatuto. Con ello, contradecían lo defendido apenas un año antes[9] y cercenaban los derechos y libertades de las antaño compañeras nacionalistas, algunas de las cuales incluso habían combatido junto a sus coetáneos masculinos en el Ejército de Liberación Nacional[10]. Una circunstancia esta última impensable de haberse aplicado la *Mudawwana*.

Como señala Ana Torres en su análisis sobre la situación del Magreb en los primeros años de independencia, se trataba de una estrategia adoptada por los responsables políticos en virtud de la cual podían promover o impedir el cambio social[11]. Teniendo en cuenta la convulsa situación del Marruecos poscolonial, con el levantamiento del Rif y la pugna por el poder entre la Corona y los partidos políticos, el conservadurismo de la *Mudawwana* y su aprobación antes incluso que cualquier texto constitucional, evidenciaban la voluntad de evitar mayores conflictos sociales para centrarse en consolidar posiciones al frente de los destinos del país. Para ello, la mejor herramienta era promover un inmovilismo basado en los preceptos islámicos.

Dicho contexto explicaría que la primera constitución no fuera promulgada hasta 1962, lo cual constituía ya de por sí una cierta anomalía en el funcionamiento jurídico e institucional de una nación cuyos ciudadanos estuvieron seis años sin el reconocimiento de unos derechos y libertades más allá de los preceptos establecidos por la ley islámica en el ámbito familiar a través de la *Mudawwana*. Esta situación

[9] GÓMEZ CAMARERO, C., "Algunas cuestiones en torno a la reforma de la Mudawwana", en *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, nº 45, 1996, pp. 57-58.

[10] Véanse como ejemplo los ocho testimonios recogidos por BAKER, A., *Voices of Resistance. Oral Histories of Moroccan Women*, New York, 1998, pp. 161-268.

[11] TORRES GARCÍA, A., "El derecho de familia en Argelia y Marruecos en época poscolonial: evolución de una herramienta de control socio-político", en FERNANDEZ RODRÍGUEZ, M. (coord.), *Estudios sobre jurisdicciones especiales*, Valladolid, 2015, p. 378.

se vio perpetuada en el mismo texto constitucional al reconocer el Islam no solo como religión oficial del Estado, sino como parte consustancial del mismo (art. 6). En consecuencia, las disposiciones de la *Mudawwana*, claramente discriminatorias, prevalecieron sobre el cumplimiento de las convenciones internacionales y del principio de igualdad ante la ley recogidos en la Constitución.

El texto reconocía una serie de libertades y derechos fundamentales del ciudadano: libre circulación, culto, reunión, opinión y expresión, afiliación y asociación política y sindical (art. 9), así como el principio de igualdad (arts. 5, 8, 9, 12 y 13) aplicable a todos los marroquíes, sin hacer distinción de sexos. El incumplimiento de esta disposición fue una constante no solo en el ámbito del derecho de familia, también en la legislación laboral, en la que la discriminación fue denunciada sin éxito por la Unión Progresista de Mujeres Marroquíes[12].

La omisión de los principios establecidos en la constitución se sumó a la hegemonía del código de estatuto personal. Este último perpetuó la división tradicional de la familia y de la sociedad en función del sexo. Una situación que se mantuvo cuarenta y seis años, hasta la reforma de 2004, a pesar de los tímidos avances introducidos en 1993. La pervivencia del Código resultó doblemente perjudicial para la mujer, en tanto que musulmana y ciudadana marroquí. En primer lugar, porque las disposiciones dimanaban de la interpretación de la tradición islámica, y por tanto les conferían una sacralidad que se traducía en inmutabilidad y en hegemonía sobre el resto de legislaciones, incluido el corpus que conformaba la carta constitucional. Y en segundo término, porque el reconocimiento del Islam como elemento constitutivo del Estado en los sucesivos textos constitucionales hasta el de 2011 (1962, 1970, 1972, 1992 y 1996) implicaba la superioridad de las leyes de inspiración religiosa sobre todas las demás.

[12] AIXELÀ, Y., *Mujeres en Marruecos: un análisis desde el parentesco y el género*, Barcelona, 2000, p. 207.

Las consecuencias de esta situación se tradujeron en que la influencia del factor religioso en la configuración y evolución de la sociedad y en el funcionamiento de determinadas instituciones políticas del Marruecos independiente se reforzó y consolidó durante décadas, y con ello la elite del país, en su inmensa mayoría compuesta por políticos, empresarios y hombres de religión, que se beneficiaron de dicha preeminencia. Una situación que tampoco favorecía la evolución hacia posiciones más igualitarias ni desde el punto de vista económico-social de la ciudadanía en general ni desde una perspectiva de género.

Por lo tanto, y salvo raras excepciones, la mujer se vio sometida a la imposición de un sistema patriarcal en el que, en función de su sexo, era considerada una eterna menor de edad pese a que la Constitución establecía (y con ello debía garantizar) un estatus de igualdad jurídica de todos sus ciudadanos. La prevalencia de la legislación basada en la tradición religiosa y la asunción del Islam como religión del Estado llevaron a que el orden de prelación desembocara en una serie de disfunciones en el cumplimiento de los derechos y deberes de la ciudadanía, entendida a menudo en términos de creyentes frente a su guía espiritual (el monarca) o de súbditos frente al soberano (el monarca).

De hecho, la constitución de 1962 nació en un marco de crecientes disputas internas entre Hassan II y algunos partidos y fuerzas políticas que pretendían instaurar desde una república hasta una monarquía constitucional y parlamentaria en la que el Rey viera limitadas sus atribuciones y no ejerciera un control efectivo sobre los destinos del país. Es en este escenario en el que hay que situar el primer texto constitucional, cuyas disposiciones coadyuvaron de manera decisiva a sentar las bases del actual Estado y de su funcionamiento en muchos aspectos, incluidas las amplísimas atribuciones reales[13] que

[13] FOUGÈRE, L., "La Constitution marocaine du 7 décembre 1962", en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, nº 1, 1962, p. 155.

maquilladas mediante una serie de mecanismos aparentemente más democráticos, continúan vigentes en la actualidad.

En primer lugar, tanto los partidos políticos como la sociedad civil fueron excluidos por el monarca del grupo de trabajo designado para la elaboración del texto. De forma que la constitución fue "otorgada" por el Rey a los ciudadanos, cuya única competencia en el proceso residía en aprobarla mediante referéndum[14]. Más de medio siglo después, esta práctica continúa vigente con algunos matices, como se verá al abordar la constitución de 2011. Asimismo, bajo el lema nacional "Dios, Patria, Rey" (art. 7) se estructuraba el funcionamiento efectivo de un sistema que reposaba de facto en la actuación del monarca bajo un sistema parlamentario que podíamos definir como dual al contar, además de con un parlamentarismo bicameral, con un ejecutivo bicéfalo, en el que el monarca reina y gobierna desde su doble condición: política, como garante del Estado y religiosa, al erigirse en Comendador de los Creyentes (art. 19).

Desde una perspectiva jurídica, se confirió al soberano, persona inviolable y sagrada (art. 23), una serie de prerrogativas legislativas muy amplias, tales como nombrar y destituir al Primer Ministro, a los miembros del Gobierno y a los altos cargos civiles y militares del Estado (art. 24); presidir el Consejo de Ministros (art. 25); promulgar leyes; disolver las Cámaras del Parlamento (arts. 26 y 27); proclamar el estado de excepción (art. 35); hacer uso del derecho de gracia (art. 34), etc. En suma, el Rey ejercía el control del gobierno, y con ello el del país. De forma que el lema "Dios, Patria, Rey" quedaría prácticamente reducido al monarca en virtud de sus amplias prerrogativas político-religiosas. En consecuencia, la capacidad de actuación de la clase política y de la ciudadanía a la que representaba se vio considerablemente limitada.

[14] CHEKRAD, M., "La posición de la Corona en la Constitución y su papel en el sistema político marroquí", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 57, 2006, p. 88.

Este marco jurídico reflejaba la tensión social existente al tratar de conciliar la preservación de la tradición con la modernización y el aperturismo[15]. Como señala Mustafa Sehimi en su análisis sobre el derecho marroquí actual, las instituciones revelan con esta particularidad la herencia colonial y la tradición pre-colonial[16], y con ella la pervivencia de la jurisdicción especial en un doble aspecto: la autoridad del monarca en calidad de guía espiritual y la legitimidad y hegemonía de la legislación de base religiosa sobre el resto. De esta forma, e independientemente del carácter religioso o no de su contenido, tanto la Constitución como la *Mudawwana* eran "otorgadas" por una autoridad religiosa superior, el Rey, cuya sacralidad e inviolabilidad impedían plantear cualquier tipo de reforma o de evolución que no fuera previamente propuesta por el soberano.

2. La *Mudawwana* como herramienta de control político-social: los "años de plomo"

En esta situación de inferioridad de la mujer ante la hegemonía de la legislación tradicional islámica llegamos a los llamados "años de plomo". Una expresión que hace referencia a uno de los períodos más oscuros del Marruecos contemporáneo. Aunque no existe una periodización consensuada, tiende a considerarse como marco estandarizado las décadas de los sesenta y ochenta lo que algunos autores no han dudado en calificar de "crímenes de estado"[17]. Hay quien sitúa su inicio en la brutal intervención en el Rif (1958-1959), mientras otros parten de la dura represión de los manifestantes en Casablanca (1965), tras la cual se decretó el estado de excepción y se suspendió la

[15] ROUSSET, M., "Le systeme politique du Maroc", en *Le Grand Maghreb. Données socio-politiques et facteurs d'integration des Etats du Maghreb*. París, 1988, p. 55.

[16] SEHIMI, M., *La grande Encyclopédie du Maroc: les institutions politiques, administratives et judiciaires*. Rabat, vol. 1, 1986, p. 169.

[17] BERRADA, A., "La defensa de la impunidad. Crímenes de Estado y derechos humanos en Marruecos", en *Nación Árabe*, 45, 2001, p. 33.

constitución, y lo extienden hasta la década de los noventa. De lo que no cabe duda es que a comienzos de los años setenta, las actuaciones se intensificaron como consecuencia de los dos atentados más conocidos contra Hassan II: el de Sjirat, en 1971, y el de 1972, conocido como "operación Buraq"[18].

Durante todo este período, la existencia de presos políticos era una realidad conocida por un amplio sector de la población. Miles de ciudadanos de muy diverso origen, ideología y condición fueron encarcelados, interrogados y torturados durante años en centros clandestinos[19]. El silencio oficial ante lo que acontecía no fue absoluto. Las filtraciones que se realizaban desde el propio Estado ejercían una presión importante sobre el resto de la sociedad, a la que se coaccionaba para que se mantuvieran sometidos a un auténtico estado policial. Paradójicamente, en este proceso no se hicieron distinciones entre hombres y mujeres. Si bien estas últimas constituían cuantitativamente una ínfima parte del total de represaliados, hubo mujeres que desde su condición de líderes estudiantiles cercanas a los movimientos marxistas que sufrieron junto a sus compañeros estas prácticas[20].

Cualquiera que pudiera resultar sospechoso de cuestionar los principios sobre los que se sustentaba el Majzen, el aparato estatal, o la misma Monarquía (especialmente saharauis y militantes de izquierda), era encarcelado *sine die*. El miedo a seguir los pasos de los "enterrados en vida" desembocó en la auto-imposición de la mordaza del silencio.

[18] RAÏSS, M., *De Skhirat à Tazmamart: retour du bout de l'enfer*, Afrique Orient, 2002 y VV.AA., *Le Massacre de Skhirat, 10 juillet 1971: crime contre l'humanité*, Association des familles des victimes des événements de Skhirat, 2002.

[19] Para una representación de los principales testimonios de esta época, véase VELASCO DE CASTRO, R., "Memorias de una presa política en Marruecos: Ḥadīt al-'atāma, de Fatna el-Buih", en *Ausencias. Escritoras en los márgenes de la cultura*, Sevilla, 2013, pp. 1312-1314.

[20] Véase como ejemplo EL BOUIH, F., *Talk of Darkness*, Austin, 2008 y MENEBHI, K., *Libro de la opresión*, Guadarrama, 2004.

Esta situación derivó en un terror institucionalizado, en el que el ejercicio de una brutal represión continuaría aún después de restablecerse la "normalidad" en la vida política y gubernamental.

En este complejo y convulso escenario, la *Mudawwana* no sufrió cambio alguno, y las dos modificaciones del texto constitucional tampoco arrojaron cambios sustanciales. La primera, en 1970, se produjo tras finalizar el estado de excepción. Significó una evolución dentro de la continuidad de los cinco años anteriores caracterizados por la concentración de poder en las manos del Rey[21]. De hecho, sus consecuencias podrían resumirse en la "constitucionalización" del estado de excepción al aumentar las competencias reales y reducirse las del Parlamento. Este último vio suprimida su segunda Cámara, mientras que el monarca imprimía aún mayor legitimidad político-religiosa a la figura que encarnaba al proclamarse Representante Supremo de la Nación, título que se añadía a las atribuciones anteriormente reconocidas (art. 19).

En cuanto a la segunda reforma, realizada en 1972, se limitó a estabilizar los poderes y juridificar la soberanía[22]. Circunstancia esta última por la que algunos especialistas la han definido como "fraude a la Constitución"[23], mientras que desde sectores oficialistas, caso del ministro del interior, Driss Basri, la presentaban como la "Constitución de apertura que implicó el relanzamiento del proceso democrático"[24]. Si nos atenemos al contenido y al contexto histórico-político en el que tuvieron lugar, ni la reforma de 1972 ni sus dos enmiendas posteriores,

[21] DUPONT, J., "Constitution et consultations populaires au Maroc", en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 9, 1970, p. 163.
[22] GUIBAL, M., "Les sources modernes de la Constitution", en *Trente années de vie constitutionnelle au Maroc*, París, 1993, p. 57.
[23] PALAZZOLI, C., "Quelques réflexions sur la révision constitutionnelle du 1er mars 1972", en *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 1, 1976, pp. 143.
[24] BASRI, D., "Évolution constitutionnelle au Maroc", en *Trente années de vie constitutionnelle au Maroc*, París, 1993, p. 89.

en 1980 (la primera fijaba en dieciséis años la mayoría de edad del Rey en lugar de dieciocho y la segunda ampliaba la duración del mandato de los miembros de la Cámara de Representantes de cuatro a seis años), sustentarían la versión del Majzen.

No fue hasta 1979 cuando el Ministerio de Justicia puso en marcha un conjunto de reformas entre las que se incluía la revisión del código de estatuto personal. Consciente de la necesidad de que el derecho evolucionase ante las nuevas realidades marroquíes, Hassan II dio estos primeros pasos, pero en la dirección contraria a la que habían solicitado algunos representantes políticos, especialmente miembros de la Unión Socialista de Fuerzas Populares (USFP) a través de su sección femenina. Esta última, como relata su responsable, Amina Ouchelh, también colaboraba con otras agrupaciones políticas y diversas asociaciones que luchaban por la igualdad de derechos de las mujeres marroquíes[25].

Dichas demandas, impulsadas oficialmente en 1977 en una campaña lanzada a nivel nacional[26], fueron frenadas en seco, ya que la reforma se concibió como una involución en la situación de la mujer, quien habría sobrepasado los límites establecidos por la tradición religiosa y en consecuencia, atentado contra unos valores sagrados. Por lo tanto, había que codificar al máximo sus pautas y normas de comportamiento en función de lo que establecía el derecho malikí. En consecuencia, y de acuerdo con la línea seguida en la redacción del primer código, el anteproyecto fue redactado por un grupo heterogéneo en el que había profesores de la universidad Qarawiyín, ulemas, juristas, altos funcionarios y abogados, todos ellos hombres y de ideología

[25] SANDBERG, E. y AQERTIT, K., *Moroccan Women, Activists, and Gender Politics: An Institutional Analysis*, Londres, 20142014, pp. 52-53.
[26] BARGACH, J., *Orphans of Islam: Family, Abandonment, and Secret Adoption in Morocco*, Washington, 2002, n. 75, p. 243.

conservadora[27]. No podía ser de otra manera, pues ya el Ministro de Justicia había manifestado que la iniciativa del monarca tenía como misión la adaptación de los textos a las aspiraciones de progreso "sin perder por ello las tradiciones y las enseñanzas inspiradas en el derecho islámico y la sharía"[28].

El resultado fue que la distancia existente entre el nuevo corpus y la realidad social del momento aumentaría debido a dos factores. El primero, la continuidad respecto al texto anterior, pues en líneas generales consolidaba las estructuras patriarcales. Y en segundo término, la redacción del texto, que de una forma intencionada se servía de expresiones alambicadas cuya ambigüedad a la hora de ser interpretadas impediría que las tímidas mejoras en los derechos de las mujeres pudieran establecerse de manera unívoca e inequívoca.

A pesar de estas considerables limitaciones y del conservadurismo que presentaba el anteproyecto, éste no fue aprobado. Se desvanecía así el ya de por sí escaso margen de maniobra que presentaba el nuevo texto en cuanto a la posibilidad de establecer una interpretación más acorde con la realidad social de determinados artículos del código. Sin embargo, como señalan algunas activistas, el debate y la necesidad de reformar la *Mudawwana* se había abierto, y sería objeto de una intensa actividad durante toda la década de los ochenta, en consonancia con la lucha emprendida por sus coetáneas magrebíes[29], hasta el punto de ejercer una presión cada vez mayor gracias a la sensibilización y movilización de buena parte de la sociedad civil que concebía la igualdad de género como elemento consustancial de un estado plenamente democrático.

---

[27] GÓMEZ CAMARERO, C., "Algunas cuestiones en torno a la reforma de la Mudawwana", p. 59.

[28] ABDERRAZAK, M. R., "Le projet de code de statut personnel", en *Le parlement et la pratique législative au Maroc*, París, 1985, p. 154.

[29] DAOUD, Z., *Feminisme et politiquea u Maghreb: sept décennies de lutte*, París, 1993.

Esta creciente presión interna, unida a las demandas que desde el exterior instaban a Hassan II a emprender cambios sustanciales en las instituciones, llevó al monarca a emprender, a principios de los noventa, un lento camino hacia la democratización y el reconocimiento de mayores derechos y libertades de la mujer y del conjunto de la ciudadanía.

3. Una lenta transición: primeros cambios en la *Mudawwana* y reformas constitucionales

Afianzado en el poder, Hassan II asumió la necesidad de reformas constitucionales como parte de un lento proceso conducente a la democratización de las instituciones políticas del país, si bien en ningún caso implicaba perder un ápice del control que ejercía sobre ellas. Esta decisión estuvo motivada por diversos factores, externos e internos. En clave internacional, los cambios legislativos permitirían a Marruecos proyectar una imagen internacional más cercana a las democracias occidentales. En el plano nacional, las consecuencias inferidas de la represión infringida durante "los años de plomo" comenzaban a vislumbrarse tanto en la sociedad civil como entre clase política. En el primer caso, la crispación desembocó en la emergencia de una sociedad civil cada vez más beligerante en su lucha por la instauración de un sistema democrático real que respetara los derechos de la ciudadanía dentro y fuera del país. En el segundo, algunos políticos comenzaron a dar muestras de descontento por el inmovilismo al que estaban abocados[30].

En este escenario tuvieron lugar dos reformas constitucionales (1992 y 1996) y en medio, una tímida modificación de la *Mudawwana* (1993). Pese a este orden cronológico, conviene precisar que las crecientes presiones de la sociedad civil para que se cambiase el código

[30] Para más información, véase el análisis de FELIÚ, L., *El jardín secreto: los defensores de los derechos humanos en Marruecos*, Madrid, 2004, pp. 67-126.

de estatuto personal, especialmente intensas entre 1991 y 1992, no fueron atendidas por Hassan II hasta que el soberano comprobó la pugna que había generado entre los sectores políticos y religiosos y el malestar generalizado tras la primera reforma constitucional. Fue entonces cuando decidió retomar el debate en torno a la *Mudawwana* y zanjarlo de nuevo de manera unilateral.

A comienzos de los años noventa, la transformación política y social del país demandaba no sólo la adopción de un nuevo texto constitucional, sino la modificación de los códigos y leyes discriminatorias en cuestión de género. Así, en diciembre de 1991, la campaña Un Millón de Firmas para la liberación de todos los presos políticos encabezaría una serie de acciones destinadas a promover el cambio en la legislación, incluyendo la *Mudawwana*. Poco después, en 1992, la Unión de Acción Femenina lanzaba a través de su órgano de prensa una campaña nacional de recogida de firmas para conseguir dicho cambio. La petición fue avalada por un millón de rúbricas, constituyendo todo un símbolo y un referente para otros movimientos feministas en el mundo árabe e islámico que secundaron actuaciones similares en su lucha por la igualdad[31].

Ese miso año, la movilización de las asociaciones y colectivos feministas marroquíes se materializó con la creación del Consejo Nacional para la Modificación de la *Mudawwana* y la Defensa de los Derechos de la Mujer. A través de este organismo se logró dar una gran difusión a las reivindicaciones, cuyo planteamiento se basaba en las contradicciones existentes entre la *Mudawwana* y la Constitución al establecer esta última la igualdad de derechos políticos y sociales para hombres y mujeres, sin distinción. También se incidía en la incapacidad del código para solventar situaciones como el divorcio debido al

[31] Véase como ejemplo el testimonio de dos activistas iraníes, Parvin Ardalán y Shahla Sherkat en VELASCO DE CASTRO, R., "La revista Zanan, de la iraní Shahla Sherkat y su contribución al feminismo islámico", en *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, 7, 2012, p. 142.

anacronismo del texto. No obstante, como señala Carmelo Pérez Beltrán, los responsables masculinos de los dos principales partidos políticos del momento como el Istiqlal (conservador) y la USFP (progresista) decidieron desentenderse de las demandas planteadas por sus compañeras de partido a través de dicho Consejo en espera de las reformas constitucionales que el monarca había anunciado en marzo de ese mismo año[32].

