

## LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812 Y SU INFLUENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Qué son los métodos alternativos de solución de conflictos.* III. *La existencia de la justicia alternativa en la etapa de codificación del derecho español.* IV. *Métodos alternativos constitucionalizados por la carta magna gaditana.* V. *Influencia de la Constitución de Cádiz en la evolución de la justicia alternativa en el constitucionalismo mexicano.* VI. *Reflexión final.* VII. *Fuentes de consulta.*

Irina CERVANTES BRAVO\*

### I. INTRODUCCIÓN

El siglo XIX supone la codificación del derecho procesal, se inicia con miras a lograr la unidad legislativa que hasta esas fechas no se alcanzaban. Los primeros antecedentes del movimiento codificador los encontramos con la Constitución de Cádiz de 1812, dado que sin minimizar el papel histórico que jugó el Estatuto de Bayona en el nacimiento del constitucionalismo español, es a partir de la Constitución gaditana cuando propiamente hablamos de una verdadera codificación y culmina en una primera fase con la expedición en España de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

A dos siglos de la expedición de la Constitución de Cádiz, encontramos que su influencia aún pervive en el constitucionalismo mexicano, pues la independencia de la Corona española en las instituciones jurídicas no

\* Doctora en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, docente-investigadora de la Universidad Autónoma de Nayarit. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, secretaria técnica del Doctorado Interinstitucional en Derecho (ANUIES), Reconocimiento a la trayectoria académica y perfil Promep, coordinadora de la región Centro Occidente de la Red Nacional de Posgrados en Derecho. Especialista en Justicia Alternativa y Justicia Constitucional Electoral.

se materializó, dado que aún existen en nuestros ordenamientos jurídicos elementos del sistema jurídico español (familia germana o neorromana).

La regulación constitucional de los mecanismos de justicia alternativa en la Constitución gaditana, representa un antecedente importantísimo pues las sucesivas Constituciones españolas —incluyendo la actual— guardan silencio en relación con la justicia alternativa; por el contrario, en el constitucionalismo mexicano, la influencia establecida por Cádiz de constitucionalizar la justicia alternativa aún pervive hasta nuestros días, por consiguiente resulta importantísimo realizar un análisis de la justicia alternativa a la luz de la Constitución gaditana, no sólo como un valioso antecedente histórico, sino también por la recientemente reforma la vigente constitución de 1917, para dar un giro de 180°, pasando de un sistema penal inquisitivo-mixto predominantemente escrito a un sistema penal acusatorio caracterizado por la oralidad y publicidad, tal como lo podemos analizar a lo largo del presente artículo, no se trata de un tema novedoso que se incorporó al texto constitucional, dato que la Constitución gaditana reguló desde su promulgación la justicia alternativa.

Al efecto, el uso de mecanismos de solución de conflictos alternativos al proceso judicial, no es un sistema inventado por el legislador mexicano, sino que es un fenómeno que desde antaño y actualmente se encuentra presente en los distintos países, tanto para hacer frente a las demandas de los justiciables como para responder a las nuevas formas de comercialización, comunicación y producción derivadas de la globalización. La constitucionalización actual del uso de medios alternativos en la resolución de conflictos en la carta magna federal y local, zanja el debate doctrinal sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los métodos alternativos en México. Ciertamente el uso de medios alternativos se extiende al ámbito penal, terreno vedado para la justicia alternativa, pues desde la Constitución centralista de 1836 y las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843 permitieron emplear el uso de mecanismos alternativos en las causas criminales.<sup>1</sup> Las posteriores Constituciones no sólo guardaron silencio respecto a la justicia alternativa sino que erradicaron el uso de la justicia alternativa en materia penal.

<sup>1</sup> Concretamente el artículo 39 de las Leyes Constitucionales de 1836 literalmente establece: “Todos los litigantes tienen derecho para terminar, en cualquier tiempo, sus pleitos civiles o criminales, sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes”.

## II. QUÉ SON LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los métodos alternativos son sistemas, mecanismos o instrumentos para solucionar conflictos sin echar andar la maquinaria judicial, es decir la controversia se resuelve sin entrar en el ámbito del Poder Judicial, estos métodos caminan en paralelo al sistema judicial. Apreciándose el protagonismo de las partes al implicarse en la solución del conflicto, las partes con ayuda de un tercero neutral encuentran una solución a medida de sus necesidades. La mención de “alternativo” no debe entenderse como pretensión y búsqueda de privatización de la justicia, se trata de acercar la justicia a los ciudadanos, pues son los propios ciudadanos legos los que intervienen solucionando el conflicto y fomentando la armonía en la sociedad.