A diferencia de ellos, las asociaciones feministas intensificaron sus actividades a favor de la inclusión en el texto constitucional de reformas jurídicas y sociales sin dejar de lado su objetivo fundamental: la revisión del código de estatuto personal, ya que eran plenamente conscientes del importante papel que desempeñaba la *Mudawwana* y de la preeminencia de sus contenidos sobre otras disposiciones legales, incluyendo la constitución. Por este motivo aumentaron las movilizaciones y mantuvieron la campaña de Un millón de Firmas. Esta última consiguió generar un debate general y lograr el apoyo de los principales partidos de la oposición, al tiempo que se granjeaban el rechazo de los sectores más tradicionales.

Inmersos en este ambiente tan convulso, el monarca otorgaba de nuevo una reforma constitucional. El texto de 1992 podría considerarse un punto de inflexión respecto a los anteriores en cuanto a una voluntad perceptible de revestir al régimen de cierta pátina democrática. En el plano social, dos novedades reseñables del texto[33] fueron la inclusión en el preámbulo de la reafirmación en adscribirse y aplicar la Carta de los Derechos Humanos y la creación de un Consejo Constitucional encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes "en la defensa

[32] PÉREZ BELTRÁN, C., "Aproximación a la sociedad civil de Marruecos", en *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, 50, 2001, p. 250.

[33] Sobre las reformas introducidas en 1992 y su alcance político y social, consúltese VELASCO DE CATSRO, R., "Marruecos (2003-2013): entre el cambio y la continuidad", en *Una década de cambios: de la guerra de Irak a la evolución de la primavera árabe (2003-2013)*, 2013, pp. 122-124.

y el respeto de los derechos humanos" (art. 42). Esta práctica, en virtud de la cual se creaban comités *ad hoc* para supervisar el cumplimiento de las disposiciones del texto, fue proliferando hasta llegar a la constitución de 2011, sin que haya supuesto en términos generales más que un mero convencionalismo. Además de resultar redundante respecto al carácter jurídico-legal de la Constitución —que no necesitaría en principio de ningún organismo extraordinario si el Estado ejerciera sus competencias de acuerdo al texto—, en la mayor parte de los casos, dichos comités no tenían más atribución que la de emitir informes no vinculantes.

Estos cambios coyunturales frustraron las esperanzas generadas al mantenerse todas las prerrogativas del monarca, y con ello las bases del sistema político. Asimismo, el reiterado incumplimiento de los derechos humanos y la desigualdad existente entre hombres y mujeres no podían ser subsanados con la creación de instituciones carentes de atribuciones para hacer cumplir lo que por otra parte ya establecía la ley. Ante el inmovilismo y la ausencia de reformas estructurales, los principales partidos de la oposición anunciaron el boicot al referéndum constitucional[34] y las militantes feministas intensificaron su presión para que se reformara la *Mudawwana*.

Más de tres décadas después de su instauración, el código de familia marroquí aún no había sido objeto de revisión. Esta circunstancia podría atribuirse por un lado, a la "sacralización" del texto en función de su esencia religiosa frente al derecho positivo moderno que regía otras disposiciones legales y corpus legislativos (código penal, laboral, de comercio, etc.) y por otro, a la apropiación por parte de algunos grupos sociales y políticos del Islam como medio de legitimación y permanencia en el poder. De esta forma, la permanencia en dicho estatus reposaría en la perpetuación de estructuras patriarcales y mentalidades tradicionales en virtud de las cuales la mujer era

[34] ENTELIS, J. P., *Islam, Democracy, and the State in North Africa*, Indiana, 1997, p. 31.

excluida del espacio público y encasillada en sus funciones de madre y esposa[35]. En función de esta interpretación rigorista de la ley islámica, los sectores religiosos del país, sumamente influyentes, consideraban que las reivindicaciones feministas eran contrarias al Islam al identificar la tradición con la religión, en la misma medida que relacionaban la reforma con la pérdida de valores identitarios y con una "peligrosa" occidentalización.

La creciente pugna entre modernistas y tradicionalistas, que conllevaba el enfrentamiento entre el poder político y el religioso, obligó a intervenir a Hassan II. En sus discursos del 20 de agosto y del 8 de septiembre de 1992, con motivo de la adopción de las reformas constitucionales, el soberano se dirigió a las mujeres con su consabido paternalismo para hacerles llegar tres mensajes. En función del primero, reconocía la discriminación existente, si bien se debía a una "aplicación imperfecta" de la *Mudawwana*. En otras palabras, negaba la existencia de disposiciones discriminatorias y con ello que el código hubiera de sufrir una modificación profunda. En segundo término, advertía que como Comendador de los Creyentes tenía la competencia exclusiva de la aplicación y revisión de las leyes de familia y que, en función de dicha atribución, le remitieran a él sus peticiones y propuestas. Es decir, cercenaba cualquier intento de minar su legitimidad religiosa por parte de los movimientos islamistas al tiempo que recordaba la jerarquización del régimen, puesta de manifiesto en la tercera alusión al movimiento feminista. A este último le instaba a no mezclar estas reivindicaciones con el proceso electoral, dando a entender que la situación de la mujer como pilar tradicional de la familia no dependía de la legislación civil (Constitución), sino de la religiosa (*Mudawwana*). Con esta advertencia acababa con las aspiraciones de equiparar las leyes constitucionales al derecho religioso y, lo que resultaba aún más grave: confirmaba la preeminencia del segundo sobre las primeras.

[35] KANNOUNI-BENNIS, F., "Le Statut de la femme marocaine face à la crise", en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 26, 1987, p. 318.

Las actuaciones posteriores sustentarían este proceder que de nuevo se ha de enmarcar, como la reforma constitucional, en el cambio dentro de la continuidad. Tras nombrar a un Consejo de Ulemas con la función de actuar como consejeros, designó una delegación de mujeres como interlocutora de la comisión jurídica encargada de estudiar los ajustes del código. La composición de dicha comisión reflejaba el alcance real del escaso papel reservado a la mujer en todo este proceso. A la ausencia de representación de la Unión Femenina, promotora de la campaña de revisión de la *Mudawwana*, se unió el hecho de que la gran mayoría de mujeres elegidas eran próximas al círculo ideológico oficial, y por ende, conservador[36]. Además, en el caso de que la delegación femenina y la comisión jurídica no llegaran a un acuerdo, sería el monarca el que decidiría, tal y como expresó en su discurso del 29 de septiembre de 1992.

Justo un año después, el 29 de septiembre de 1993, el Boletín Oficial publicaba la *Mudawwana* con los cambios realizados[37]. Hassan II se había limitado a introducir unas mínimas modificaciones en algunos artículos, al igual que en el código de procedimiento civil, reformado en las mismas fechas. No obstante, como señalaban algunas militantes, estas enmiendas habían supuesto un paso fundamental: la "desacralización" del texto[38].

Entre las novedades que presentaba estaban la erradicación del *yabr* o imposición paterna (art. 5); la autorización de un juez para contraer un matrimonio entre menores (art. 41); la obligatoriedad de presentar el repudio en presencia de ambas partes en el juzgado

[36] GÓMEZ CAMARERO, C., "Algunas cuestiones en torno a la reforma de la Mudawwana", pp. 68-69.
[37] Dichos cambios han sido traducidos al castellano y analizados por RUIZ DE ALMODÓVAR, C., "El Código marroquí de estatuto personal y su reforma de 1993", en *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*, Madrid, 1995, pp. 29-35.
[38] BOUAYACH, A., "Reforma de la 'Mudawana' en Marruecos", en *Afkar Ideas*, 2003, p. 116.

correspondiente con la consiguiente aprobación del magistrado (art. 48), quien fijaría también la cuantía de la indemnización en el caso que fuera requerida; o la libertad de los hijos de padres separados que fueran mayores de edad para elegir con quién querían vivir (art. 102). Medidas todas ellas circunscritas al papel de la mujer como madre y esposa que debía preservarse de elementos desestabilizadores y ajenos al marco familiar en el que se inscribía su actuación. Atendiendo a esta misma finalidad, la protección del núcleo familiar, el monarca anunciaba la creación de un Consejo de la Familia para asesorar ante los conflictos familiares que pudieran suscitarse.

Los cambios resultaron tan insuficientes como contradictorios con la igualad promulgada en el texto constitucional y en las disposiciones internacionales ratificadas por Marruecos, que continuaron sin efecto ante la preeminencia del código. En virtud de este último se mantenía la incapacidad jurídica de la mujer aún siendo ésta mayor de edad (arts. 12 y 102) reforzando así el derecho de *wilaya* o tutela masculina sobre ella. También la poligamia, si bien limitada al cumplimiento de ciertas condiciones (arts. 42, 48 y 52), así como la incapacidad de la mujer para gestionar en la misma proporción que el marido los bienes de sus hijos (art. 148) o su propia manutención en caso de divorcio (art. 119). Del mismo modo, el desequilibrio en los derechos y deberes de los cónyuges, unido a la pervivencia de la inferioridad en la cuantía a heredar (cuestiones que no fueron siquiera abordadas), completaban un panorama nada halagüeño para las militantes.

Además, el nuevo texto concedía un mayor protagonismo a la figura del juez y a su interpretación de la ley en tanto que ejercía la tutela sobre la mujer, perpetuando así no sólo la incapacidad de ésta para actuar por sí misma, sino la adopción de una serie de decisiones tendentes a mantener la estructura más tradicional de una sociedad marroquí anclada en el patriarcado. En este sentido, tanto la creación del Consejo de Familia como las disposiciones de algunos jueces suscitaron y siguen suscitando gran controversia hasta el punto de

reavivar la polémica en torno a la discriminación de la mujer marroquí y a la preparación de los magistrados de los tribunales de familia, especialmente los que ejercían y ejercen sus competencias en zonas rurales.

Las modificaciones de 1993 constituyeron el preámbulo a la auténtica reforma de 2004, y fueron fruto de un contexto regional e internacional que favorecía la adopción de reformas en el ámbito social, en el que la situación de la mujer resultaba un tema especialmente sensible y de gran repercusión en el exterior. De forma que, si desde la independencia la cuestión de los derechos de la mujer había constituido un elemento importante en el juego político de los países magrebíes cuyos modelos oscilaban entre la tradición y la modernidad, en la década de los noventa en Marruecos se convirtió en una pieza estratégica con tres finalidades principales: la lucha contra el islamismo radical, la proyección internacional de una imagen de país democrático y el acercamiento a las organizaciones de derechos humanos cuya actuación dentro y fuera del país estaba adquiriendo gran notoriedad[39].

Con este sabor agridulce y la continuidad de las demandas por parte de las organizaciones feministas y de derechos humanos, el monarca anunciaba una segunda reforma constitucional en 1996. En términos generales, siguió una línea continuista respecto al texto anterior tanto en la forma como en el fondo[40]. De hecho, las voces que pedían eliminar la bicefalia en el Ejecutivo y aumentar el margen de maniobra del Gobierno como institución tuvieron que conformarse con unas mínimas reformas que no tuvieron efecto alguno en el funcionamiento del sistema[41].

[39] GÓMEZ CAMARERO, C., "Algunas cuestiones en torno a la reforma de la Mudawwana", p. 55.
[40] MARTÍNEZ, R., "Consideraciones sobre la transición a la democracia desde el sistema constitucional marroquí", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 36-37, 2001, p. 92.
[41] BEN HAMMED, M. R., *Le pouvoir éxecutif dans les pays du Maghreb*, Túnez, 1995, p. 395.

Desde el punto de vista social, no supuso cambio sustancial alguno a pesar de las peticiones presentadas para que se reconocieran los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía. Entre ellas, la remitida por los partidos de la Kutla al monarca, cuyo texto llegaron a publicar en prensa para que los marroquíes conocieran la iniciativa[42]. La respuesta resultó insuficiente: únicamente se incluyó el derecho a la empresa dentro del derecho a la propiedad (art. 15). Y en lo que a la situación de la mujer se refiere, tampoco sufrió alteración en cuanto a su tratamiento en el texto constitucional. En consecuencia, la única mención hasta el momento: el principio de igualdad ante la ley, continuó lastrado por una *Mudawwana* que, a pesar de las tímidas reformas introducidas tres años antes, seguía discriminando jurídica y socialmente al colectivo femenino.

La preeminencia del Código había sido objeto de polémica durante cuarenta años debido a la indefinición de los textos constitucionales en torno a la prelación de dichos tratados internacionales respecto a las normativas internas o nacionales ya existentes. Así, en el texto de 1972 se decía que "El Rey firma y ratifica los acuerdos internacionales" (art. 31.2), sin especificar si dichos tratados se aplicarían sobre la ley interna o después de ella. Asimismo, la adenda de 1992 tampoco resolvía la cuestión: "Cuando los tratados contravengan las propias disposiciones constitucionales deberán ser confirmados mediante procedimientos análogos a los empleados a efectos de introducir reformas en el propio texto constitucional" (art. 31.3). El fragmento no especificaba si dichos procedimientos se articularían en función de la legislación internacional o de la interna, y tampoco hubo aclaración posterior en 1996. De forma que, aunque el compromiso reflejado en los preámbulos de 1972, 1992 y 1996 podría interpretarse como elemento decisivo para concluir con la priorización de la legislación internacional, la ambigüedad en la redacción provocó que en la práctica lo que se impusiera fuera la aplicación de la

[42] *L'Opinion*, 8 de junio de 1996, p. 4.

Mudawwana de 1958 y posteriormente la de 1993, cuyos corpus normativos perpetuaban la inferioridad de la mujer.

4. Entre el cambio y la continuidad: reformas de la *Mudawwana* (2004) y de la constitución (2011)

En noviembre de 1997, la victoria de la Unión Socialista de Fuerzas Populares (USFP) de Abderrahman Yussufi imprimió un decisivo impulso al proceso de modernización política y social del país. Por primera vez en la historia de Marruecos, un partido político conseguía una holgada mayoría, su presidente era designado para el cargo de Primer Ministro y la formación del gabinete estaba compuesto en gran parte por los miembros del partido más votado. Sin embargo, las limitaciones impuestas por el sistema, cuya estructura permanecía inamovible, impidieron que la USFP pudiera desarrollar plenamente su programa de gobierno, de carácter reformista.

Una de las primeras propuestas formuladas por el gabinete socialista fue el Plan de Integración de la Mujer en el Desarrollo. Presentado en 1999, comprendía cuatro capítulos principales en los que se reagrupaban la casi totalidad de las reivindicaciones feministas: el acceso al campo político, económico y social, la educación, la salud y la reforma del estatuto jurídico. Respecto al último ámbito, como señala Amina Lemrini, presidenta nacional de la Asociación Democrática de Mujeres de Marruecos (ADFM), las demandas más significativas estribarían en elevar la edad del matrimonio de las mujeres a dieciocho años, en correspondencia con la de los hombres; convertir la tutela matrimonial en facultativa para las mujeres mayores de edad, suprimir la poligamia sometiendo las excepciones a la apreciación del juez, instaurar el divorcio judicial y conceder a las mujeres divorciadas la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio[43]. La respuesta no

[43] LEMRINI, A., "Testimonio: las mujeres en marcha", en *La sociedad civil en Marruecos: la emergencia de nuevos actores*, Barcelona, 2002, pp. 123.

se hizo esperar: la Liga Marroquí de los Ulemas, bajo la batuta del ministro de Asuntos Islámicos, elaboraba un informe de protesta por la inclusión del estatuto personal en el citado proyecto.

Desde la propuesta inicial de la USFP hasta la alocución de Muhammad VI anunciando la reforma transcurrieron tres años en los que se sucedieron las manifestaciones y contramanifestaciones entre partidarios y detractores de la medida, escenificadas en las imágenes de las dos convocatorias del 12 de marzo de 2000 en Rabat y Casablanca[44]. Ante el peligro de que determinados sectores integristas pudieran cuestionar la legitimidad del Comendador de los Creyentes, el monarca se vio obligado a acelerar el ritmo del proceso, y en 2001 encargaba a una comisión de expertos que arbitraran y prepararan un proyecto de reforma de la *Mudawwana* acorde con el espíritu tolerante del Islam. Esta última referencia llevaba a concebir esperanzas sobre el alcance de dichos trabajos.

La actuación se inscribía dentro de una serie de reformas acometidas o en vía de ejecución con el fin de armonizar la legislación interna con las disposiciones de los tratados y acuerdos relativos a los derechos humanos ratificados por Marruecos. Entre 2000 y 2004 se realizaron, entre otras, las reformas del código de libertades públicas, del régimen de acogida legal de menores o *kafala*, del código penal y su procedimiento, además de la ley contra el terrorismo, la adopción de medidas legislativas relativas a los centros penitenciarios, la ley que regulaba la entrada y la permanencia de los extranjeros en el país, la introducción de medidas más severas contra la corrupción de políticos y cargos públicos, etc.

[44] Para más información, LÓPEZ ENAMORADO, M. D., "Mujeres marroquíes en transición", en *El Magreb hoy: estudios sobre historia, sociedad y cultura*, Sevilla, 2004, pp. 59- 85.

Inmersos en este contexto, diez años después de emprender el tímido camino de las reformas y en el cuarto año de su llegada al Trono, Muhammad VI pronunciaba el 10 de octubre de 2003 un discurso en el Parlamento en el que anunciaba la modificación de la *Mudawwana* para adaptarla a una sociedad marroquí moderna y democrática argumentando para ello que la *sharía* era totalmente compatible con el *ijtihad*. Es decir, que el espíritu de la ley debía interpretarse de acuerdo con la realidad social del momento, lo que suponía actualizar las disposiciones legales y adaptarlas a las necesidades de la ciudadanía:

> *"Este código moderno de la familia está en perfecta armonía con el espíritu tolerante de nuestra religión (...) Estas reformas no deben ser acogidas con reacciones fanáticas (...), no deben percibirse como una victoria de un bando sobre otro, sino más bien como beneficios adquiridos a favor de todos los marroquíes"*[45].

Consciente de la pugna entre modernistas y tradicionalistas y del peligro que este último grupo suponía para su propia autoridad, el soberano hizo uso de su condición de Comendador de los Creyentes para imponerse a los segundos al tiempo que se granjeaba la simpatía de una buena parte de los primeros, quienes se habían sentido defraudados con la remodelación anterior acometida por su padre. No obstante, el mensaje debía ser conciliador para evitar que la división social ya existente pudiera acentuarse y volverse en contra de la Monarquía. El argumento empleado era similar al de Hassan II: la preservación de la familia, pero bajo un prisma ideológico diferente basado en la modernización de los instrumentos y herramientas jurídico-legales con los que poder resolver los problemas generados en su seno y con ello contribuir a su estabilidad.

[45] Texto disponible en la Web del Parlamento marroquí: http://www.parlement.ma/fe/file2.php.

Uno de los primeros gestos con el que se escenificaba públicamente la voluntad modernizadora lo protagonizó la consejera real, Zulija Nassiri, quien se entrevistaba con un grupo de cincuenta mujeres en representación de las asociaciones feministas y de los derechos humanos. Al mismo tiempo, Muhammad VI designaba una comisión de sabios para supervisar y resolver cualquier cuestión derivada de la reforma. Compuesta por representantes de todas las ideologías y presidida por el propio monarca, los trabajos se dilataron algo más de un año hasta que el soberano instó a que se emitiera una resolución favorable a los puntos más delicados de la reforma con el fin de culminar el texto[46].

Las asociaciones feministas y de derechos humanos fueron unánimes al acoger con entusiasmo no sólo el anuncio, sino la decidida actitud del Rey. Las circunstancias internas no eran las mismas que las que rodearon la reforma de 1993. Se había sentado un precedente. Ahora, la sociedad civil y las fuerzas progresistas se organizarían y emplearían a fondo para explicar el contenido de las reformas y contrarrestar el discurso conservador basado en la contradicción entre dichos cambios y la *sharía*, argumento este último que ya había sido rebatido por el propio monarca en su discurso parlamentario.

El esfuerzo por concienciar a la población de lo beneficioso de apoyar un cambio sin perder las señas de identidad marroquíes —pues en ningún caso se llegó a plantear la derogación de la *Mudawwana* como corpus legislativo ni tampoco su posible desvinculación de la *sharía*—, también se vio favorecido por el miedo y el rechazo al extremismo religioso como consecuencia de los atentados terroristas de Casablanca y por el golpe de autoridad que había dado Muhammad VI

[46] ALAOUI, K., "Projet de Code de la famille: consensus fort pour une reforme royale qui emancipe la societe", *Le Matin*, 12 de octubre de 2003, en *Réforme de la Moudawana au Maroc. Revue de Presse* (mars 2003-novembre 2004), 2004, pp. 13-14.

en su calidad de líder de la *Umma* marroquí ante la probable radicalización de posturas conservadoras que se oponían ferozmente a la reforma.

En 2004, el resultado de todo este proceso fue la aprobación unánime (no exenta de críticas por parte del Partido Justicia y Desarrollo, actualmente en el poder) de la Ley 70-03 del Código de Familia por la cámara de representantes parlamentarios (16 de enero) y por la de consejeros (23 de enero). La promulgación oficial se produjo mediante el Real decreto de 3 de febrero, y su publicación en el Boletín Oficial tuvo lugar al día siguiente (B.O. de 4 de febrero de 2004, nº 5184).