Estos sistemas alternativos o “*equivalentes jurisdiccionales*” ponen en jaque el principio tradicional del monopolio exclusivo del Poder Judicial en la resolución del conflicto, al coexistir con otras formas más simples y sencillas. La intervención del Estado se reserva exclusivamente aquellas áreas donde es imposible solucionar extrajudicialmente el conflicto. Entendiendo el conflicto como producto de las relaciones en sociedad, si el individuo ocasiona el conflicto, el mismo debe actuar en consecuencia solucionándolo, acudir o no a la vía judicial ordinaria para resolver el conflicto penal, es un acto de voluntad que encierra en sí mismo el ejercicio de una libertad pública. Con ello, de ningún modo se afecta el derecho constitucional de tutela judicial efectiva; por el contrario, esta tutela es perfectamente compatible con el derecho de las partes de dirimir sus problemas por cauces extrajudiciales.

En México, la doctrina y la legislación se inclina por el uso de la mediación o conciliación como sustitutos del proceso penal; sin embargo, no es muy clara tal cuestión dado que la Constitución federal hace alusión en forma vaga a la obligación de incorporar en la legislación secundaria mecanismos alternativos para la solución de conflictos penales, pues únicamente establece como limitante que se garantice la reparación del daño al ofendido; incluso desconfiando del buen uso de estos mecanismos, aclara que dicha legislación deberá establecer los supuestos en los que resulta necesaria la supervisión judicial del mecanismo alternativo. Tal intervención no es nada deseable porque atenta contra la finalidad de fortalecer los métodos alternativos: si finalmente se depositan en manos del órgano jurisdiccional el control de la justicia alternativa, se convierte en otro proceso más, contaminándose de los problemas que aqueja a la justicia estatal.

A nuestro juicio los medios alternativos no pueden ser utilizados si concurren las siguientes circunstancias; a) que las partes no hubieran fijado la

relación jurídica de la que ha de traer causa dicho mecanismo extrajudicial; b) cuando faltara la voluntad inequívoca de las partes; b) cuando no existiera una cuestión litigiosa o fuese indeterminable y, c) cuando los derechos controvertidos no son disponibles para las partes por ley. En razón de que los métodos alternativos sólo llegan hasta donde alcanza la libertad de las partes, que es su fundamento y motor, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición.<sup>2</sup> El cumplimiento de tales condiciones determina el nacimiento del efecto de equivalencia jurisdiccional que se manifiesta en el acuerdo allegado por las partes que permite extinguir el conflicto con efectos idénticos a la sentencia judicial.<sup>3</sup>

Entre los diferentes métodos alternativos que pueden emplearse para dirimir el conflicto en materia penal sobresale el uso de la mediación entre la víctima y el victimario, ello no significa que otros mecanismos no puedan emplearse, tal es caso de la conciliación, negociación, arbitrio de un tercero, amigable composición, entre otros. Sin embargo, la mediación es el mecanismo que mayormente se emplea en materia penal, a diferencia de la conciliación, que es una figura cercana a la transacción; pero a diferencia de esta última —en la que sólo hay voluntades de ambas partes— en la mediación, aparte de las dos voluntades, existe un tercero neutral quien provoca la composición de las partes.

### III. LA EXISTENCIA DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL

Desde antaño existen datos que nos ayudan a constatar que la evolución de la justicia alternativa ha seguido el desarrollo de la humanidad, pues la utilización de estos métodos que respetan la capacidad de las partes y que permiten su participación directa en el proceso, significan otra forma de entender los conflictos, lo cual impacta favorablemente en la cultura y en el sistema de relaciones sociales, alentando conductas pacificadoras. Estos sistemas de solución de conflictos que contribuyen a la armonía y paz social los encontramos en la etapa de la codificación del derecho español, antecedente cercano de la Constitución de Cádiz, por ello consideramos oportuno abordarlo en las líneas subsecuentes.

<sup>2</sup> Cordón Moreno, Faustino, *El arbitraje en el derecho interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2005, p. 34.

<sup>3</sup> Merino Merchán, José Fernando, *El “equivalente jurisdiccional” en el derecho público español*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981, p. 24.