El texto se componía de siete libros, divididos en varios títulos que reflejan las sustanciosas modificaciones introducidas. Libro I. Del matrimonio (título I: de los esponsales y el matrimonio; título II: de la capacidad de tutela matrimonial y la dote; título III: de los impedimentos del matrimonio; título IV: de las condiciones consensuadas para celebrar el matrimonio y sus efectos; título V: de las categorías de matrimonio y sus normas; y título VI: de los procedimientos administrativos). Libro II. De la disolución del pacto conyugal y sus efectos (título I: disposiciones generales; título II: del fallecimiento y la disolución; título III: del divorcio; título IV: del divorcio judicial; título V: del divorcio de mutuo acuerdo o consensual retribuido; título VI: de las categorías de divorcio y divorcio judicial; y título VII: de los procedimientos y contenidos del acta de divorcio). Libro III. Del nacimiento y sus efectos (título I: de la filiación y la filiación paterna; título II: de la custodia del hijo; título III: de la pensión alimenticia). Libro IV. De la capacidad y representación legal (título I: de la capacidad, los motivos de incapacidad y los actos del incapacitado; y título II: de la representación legal). Libro V. Del testamento (título I: de las condiciones del testamento y sus modalidades de ejecución; y título II: de la sustitución de herederos). Libro VI. De la sucesión (título I: disposiciones generales; título II: de las causas del derecho de sucesión, sus condiciones e impedimentos;

título III: de los distintos modos de heredar; título IV: de los herederos de *fard*; título V: de la herencia mediante *ta'sib*; título VI: de la evicción; título VII: casos particulares; título VIII: del legado obligatorio; título IX: de la liquidación de la herencia; y título X: de la entrega y partición de la herencia); y Libro VII. Disposiciones transitorias finales[47].

En cuanto a su contenido, aunque en algunos puntos la reforma pudiera parecer moderada, en el contexto de un país como Marruecos representaba un gran salto cualitativo, pues se fundamentaba jurídicamente la igualdad entre hombres y mujeres (si bien no en todos los ámbitos), lo cual suponía una auténtica revolución social al promover un cambio de mentalidad en la concepción patriarcal y excesivamente conservadora de la sociedad. Como afirmaban algunas militantes, el nuevo marco del código de familia revisaba, tal y como habían solicitado las mujeres, las reglas más importantes para garantizar la estabilidad de la familia marroquí, por lo que en realidad se trataba de una refundición con la legislación anterior[48], aunque con importantes remodelaciones conceptuales.

La primera de ellas era la definición legal del matrimonio. Por primera vez se establecía la igualdad del hombre y de la mujer en su relación de pareja y en consecuencia, en la asunción de responsabilidades y decisiones familiares (art. 51). Esta nueva definición implicaba un teórico equilibrio de fuerzas en virtud del cual desaparecían la noción de autoridad del marido y de sumisión de la mujer. Asimismo, se establecía la obligatoriedad de que la mujer contara con dieciocho años para poder contraer matrimonio y sólo una autorización excepcional del juez podría permitir la reducción de dicha edad (art. 20). Es decir, se imponía un mínimo de edad común para

[47] Su traducción al castellano puede consultarse en RUIZ DE ALMODÓVAR, C.: "El nuevo código marroquí de la familia", en *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos: Sección Árabe e Islam*, 53, 2004, pp. 209-272.
[48] BOUAYACH, A., "Reforma de la 'Mudawana' en Marruecos", p. 116.

ambos contrayentes. Asimismo, se eliminaba la tutela masculina para las mujeres mayores de edad que fueran a desposarse (art. 25), por lo que la figura del tutor matrimonial queda relegada a un requisito formal prescindible.

Por otra parte, el matrimonio pasaba a ser un acto jurídico pronunciado por el juez, de forma que la responsabilidad de los esposos en el matrimonio era conjunta. También se simplificaba el proceso de matrimonio para los marroquíes residentes en el extranjero (art. 14). En cuanto a la poligamia, la esposa podría incluir en su contrato matrimonial una cláusula que la prohibiera (art. 40) y aún en el caso de consentir dicha práctica, el juez tendría que autorizarla y únicamente tras reconocer que el marido dispone de medios económicos suficientes para dispensar a la segunda mujer e hijos el mismo trato digno que a la primera y sus descendientes (art. 41).

Por lo que respecta al divorcio, podría solicitarse tanto por parte del marido como por el de la mujer, y estaría sometido al control judicial (art. 79), siempre y cuando se hubieran realizado los dos intentos de conciliación establecidos en el caso de que hubiera descendencia. Si éstos últimos fracasaran, el tribunal designaría una cuantía monetaria destinada a la esposa e hijos cuyo ingreso en los juzgados se convertiría en requisito imprescindible para obtener la autorización judicial y llevar a efecto el divorcio (arts. 83, 86 y 87). También se establecía la posibilidad de realizar una separación de bienes, lo que implicaba que en caso de separación o de divorcio, ambos cónyuges podrían gestionar conjuntamente los bienes adquiridos durante el matrimonio (art. 49).

Asimismo, la manutención de los hijos, que competía siempre al padre, podría ser compartida por la madre si ésta cuenta con medios suficientes para ello o en mayor proporción que el marido (art. 199). También se preservaba, con ciertas condiciones, el derecho de la mujer a mantener la custodia de los hijos incluso tras contraer matrimonio de nuevo o trasladarse a una localidad distinta a la del esposo, así como la posibilidad de recuperar dicha custodia si desapareciera la causa

voluntaria o involuntaria que originó su pérdida (arts. 174 y 175). Y en la misma línea, se establecía que la madre cuyo cónyuge estuviera en situación de ausente (fallecimiento, incapacidad, etc.) podría tener la tutela de sus hijos menores (art. 236).

Uno de los capítulos más novedosos por la ausencia de legislación anterior era el de las medidas judiciales de protección al menor. De forma que, el o la menor tendrían a los 15 años libertad para elegir la persona a quien se confiará su custodia (art. 166). Asimismo, se reconocía la paternidad de hijos fuera del matrimonio en el caso de que no hubiera sido formalizado por motivos de fuerza mayor, mediante la aportación de pruebas valoradas por el juez (arts. 157 y 158). También se incorporaba la adopción y el cumplimiento de todas las disposiciones relativas a acuerdos internacionales sobre derechos del menor aprobados por Marruecos.

Y como última novedad, traemos a colación la extensión de la ciudadanía marroquí a los hijos e hijas de madres marroquíes y padres extranjeros. Hasta ese momento, en virtud del Acta de Ciudadanía de Marruecos de 1958 (art. 6) la ciudadanía se limitaba a los niños y niñas cuyo padre fuera marroquí. Pese a esta regulación, la discriminación de sexos continúa vigente al no permitírsele a una mujer marroquí musulmana contraer matrimonio con un no musulmán, mientras que el hombre sí puede hacerlo con una no musulmana. Tampoco en las cuestiones de herencia se ha producido cambio sustancial alguno, perpetuándose la condición de inferioridad de la mujer con respecto al hombre.

En cualquier caso, y para que las modificaciones aprobadas pudieran aplicarse de forma adecuada, se establecía la creación de Juzgados de Familia y de fondos de ayuda familiar, además de incrementarse considerablemente la potestad y capacidad de decisión del juez sobre estas cuestiones familiares. Una consideración esta última bastante lógica sobre el papel, pero que se vería desvirtuada en su esencia por la mentalidad conservadora de muchos de estos

magistrados, en su gran mayoría hombres, buena parte de los cuales han continuado aplicando la legislación consuetudinaria en sentencias que han suscitado la polémica por su carácter claramente discriminatorio y por lo tanto, contrarias a la ley vigente.

El profundo aunque no completo cambio que supuso la reforma de la *Mudawwana* de 2004 presagiaba una intensificación en el ritmo del proceso modernizador y democratizador del régimen marroquí. El único problema que entrañaba y que continúa sin resolverse, es el de la incapacidad de aplicar todas estas medidas cuando las macro-estructuras que conforman el Estado no han sufrido cambio alguno. La igualdad real entre hombres y mujeres no puede darse en una sociedad en la que se aumenta la autoridad y capacidad de decisión de unos jueces que en algunos casos no aplican los cambios regulados; en la que no se erradica la elevada tasa de analfabetismo que impide el acceso a la educación; en la que aumenta el desempleo que condena a la mujer a depender económicamente del padre o del marido, etc.

Las reticencias a aplicar la nueva *Mudawwana* fue generando un creciente descontento entre un importante sector de la sociedad, que vio cómo ésta y otras muchas reformas emprendidas, entre ellas la tipificación como delito del acoso sexual en el trabajo en el año 2006, quedaban sin efecto. Pese a estos logros, las modificaciones no se estarían aplicando en muchos casos y ello debido, entre otros motivos, al anquilosamiento e inmovilismo de las estructuras del régimen en el que la corrupción, el nepotismo, la endogamia de unas elites aferradas al poder, la mentalidad conservadora de los letrados y magistrados, la ausencia de una campaña de concienciación impulsada por el Estado y otras tantas trabas que continúan traduciéndose en la discriminación contra la mujer y en los obstáculos impuestos para evitar su participación efectiva y visible en dichas estructuras.

Tras la aprobación de la *Mudawwana*, el monarca volvió a verse presionado ante las insistentes peticiones de la sociedad civil y las recomendaciones exteriores de implementar el proceso de

democratización con nuevas actuaciones en el campo de los derechos humanos. Es entonces cuando se instaba a la "reconciliación nacional", una fórmula que permite reconocer públicamente los abusos cometidos durante los años de brutal represión en el país sin que los responsables directos e indirectos fueran castigados penalmente. Esta visibilización de las víctimas, silenciadas durante tantos años, se realizó a través de la Instancia Equidad y Reconciliación (IER), cuya investigación desembocó en su conocido y demoledor informe[49]. La publicación de este último, en 2005, y la proximidad de las elecciones legislativas desencadenaron, especialmente en la prensa, el relanzamiento del debate sobre la necesidad de acometer nuevos avances en el proceso de democratización del régimen.

Entre 2004 y 2011 se generó en Marruecos un ambiente de creciente convulsión social influido en buena parte por el agravamiento y generalización de la crisis económica mundial, por la solidaridad y el apoyo que suponía liderar una lucha emprendida también en otros países a través de la denominada "primavera árabe" pero sobre todo, por la aparente ralentización de los cambios impulsados y la falta de resultados en la vida cotidiana de la ciudadanía. A la escasa aplicación de las nuevas disposiciones de la *Mudawwana*, se sumaba la decepción colegida de las amplias limitaciones con las que la IER tuvo que dar por culminada su actuación y el inmovilismo de buena parte de los partidos políticos.

En este marco se produjo un aumento del islamismo radical que se alimentaba del vacío de poder en las zonas más desfavorecidas del país y en su activa contribución en estas zonas con escuelas, guarderías y banco de alimentos. Como consecuencia, los movimientos asociativos ciudadanos retomarían con fuerza sus demandas, que podrían resumirse en una mayor justicia social, una democracia más activa y participativa y una renovación generacional en los cuadros de la administración y la

[49] El texto puede consultarse en la página Web del organismo: http://www.ier.ma.

política nacional. De esta forma, la reforma constitucional de 2011 no puede entenderse sin la actuación del Movimiento 20 de Febrero, del mismo modo que la gestación y movilización de efectivos de este último no habría sido posible sin la convergencia en sus filas de buena parte de la sociedad civil y sus numerosas asociaciones, agrupaciones y organizaciones, incluyendo las de corte feminista.

Tras numerosas manifestaciones en todo el país, simpatizantes y miembros del 20-F pedían una reforma constitucional profunda que cambiara las estructuras del sistema, garantizara derechos y libertades, promoviera oportunidades laborales entre la juventud, erradicara la corrupción y estableciera una separación de poderes. El éxito de la convocatoria fue lo suficientemente significativo como para que el monarca se planteara la posibilidad de que existiera cierto peligro a que se produjera un "efecto dominó" en la región tras lo acontecido en Túnez. Muhammad VI realizó una serie de gestos, algunos de mayor calado que otros, y durante su alocución del 9 de marzo prometió una reforma en profundidad de la constitución que justificaba ante la necesidad de constitucionalizar el proceso de regionalización avanzado en el que se encontraba el país.

En una práctica habitual, el soberano hacía suyas las demandas de la población y se autoerigía en el líder del proceso reformador convirtiéndolo así en parte de su agenda y no en la respuesta a las demandas de la población. En consecuencia, el texto nacía con unas limitaciones impuestas por la voluntad del soberano, por lo que los trabajos de la comisión encargada de redactar el texto contaban ya con unas líneas rojas infranqueables. Sin reconocerlo abiertamente, el monarca accedía formalmente a algunas reivindicaciones demandadas por los jóvenes del 20-F mediante la implementación de una batería de reformas cuyo carácter coyuntural llevarían a considerarlas como muestras de un nuevo cambio dentro de la continuidad.

En este sentido, convendría subrayar que se seguía idéntico proceso, tanto de elaboración (consejo designado por el soberano) como de ratificación (por referéndum) que con las anteriores reformas constitucionales. De esta forma, las reformas introducidas respondían a una iniciativa directa del monarca que no admitía enmiendas, ni totales ni parciales, por parte de la clase política. De ahí que muchos de los integrantes del 20-F llamaran al boicot del referéndum al considerar que se trataba de una nueva constitución otorgada, tanto en la forma como en el fondo, que no cumplía las condiciones de una constitución democrática.

En consecuencia, el 26 de junio volvieron a manifestarse en las principales ciudades del Reino con un importante salto cualitativo en sus demandas. No sólo se reclamaba que una Asamblea Constituyente elegida democráticamente redactase la nueva carta magna, sino que la figura del Rey perdiera su condición de sagrada instaurada en las constituciones anteriores para transformarse en una figura arbitral desprovista de poder ejecutivo cuyas atribuciones debían ser transferidas al Primer Ministro. Unas demandas que no fueron atendidas salvo de manera parcial en su primer punto: la desacralización de la figura del Rey (que seguía siendo inviolable), sin que se desprendiera con ello atribución o competencia alguna. Un nuevo gesto sin consecuencias jurídicas ni políticas reseñables.

Publicada en el B.O. nº 5964 bis de 30 de julio de 2011 (dahir 1-11-91, pp. 1902-1928), estaba compuesta por 180 artículos (72 más que el texto anterior), aportaba una mejora significativa con respecto a la situación anterior. Es cierto que contenía numerosos pasajes retóricos, como la constitucionalización de una quincena de comisiones consultivas preexistentes o creadas nuevamente, pero también de importantes declaraciones de principios que insistían en los valores de igualdad de derechos entre hombres y mujeres (art. 19) y de tolerancia y de apertura al exterior (preámbulo).

Establecía que el Islam era la religión del Estado (art. 3), pero no que formaba parte del mismo, al tiempo que se garantizaba la libertad de culto (que no de conciencia, como había solicitado el 20-F). También incorporaba algunas de las recomendaciones de la IER que no habían sido tenidas en cuenta hasta ahora, como la condena de cualquier forma o práctica de tortura, que a partir de ahora se consideraba delito castigado por la ley (art. 22); mientras que la detención arbitraria, la desaparición forzosa o el empleo de la violencia en estas circunstancias se consideraban delitos graves que serían severamente sancionados (art. 23). Asimismo, se establecía la presunción de inocencia y la obligatoriedad de informar a los detenidos de sus derechos (art. 23), aplicando así las convenciones internacionales ratificadas por Marruecos, cuya primacía se establecía sobre el derecho interno. Al final del preámbulo (p. 1903), se especificaba por primera vez en un texto constitucional marroquí lo siguiente (en negrilla lo sustancial):

> *"El Reino de Marruecos, Estado unido, totalmente soberano y perteneciente al Gran Magreb, se reafirma en lo que sigue y se compromete a ello (…)* ***eliminar y combatir cualquier discriminación contra cualquiera en razón del sexo****, del color, de las creencias, de la cultura, del origen social o regional, de la lengua, de cualquier discapacidad o circunstancia personal sea cual sea;* ***acordar según las convenciones internacionales debidamente ratificadas por él, en el marco de las disposiciones de la Constitución y de las leyes del Reino****, en el respeto de su identidad nacional inmutable y de las publicaciones de estas convenciones,* ***la primacía sobre el derecho interno del país, y armonizar en consecuencia las disposiciones pertinentes de su legislación nacional****. Este preámbulo forma parte integrante de la presente constitución".*

Esta última inclusión supone, a nuestro entender, una de las novedades más importantes al zanjar definitivamente la polémica en torno al orden de prelación del derecho interno (léase *Mudawwana* o cualquier otra codificación derivada de la interpretación de la *sharía*) y de las convenciones internacionales. En el preámbulo del texto se establece dicha preeminencia, por lo que cualquier disposición discriminatoria incluida en la actual *Mudawwana* quedaría, según el texto constitucional, sin efecto. De hecho, en el artículo 71 (p. 1915) se establecía lo siguiente (en negrilla lo sustancial):

> *"**Además, son del dominio de la ley las materias expresamente desarrolladas en otros artículos de la Constitución: las libertades y derechos fundamentales establecidos en el preámbulo y en otros artículos de la presente Constitución; el estatuto de familia y el estado civil**; los principios y regulaciones del sistema de salud; el régimen de los medios audiovisuales y de la prensa en todas sus formas; la amnistía; la condición de extranjero; la determinación de infracciones y penas aplicables; **la organización judicial y la creación de nuevas categorías de jurisdicción**; **los procedimientos civiles y penales**; el régimen penitenciario; el estatuto general de la función pública; las garantías fundamentales acordadas para los funcionarios civiles y militares; el reglamento de los servicios y fuerzas del mantenimiento del orden; (...)* **la determinación de las orientaciones y la organización general de la enseñanza**, *de la investigación científica y de la formación profesional".*

Es decir, que además de subordinar la ley religiosa a lo dispuesto en el texto constitucional, estipulaba que el control sobre los mecanismos que deben contribuir a la erradicación de la discriminación de género (acceso a la función pública, concienciación a través del sistema educativo, reglamento y normativas internas para los

funcionarios, entre ellos los pertenecientes a la judicatura, los procedimientos civiles y penales, etc.) debían seguir los parámetros de las convenciones internacionales.

Sin embargo, siguiendo el argumento aducido para la reforma de la *Mudawwana*, la Constitución recoge que "la familia fundada en un matrimonio legal es la base de la sociedad" y que "se establecen todos los mecanismos legales disponibles para garantizar la protección jurídica, social y económica de la familia para garantizar su unidad, estabilidad y preservación". Con dicha finalidad se creaba el Consejo Consultivo de la Familia y la Infancia (art. 32) cuyas funciones se describen en el artículo 169. Es decir, se refuerza el concepto de familia tradicional y se establecen mecanismos para su preservación mientras otros modelos de familia, como las monoparentales: madres solteras, viudas sin recursos o con cualquier tipo de discapacidad que suponga una mayor vulnerabilidad, son mencionadas como excepciones mediante eufemismos del tipo "ciertas categorías de mujeres y de madres" (art. 34) sin que se definan las medidas a aplicar para su protección.

Por otra parte, la introducción de la fórmula "ciudadanos y ciudadanas", y su reiterado empleo en el texto[50] supone otra novedad que, si bien se circunscribe al plano formal, contribuye a normalizar la igualdad que propugnan sus disposiciones. Y de manera mucho más concreta, en el capítulo II (art. 19, p. 1906) dedicado a las libertades y derechos fundamentales, en el que se establece que

[50] La fórmula es empleada en los siguientes artículos: art. 30: libertades fundamentales para los residentes extranjeros; art. 31: derechos al acceso en igualdad de condiciones a sanidad, protección social, educación, empleo estable, pensión, etc.; art. 37: respeto de derechos y deberes como ciudadanos ante la Ley; art. 38: defensa de la Patria; art. 139: implicación en los consejos regionales y colectividades territoriales; art. 146: relativo a la ley orgánica que regula lo dispuesto en art. 139; art. 154: acceso a los servicios públicos; y art. 161: sobre la función del Consejo Nacional de los Derechos del Hombre.

> *"El hombre y la mujer gozan, en igualdad, de derechos y libertades de carácter civil, político, económico, social, cultural y medioambiental enunciados en las disposiciones constitucionales y en las convenciones internacionales ratificadas por Marruecos. (...) El Estado aboga por la paridad entre hombres y mujeres y crea, a tal efecto, una Autoridad para la paridad y la lucha contra todas las formas de discriminación".*

Una paridad que incluía el derecho a participar en igualdad de condiciones en la vida política (art. 30), el acceso a las funciones públicas por méritos y en igualdad de condiciones a los servicios básicos, a una educación moderna y de calidad, un empleo digno y el derecho a la jubilación (art. 31) sin que se concretaran las medidas para llevarlas a cabo, pero no a formar parte del derecho sucesorio al Trono, que quedaba limitado a los varones (art. 43).

Además de la creación del Consejo Consultivo de la Juventud y la Acción Asociativa (art. 33) cuyas funciones se detallan en el artículo 170 sin que se especifiquen los medios previstos para su implementación, otro elemento novedoso es la inclusión de los marroquíes residentes en el extranjero, quienes por primera vez gozan de los mismos derechos y de plena soberanía (art. 17), empezando por el derecho a voto en el referéndum para refrendar el texto constitucional.

La indefinición de los mecanismos de aplicación y ejecución de los distintos artículos se suma a la yuxtaposición de otros en aspectos tan importantes como el derecho a la información o la libertad de prensa. En el primer caso, sólo puede ser limitado por la Ley con el fin de asegurar la protección de todo lo que concierna a la defensa nacional, la seguridad interior y exterior del Estado, la vida privada de las personas, o cuando se atente contra los principios y derechos fundamentales recogidos en la Constitución (art. 27), lo cual permite

una interpretación bastante ambigua de dónde comienzan y terminan las líneas rojas.

En el segundo caso, la libertad de prensa, está garantizada y no puede verse limitada por ninguna forma de censura (art. 28), pero este artículo es sistemáticamente incumplido en virtud de la prelación de otras disposiciones del texto constitucional en virtud de las cuales no se puede atentar contra el Rey, el Islam, la unidad e integridad territorial de la Patria, los principios constitucionales y los fundamentos democráticos (arts. 7, 46 y 64). Para supervisar el pluralismo, independencia y cumplimiento del código deontológico de los medios, se crea la Alta Autoridad de Comunicación Audiovisual, cuyo funcionamiento hasta el momento sigue la línea de las comisiones y organismos anteriormente citados.

Como puede comprobarse, aparte de las cuestiones directamente vinculadas con la situación de la mujer y de los derechos humanos, otros muchos aspectos abordados en el texto contribuían a suscitar el escepticismo en cuanto a su alcance efectivo[51]. De hecho, aunque el texto fue aprobado por el 98% de los votantes, si atendemos al porcentaje de censados y a la tasa de participación, la visión es muy diferente. Sólo acudió a votar el 45,5% del electorado, lo que supone menos de la mitad de la población y la cifra más baja de participación en la historia de los referéndums constitucionales. Una cifra verdaderamente ilustrativa del descontento de la sociedad marroquí no ya con la clase política, sino con el proceder del propio soberano. Al menos, así cabe entenderse si tenemos en cuenta que, al igual que en anteriores ocasiones, el referéndum constituía un gesto de adhesión al monarca, cuya iniciativa unilateral se sometía al pueblo.

[51] VELASCO DE CASTRO, R., "Marruecos (2003-2013): entre el cambio y la continuidad", pp. 157-158.

5. El derecho de familia y su injerencia en legislaciones laicas: constitución y código penal

Desde 2004, la *Mudawwana* ha continuado en el punto de mira de buena parte de la sociedad civil al denunciar por un lado, su reiterado incumplimiento en los tribunales de familia y por otro, la preeminencia que sigue teniendo en materia civil frente al texto constitucional, así como su influjo en la pervivencia de determinadas disposiciones vigentes hasta hace poco, caso de dos polémicos artículos del código penal que perpetuaban el derecho consuetudinario pre-islámico de la mujer como detentadora del honor familiar.

En primer lugar, conviene señalar el fracaso que ha supuesto hasta el momento la aplicación de la nueva *Mudawwana*. Los informes publicados han corroborado que, años después de su implantación, la mujer aún no gozaba de la igualdad de derechos prescrita en el texto y continuaba siendo víctima de discriminación en función de su sexo. En casa, en el trabajo o en la calle, la mujer marroquí era una víctima permanente de un ambiente misógino.

Uno de los indicadores que mejor puede reflejar el estado de la situación es el análisis de violencia conyugal. A finales de 2011 se publicaban los datos del primer estudio realizado en Marruecos sobre la violencia contra la mujer[52]. La muestra, realizada entre 8.300 voluntarias de diverso origen y condición social, mostraba una pauta lo suficientemente orientativa como para plantear algunas conclusiones. El cuestionario se estructuraba en cuatro bloques temáticos correspondientes a distintas formas de violencia: física, sexual, psicológica y económica.

En números globales, el 62,8% de las mujeres entrevistadas había sido víctima de la violencia durante el año 2009. La precariedad social resultó determinante en el desencadenante de la violencia en un 55% de

[52] Véase como ejemplo la encuesta publicada en *Tel Quel*, 456, 2011, p. 25.

los casos y sólo el 3% de la violencia conyugal fue denunciada y llevada ante la Ley. Asimismo, la falta de libertad se manifestaba en que el 13% afirmaban no poder vestirse como desearían, el 8% habían sido obligadas a llevar velo, frente a un 22% que denunciaba que habían sido obligadas a quitárselo. El estudio se completaba con un análisis sobre el porcentaje de incumplimiento de las disposiciones de la *Mudawwana*. Entre las cifras que se ofrecían, aparecía un dato bastante significativo: el 8% de las mujeres con un marido polígamo no habían sido informadas de su nueva situación[53].

La situación no ha mejorado. En 2015 la Maghreb Arabe Presse (MAP) daba a conocer los datos de una nueva y detallada encuesta oficial (414 páginas) realizada en 2009 a nivel nacional por el Alto Comisariado del Plan contra la violencia de género[54] con un resultado demoledor: 3,7 millones, el 55% del total de mujeres marroquíes casadas, afirmaban ser víctimas de violencia conyugal. Y frente a lo que a priori pudiera pensarse, dicha violencia era ejercida en un porcentaje ligeramente superior en medios urbanos (56,1%) que en núcleos rurales (53,3%). Asimismo, recogía que la práctica continuada de violencia psicológica ejercida por el marido en todas sus formas posibles alcanzaba al 38,7% de las mujeres casadas encuestadas, mientras un 30,30% denunciaban la coartación de sus libertades individuales y un 22,4% sufría insultos, violencia verbal y diversas humillaciones.

Ante estos resultados, las respuestas han sido diversas. Por parte de la sociedad civil, se han organizado manifestaciones delante de los tribunales de familia de ciudades y pueblos del país en los que determinadas sentencias habían vulnerado los derechos constitucionales e incluso algunas disposiciones de la *Mudawwana*. En

[53] Encuesta publicada en *Tel Quel*, nº 456 (2011), p. 25.
[54] Véase Haute-Comissariat au Plan, *Enquête nationale sur la prévalence de la violence*, Rabat, 2012, 414pp. Disponible online en la Web del Alto Comisariado: http://www.hcp.ma/Enquete-nationale-de-la-prevalence-de-la-violence-a-l-egard-des-femmes_a105.html.

cuanto al Gobierno, decidió lanzar una campaña de sensibilización contra la violencia de género a través de los Ministerios de Solidaridad, de la Familia y del Desarrollo Social a cargo de la única mujer en el actual ejecutivo, Bassima Haqqawi, del Partido islamista Justicia y Desarrollo, y del de Justicia y Libertades al frente del cual se encuentra Mustafa Ramid, de ideología conservadora, polígamo y bastante cuestionado desde los sectores progresistas de la sociedad. Un nuevo gesto de poco calado real en la sociedad.

El inmovilismo de los responsables de ambos organismos ha vuelto a ser denunciado dentro y fuera del país. En este último caso, el 16 de febrero de 2016 por la ONG Human Rights Watch (HRW) a través de una carta en la que se denuncia el reiterado incumplimiento de lo establecido en la legislación marroquí, la escasa formación y preparación de los funcionarios judiciales y de los cuerpos de seguridad del Estado, así como la falta de voluntad por parte de políticos y magistrados en hacer cumplir la ley[55].

Estas denuncias y recomendaciones se daban a conocer tras hacerse público el borrador de reforma del código penal marroquí un año antes, en 2015. Hasta entonces, el texto vigente (el primero, de 1963, había sido mínimamente reformado en 1953 y parcialmente en 2011) contravenía las disposiciones de la *Mudawwana* y numerosos artículos del texto constitucional en el tratamiento de la violencia de género, del establecimiento de penas por violación y de la condición y situación jurídica de la mujer en general. La cobertura que dieron los medios informativos al caso de Amina Filali reavivó la lucha para lograr que la jurisprudencia dejara de amparar la violencia de género.

[55] El contenido íntegro de la carta puede consultarse en varios idiomas en la Web del organismo: https://www.hrw.org/news/2016/02/15/letter-human-rights-watch-government-morocco-domestic-violence-law-reforms.

Amina, de dieciséis años, se suicidó en marzo de 2012 en Churfa, un pueblo sito entre Arcila y Larache, tras ingerir un matarratas. El desencadenante fue una decisión judicial acorde con el código penal en vigor en aquel momento. Tras ser violada con 15 años, tanto su familia como el magistrado que llevó el caso la coaccionaron para que acatara el cumplimiento del artículo 475 en función del cual el agresor o violador de una menor era eximido de la pena de 5 años de cárcel prescrita para dicho delito si contraída matrimonio con su víctima. De acuerdo con la nueva *Mudawwana*, los padres de Amina dieron su consentimiento y el juez su aprobación, por lo que a pesar de la negativa de la joven, fue obligada a casarse y a convivir con su agresor, que prosiguió durante meses maltratando a la menor. Nueve meses después, Amina se quitaba la vida.

Este caso, que no supone una excepcionalidad en el conjunto de la sociedad marroquí, evidencia cómo la mujer era víctima de una triple condena: la social, que la estigmatiza de por vida; la jurídica, pues no sólo carece de protección legal sino que se la castiga al ser obligada por ley a permanecer bajo la tutela de su verdugo; y la personal, ante la que muchas jóvenes sucumben y acaban por adoptar medidas desesperadas. Conviene recordar que el suicidio está terminantemente prohibido en el Islam por contravenir la voluntad divina al atentar contra la vida humana y por tanto, constituye un delito penado con cárcel, al igual que sucede con el aborto. Culturalmente, se trata de una práctica que sólo puede entenderse como último recurso y que denota el grado de sufrimiento e indefensión de estas menores.

Este suceso provocó una respuesta unánime en la sociedad civil para exigir la derogación de dicho artículo con la consiguiente remodelación del código penal y también para denunciar el inmovilismo de los responsables políticos ante estos sucesos, pues el caso de Amina había conseguido visibilizar una realidad silenciada hasta entonces. Las presiones para modificar el código penal y los artículos de la *Mudawwana* que permiten el matrimonio de menores de edad han centrado buena parte de las protestas y manifestaciones de las

organizaciones feministas y de derechos humanos en el país. La movilización ha sido tal, que a finales de enero de 2013, el gobierno del Partido Justicia y Desarrollo (PJD) manifestaba públicamente su compromiso a impulsar la enmienda del artículo 475 del código penal y a promover la eliminación de las disposiciones contenidas en la *Mudawwana* que permiten a un juez autorizar el matrimonio de una niña menor de edad.

Un mes más tarde, el Ministerio de Justicia marroquí aprobaba las enmiendas al código penal, con las que supuestamente se reforzarían las penas de los delitos por violencia sexual. Estos cambios incluían la modificación del artículo 475, pero no una revisión completa del Código para revocar las disposiciones que discriminan a la mujer. Un año después, en enero de 2014, un parlamento marroquí medio vacío en el que las representantes políticas femeninas eran mayoría, aprobaba por unanimidad la revocación del artículo 475 tras dos años de intenso debate y medio siglo de vigencia. No obstante, según se desprende del texto, publicado en junio de 2015[56], la reforma de nuevo resulta insuficiente, como denunciaba un año más tarde Human Rights Watch. Respecto a la modificación del artículo 475 referido al abuso de menores (p. 175) quedaba aprobado en los siguientes términos: "Todo el que sin violencia, amenazas o fraude, rapte o corrompa o intente raptar o corromper a un menor de dieciocho años es castigado a una pena de prisión de entre uno a cinco años y a una multa de entre 200 a 500 dirhams."

Tampoco se había resuelto con la suficiente firmeza los cambios introducidos en el artículo 486 relativo a las condenas por violación (p. 179):

[56] Texto disponible en la Web del Ministerio de Justicia y Libertades marroquí: http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/codepenal.pdf.

> *"La violación es el acto por el cual un hombre mantiene relaciones sexuales con una mujer contra su voluntad y se castiga con la reclusión de entre cinco a diez años. Sin embargo, si la violación se ha cometido contra una menor de dieciocho años, contra una incapacitada, una discapacitada, una persona cuyas facultades mentales se conozca que están mermadas, o contra una mujer embarazada, la pena de prisión es de diez a veinte años".*

Al desamparo legal de las víctimas se une la condena social de la que son objeto estas mujeres. Sean o no menores de edad, quedan estigmatizadas de por vida y sin apenas posibilidad de reinsertarse. Como señalaba la activista Aicha Channa, una de las primeras militantes feministas en combatir la situación de las madres solteras y sus hijos, "ya sea por haber sido violada, por haber quedado embarazada, o por ser hija de una violación, en cualquiera de los tres supuestos, la condena impuesta a la víctima resulta en muchos casos, insufrible"[57].

En el caso de quedar embarazadas, pasan a formar parte de las llamadas madres solteras junto con aquellas madres que han sufrido el abandono o desentendimiento del padre del niño. Como se ha visto en la *Mudawwana* de 2004 y en la Constitución de 2011, el progenitor no tiene obligación legal de reconocer ni de hacerse cargo del hijo/a en cuestión, tampoco se facilita a la madre atención sanitaria, asistencia psicológica, protección económica para hacer frente a la situación ni

[57] MARSHALL, K., "Discussions with Aicha Ech-Channa, Founder and President, Association Solidarité Féminine, Casablanca, Morocco", en *Berkley Center for Religion, Peace & World Affairs*, 2009. Disponible online en: http://berkleycenter.georgetown.edu/interviews/discussions-with-aicha-ech-channa-founder-and-president-association-solidarite-feminine-casablanca-morocco.

una salida al mercado laboral que les permita ser autosuficiente y criar a su hijo/a en un entorno adecuado y estable.

Si en la Mudawwana todo lo que se salga del matrimonio tradicional no tiene cabida, y por lo tanto el silencio es absoluto, en el texto constitucional de 2011 las madres solteras eran mencionadas, si bien de manera colateral y mediante eufemismos, a través de su inclusión en "ciertas categorías de mujeres y de madres" (art. 34). Sin embargo, no se establece ningún tipo de protocolo de actuación ni de normativa específica para estos casos. Por el contrario, el procedimiento para demostrar ante la Policía y el juez que se ha sido objeto de violación o del reconocimiento de paternidad de dicho violador está lleno de requisitos de muy difícil cumplimiento para las víctimas[58].

Estas últimas, según la visión tradicional de la familia que todavía impera en buena parte de la sociedad marroquí, son moralmente las únicas culpables de los actos cometidos contra ellas, por lo que en muchos casos son expulsadas de sus casas y condenadas por sus propias familias, provocando a veces que el recién nacido sea objeto de rechazo e incluso de malos tratos como responsable más directo de su desgracia[59].

En el supuesto de que se opte por interrumpir el embarazo, ha de hacerse de manera clandestina y en muchos casos sin las condiciones higiénicas mínimas, circunstancia que puede abocar en enfermedades y complicaciones posteriores e incluso a la muerte. Conviene recordar que el aborto se considera jurídicamente equiparable a un asesinato, en línea con lo prescrito por el Islam. Por lo tanto, la madre puede ser encarcelada en función de la ley 1-93-165 de 10 de septiembre de 1993,

[58] Para más información, véase VELASCO DE CASTRO, R., "Solidaridad y empoderamiento en Marruecos: el testimonio vital de Aicha Channa", en *Más igualdad. Redes para la igualdad*, Sevilla, 2012, pp. 659-670.
[59] Véase el testimonio de ECH-CHANNA, A., *Miseria: cuaderno de notas de una asistente social*, A Coruña 2002.

y de contravenir que "el derecho a la vida es un derecho fundamental protegido por la Constitución" (art. 20). La petición de que pueda practicarse en casos de violación o de peligro para la madre, como defienden militantes feministas como las exministras Nuzha Sqalli y Yasmina Badduh, ha llevado a que la ministra de la Familia, Bassima Haqqawi, se pronunciara al respecto. Esta última se declaraba en 2012 contraria a su legalización, aunque se mostraba comprensiva con el drama que supone para muchas mujeres[60]. Con ello se reabría un debate que continúa vigente en la actualidad sin que hasta el momento se haya plasmado en el terreno jurídico mediante la reforma del código penal, ni haya calado en la mentalidad de buena parte de la sociedad.

Si por el contrario la madre decide tener al hijo y darlo en adopción, la situación no resulta menos esperanzadora que en los supuestos anteriores. En el caso de los niños de padres desconocidos, su nombre en árabe define muy bien su situación: son los "hijos del pecado", "de lo prohibido" (*ulad al-ahram*), un estigma que les acompaña de por vida. De nuevo el peso del modelo religioso de familia y de la preeminencia de los tribunales de familia regidos por la *Mudawwana* interfieren en la consideración social y sobre todo jurídica que deberían tener. Como se ha mencionado en líneas anteriores, muchos de estos niños son abandonados, en cuyo caso, pueden acabar o bien en refugios desde donde se les busca el acogimiento en familias, o bien directamente en la calle, donde sobreviven a expensas de estar expuestos a múltiples abusos y maltratos.

En el caso de que puedan ser acogidos en régimen de *kafala* o custodia temporal, no gozan del mismo estatus jurídico-legal que los hijos legítimos (art. 149 de la *Mudawwana*), ya que no forman parte del modelo de familia tradicional del que dimana el código de familia. Con el agravante de que al cumplir la mayoría de edad el período de acogida

[60] Entrevista publicada en el diario arabófono *al-Ahdat al-Magribiyya*, el 24 de febrero de 2012.

culmina sin más garantías ni ayudas[61]. Y aunque en su última modificación, el Código incluía una serie de medidas judiciales de protección al menor, como el reconocimiento de la paternidad de hijos fuera del matrimonio "en caso de matrimonio no formalizado por motivos de fuerza mayor" mediante la aportación de pruebas valoradas por el juez (arts. 157 y 158), dichos motivos no contemplan en ningún caso las situaciones y experiencias de las madres solteras, por lo que no es aplicable a sus hijos.

Con respecto al régimen de acogida, conviene destacar que la *kafala* de 1993 fue sustituida en 2002 por los 32 artículos de la Ley 15-01 (B.O. nº. 5031 de 19 de agosto de 2002), en los que se volvía a regular el procedimiento de acogida de estos menores, se imponían castigos penales muy genéricos ante cualquier irregularidad detectada y por primera vez se equiparaban a las condenas establecidas para los abusos sobre hijos legítimos de un matrimonio tradicional. Un gesto a todas luces insuficiente, aunque significativo dentro del ámbito de los menores abandonados, que venía a admitir oficialmente los malos tratos a los que eran sometidos.

Otra de las novedades propuestas ha sido la de permitir a los musulmanes que pudieran cuidar de un niño hasta que se hiciera adulto, mientras que a las musulmanas solteras se les daba la posibilidad de cuidar de niñas abandonadas[62]. Esta distinción, una vez más discriminatoria, no se sustentaría en la justificación esgrimida para su aprobación: la erradicación de los abusos sexuales en el caso de las menores. En cuanto a la aplicación del régimen de *kafala* a las familias españolas, se mantiene a través de la renovación de los acuerdos bilaterales establecidos a tal efecto.

[61] Para más información, véase BARGACH, J., *Between prescription and proscription: Adoption, kafala, and abandoned children in Morocco*, Houston, 1998.
[62] BARGACH, J., *Orphans of Islam*, p. 215.

Por su parte, el texto constitucional no hace mención explícita de estos niños y su régimen de acogida, por lo que podría entenderse, pero no se especifica, que podrían acogerse o formar parte del área de intervención del Consejo Consultivo de la Familia y la Infancia (art. 32) cuyas funciones se describen en el artículo 169. En cualquier caso, la Constitución de 2011 establecía en su preámbulo la prelación de la legislación internacional sobre la nacional y ratificaba la adhesión de Marruecos a los convenios internacionales sobre Derechos Humanos, entre ellos, la Convención de los Derechos del Niño. Asimismo, reconocía los derechos de los menores a una educación y una vida digna, pero lo hace en el marco de la familia tradicional con una familia "fundada sobre el vínculo legal del matrimonio, que es la base de la sociedad" (art. 32). Cabría concluir por tanto, que estos derechos se reducen a los hijos legítimos.

Una vez más, la *kafala*, inspirada en el modelo religioso y tradicional de la *Mudawwana*, y el propio texto constitucional, que se ha visto contaminado por el modelo tradicional de familia hasta el punto de establecerlo como base de la sociedad marroquí, contravienen lo estipulado en las convenciones internacionales e incumplen el orden de prelación establecido en el preámbulo de la carta magna.

Finalmente, los "niños de la calle", entre los que hay algunos procedentes de familias desestructuradas que no pueden hacerse cargo de él o cuyo trato no es el adecuado para el menor, que acaba huyendo de casa, pero también algunos de estos hijos de mujeres violadas que no consiguen ser acogidos. El acoso sexual y el peligro de violación de este colectivo, incluso entre ellos mismos, han comenzado a tener visibilidad en algunos medios de comunicación marroquíes de ideología progresista[63].

[63] FATHI, N., "Dur, dur d'être une femme", en *Tel Quel*, 512, 2012, p. 24.

Asimismo, se publican artículos sobre temas cotidianos en los que por primera vez se habla específicamente de las niñas de la calle, cuya vida se resume en los siguientes términos: "sus vidas, son mucho más violentas, complicadas y llenas de trampas que la de sus compañeros masculinos (…) abusos sexuales, peleas y amenazas permanentes a las que deben hacer frente. Nos sumergimos en el infierno de las niñas de la calle."[64] Frente a esta realidad, que la *Mudawwana* silencia e ignora por completo, tampoco la Constitución va más allá del citado Consejo Consultivo de la Familia y la Infancia con las limitaciones ya expuestas para el caso de los niños acogidos en régimen de *kafala*.

6.- Conclusiones

A tenor de lo expuesto en estas líneas, cabría colegir algunas conclusiones. En primer lugar, la plena vigencia de los mecanismos que sustentaban la "dominación legítima" en el Marruecos moderno: la legitimidad política, jurídica y religiosa que actualmente conserva el monarca marroquí y su autoridad sobre las decisiones de alfaquíes y ulemas; la impronta de la tradición islámica en la jurisdicción especial por la que se rigen las cuestiones de estatuto personal y su coexistencia junto a las legislaciones de corte occidental; o el peso de la escuela malikí en dicha jurisprudencia. Existe, por tanto una continuidad en la que el protectorado hispano-francés actuó como eslabón intermedio en la cadena de transmisión de estas tradiciones.

El impulso de la Residencia General por modernizar la justicia majzeniana resultó decisivo para que la administración de justicia del Marruecos independiente siguiera los cauces trazados por Francia, sin que por ello la tradicional jurisdicción del estatuto personal escapara a las atribuciones de la justicia cheránica. La difícil convivencia de estas dos tradiciones jurídicas continuó generando tensiones en torno a la

[64] CRÉTOIS, J., "Chamkara au fémenine", en *Tel Quel*, 456, 2011, p. 46.

legitimidad. La preeminencia de la *Mudawwana* sobre el texto constitucional de 1962 ilustraría la vigencia de los modelos tradicionales. Estos últimos estaban también presentes en una Constitución otorgada que consolidaba al soberano como máxima autoridad política y religiosa del país.

En consecuencia, las peculiaridades del sistema político marroquí han influido en la configuración de las estructuras y en el funcionamiento efectivo de la Justicia en todos sus aspectos. La hegemonía política, social y económica de una élite sustentada en el mantenimiento de un sistema patriarcal a través de la pervivencia de la tradición religiosa y su instrumentalización como elemento indentitario de la nación, han perpetuado un sistema político y jurídico liderado por el Comendador de los Creyentes desde el que se ha promovido la formación de una sociedad en unos valores tradicionales y religiosos que reforzaban la autoridad del monarca y de la *Mudawwana* como elemento de control político y social de los ciudadanos, y especialmente de las ciudadanas. Al fortalecimiento de este sistema han contribuido los movimientos islamistas, que han provocado una ola de neo-conservadurismo entre algunos sectores de la sociedad.

Esta sacralidad articulada en términos jurídicos a través de la *Mudawwana* implica un inmovilismo totalmente antinatural que frente a la aplicación de otras legislaciones laicas de corte progresista, sumen a la sociedad marroquí y a sus instituciones en una contradicción permanente cuya resolución implicaría una separación de poderes entre el Estado y el Islam que afectaría de lleno a los principales pilares sobre los que reposa el Reino alauí. Es éste el principal problema que afecta no sólo a la Justicia, sino a otros muchos órdenes.

Pese a las limitaciones existentes, tras la *Mudawwana* de 2004, una de las más avanzadas dentro del mundo árabe e islámico, la reforma constitucional de 2011 y la reforma del código penal de 2015, Marruecos cuenta dentro del marco jurídico-legal con instrumentos y herramientas suficientes para cumplir y hacer cumplir la igualdad de

derechos y libertades entre hombres y mujeres. Las dificultades para su aplicación vienen inferidas de la mentalidad conservadora que, bien por mantener una oligarquía masculina, bien por considerar este tradicionalismo un elemento consustancial a la identidad cultural-religiosa marroquí, se resiste a modificar una visión alejada de la realidad social. De ahí que las sucesivas modificaciones y reformas de la *Mudawwana* y la *Constitución* en el último medio siglo hayan mostrado unos cambios otorgados y medidos en el marco de la continuidad de las estructuras del Estado.

En cualquier caso, la pervivencia de la *Mudawwana* y su preeminencia sobre el texto constitucional, pese a contravenir lo establecido y rubricado por Marruecos ante diversos organismos internacionales, demuestra la importancia de las jurisdicciones especiales de base religiosa en el mundo árabe e islámico y su vigencia actual. Y también constata la lucha interna de buena parte de la ciudadanía para conseguir que la igualdad de género y el cumplimiento de los derechos humanos se enmarquen en el funcionamiento de un sistema plenamente democrático.

LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y SU FINANCIACIÓN EN LA UE[1]

Sonia López-Sáiz
Universidad Rey Juan Carlos

1.- La estrategia de la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo y su financiación

Desde los atentados de Madrid, en marzo de 2004, la Unión Europea ha intensificado sus esfuerzos en su lucha contra el terrorismo aprobando numerosas leyes y reglamentos para desarrollar una estrategia que la proteja del mismo. En este sentido, en el año 2005 el Consejo Europeo aprobó la Estrategia de la UE de lucha contra el terrorismo.

La sociedad actual, partícipe de una mayor conectividad global hace que desde las instituciones se desarrollen políticas de defensa ante agresiones no sólo físicas, sino también digitales o virtuales. Por tanto,

[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.

la lucha contra el terrorismo no sólo se enfoca a acciones encaminadas a garantizar la seguridad física de los ciudadanos, sino también a garantizar un acceso seguro a la economía digital.

Este proceso de creación e implantación de una política antiterrorista comunitaria, requiere una mayor coordinación y coherencia de las políticas europeas, tanto internas como externas y, para ello, se hace necesaria una mayor y más profunda cooperación policial, judicial y socia para evitar los radicalismos y extremismos en grupos de población sensibles o vulnerables.

La situación de una amenaza terrorista global ha hecho que la Unión Europea y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) hayan desarrollado una estrategia global cuyo objetivo es garantizar un mayor grado de seguridad mundial. La forma en la que se desarrolla esta estrategia es nacional, europea e internacional.

Esta estrategia comunitaria se basa en cuatro pilares o prioridades fundamentales:

Prevención

En esta primera fase se trata de identificar y luchar contra aquellos factores que actúan como catalizadores en procesos de radicalización de personas para captarlas y que cometan actos terroristas. Con el fin de desarrollar políticas de prevención más eficaces, la Comisión en 2011 creó la Red para la Sensibilización frente a la Radicalización (RSR) que está formada por cerca de un millar de expertos europeos.

Durante estos años de actividad, la RSR ha elaborado un catálogo de medidas que se empezaron a aplicar en 2014 hasta 2020. La UE se basa en diez puntos para reforzar la lucha contra la radicalización y el extremismo violento:

i. Desarrollo de estrategias globales a escala nacional. Que cada país desarrolle sus propias estrategias de lucha contra la radicalización teniendo un enfoque global.

ii. Creación de un centro europeo de conocimiento con el fin de facilitar información a los líderes políticos de la UE y facilitarles su toma de decisiones en estas cuestiones.

iii. Utilizar la información y los conocimientos que proporciona la Red para la Sensibilización frente a la Radicalización (RSR).

iv. Formar a profesionales que trabajen directamente con personas o grupos de riesgo como trabajadores sociales, educadores, personal de instituciones penitenciarias, etc.

v. Desarrollar programas que faciliten la salida de miembros de grupos extremistas.

vi. Mayor cooperación con la sociedad civil y el sector privado para elaborar discursos alternativos a los extremistas.

vii. Dar cobertura a las víctimas para la prevención y la desradicalización.

viii. Fomentar en los jóvenes un pensamiento crítico sobre los mensajes extremistas.

ix. Investigar y compartir información sobre cómo evolucionan los extremismos y radicalismos.

x. Trabajar de forma más cooperativa con países socios de la UE.

Protección

Esta prioridad se refiere a la protección de la ciudadanía y las infraestructuras, así como a reducir la vulnerabilidad a potenciales atentados. Entre las cuestiones que implica esta protección están las fronteras exteriores, una mejor seguridad en los transportes, los objetivos considerados como estratégicos y hacer menos vulnerables las infraestructuras consideradas clave.

En este sentido, el 21 abril de 2016 el Consejo adoptó una Directiva[2] sobre la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y puesta a disposición de la justicia de los delitos de terrorismo y delincuencia grave.

El objeto de esta Directiva es regular la transferencia de datos PNR (Passenger Name Record) de pasajeros de vuelos internacionales de las compañías aéreas a los Estados miembros. También incluye el tratamiento de estos datos por las autoridades competentes. En este sentido, la Directiva establece que los datos PNR sólo pueden ser tratados para la prevención, detección, investigación y puesta a disposición judicial de delitos terroristas y delitos graves.

[2] Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

De acuerdo con esta Directiva, las compañías aéreas tienen la obligación de facilitar a las autoridades de los Estados miembros los datos PNR de los vuelos que entren o salgan de la UE. También permite, aunque no será obligatorio, que los Estados miembros recopilen los datos PNR sobre vuelos interiores de la UE seleccionados.

Asimismo, esta Directiva insta a cada Estado miembro a crear la «Unidad de Información sobre los Pasajeros», que recibirá los datos PNR de las compañías aéreas.

Persecución

La prevención y la protección pretenden reducir la capacidad de planificación y organización de los grupos terroristas y, para ello, la UE a través de sus instituciones se ha centrado en fortalecer las capacidades nacionales, mejorar la cooperación e intercambiar información entre autoridades policiales y judiciales, a través de Europol y Eurojust, así como luchar contra la financiación del terrorismo y privar a los terroristas de medios económicos para llevar a cabo sus actos delictivos. Hoy en día, la globalización de los mercados financieros, hacen que el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y el crimen organizado se hayan convertido en cuestiones prioritarias para la UE ya que los flujos de dinero ilícito pueden dañar la integridad, la estabilidad y la seguridad de la UE. Por ello, el 20 de mayo de 2015 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

Las medidas de esta Directiva tienen un marcado carácter preventivo por lo que se dirigen a la manipulación de fondos originarios de delitos graves y fondos cuyo destino son fines terroristas. Asimismo, ya que las actividades de blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo se llevan a cabo en un contexto internacional, no tiene sentido, que las medidas sean de ámbito nacional o comunitario sin

tener en cuenta la cooperación internacional ya que sus resultados serían muy limitados. Por ello, es recomendable que la UE tenga en cuenta las Recomendaciones del GAFI[3] y los instrumentos de otros organismos internacionales que se ocupan de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Estas cuarenta Recomendaciones del GAFI son:

1. Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo
2. Cooperación y coordinación nacional
3. Delito de lavado de activos
4. Decomiso y medidas provisionales
5. Delito de financiamiento del terrorismo
6. Sanciones financieras dirigidas relacionadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo
7. Sanciones financieras dirigidas relacionadas a la proliferación
8. Organizaciones sin fines de lucro
9. Leyes sobre el secreto de las instituciones financieras
10. Debida diligencia del cliente
11. Mantenimiento de registros

[3] GAFI: *Grupo de Acción Financiera Internacional.*

12. Personas expuestas políticamente
13. Banca corresponsal
14. Servicios de transferencia de dinero o valores
15. Nuevas tecnologías
16. Transferencias electrónicas
17. Dependencia en terceros
18. Controles internos y filiales y subsidiarias
19. Países de mayor riesgo
20. Reporte de operaciones sospechosas
21. Revelación (*tipping-off*) y confidencialidad
22. APNFD: debida diligencia del cliente
23. APNFD: Otras medidas
24. Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas
25. Transparencia y beneficiario final de otras estructuras jurídicas
26. Regulación y supervisión de las instituciones financieras
27. Facultades de los supervisores

28. Regulación y supervisión de las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD)
29. Unidades de inteligencia financiera

30. Responsabilidades de las autoridades de orden público e investigativas

31. Facultades de las autoridades de orden público e investigativas
32. Transporte de efectivo

33. Estadísticas

34. Guía y retroalimentación

35. Sanciones

36. Instrumentos internacionales

37. Asistencia legal mutua

38. Asistencia legal mutua: congelamiento y decomiso

39. Extradición

40. Otras formas de cooperación internacional

Atendiendo a estas Recomendaciones, la Directiva establece como límite el ingreso y pagos en efectivo por un importe igual o superior a 10.000 € como límite para minimizar los riesgos del blanqueo, no obstante, insta a los Estados a establecer límites inferiores así como a implantar otras restricciones a la utilización de efectivo y adoptar medidas más estrictas.

Además, la cada vez mayor utilización del dinero electrónico ha convertido a los productos electrónicos como una alternativa a las cuentas bancarias tradicionales. Por ello, además de las medidas contenidas en la Directiva 2009/110/CE[4] del Parlamento Europeo y del Consejo significa supeditar estos productos a las obligaciones en la normativa de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

En cuanto a los delitos o infracciones de tipo fiscal, ya sean de impuestos directos e indirectos, se consideran como "actividad delictiva" en sentido amplio de acuerdo a la Directiva y a las Recomendaciones del GAFI. No obstante, las legislaciones nacionales en materia fiscal pueden diferir respecto a esta Directiva. Aunque no se pretende la armonización de las definiciones de delito fiscal en la legislación nacional de los Estados miembros, estos deben autorizar, en la mayor medida posible, el intercambio de información entre las unidades de inteligencia financiera (UIF) de la UE.

En cuanto a la identificación, es necesario identificar a toda persona física que posea el control de una persona jurídica. En este sentido, la Directiva establece que "la identificación del titular real y la comprobación de su identidad debe hacerse extensiva, en su caso, a las personas jurídicas que posean otras personas jurídicas, y las entidades obligadas deben buscar a la persona o personas físicas que ejerzan el control en último término, a través de la propiedad o el control por otros medios, de la persona jurídica que sea el cliente. El control a través de otros medios puede incluir, entre otros, los criterios de control utilizados a efectos de elaborar estados financieros consolidados, como

[4] Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y Consejo de 16 de septiembre de 2009 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE.

a través del acuerdo de los accionistas, el ejercicio de una influencia dominante o el poder de nombrar a la dirección.

Puede haber casos en los que no se pueda identificar a una persona física como la persona que en último término ostenta la propiedad o que ejerce el control sobre una persona jurídica. En estos casos excepcionales, las entidades obligadas, una vez agotados todos los medios de identificación y siempre que no haya motivos de sospecha, pueden considerar que el titular real es el administrador".

Respuesta

Este apartado, se centra en crear los mecanismos solidarios y de gestión pertinentes en caso de que haya un atentado terrorista. En este punto, el foco se pone en dos aspectos, el primero es dar una respuesta coordinada y, el segundo, atender las necesidades de las víctimas. Para ello, se hace necesario el desarrollo del Dispositivo Integrado de Respuesta Política de la UE a las Crisis (DIRPC), la revisión de los protocolos de protección civil y la puesta en común de buenas prácticas en la asistencia a las víctimas.

3. Bibliografía

- Arteaga, F. "La defensa europea, su industria y el Consejo Europeo de 25-26 de junio de 2012". Comentario Elcano 39/2015 - 9/6/2015.

- Azat G. *The Changing Character of War*. Oxford University Press. 2011.

- Biscop, S. & Fiott, D. (eds.), *The state of defence in Europe: State of emergency?*. Egmont paper 62, Egmont – The Royal Institute for International Relations, November 2013.

- Centre for European Policy Studies. *More Union in European Defence*. Report of a CEPS Task Force, February 2015.

- Colemont, J. CSDP: *There is something there that was not there before*. Egmont Institute, 2015.

- Consejo de la Unión Europea, de 17 de julio de 2008 - Estrategia revisada sobre financiación del terrorismo.

- Consejo de la Unión Europea, de 30 de noviembre de 2005 – Estrategia de la Unión Europea de Lucha contra el Terrorismo.

- Consejo Europeo. Conclusiones de 25 de noviembre, 19-20 Diciembre 2013, y 25 y 26 de Junio 2015.

- Decisión 2007/124/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico «Prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo y de otros riesgos en materia de seguridad», integrado en el programa general «Seguridad y defensa de las libertades» [Diario Oficial L 58 de 24.2.2007].

- Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

- Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

- Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y Consejo de 16 de septiembre de 2009 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE.

- Documento de recomendaciones sobre las medidas de control interno de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, elaborado por el Sepblac con objeto de facilitar a los sujetos obligados el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 26 de la Ley 10/2010 de 28 de abril.

- Documento de recomendaciones sobre medidas de control interno de PBC-FT.

- European Commission. The EU´s comprehensive approach to external conflict and crises. December, 2013.
European Commission. Towards a more competitive and efficient defence security sector. July, 2013.

- European Global Strategy. Towards a European Global Strategy: Securing European Influence in a Changing World. 2015.

- European Parliament. Towards a new European Security Strategy? Assessing the impact of changes in the global security environment. June 2015.

- European Political Strategy Centre. In Defence of Europe: Defence Integration as a Response to Europe's Strategic Moment. Issue 5/2015, June 2015.

- European Union, Institute for Security Studies. Yearbook of European Security 2015. March 2015.

- European Union. European Security Strategy: A Secure Europe in a Better World. December 12, 2003.

- European Union. Report on the Implementation of the ESS: Providing Security in a Changing World. December 11, 2008.

- European Union. Towards a New European Neighbourhood Policy. Joint consultation paper, March 2015.

- Factores clave para la prevención del blanqueo de capitales en la gestión de transferencias.

- FATF (2014) – Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo – España, Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua, FATF.

- Guía para la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo bajo un enfoque basado en el riesgo.

- Guía para la prevención del riesgo de blanqueo de capitales en banca de corresponsales.

- Guía para la prevención del riesgo de blanqueo de capitales en el mercado de renta variable.
Informe de evaluación sobre el sistema español de PBC y FT.

- Informe del Consejo de la Unión Europea, de 17 de enero de 2011, sobre el Plan de acción de la UE para la lucha contra el terrorismo.

- Informe sobre tipologías de blanqueo de capitales.

- Minard, P. The Reform of the European Security Strategy. Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité, Mai 2013 ; Langlois, M. Sécurité Globale et surprises stratégiques en Europe.

Institut de Recherche Stratégique de L´École Militaire. Lettre nº 8 - 2014, págs.27-28.

- Missiroli, A. The EU in a multiplex world. EU Institute for Security Studies, nº7 March 2015.

- www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mer-spain-2014.html.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL[1]

Cecilia Rosado Villaverde
Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción

La aparición de la justicia constitucional en los Estados contemporáneos supuso uno de los puntos clave de nuestros sistemas constitucionales. La supremacía de la Constitución, su posición como norma suprema del ordenamiento jurídico se hizo efectiva a partir de la creación de los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes.

[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.

Para entender correctamente la importancia de los mismos es necesario situarse en su origen.

Es la famosa sentencia *Marbury vs. Madison*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, la primera que establece los principios básicos de la justicia constitucional. En esta decisión judicial de 1803 fue esencial el papel que jugó el presidente del Tribunal, John Marshall, el cual, a través de varias preguntas y sus respuestas establece que todas aquellas leyes que sean contrarias a la Constitución, deben quedar inaplicadas. Por tanto, ninguna ley elaborada por el Parlamento puede contradecir a la norma creada por el poder constituyente, que se encarga de establecer la separación de poderes del Estado y el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas[2].

El modelo que se desarrolló a partir de esta decisión ha sido adoptado por numerosos Estados. Sus características han dado nombre propio a este modelo: modelo de control difuso de constitucionalidad de las leyes. Este sistema se lleva a cabo por todos y cada uno de los jueces y magistrados del Estado, no solo conoce el Tribunal Supremo, aunque cuando este sea el caso, unificará jurisprudencia. Por otro lado, jueces y magistrados conocen de la posible inconstitucionalidad de una ley por vía incidental, es decir, cuando estén resolviendo un litigio y la ley aplicada al mismo plantee dudas sobre su respeto a la Constitución. Para declarar la no constitucionalidad de la norma legal se debe declarar cuando la aplicación de la misma dé como resultado un acto inconstitucional. Finalmente, cuando la ley sea declarada inconstitucional el juez o la magistrada la inaplicará para el caso concreto. Sólo el Tribunal Supremo puede declarar la inaplicación general de la ley o de sus artículos. Ello es así porque el Poder Judicial no puede derogar leyes o normas legales, de eso se encarga el poder legislativo. La sentencia *Marbury vs. Madison* dejó claro que el poder

[2] El art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 recoge esta definición de Constitución.

judicial es el competente para controlar el respeto de las leyes hacia la Norma suprema, eso sí, no extralimitándose de sus funciones: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Estudiado este sistema, podemos observar que no estamos ante una jurisdicción especial, lo único que estamos mencionando es la aplicación de la función jurisdiccional a la relación entre la Constitución y las normas legales. Y esta aplicación la realiza el Poder Judicial. Para hablar de un control de constitucionalidad de las leyes donde se cree una jurisdicción especial, fuera del Poder Judicial, debemos estudiar cómo se crea en Europa la Justicia constitucional.

Hay que situarse en los años veinte del siglo XX. Hans Kelsen escribió un artículo de investigación que marcó el establecimiento de un nuevo modelo de control de constitucionalidad de las leyes en Europa[3]. Dicho modelo se conoce como modelo concentrado. Para Kelsen este control debe ser realizado por un único tribunal que quede fuera del Poder Judicial así como del poder legislativo y ejecutivo. Debe centrar su trabajo en conseguir que las normas legales sean interpretadas según la letra y los principios de la Constitución. Esta tarea es tan importante que no puede mezclarse con la función judicial desempañada por jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, los tribunales constitucionales, al ser jurisdicciones, funcionan con los mecanismos propios de los procesos judiciales y emiten sentencias que tienen efectos erga omnes. En este caso, el control se realiza en abstracto por el órgano constitucional, por tanto el respeto o no de la norma no depende de un litigio concreto. Además, la legitimación para acudir al Tribunal suele estar en manos de instituciones del Estado. Con respecto al resultado de las decisiones, el Tribunal elimina del ordenamiento jurídico los artículos o las normas

[3] H. Kelsen, "El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana, *Dereito*, Vol. IV, nº 1, 1995, págs. 213 a 231.

constitucionales provocando entonces que se convierta en un legislador negativo, no puede elaborar normas pero sí expulsarlas.

El control creado en Europa muestra claramente que estamos ante una jurisdicción especial, excepción del principio de unidad del Poder Judicial, con un papel fundamental en nuestros sistemas constitucionales. Parece lógico unir la creación de esta jurisdicción con la tradicional desconfianza que desde la Revolución Francesa se mantiene en Europa con respecto a las y los jueces.

Por lo que respecta a la justicia constitucional en España, cabe destacar que tiene muy poco recorrido histórico. Fue la II República la que estableció un antecedente a nuestra actual jurisdicción constitucional. El Tribunal de Garantías Constitucionales (II República) poseía algunas características propias de los órganos constitucionales europeos pero éstas se mezclaban con las características propias de un Senado. Hay que esperar hasta la Constitución de 1978 para poder hablar de una auténtica jurisdicción constitucional. El Título IX de nuestra norma fundamental reconoce y regula el Tribunal Constitucional español, el cual se asimila al modelo europeo de control de constitucionalidad de las leyes[4], aunque con algunas características propias[5]. La Ley Orgánica 2/1919, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, desarrolla los parámetros, la composición, las funciones, el estatuto de sus magistradas y magistrados y, en definitiva, regula la concepción de esta jurisdicción que la Constitución ha establecido en sus preceptos.

[4] P. de Vega, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de estudios políticos, nº 7, 1979, pág*s. 93 a 118.

[5] Así, la cuestión de inconstitucionalidad permite que jueces y magistradas puedan participar, como órganos legitimados para interponer dicha cuestión, en el control de constitucionalidad de las leyes. Además, y copiando al Tribunal Constitucional alemán y a la Corte Constitucional italiana, tiene también como función la protección de los derechos y libertades de las personas, a través del recurso de amparo.

2. La posición especial del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el máximo órgano de interpretación de la Constitución y por ello su función principal es controlar que las normas legales respeten nuestro texto constitucional. El trabajo que el alto Tribunal debe llevar a cabo en este sentido se enmarca dentro de los postulados que Hans Kelsen estableció sobre la jurisdicción constitucional en los años veinte del siglo XX.

Esta cuestión planteó en España -al inicio de la democracia- un debate doctrinal sobre la naturaleza de nuestro tribunal Constitucional, ¿acaso estamos ante un órgano jurisdiccional? ¿O es un tribunal con naturaleza política? Las opiniones de los y las juristas son diversas, pero parece que a día de hoy la postura que mantiene la doble naturaleza de este tribunal -tanto jurisdiccional como político- resulta la más adecuada[6]. No podemos descartar el valor político de las decisiones del Tribunal Constitucional, su trascendencia en la sociedad española, pero tampoco podemos obviar su naturaleza de jurisdicción, que es la que le imprime además el carácter erga omnes de sus decisiones y la garantía de desarrollar sus funciones de manera independiente a los tres poderes del Estado.

Por ello, ninguna de las naturalezas es descartable. No obstante, esta afirmación no impide profundizar algo más en esta materia.

Como órgano jurisdiccional muestra diferencias con los tribunales ordinarios. Así, el objeto, las partes en el proceso y el importante poder interpretativo de sus decisiones alejan al Tribunal de

[6] M. Gascón Abellán, "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994, págs. 63 a 87.

la jurisdicción ordinaria (Poder Judicial)[7]. Con respecto a su objeto, no es otro que el Derecho Constitucional que, es decir, encargarse de hacer respetar la Norma suprema. Pero este encargo está unido de manera indivisible con la política; son los y las representantes del pueblo quienes elaboran las leyes que pueden ser eliminadas por este Tribunal.

Como ya se había mencionado anteriormente, las partes en el proceso son, en su gran mayoría, instituciones del Estado, miembros del Congreso, Senado, el Presidente del Gobierno, la Defensoría del Pueblo o las Comunidades Autónomas. Por tanto, los legitimados son órganos políticos que toman las decisiones en nuestro Estado democrático.

El poder interpretativo es incuestionable. Es el máximo órgano de interpretación de la Constitución. Ello significa que a través de sus decisiones se revisan y adaptan los preceptos constitucionales, se va moldeando el Estado constitucional, al fin y al cabo, se configura la realidad del país en el que vivimos. Y así estas sentencias van a condicionar la vida política estatal. En el caso de España, donde prácticamente no se ha reformado la Constitución, este papel queda patente. La sociedad del año 2016 no es la misma que la que vivía en los años ochenta del siglo XX. Si la Carta Magna no se adapta a la realidad social, es el Tribunal Constitucional el que lo hace. Las numerosas decisiones de esta institución han provocado el cambio interpretativo de la mayoría de los preceptos constitucionales, y muy especialmente en aquellos en los que se han planteado, y se siguen planteando, conflictos políticos.

Otra de las cuestiones relacionadas con la especial posición es la que afecta a la relación entre las mayorías y las minorías parlamentarias. Cuando el alto Tribunal decide que una ley contradice a la Constitución, esto se traduce en que está en desacuerdo con la mayoría parlamentaria,

[7] P. Rodríguez-Patrón, "El Tribunal Constitucional", en J. Mª. Castellà Andreu (Ed.), *Derecho Constitucional básico*, Huygens Editorial, Barcelona, 2014, págs. 195 a 207.

que es la que ha elaborado la ley. La minoría parlamentaria es una de las legitimadas para interponer un recurso. Es decir, existe un Tribunal que puede declarar nulas las decisiones de las y los representantes del pueblo. ¿Acaso esto no produce una ruptura con el principio de la soberanía nacional? La mayoría de la doctrina opina que no ya que los y las magistradas del TC son elegidas por el poder legislativo, ejecutivo y judicial.

No obstante la cuestión no resulta tan sencilla. Lo cierto es que doce personas no elegidas directamente por el pueblo tienen la competencia de contradecir a la mayoría del Parlamento, es verdad que en aras de la protección de la Carta Magna. Suiza es un Estado que ha entendido el conflicto entre las mayorías y minorías parlamentarias de una manera distinta a como lo han hecho el resto de países europeos en materia de justicia constitucional.

El Tribunal Federal suizo es el encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, quedan fuera de este control las leyes federales y los tratados internacionales (por ello sólo puede controlar las leyes elaboradas en los cantones, es decir en las subdivisiones territoriales del Estado federal suizo). Estas leyes federales son inmunes, esto es, todas las autoridades encargadas de aplicar el Derecho, incluso el Tribunal Federal deben aplicar las leyes federales aunque sean inconstitucionales[8]. Esta excepción se basa en la supremacía del Parlamento y en el valor absoluto de la soberanía nacional, ya que en Suiza las leyes federales son ratificadas por el pueblo en referéndum[9].

[8] P. Mahon, *Droit Constitutionnel I*, Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel, 2010 pág. 199.

[9] Un ejemplo de ello fue la aprobación por ley, el 29 de noviembre de 2009 de prohibir la construcción minaretes en todo el territorio suizo. La mayoría del parlamento y de la clase política estaba en contra de dicha propuesta porque vulneraba la libertad religiosa recogida en la Constitución, pero finalmente se aprobó por referéndum y el Tribunal Federal nada pudo decir sobre esta cuestión.

También es necesario detenernos en la problemática planteada en torno a la inclinación del Tribunal a expandir su ámbito competencial. Con ello nos referimos no a aumentar sus competencias regladas por la Constitución y por su ley orgánica sino a la expansión en cuanto a la interpretación que del ordenamiento jurídico y a su papel como legislador negativo. El límite entre la aplicación del Derecho y la creación del mismo se encuentra aquí muy poco definido y resulta sumamente complejo de establecer. Por ello, pareciera que vas más allá del papel de legislador negativo. En cuestiones como los derechos fundamentales su papel ha sido de gran importancia, modificando por completo su contenido e interpretación, e incluso acuñando nuevos derechos.

En el ámbito autonómico su papel ha sido decisivo. La evolución de nuestras Comunidades Autónomas y su relación con el Estado central está ligada a las sentencias del Tribunal Constitucional desde sus inicios. La modificación y ampliación de la autonomía de los territorios se ha podido llevar a cabo gracias a las decisiones constitucionales. Pero también la adaptación a la integración europea es uno de los temas en los cuales el papel de este órgano ha sido esencial.

Todo ello nace de la propia identidad del Tribunal, pero también de cómo el itinerario político del Estado ha decidido aplicar la Constitución. La inexistente reforma constitucional y la sobreprotección de un texto anquilosado en el tiempo son elementos que han influido en el papel preponderante de la justicia constitucional.

Nuestra Carta magna es un texto progresista, bien redactado, que supo crear en el papel un sistema democrático que no conocía nuestro Estado. Es decir, es una buena Constitución nacida de un pacto político en la transición española que ha sido esencial para intentar asentar la democracia. Ahora bien, la teoría constitucional clásica mantiene que deben reformarse los textos constitucionales para poder adaptarlos a la realidad social y para que la sociedad se identifique con ellos. Si esto no sucede, una de las consecuencias es que el texto pierda su valor entre

la ciudadanía y provoque que no se cumpla. De ahí la insistencia en reformarla. El papel del Alto Tribunal está unido a la no reforma y ello supone que será un órgano de expertos y expertas, no elegidas directamente por el pueblo, el que tenga el monopolio de decidir sobre la Constitución, superando su papel interpretativo e instalándose en la creación del Derecho constitucional.

3. La problemática en torno a su composición

El Tribunal Constitucional español está compuesto de doce magistrados o magistradas elegidas por los tres poderes del Estado. Esta forma de elección busca la legitimidad de este órgano constitucional.

De los doce miembros, cuatro son elegidos por el Senado, otros cuatro por el Congreso, dos por el Gobierno, y los últimos dos por el Consejo General del Poder Judicial. Los miembros del Congreso y del Senado necesitan mayoría de tres quintos en el respectivo pleno de cada cámara. Además, las y los candidatos propuestos deben comparecer en la comisión competente de cada cámara, antes de la elección, para presentar su currículum y someterse a las preguntas de los y las parlamentarias. Este sistema es propio de los Estados Unidos, se denomina *hearing.* Desde la reforma de 2007 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional los y las magistradas elegidas en el Senado deben ser propuestas por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Este nuevo requisito buscaba satisfacer una demanda de las Comunidades Autónomas, de poder intervenir en la elección de los miembros del Alto Tribunal. Por su parte, los dos miembros elegidos por el Consejo General del Poder Judicial necesitarán mayoría de tres quintos, y los miembros de Gobierno serán elegidos en el Consejo de Ministros y Ministras. Todos ellos serán nombrados por el rey.

Tres requisitos son necesario para ser magistrado del TC. Ser jurista de reconocida competencia y llevar más de quince años de ejercicio profesional. El mandato es de nueve años y este órgano se renueva por tercios cada tres años.

La elección de las y los magistrados constitucionales plantea algunos problemas que se han manifestado de manera más acuciante en los últimos años[10]. En primer lugar, se puede observar una preeminencia del Parlamento en este proceso electivo. No podemos olvidar que tanto el presidente del Gobierno como los vocales del Consejo General del Poder Judicial son, a su vez, elegidos también por el Parlamento. Pero sobre todo, más de la mitad de los magistrados vienen de la decisión de las cámaras. En principio no debería suponer un inconveniente ya que son los representantes del pueblo. No obstante, con las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el Estatut de Cataluña se puso de manifiesto la politización excesiva de los y las magistradas de este órgano, que es consecuencia de su modo de elección. Estas sentencias causaron una auténtica polémica sobre los votos que se emitirían, y cómo estaban representadas las dos fuerzas políticas mayoritarias españolas entre los miembros del Alto Tribunal[11]. Debido a la importancia de estas decisiones y lo que podrían suponer para el panorama político español, los dos grandes partidos políticos del momento decidieron paralizar el nombramiento del Senado de los nuevos miembros en el período establecido en el texto constitucional,

[10] A. Figueruelo Burrieza, "El juez constitucional español: comentarios a un proyecto de reforma", en AA.VV., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, págs. 129 a 150.

[11] Este asunto estuvo en prensa durante muchos meses, dejando en evidencia la politización de los miembros del Tribunal Constitucional. Como ejemplo, la noticia que se publicó en El País el 18 de junio de 2010, en la cual se podía leer que "El alto tribunal alcanza el fallo con una votación por bloques en la que los jueces conservadores logran que el término "nación" no tenga eficacia jurídica", poniendo de manifiesto la existencia de bloques políticos entre los miembros de este Tribunal.
http://elpais.com/elpais/2010/06/28/actualidad/1277713023_850215.html

incumpliendo con el artículo 159 de la Constitución. Esta paralización se mantuvo hasta que se publicó la STC 31/2010 (sentencia de este Estatut)[12].

Por tanto, desde el año 2007 hasta el año 2010 la cámara Alta decidió contradecir a la Constitución para la renovación del máximo órgano de interpretación de la Carta Magna. Lo mismo sucedió con la renovación del Congreso que se retrasó hasta el año 2011[13]. Todo ello debido a razones puramente políticas que han ayudado a desprestigiar el nombre del Tribunal Constitucional.

Parece que una de las razones jurídicas que han provocado esta grave situación es la propia redacción del texto constitucional, porque regula la composición, el sistema de nombramiento y la duración del mandato pero no establece expresamente el cese automático del mandato. En vista de los acontecimientos sucedidos sería más que razonable reformar la Constitución en este punto, entre muchos otros. Aunque desde luego, debe ser lógico entender que una vez que finaliza el mandato deben elegirse nuevos miembros sin más dilación.

Otro de los problemas que se plantean y que tiene que ver también con la politización de los y las magistradas son sus requisitos de elección. ¿Qué significa reconocido prestigio? Resulta un requisito

[12] A. Figueruelo Burrieza, "La incidencia de la STC 31/2010 en la legislación del Estado: apuntes de cara a la futura modificación de la LOPJ, en E. Álvarez Conde y C. Rosado Villaverde (coord.), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña".* IDP, 2011, págs. 341 a 360.

[13] Tres magistrados dimitieron para provocar su renovación, tal como establece la Constitución, y dichas dimisiones no fueron aceptadas. Podemos observar el papel esencial de los partidos políticos parlamentarios y la poca fiabilidad que actualmente tiene este Tribunal.
http://elpais.com/diario/2011/06/19/sociedad/1308434401_850215.html

muy subjetivo que es decidido por las personas que ocupen las instituciones estatales en el momento de la elección. Y además no controlable por ningún otro órgano, es decir, ante esta elección no cabe ningún tipo de recurso.

Unida a esta cuestión se proyecta también la duración del mandato. Una vez terminado dicho mandato las y los magistrados siguen teniendo vida profesional (así ha quedado patente en la última década) y a veces esta puede estar unida a una trayectoria política, es decir, que para asegurar su vida profesional futura se puede caer en la politización de los miembros del Tribunal Constitucional. Dos soluciones se han puesto encima de la mesa: la posibilidad de añadir un requisito de edad para ser magistrada, o bien que el cargo sea vitalicio. Lo que parece claro es que se necesita la despolitización de esta institución y por ello, se deberían estudiar en profundidad estas dos propuestas.

Siguiendo con la patente politización de los magistrados constitucionales, hay que añadirle otro punto crucial que tiene que ver con su estatuto jurídico. Tienen un sistema de incompatibilidades estricto, que se asimila a la de las y los titulares del Poder Judicial, sin embargo, ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo prohíben expresamente (prohibición que sí existe para miembros del Poder Judicial). No pueden ejercer ninguna función ni cargo en ellos, pero sí puede estar afiliado. En julio de 2013 saló la polémica con respecto a esta cuestión al conocerse la militancia del Presidente del Tribunal Constitucional, Francisco Pérez de los Cobos, en el partido Popular. Esta posibilidad debería ser revisada para saber si adecuada o no, debate que a mi modo de entender resulta de suma importancia para poder proclamar la independencia de los y las magistradas del Tribunal Constitucional.

Con el planteamiento de todas estas dificultades de lo que estamos hablando es del principio de independencia de este Tribunal. Es fundamental pero también es el que más problemas ha planteado[14]. Los doce miembros son elegidos entre los tres poderes del Estado. El art. 159. 5 de la Constitución dice que "*los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato*". Ahora bien, dicho principio no se recoge expresamente en su Ley Orgánica pero intenta crear mecanismos para que sea efectiva. Por ejemplo el art. 22 (LOTC) mantiene que "*los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones; serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece*".

A pesar de ello y debido a lo expuesto hasta ahora, urge una reforma constitucional como de ley orgánica con respecto a la composición y el estatuto de las y los magistrados del Tribunal Constitucional.

4. La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas

La función clásica del Tribunal Constitucional es el control de constitucionalidad de las leyes, que ninguna ley del ordenamiento jurídico contradiga la Norma Suprema. Pero nuestro Alto Tribunal tiene otra función, que no es clásica pero que está copiada del Tribunal Constitucional alemán, que es la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de las personas en caso de vulneración por parte de los poderes públicos.

[14] A. Figueruelo Burrieza, "El juez constitucional español: comentarios a un proyecto de reforma", en AA.VV., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio,* Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, págs. 129 a 150.

Esta protección se lleva a cabo a través del recurso de amparo. Dicho recurso necesita cumplir una serie de requisitos para que pueda ser admitido. Podemos destacar los más importantes que son necesarios para entender la esencia de dicho recurso. En primer lugar, lo puede interponer cualquier persona física o jurídica que crea que un acto, acción y omisión de un poder público ha vulnerado alguno de sus derechos fundamentales, que se encuentran en el art. 14 hasta el 29 CE (más el art. 30.2, objeción de conciencia). Por poder público entendemos tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo y el judicial, tanto a nivel estatal como autonómico o local. La Defensoría del Pueblo y le Ministerio Fiscal también pueden interponer este recurso debido a su función de protección de los derechos.

Estamos ante un recurso subsidiario que sólo se utiliza una vez agotada todo la vía judicial. Además, es un recurso extraordinario ya que no es una tercera instancia judicial sino que se utiliza en casos muy especiales donde la vía judicial no ha sido efectiva en materia de protección de derechos fundamentales.

Debido a la inapropiada utilización de este recurso –ya que se empleaba como tercera vía judicial- se reformó la Ley orgánica del Tribunal Constitucional en el año 2007 y se incluyeron requisitos para impedir esta situación. Entre ellos, es necesario aludir a la vulneración del derecho desde el inicio del proceso judicial, e incluso administrativo, o desde el momento en el que se produjo dicha vulneración, si es un caso de violación del art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva). Por otro lado, en caso de que el recurso se utilice de forma abusiva, se podrán poner multas de hasta tres mil euros. Todo ello busca proteger esta función y colocar al recurso de amparo en la posición que realmente ocupa.

Esta función permite al Tribunal Constitucional proteger los derechos fundamentales de las personas, que según el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 es una

de las características esenciales para estar ante na Constitución: "*Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución*"[15]. Con ello se dota al Alto Tribunal de todas las competencias necesarias para proteger, interpretar y salvaguardar la Carta Magna.

Una de las cuestiones más interesantes con respecto al recurso de amparo es la creación a través de él de nuevos derechos, relacionados siempre o que derivan de los derechos fundamentales constitucionales, y también de cómo han reinterpretado, dotándolos de nueva interpretación que los amplía y les otorga nuevos significados. Ello se ha hecho también a través de la función de control de constitucionalidad de las leyes, como es el caso del derecho al matrimonio (STC 198/2012) que estableció que el art. 32 CE no prohibía el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Con ello, nuestro Alto Tribunal se convierte en el garante absoluto del texto constitucional. Por ello, es esencial resolver aquellos problemas que surgen en torno a él, ya que de no llevarse a cabo una reforma adecuada y contundente supondrá la obstaculización del trabajo que debe llevar a cabo y también de su propia esencia como institución indispensable en la vida política de nuestro Estado.

5. Conclusiones

Nuestra Carta magna establece a la jurisdicción constitucional como una jurisdicción especial que se encuentra fuera del Poder Judicial -pero también del poder legislativo y del poder ejecutivo- aunque les confiere a sus magistrados y magistradas el estatuto de jueces. Este tribunal sólo está sometido al texto constitucional y a su

[15]http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

propia ley orgánica, y se encarga de hacer respectar la Norma suprema del ordenamiento jurídico.

La historia de la aparición de la justicia constitucional depende del continente en el que nos encontremos. Así, en Estados Unidos esta función de control de constitucionalidad de las leyes es competencia del propio Poder Judicial, y por tanto, no es necesario crear una jurisdicción distinta. Sin embargo en Europa, bajo la doctrina de Hans Kelsen, aparece un nuevo tribunal creado exprofeso para esta función.

En España, nuestro Alto Tribunal plantea numerosos problemas se han planteado con su propia evolución. Su posición especial se muestra en la doble naturaleza del mismo, en la incidencia de sus sentencias y decisiones y en su papel en la adaptación del propio sistema político del Estado.

También la creciente politización de sus miembros ha sido una de las cuestiones más polémicas en los últimos tiempos. Su forma de elección, su composición, posibilidad de pertenecer a sindicatos o asociaciones políticas, siempre que no desempeñen cargos de dirección, la duración de su mandato, así como los requisitos para ser miembro de esta institución, plantean dudas sobre el cumplimiento o no del principio de independencia que también se predica de esta jurisdicción.

¿Es necesario modificar el mecanismo de elección de los miembros del Tribunal Constitucional?, ¿hay que modificar su estatuto jurídico impidiendo que puedan militar en asociaciones políticas y sindicatos, tal como establece el Estatuto de jueces y magistradas del poder judicial?, ¿acaso habría que imponer más condiciones para poder ser candidato o candidata a magistrada de este tribunal? ¿Imponer una edad mínima para ser magistrado de esta jurisdicción sería adecuado, o incluso establecer el cargo de manera vitalicia?

Todas estas cuestiones planean sobre nuestro Tribunal Constitucional y, desde mi punto de vista, sería de vital importancia resolverlas cuanto antes con el fin de buscar un mejor sistema que garantice de manera más eficaz la independencia del tribunal encargado de velar por el respeto de la norma suprema del ordenamiento jurídico.

LAS MAGISTRATURAS DEL TRABAJO: UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL

Daniele Lo Cascio
Universidad Aldo Moro, de Bari

1.- **La resolución de los conflictos de trabajo en la España de inicios del novecientos**

En la España del siglo XIX, como en el resto de Europa, el nacimiento del derecho del trabajo como verdadero sistema normativo se produce en los años que siguieron la Primera Guerra Mundial[1]. En los años precedentes al primer conflicto bélico, de hecho, se había asistido al nacimiento de una legislación atomística y libre de un diseño orgánico que iba a proteger inicialmente solo las categorías de los trabajadores denominados débiles. Piedra angular de esta legislación fue la ley del 24 de julio de 1873 que dictaba normas sobre el trabajo de los menores y en tema de seguridad e higiene[2]. A la cual siguieron otras como la del 13 de marzo de 1900 con disposiciones sobre el

[1] MARTÍN VALVERDE A., RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ F., GARCÍA MURCIA J., *Derecho de Trabajo*, Madrid, 2013, p.70.
[2] MARTÍNEZ PEÑAS, L., "Los inicios de la legislación laboral española: la ley Benot", en *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, nº 1, 2011.

trabajo de la mujer, la del 20 de febrero de 1912 "ley de la silla" que establecía el derecho a utilizar un sitio para sentarse, la ley del 3 de marzo de 1904 sobre el reposo dominical, para llegar a la ley sobre el derecho de asociación y huelga[3]. El nacimiento del movimiento obrero fue un hecho determinante en el desarrollo de un derecho del trabajo como cuerpo orgánico de normas en el interior del ordenamiento. La alternancia de formas de gobierno de signo puesto que señalaron en diversa medida el país en menos de un siglo: la restauración borbónica, la dictadura de Primo de Rivera, la Segunda Republica y para finalizarla dictadura del "Caudillo" tuvieron el común denominador de mantener dentro determinados límites las acciones reivindicativas de derechos en los que el proletariado comenzaba a tener avances. Tales masas, de hecho, si no eran adecuadamente controladas a través de formas de negociación colectiva corporativa, arriesgaban de rebelarse peligrosas para el equilibrio del sistema mismo en cuanto se conformaban como un vehículo de ideas de signo político opuesto. En tema de tutela jurisdiccional, el 19 de mayo de 1908 bajo el reinado de Alfonso XIII y con la idea de hacer efectiva la igualdad de los ciudadanos frente a los costes de un juicio de trabajo, venía aprobada la ley de los Tribunales Industriales después reformada por la ley del 22 de Julio de 1912 y más tarde por el Código de Trabajo del 1926. La ley del 1908 era una ley marco que autorizaba al Gobierno a la institución de tales Tribunales en los partidos judiciales [4] donde lo tuviese oportuno y a demanda de las asociaciones de obreros y empresarios de los territorios interesados[5]. El sucesivo Real Decreto del 20 de octubre continuó creando 196 tribunales en las capitales de provincia o en las cabezas de los partidos

[3] Ley 27 abril 1909 en *Gaceta de Madrid*, n.118, 28 de abril 1909, pag. 987.
[4] "Distrito o territorio que comprende varios pueblos de una provincia, en que, para la administración de justicia, ejerce jurisdicción un juez de primera instancia", en Diccionario de la lengua española (DRAE), Real Academia de la lengua, ult.ed. Madrid.
[5] Art.1 Ley 19 de mayo 1908 en Gaceta de Madrid, n.141, 20 de mayo 1908, pag.861.

judiciales[6] como órganos de jurisdicción ordinaria presididos por un juez de primera instancia en función de presidente, tres jurados y un suplente elegidos por una lista de obreros aprobada por los empresarios y del mismo número de empresarios de una lista aprobada por los obreros. Fue enseguida evidente la dificultad de funcionamiento de tales tribunales, al considerar que los jueces de primera instancia debían ocuparse también de la jurisdicción ordinaria, lo que comportaba un aplazamiento de los tiempos de fijación da las audiencias[7]. Por otra parte si se hubiera habido una ausencia de dos o más miembros del jurado que impidiera la celebración del juicio, el jurado obrero ausente hubiera tenido que hacerse cargo de una pena de cinco pesetas a pagar a cada miembro del jurado intervenido y en caso de impago habría dado lugar a el embargo de sus bienes con procedimiento de urgencia [8], siendo todo ello un trabajo a realizarse a título gratuito. Tal orden de circunstancias llevó al fiscal del Tribunal Supremo a considerar que una reforma de las leyes habría sido:

> […] *urgente e inexcusable. Los Tribunales Industriales no funcionan normalmente, y cuando actúan, no siempre resplandece en sus fallos la justicia. Los asuntos sometidos a su conocimiento se eternizan, y esa tramitación de meses, y aun años, es un asedio por hambre al obrero, que se ve obligado, en muchos casos, a rendirse a las exigencias del patrono, aun siendo justas las pretensiones de éste*[9].

[6] Art.1 Real Decreto 20 de octubre 1908 en Gaceta de Madrid, 21 de octubre 1908, pag.324.
[7] SOTO-CARMONA A., *El Trabajo Industrial en la España contemporanea 1874-1936*. Barcelona, 1989, p.380.
[8] Art.22 Ley 19 de mayo 1908 en Gaceta de Madrid, n.141, pag.862.
[9] "Memoria elevada al Gobierno de S.M. El 15 de septiembre de 1911 por el Fiscal interino del Tribunal Supremo, D.Andrés Tornos y Alonso" in Legislación del trabajo, apéndice 7°, Madrid 1911, pp.334-340.

La reforma llegó con la ley del 22 de julio de 1912[10] que modificó sustancialmente la constitución y el funcionamiento de los tribunales industriales como órganos jurisdiccionales ordinarios, disminuyendo el número de los jurados a dos, declarando retribuido su trabajo. Estableciendo que en caso de falta de constitución del tribunal en la segunda citación, habría podido conocer del hecho el Juzgado de Primera Instancia. La competencia territorial era la del lugar de la prestación del servicio objeto del litigio. El proceso continuaba, sin embargo, a tener larga duración desde el momento que antes venía fijado el intento de conciliación fallado, al cual seguía el sorteo de los jurados, el juicio y al fin, la resolución[11]. Las sentencias eran recurribles ante el Tribunal Supremo. La legislación entre 1917-1923 fue generadora de un intervencionismo estatal dirigido a la racionalización de la preexistente en la que los problemas sociales eran puestos en conexión con los económicos, cimentando las bases de un régimen corporativo: se establece la jornada de trabajo máxima de ocho horas[12], se consideró inducción al desorden público susceptible de responsabilidad moral y legal la falta de respeto de los acuerdos convenidos entre representantes de los empresarios y obreros[13], en fin, se creó el Ministerio del Trabajo con Real Decreto del 8 de mayo de 1920. Bajo la dictadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930) se dio el verdadero avance hacia un derecho del Derecho de Trabajo como sistema normativo autónomo en el interior del Ordenamiento, señalando irreversiblemente su evolución hacia una tutela colectiva. Fundamental en tal sentido fue antes de nada la introducción en el 1926 del Código del Trabajo dirigido principalmente a regular el contrato de

[10] Art. 1-8 Ley 22 de Julio 1912 en Gaceta de Madrid, n.205, 23 de julio 1912, pag.170.
[11] SOTO-CARMONA A., *El Trabajo Industrial en la España contemporanea 1874-1936*. p.382.
[12] Real Decreto 4 abril 1919 en Gaceta de Madrid, n.94, 4 de abril 1919, pag.42-43.
[13] Real Orden 8 de Noviembre 1919 en Gaceta de Madrid, n.317, 13 de noviembre 1919, pag.636-638.

trabajo "institución esencial en la base de toda política social"[14]. Cuatro libros componían el Código del Trabajo: del Contrato de trabajo, del Contrato de aprendizaje, de los accidentes en el trabajo y los Tribunales industriales, dando vida a una obra no exhaustiva, por definición del mismo Ministro de Trabajo, Comercio e Industria Eduardo Aunós Pérez en la presentación que precedía la publicación. El texto había sido redactado por una comisión de personas de conocida competencia entre los cuales figuraban representantes de los empresarios y de los obreros, hombres de ciencia, técnicos y representantes del Cuerpo Jurídico Militar y Jurídico de la Marina que la presidencia del Directorio instituyó con Real Orden del 22 de febrero de 1924. Como se ha dicho, el texto, concentrado sobre el contrato de trabajo y sus corolarios, no era exhaustivo pero se planteaba como punto de racionalización de las disposiciones promulgadas en épocas anteriores no compatibles, de la jurisprudencia producida y de las costumbres en uso todavía privadas de consagración legal.

Si el Código de Trabajo había renovado en la organización y en el procedimiento los Tribunales Industriales, el sucesivo Real Decreto Ley del 26 de noviembre de 1926 había instituido la Organización Corporativa Nacional, señalando el paso del Estado individual al corporativo, fundado sobre un modelo de trabajo articulado en cuerpos especializados y clasificados por intereses comunes. 27 tipos de actividad, entre sectores primarios y secundarios, describía el artículo 9 para informar en su conjunto el trabajo de la Nación. Cada cuerpo profesional era dotado de representación oficial a través de la designación de los Comités paritarios[15], instituciones de derecho público con el fin primario de regular la vida de la profesión pero dotados también de naturaleza arbitral en cuanto eran dirigidos a prevenir y a resolver de forma más rápida los conflictos colectivos a

[14] Real Decreto Ley 23 de Agosto 1926 en Gaceta de Madrid, n.244, 1 de septiembre 1926, pag.1298-1311.
[15] Art. 5 Real Decreto Ley 26 de Noviembre 1926 *en Gaceta de Madrid*, n.331, 27 de noviembre 1926, pag.1099.

través de la conciliación o el arbitraje. Se produjo así un salto cualitativo, se pasó de la negociación individual a la colectiva, fruto de las relaciones paritarias[16]: había nacido el sistema de relaciones industriales. El intervencionismo del Estado en la vida social y económica del país pretendía perseguir un modelo de armonía de clases. En tema de trabajo se materializaban entonces dos vías de resolución de las controversias: la jurisdiccional de los Tribunales Industriales y la arbitral de los Comités paritarios[17]. En el mismo año en Italia venía introducida la Disciplina jurídica de las relaciones colectivas de trabajo con ley del 3 de abril de 1926 que reconocía jurídicamente los sindicatos y los contratos colectivos de trabajo y al mismo tiempo creaba una especial magistratura del trabajo[18], cuyos ecos como veremos se habrían después percibido en época franquista. Mientras tanto el embrión del estado corporativo se llamaba sindicato en Italia, Comité Paritario en España[19]. El régimen corporativo no fue un fenómeno aislado, sino por el contrario difuso a escala europea después de la Gran Guerra[20] que había arraigado en tiempos y modos diversos: si en 1926 con Decreto del Estado se instituía en España la organización Corporativa Nacional, en la Italia fascista se necesitaba esperar al 21 de

[16] SOTO-CARMONA A., p.39.

[17] Cfr. GALLART FOLCH A., Derecho español de trabajo, Madrid 1936, p.329.

[18] Art. 1 e 13 Legge 3 aprile 1926 n. 563, en G..U. n. 87 del 14 abril 1926. Cfr. JOCTEAU, G.. Lo stato fascista e le origini della magistratura del lavoro. 1; La magistratura del lavoro nello stato fascista. 2: Le controversie collettive, Bologna, 1973; CICCONE, R., La osservanza delle decisioni della magistratura del lavoro nell'Ordinamento dello Stato corporativo fascista, Pisa, 1938; MUSTO, Carlo. Sindacalismo fascista e magistratura del lavoro Napoli, 1927.

[19] SALDAÑA Q., en ABC, 26 de noviembre 1927, p.6.

[20] Cfr. REY REGUILLO, F., ELORZA A. Y ARRANZA L., "Liberalismo y corporativísmo en la crisis de la Restauración: la crisis de una sociedad, el protagonismo de los poderes ecónomicos", en GARCÍA DELGADO J.L., La crisis de la Restauración: España, entre la Primera Guerra Mundial y la II República, Madrid, 1986, pp.5-50.

abril del 1927 para la promulgación de la Carta del Trabajo [21] a obra del Gran Consejo del Fascismo, órgano de partido y no de Estado, en el que venían también colocados la doctrina del corporativismo, los principios sociales, económicos y sindicales del fascismo. Tal documento adquirió valor jurídico solo en el 1941 cuando fue inserida entre los principios generales del ordenamiento jurídico y después en el 1942, recalificada entre las premisas del nuevo código civil: una sutil pero eficaz transformación de las corporaciones, antes pasadas a entes de derecho público, para después ser elevadas en virtud de la representación sindical de los intereses supremos de la nación a parte integrante del Estado fascista. A la vista, sin embargo, de los naturales paralelismos del corporativismo español bajo la dictadura primoriverista y el fascismo italiano, no son según la opinión de algún prestigioso especialista, fenómenos que se puedan poner en relación desde el momento que:

> *[…]Pero si en algunos puntos esisten coincidencias, si bien de muy diversa intensidad, entre fascismo y Directorio, en otros, y no lo menos importantes, la separación es completa. Por lo pronto, no cabe hablar en rigor de una auténtica cultura fascista, ni siquiera prefascista, al advienimento la Dictatura. El mesianismo y doctrinarismo fascista, el transpersonaalismo de raíz hegeliana que infunde a los filósofos fascistas; la identificación entre Derecho y Economia; la exaltación del sindacalismo revolucionario; el estilo retórico presente en la Carta del Lavoro; la potenciación del sindicato de Derecho público, son temas ajenos al ideario de la Dictatura. La Organización Corporativa Nacional contaba con cimientos muy profundos en nuestro propio sistema laboral, sin que sea admisible el expediente de*

[21] Cfr. DE ROSA F., Il fascismo corporativo. Una riflessione fra le pagine di «Critica fascista» (1925-1927) en Saggi e ricerche sul Novecento giuridico a cura di A. De Martino, Torino 2014.

considerarla como un mero producto de la influencia del fascismo italiano[22].

El régimen corporativo español se articulaba según una estructura piramidal en cuatro órganos: Comités paritarios, organismos de derecho público formados por representantes en igual número de empresarios y de trabajadores en representación de los elementos de la producción. Estos se pretendían armonizar con funciones normativas en tema de reglamentación de las condiciones de trabajo, retribuciones, horarios y determinación de los elementos fundamentales de los contratos de trabajo individuales y colectivos, pero también funciones jurisdiccionales en cuanto a prevención de los conflictos entre empresarios y obreros, mediación en tema de demanda/oferta de trabajo y asistencia social entre los componentes[23]. Las Comisiones mixtas estaban, en cambio, compuestas por el conjunto de los Comités paritarios formados por un Consejo con Presidente y Vicepresidente designados por el Ministerio de Trabajo, estos además de realizar estudios de carácter social y de incremento de la educación técnica y cultural actuaban en función de Tribunales industriales en las materias objeto de jurisdicción paritaria[24]. Los Consejos de Corporación estaban constituidos por el conjunto de los Comités Paritarios de una misma profesión en toda España, se componían de ocho miembros con un presidente designado por el Ministerio del Trabajo, su labor era el de uniformar las condiciones de trabajo sobre todo el territorio nacional en modo de no crear disparidad[25]. La Comisión Delegada era el vértice de la Organización Corporativa, supremo organismo de arbitraje y órgano de consulta para el Ministro de Trabajo, Comercio e Industria. Estaba

[22] MONTOJA MELGAR, A., Ideologia y lenguaje en las leyes laborales de España 1873-1978. Madrid, 1992, pp.135-161.
[23] AUNOS-PEREZ E., "La organización Corporativa del Trabajo", Publicaciones del Consejo Superior de Trabajo, Comercio e Industria, Madrid, s.d., pp.38-39.
[24] Ibid., pp. 41-42.
[25] Ibid., pp. 45.

presidida por el Director General del Trabajo y se ocupaba de dirimir las controversias irresolutas en los niveles más bajos de la escala jerárquica. A través de los Comités Paritarios había nacido la negociación colectiva corporativa. Del Estado individual se había pasado al Estado corporativo que integrando en el interior de la Administración del Estado todas las fuerzas sociales, predeterminaba la representación y, de hecho, suprimía las libertades sindicales. Intentaba alcanzar, evidentemente de modo efímero, la armonía entre las fuerzas sociales sustituyendo a la lucha de clase marxista el principio de la colaboración pacífica entre estas[26]. Con el advenimiento de la Segunda República, el dualismo jurisdiccional permanece bajo otro nombre desde el momento que el sistema de los Comités Paritarios de la dictadura de Primo de Rivera viene sustituido por el de los Jurados Mixtos. El decreto de institución de tales organismos del 7 de mayo de 1931[27], en su preámbulo precisaba que tal figura jurídica, llena de anhelos democráticos en materia social, recogía una creación de la Primera República que con Decreto del 24 de Julio de 187 había ya creado este organismo de composición mixta a través de cual los empresarios y obreros regulaban los diversos problemas de trabajo. Realmente los Jurados Mixtos tuvieron el mismo enfoque que los Comités Paritarios en cuanto a la composición del colegio, a cuya redacción participaron los socialistas. Su papel inicialmente debía ser el de constituirse árbitro de las negociaciones de las condiciones de trabajo y de vigilancia sobre el cumplimiento de la normativa del trabajo en el sector agrario. Con ley del 27 de noviembre del mismo año fue después ampliado sus atribuciones en la industria, en los servicios y en las actividades profesionales, distinguiéndolas por ramos: definiéndolas en el artículo 2 como "instituciones de derecho público

[26] MONTOJA MELGAR, A. Derecho de trabajo, Madrid, 2013, p. 74.

[27] Decreto 7 de Mayo 1931, en Gaceta de Madrid, n.128, 8 de Mayo 1931, pag. 590. L'art.1 creaba los jurados mixtos del trabajo rural, de la Propriedad Rustica, de la Producción y las industrias agricolas con la finalidad de determinar las condiciones del trabajo rural y regular las relaciones entre patronos y obreros del campo, entre proprietarios y colonos y entre cultivadores e industriales transformadores de las materias agricolas.

encargadas de regular la vida profesional y de ejercitar funciones de conciliación y arbitraje". Se componían de obreros y empresarios en igual número, inscritos en las listas del Ministerio del Trabajo, con Presidente y Vicepresidente nombrados por el Ministerio del Trabajo.Había Jurados Mixtos del Trabajo Industrial y rural, de la Propiedad Rustica, de la Producción y las industrias agrarias; podían ser locales, de distrito, provinciales y nacionales. Los Jurados tenían competencia en la reglamentación de las condiciones generales de trabajo, en la fijación de los salarios, la duración mínima de los contratos, los horarios, horas extra, formas y requisitos de despidos, sea por contratos individuales que colectivos. Asimismo, poseían la importante función de vigilancia sobre el respeto de las leyes sociales, de los acuerdos adoptados y de prevención de los conflictos. Tal actividad de mediación se resolvía en la emanación de una sentencia de conciliación caso por caso. Existía después el Tribunal Central del Trabajo para los recursos de apelación y la Sala de Cuestiones Sociales del Tribunal Supremo para los recursos de revisión[28]. Si la sentencia venía rechazada, el Jurado la reenviaba al Ministerio, el cual podía enviarla a su vez en última instancia al Consejo Superior del Trabajo. En general, su competencia estaba circunscrita a solicitudes relativas a despidos, salarios y horas extraordinarias que no excedieran las dos mil quinientas pesetas, más allá de tal umbral la competencia pertenecía a los Tribunales Industriales. Estos últimos continuaron a funcionar como centro fundamental del ramo contencioso en tema de trabajo, pero si bien, circunscrito a la contratación individual hasta su definitiva supresión con la Ley de Bases del 16 de Julio de 1935[29], que trasfería las competencias a los Jurados Mixtos. La negociación de los contratos colectivos, en el espíritu conciliador de la organización corporativa, fue entonces primero de pertenencia de los Comités Paritarios para después ser de los Jurados Mixtos sin solución de continuidad, cambiando la

[28] MONTOJA MELGAR, A. Derecho de trabajo, p.76.
[29] Base III, Ley de Bases 16 de Julio 1935, en *en Gaceta de Madrid*, n.198, 17 de Julio 1935, pag. 615.

forma pero no la sustancia se pretendía alcanzar un equilibrio entre las partes sociales sin lograrlo.

2.- La Magistratura del trabajo y el decreto del 13 de mayo de 1938 bajo Francisco Franco

Instituciones y competencias

Si en un primer momento los Comités Paritarios y los Jurados Mixtos habían parecido jueces mejores respecto a la magistratura ordinaria porque estaban compuestos también por integrantes de las mismas categorías que debían ser juzgadas y como tales, mejor dotados del conocimiento específico de las problemáticas sectoriales, de las circunstancias casuísticas de los contenciosos y de una natural actitud hacia la conciliación, bajo la dictadura de Franco tales ventajas acabaron en segundo plano. Se temía, de hecho, que tales organismos sucumbieran en cuanto a posibles parcialidades brotadas en la misma identidad de profesión, la objetiva dificultad de reunión de una pluralidad de personas con otras atribuciones, la no exclusividad de las competencias contenciosas y no por último, una mayor facilidad de corrupción. Con el Fuero de Trabajo[30] promulgado por decreto cuando estaba todavía en curso la guerra civil, el nuevo estado español manifestaba su espíritu autoritario e intervencionista, avocando para sí cada función normativa, fiscal y jurisdiccional en tema de trabajo y disponiendo además la creación de una nueva Magistratura del Trabajo, sujeta al principio de que esta función de justicia fuese de pertenencia del Estado[31]. En aplicación de tal norma el Decreto del 13 de mayo de 1938[32] suprimía los Jurados Mixtos y los Tribunales Industriales de la

[30] Decreto 9 de marzo 1938, en *Boletín Oficial del Estado*, n.505, 10 marzo 1938, pag.6178.
[31] Ibid, Declaración VII.
[32] Art. 1, 1c. Decreto 13 de Mayo 1938, en Boletín Oficial del Estado, n.589, 3 junio 1938, pag.7674.

II República y atribuía las competencias a la nueva Magistratura del Trabajo que comenzaba a funcionar a través la designación *ad interim* de los primeros magistrados[33] escogidos entre jueces instructores, abogados y notarios. Además allí donde no hubiese sido posible designar por motivos económicos un magistrado del trabajo, habría sido el juez de primera instancia el que habría trabajado "en función de magistrado del trabajo"[34]. Tomaba así vida el nuevo órgano jurisdiccional exclusivo en materia de trabajo cuya organización habría sido después regulada por la ley Orgánica de la Magistratura del Trabajo del 17 de octubre de 1940 que habría definido la Magistratura del Trabajo "como única institución jurisdiccional contenciosa en el ramo social del derecho"[35], vinculándola administrativamente y disciplinariamente al Ministerio del Trabajo[36].

El Decreto del 13 de mayo de 1938, compuesto por nueve artículos más unas disposiciones transitorias, después de haber atribuido a la nueva magistratura la competencia exclusiva contenciosa en tema de trabajo, confiaba las restantes funciones disciplinarias, consultivas, estadísticas y de regulación de las condiciones generales del trabajo a los establecidos Delegados del Trabajo y aquellas de vigilancia a los Inspectores del Trabajo[37]. Una serie de otras competencias fueron a engrosar las prerrogativas de los magistrados del trabajo: 1) el decreto del 15 de diciembre del 1938 suprimió los Jurados mixtos y el Tribunal Central del Trabajo ferroviario[38] creados con

[33] Ibid. Primero, pag. 7676.
[34] Art. 1, 2c. Decreto 13 de mayo 1938.
[35] Art. 1, Ley organica de la Magistratura del Trabajo de 17 de octubre de 1940, en Boletín Oficial del Estado, n.308, 3 noviembre 1940, pag.7556.
[36] Art. 2, ibid.
[37] Art. 4 Decreto 13 de Mayo 1938, *en Boletín Oficial del Estado*, n.589, 3 junio 1938, pag.7675.
[38] Art. 1 Decreto 15 de diciembre 1938, en *Boletín Oficial del Estado*, n.177, 24 diciembre 1938, pag. 3125.

Decreto del 22 de diciembre de 1932[39] y todavía existentes, confiando a las magistraturas de Trabajo las competencias para las reclamaciones individuales y colectivas entre agentes y empresas ferroviarias [40] implicadas en agravios sobre los derechos de ascenso, sanciones, jubilaciones o despidos; 2) el decreto del 6 de febrero del 1939 suprimía los Patronatos de Previsión Social, las Comisiones Revisoras Paritarias y la Comisión Paritaria Superior atribuyendo la competencias de las cuestiones contenciosas entre trabajadores y empresarios a las Magistraturas de Trabajo.

Procedimiento

El artículo segundo del susodicho decreto precisaba que el conocimiento de las materias atribuidas a la Magistratura del trabajo debía adaptarse a las normas procesuales previstas por el Código de Trabajo del 1926 para el funcionamiento de los Tribunales industriales sin jurado con algunas modificaciones[41]. Más precisamente establecía, en obsequio a las exigencias de celeridad del proceso, que la celebración del juicio debiese tener lugar con una única convocación el mismo día previsto para la conciliación sin acuerdo, entendiéndose la citación para ambos fines y efectos, en modo de evitar suspensiones por falta de presentación de las partes. Ambos actos se habrían celebrado entonces el mismo día dentro los diez sucesivos a la presentación de la demanda. Solo a solicitud de ambas partes o por causas suficientemente validas, a juicio del Magistrado era posible la suspensión de los actos, indicando el nuevo día en el interior de los diez útiles sucesivos a la fecha de suspensión[42]. Foro o tribunal de competencia era *ex* art. 450 del Código de Trabajo, el de la prestación de los servicios. El actor

[39] Decreto 22 de diciembre 1932, en Gaceta de Madrid, n.359, 24 de Diciembre 1932, pag. 2084.
[40] Art. 2 *ibid.*
[41] Art. 2, 1c. Decreto 13 de Mayo 1938.
[42] Art. 2, 2-4 c. Decreto 13 de Mayo 1938.

debía indicar en la demanda si intentaba valerse de un abogado. La no observancia de tales formalidades comportaba la implícita renuncia a la mediata defensa y representación. El establecido *ex* art 465 del Código de Trabajo debía después responder dando su versión de los hechos. La respuesta venía verbalizada o bien era ya suministrada en forma escrita, a fin de poder alegar rápido a los actos. Se perfeccionaba así la *litis contestatio* en el interior de la cual no era posible alargar el objeto del litigio, si no por excepciones relativas a hechos sucedidos después de la demanda, ignorados, sucedidos antes o bien todavía por petición reconvencional por parte del demandado relativa a otro objeto[43], siempre recayendo en la competencia del magistrado del trabajo. El decreto del 13 de mayo de 1938 preveía además la posibilidad para los magistrados del trabajo de valerse de tres personas expertas en las cuestiones objeto de litigio[44], figura antecesora del actual perito. Articulado el procedimiento de elección de tales sujetos según el cual el Magistrado del Trabajo debía pedir al Jefe Delegado de la Central Nacional Sindicalista de la Provincia unos nombres de personas consideradas idóneas a ayudarlo en el cargo, señalando el tema o las modalidades de trabajo en base a las cuales se habría emitido la respuesta. El Delegado Sindical, en el plazo de 48 horas, debía remitir al magistrado una lista de nueve personas, juzgadas idóneas por honorabilidad y competencia al encargo a ellos sometido. Al hacer la propuesta el Delegado Sindical debía tener cuidado de que en la lista hubiese estado respetada la debida proporción entre los factores de producción. El Magistrado habría después elegido libremente entre ellos. La actividad consultiva de estos consejeros al Magistrado del Trabajo debía considerarse "acto de servicio obligatorio"[45] sancionada con una multa de cinco a quinientas pesetas, sin incorporar el delito de denegación de auxilio a la administración de la justicia como, en

[43] Con la solicitud reconvenciónal o cita mutua, el acusado empezaba una nueva acción por un objeto diferente contra el actor en el mismo pleito judicial pendiente que se concluía con una sola decisión.
[44] Art. 2, 6 c. Decreto 13 de Mayo 1938.
[45] Ibid. 10 c.

cambio, habría sucedido por los testimonios contumaces. En el caso de que tales consejeros se hubiesen debido desplazar de su lugar de residencia, les habrían sido pagados los gastos de transporte y, si trabajadores, una dieta correspondiente a la retribución perdida cada día. La actividad consultiva debía consistir en responder a las demandas formuladas por el magistrado, sea respecto a los hechos objeto del juicio, sea respecto a las prácticas, usos y costumbres generalmente observadas en la profesión objeto del juicio. Quedaba en la facultad del Magistrado apreciar debidamente la respuesta de los consejeros que en el caso de que fuese puesto en forma escrita, habría sido parte de los actos, hubiese de incluirlo en la sentencia o rechazarlo[46].

Conciliación

Antes de tener una valía judicial, la Magistratura del Trabajo tenía sobre todo una valía social derivada de la actividad de conciliación que debía obligatoriamente ser realizada antes del juicio, todo aquel marco de posible concertación de los diversos intereses en juego. Allí donde el juez hubiera alcanzado a conciliar los contrapuestos derechos de las partes habría conferido al acto conciliativo valor de sentencia. El acto conciliatorio debía suceder en los diez días laborales precedentes al juicio a hacer fecha desde la presentación de la demanda. En caso de éxito positivo, la conciliación efectuada anterior al juez evitaba el juicio y equivalía a una sentencia definitiva impugnable, dentro de un año por vicios de consenso[47]. Es verdad que el acto conciliatorio tiene valía contractual desde el momento que el contenido de la conciliación es asimilable a el de un contrato libremente establecido por las partes, pero en este caso la función del magistrado del Trabajo no debía y no podía limitarse a aprobar cualquier tipo de acuerdo, en este él debía buscar eventuales lesiones graves de los derechos que podrían determinarse a

[46] Ibid. 12 c.
[47] Art. 1817 Código Civil, 459 Código del Trabajo y 476-477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

cargo de una de las partes. No era de hecho remota la posibilidad de que el trabajador por no perder el puesto de trabajo o el empresario por no perder mano de obra cualificada, refrenasen en alguna medida parte del propio derecho, en este caso el magistrado del Trabajo no debía dar continuidad a la conciliación [48]. La actividad conciliadora configuró tales magistraturas como verdaderos Tribunales de paz [49] desde el momento que el número de las conciliaciones creció en modo exponencial, pasando desde más de seis mil en el 1942 a los quince mil en el 1945, tal dato está ulteriormente apoyado por los números, desde el momento que en el 1941 corresponderían dos millones de pesetas a los trabajadores como éxito positivo de las conciliaciones conclusas, tal suma asciende a once millones en el 1946[50]. La sentencia debía ser pronunciada dentro el segundo día útil, notificada a las partes con entrega de copia y previamente firmada por el secretario[51]. Las sentencias del magistrado del trabajo tienen un contenido de más y uno en menos respecto a aquellas de la jurisdicción ordinaria: en más, la advertencia a las partes del derecho de interponer recurso con la indicación de los plazos, en menos, el ser privadas de proposiciones relativas a costes procesuales siendo el proceso del trabajo gratuito[52], a menos que el magistrado no estimase la mala fe de uno de los litigantes se daba a conminar una multa destinada a fines sociales[53]. La sentencia así determinada, de condena, declarativa o constitutiva, venía firmada por el magistrado del Trabajo y autorizaba la publicación por el trámite del secretario. El proceso del trabajo en el marco de una legislación proteccionista se basaba sobre los pilares de la celeridad y de la gratuidad.

---

[48] Art. 459 Código del Trabajo.

[49] La definizione è di MENENDEZ-PIDAL Y DE MONTE, J., Inspector General de las Magistraturas de Trabajo in *Eficacia y labor de la Magistratura de Trabajo*, Madrid, 1947, p.5.

[50] Ibid.

[51] Art. 477 Código del Trabajo.

[52] VALCARCE, F. R. Magistratura de Trabajo, Lugo, 1938, p. 82.

[53] Art. 479 Código del Trabajo.

Recurso y ejecución de la sentencia

Contra la sentencia del magistrado del trabajo o del juez de primera instancia en susodicha función, el Decreto del 13 de mayo de 1938 preveía antes de nada un recurso por casación[54], anterior al Tribunal Supremo en los casos, en las formas y en los términos previstos por el art. 486 y siguientes del Código de trabajo. En particular, en la espera de que el Gobierno crease una sección adecuada, los recursos de casación debían ser dirigidos a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. No se trataba entonces de un recurso de apelación porque el Tribunal Supremo no habría entrado a analizar la disputa, sino habría solo evaluado la exacta pertinencia de la ley elegida por el juez *a quo* respecto a los hechos adoptados en juicio y a la sentencia emitida. El recurso de casación por infracción de la ley no era admitido contra cada sentencia del Magistrado de Trabajo, sino circunscrito a los jueces relativos a casos de incidentes sobre el trabajo causando muerte, incapacidad permanente o absoluta por cualquier tipo de trabajo o por el cargo habitual, además de por otras solicitudes de *quantum* superiores a dos mil quinientas pesetas[55]. Mientras, cualquier sentencia era, en cambio, impugnable por vicio de forma independientemente del objeto de litigio o del *quantum* objeto de la disputa[56]. El decreto del 1938 dejaba posible después un posterior tipo de recurso, el extraordinario de revisión *ex* art 496 el Código de Trabajo a favor del Fondo de Garantía que era prerrogativa del Tribunal Industrial. El Fondo de Garantía estaba constituido por contribuciones obligatorias de los empresarios para intervenir, en vía subsidiaria, en los casos de insolvencia del empresario o de las sociedades aseguradoras en el pago de las indemnizaciones debidas por muerte de obreros, incapacidad permanente para cualquier trabajo declaradas a través de sentencia judicial, decisión arbitral o laudo amigable[57]. En el caso de que, de

[54] Art. 3 c.1. Decreto 13 maggio 1938.
[55] Art. 487 Código del Trabajo.
[56] Art. 489 *Ibid.*
[57] Art. 184, 185 e 312 Código del Trabajo.

hecho, se fuese verificada la circunstancia que los obligados fueran llevados a condiciones económicas precarias, tales de determinar la suspensión de los pagos o la bancarrota, el derecho del trabajador no quedaba perjudicado, disfrutando de un privilegio respecto a los otros acreedores, gracias a la intervención del Fondo de Garantía[58]. Este tipo de recurso era recurrible en los casos en los que habrían habido unos fundados motivos de creer que el empresario se hubiese sustraído a sus responsabilidades o hubiera realizado acto simulados en el interior del proceso tal de adulterar el juicio. En estos casos el Fondo de Garantía tenía titularidad para actuar directamente en juicio contra el empresario de mala fe o la sociedad aseguradora insolvente. El procedimiento se desarrollaba antes del mismo juez *a quo*, según las mismas normas del proceso ordinario. Al juez de primera instancia[59] incumbía la ejecución de la sentencia sobre instancia de parte transcurrido los términos para el recurso, quedando excepcionalmente a cargo del sucumbiente los gastos de la ejecución[60] en un proceso esencialmente gratuito, sin efecto para los terceros[61]. La dictadura de Francisco Franco en prueba del intervencionismo estatal en cada aspecto de la vida del ciudadano manifestaba la necesidad de cancelar cada huella de corriente política contraria, con tal fin, primero con el Decreto Ley del 9 de diciembre de 1936, dispone la separación del servicio de cada tipo de empleado público que por su conducta anterior o posterior al Movimiento Nacional, pudiese considerarse contrario a esto[62], después con la ley del 8 de mayo de 1939 privó de legitimidad la jurisdicción ejercitada en los

[58] La intervención del Estado estaba basada en la Declaración I del Fuero de Trabajo n.6: "El trabajo constituye uno de lo más nobles atributos de la jerarquía y de honor, y es título suficiente para exigir la asistencia y tutela del Estado", en Decreto 9 de marzo 1938.
[59] Art. 497 Código del Trabajo.
[60] Art. 497 Código del Trabajo citando el art. 950 de la Ley Rituaria Civil según el cual los costes de ejecución corren a cargo de la parte vencida de echo creaba una excepción a la gratuidad del proceso de trabajo.
[61] Art. 1252, Código Civil.
[62] Art. 1 Decreto-Ley 5 diciembre 1936, en Boletín Oficial del Estado, n.51, 5 diciembre 1936, pag.51.

territorios de dominación "roja", sustrayendo el carácter de cosa juzgada a cada resolución de cualquier orden civil, contencioso administrativo y penal que hubiese sido dictada por funcionarios extraños al Movimiento Nacional[63]. En el tenor de esta ley, un posterior decreto del 15 de junio de 1939, privaba del carácter de cosa juzgada todos los pronunciamientos dados sucesivamente al 18 de julio de 1936 [64] en las zonas no sometidas al Gobierno Nacional por los Jurados Mixtos, Tribunales Industriales, Ministerio del Trabajo, Audiencias Territoriales y Sala de lo Social del Tribunal Supremo en los recursos contra los mismos[65]. Contemporáneamente confiaba el recurso de revisión a través las sentencias de los Tribunales Industriales y las resoluciones de los Jurados Mixtos a las Magistraturas del Trabajo[66], siempre que tales actos no hubieran estado ya recurridos o, de cualquier manera, no hubiese sido todavía emitido resolución al recurso interpuesto. Tal decreto iba a colmar así el vacío que en modo transitorio se habría creado y alargaba ulteriormente las competencias de las Magistraturas. Sucesivamente con la ley orgánica de la Magistratura del Trabajo del 17 de octubre de 1940 se constituyó el Tribunal Central del Trabajo como órgano competente por los recursos de apelación contra las sentencias de las Magistraturas del Trabajo, encaminándose así a completar el marco de los posibles recursos.

[63] Art. 1 Ley 8 de Mayo 1939, en Boletín Oficial del Estado, n.133, 13 mayo 1939, pag.2620.
[64] "Declarado fiesta nacional el 18 de julio, iniciación del Glorioso Alzamiento, será considerado además como Fiesta de la Exaltación del Trabajo" en II, 4, Decreto 9 de marzo 1938, en Boletín Oficial del Estado, n.505
[65] Art. 1, Decreto 15 de Junio 1939, en Boletín Oficial del Estado, n.188, 7 julio 1939, pag. 3704.
[66] Art. 2, letra C, Ibid.

3. Competencias legislativas y función política de la Magistratura del Trabajo

Después de haber examinado el marco normativo de referencia sobre la Magistratura del Trabajo, sea como legislación propia que como competencias absorbidas por otras instituciones, podemos suministrar un cuadro de síntesis afirmando como la función judicial, si bien principal, no agotaba las posibilidades de sus prerrogativas. El magistrado del Trabajo desempeñaba además funciones:

1) conciliativas, buscando de resolver en vía preventiva el juicio de los pleitos individuales;

2) ejecutivas, asegurando la ejecución de las propias decisiones a favor de la parte lesionada o en vía subsidiaria a favor del Fondo de Garantía por insolvencia del deudor;

3) Auxiliar de organismos sociales afines por materia pero desprovistos de fuerza coercitiva, como las Delegaciones e Inspecciones del Trabajo y el Instituto Nacional de Previsión;

4) de interpretación de la ley, colmando las lagunas de la legislación e indicando en la memoria anual al Ministerio del Trabajo posibles soluciones legislativas[67];

5) social, con la aplicación de las leyes sociales con las que perseguir una efectiva armonía social, muestra es la misma gratuidad del proceso que pone sobre el mismo plano el empresario y el trabajador desprovisto de otros recursos que no sean su trabajo, tratando de igualar las disparidades entre los medios de producción.

[67] Art. 11, Ley organica de la Magistratura del Trabajo de 17 de octubre de 1940.

No por último, la Magistratura del Trabajo tuvo, en la España franquista, una importante función política que emerge en todo su vigor no de los textos legislativos, sino del examen de numerosas prácticas conservadas en el Archivo General de Alcalá de Henares (Madrid) y examinadas por grupos homogéneos. El régimen autoritario instaurado por Francisco Franco se manifestaba eficazmente además en ámbito judicial, particularmente del trabajo, sancionando, también en modo retroactivo, aquellos que durante los años de la guerra civil hubieron militado en facciones políticas de signo contrario al "Glorioso Movimiento Nacional", en tal circunstancia, si por caso el empresario hubiese tenido la prueba o sospechado tal evidencia, procedía sin retraso al despido del trabajador comunicándolo dentro de las 48 horas a la Magistratura del Trabajo. Ésta habría después instaurado el contencioso dirigido a la confirmación de la legalidad del despido o a la reintegración del trabajador. Una idea del clima socio político que se vivía en aquellos años y el tipo del juicio que en estos casos se solía instaurar puede ser representada por el Expediente n. 253 de la Magistratura de Trabajo de Madrid, Registro General 507, caja/legajo 74/17656, partes Consuelo Fernández contra don Ángel Granda que quien a título de ejemplo y no de manera exhaustiva vamos a citar. Con carta autógrafa escrita a mano fechada el 28 de junio de 1939 la señora Consuelo Fernández se dirigía al Excelentísimo señor Presidente de la Magistratura del Trabajo para denunciar, a su parecer, el injusto despido del cargo de portera llevado a cabo desde 1933, del inmueble en la calle Raimundo Fernández Villaverde 37, efectuado a cargo del administrador judicial don *Ángel Granda*, aduciendo la falta de justificación de tal despido, a pesar del correcto desempeño del puesto. El secretario del magistrado del Trabajo abierto el expediente con n. 253 en fecha 30 de junio mediante cédula de requerimiento invitaba a don Ángel Granda a manifestar y justificar en el plazo improrrogable de 5 días de la recepción, las causas que habían justificado el despido así como de aquellas que, a su decir, no lo habían impulsado a comunicar tal despido, en el plazo de 48 horas, según la normativa vigente. En fecha de 4 de julio la respuesta mecanografiada de don *Ángel Granda*, en la cual venía precisado que él mismo había asumido

la administración del inmueble en fecha del 4 de julio de 1936, fecha en la que había ya despedido verbalmente la susodicha Consuela Fernández por haber manifestado en precedencia y con conocimiento personal, comportamientos de manifiesto prejuicio por el bien de su administración, designando en la misma fecha como portera a María Sánchez Ontana, formalizándole oportuno contrato y encargándola de la recaudación de las cuotas de julio de 1936. Consuelo Fernández, continúa en su memoria don Ángel Granda, beneficiándose de los luctuosos sucesos de Madrid desde el 18 de julio en sucesivo, fecha del Glorioso Movimiento Nacional Salvador de España, de la circunstancia que el infrascrito había huido a la zona nacional a causa de las hordas rojas, había continuado a ejercer como portera en su perjuicio. La susodicha Fernández, precisa el administrador, también después de la liberación de la capital era cómplice con algunos inquilinos de la casa, cuyos comportamientos rojos eran objeto de procedimientos policiales y judiciales, de hacer imposible el pago de los inquilinos de los apartamentos aparentemente abandonados cuando, en cambio, los mismos reaparecían en sus casas en el momento en el que, a petición del mismo administrador, aparecía la Policía Militar para vaciar los apartamentos y hacerse cargo de los muebles. Por estas razones y porque Consuelo Fernández continuó a ocupar los espacios destinados a portería, don Ángel Granda termina su memoria aduciendo la imposibilidad de dar cuenta del despido dentro de las 48 horas descritas. El fascículo contiene además la relación del Inspector Auxiliar del Trabajo con la declaración de María Sánchez Ontana, en la que confirmaba su contrato de trabajo continuado desde julio de 1936 pero también su abandono a causa de las persecuciones. Enriquecen después el fascículo las declaraciones de Don Francisco Solera Zori, Juan López Granell y Don Arturo Serrano Salvador, concordes en confirmar los comportamientos marcadamente de izquierda de Consuelo Fernández, su ayuda a las milicias rojas y a los inquilinos de la misma ideología, avisándoles cuando la Policía Militar quería desocupar los apartamentos y aduciendo no saber dónde se escondían cuando don Ángel Granda se presentaba para cobrar los alquileres. El fascículo se cierra con la resolución fechada el 31 de octubre de 1939 del Magistrado

de Trabajo que convalida el despido efectuado por don Ángel Granda [68]. Este trabajo ha intentado recuperar el panorama jurídico institucional de los primeros años del novecientos, la figura y el funcionamiento de una institución, la Magistratura del Trabajo, desde una visión poliédrica a causa del momento histórico y del régimen político en que surgió y funcionó, permaneciendo por fuerza de las cosas fuera del debate político y a veces injustamente también del análisis científico.

[68] Magistratura de Trabajo, Despidos, Registro General 507, Expediente n.253, caja/legajo 74/17656 Consuelo Fernandez contra Angel Granda en Archivo General de la Administración, 1939, Alcalá de Henares (Madrid).