Con el declive del Imperio Romano del Occidente, y tras la instalación de los visigodos en España acaudillados por Ataulfo en el año 416, se computa la existencia de la nación española.<sup>4</sup> El pueblo visigodo tuvo su propia manera de entender y crear el derecho; de su legislación se destaca el Breviario de Alarico II, que data del año 506, en palabras de Merchán Álvarez, es el primer libro jurídico considerado hispánico que hace eco de la institución arbitral; no obstante, por el carácter resumido o fragmentario de los textos que recoge esta obra no se aprecia una regulación acabada de la justicia alternativa, sólo se reflejan determinados aspectos que caracterizaron a la institución durante el derecho romano posclásico. Concretamente el Breviario de Alarico nos habla de *arbitrali iudicio* y de *iudicia privata*, aunque se conserva el predominio de los rasgos jurídicos privados sobre los jurisdiccionales; en consecuencia, la decisión emitida por los árbitros carecía de fuerza ejecutoria.<sup>5</sup>

La nula intervención romana en los asuntos de España, la natural consecuencia de una vida común entre los vencidos y los vencedores, el profesor una misma religión al convertirse el Monarca Recaredo al catolicismo, originó la unidad social, política y religiosa del reino visigodo hispánico. Se acentúa su nacionalismo y se marca una nueva tendencia en la vida legislativa que se traduce en el texto jurídico *Liber Iudiciorum*, promulgado durante el reinado de Chindasvinto con acuerdo del VII Concilio de Toledo, retocado en los reinados posteriores, no se encuentra inspirado exclusivamente en el derecho visigótico, sino que incorpora elementos del derecho romano.

La aparición del *Liber Iudiciorum* señala la primera muestra de preceptos procesales propiamente nacionales en el sistema jurídico español, y es punto de partida del derecho medieval.<sup>6</sup> Sus disposiciones en el libro segundo, título I, dedicadas a *De iudicicis et iudicalis*, se refieren al derecho procesal y a la organización judicial, aunque tales disposiciones no contienen una regulación dedicada específicamente a la justicia alternativas de su contenido se puede deducir pues se dispone: “los jueces elegidos por las partes han recibido la potestad para juzgar y por ello deberán tener el nombre, los derechos y las responsabilidad de los otros jueces, siendo ejecutiva su sentencia como la de los jueces”. Asimismo, el *Liber Iudiciorum* precep-

<sup>4</sup> Sánchez Román, Felipe, *Estudio de ampliación del derecho civil y códigos españoles*, Granada, impr. F. de los Reyes, s. e., 1879, ts. I y II, p. 148.

<sup>5</sup> Merchán Álvarez, Antonio, *El arbitraje: estudio histórico jurídico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981. p.20.

<sup>6</sup> Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, 3a. ed., Madrid, Reus, 2000, t. I, p. 90.

tuó que el medio alternativo se constituiría mediante pacto escrito (*pactio electiones*), celebrado ante tres testigos y firmado por los mismos.<sup>7</sup> De igual forma dispuso que se podía fijar libremente por las partes el número de árbitros, por lo general prevalece la pluralidad en el nombramiento de los mismos, no obstante, también posibilita la actuación de un solo árbitro, esta regla fue conservada en casi todos los ordenamientos posteriores al *Liber Iudiciorum*.<sup>8</sup> El *Liber* trascendió a los siglos ulteriores, a consecuencia de ello Fernando III mandó traducir su contenido al romance castellano transformándose así en el libro jurídico que conocemos con el nombre de *Fuero Juzgo* o *Libro de los Jueces*.

Durante los siglos VIII al XII se produjo la dispersión normativa y la pluralidad de los derechos locales de naturaleza consuetudinaria que responden a regímenes muy heterogéneos; en muchos de éstos ordenamientos locales o de derecho comarcal como lo fue el Fuero Viejo de Castilla, se contempló la justicia alternativa como forma para solución las controversias. Destacando los fueros de Sepúlveda y Soria por el nivel de técnica jurídica que emplearon en la regulación de la institución. Al parecer, en la mayoría de los fueros locales se siguió un criterio económico de manera que sólo aquellos asuntos que estaban por debajo de determinada cuantía eran arbitrables.<sup>9</sup>

Tratando de superar la heterogeneidad jurídica prevaleciente en siglo XIII, Fernando III ordena reproducir al castellano el *Liber Iudiciorum* y lo otorga a su reino con el nombre de *Fuero Juzgo*. Pese a ser un importante texto jurídico fue escasamente aplicado porque a la par en la Baja Edad Media el derecho popular gobernaba a España, el cual no sólo era distinto sino también algunas veces resultaba contrario al *Fuero Juzgo*.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Merchán Álvarez, Antonio, *El arbitraje:..., cit.*, p. 151.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>9</sup> También en la regulación del arbitraje se tomó en cuenta un criterio material, así en el Fuero de Soria este criterio se recoge de forma positiva al señalar: podrán someterse a arbitraje las controversias derivadas de “relaciones obligacionales” entre los particulares. Y en términos negativos se recoge en el Fuero de Sepúlveda que estableció: podrán someterse a arbitraje todo pleito con excepción de “las cosas que pertenecen a palacio”.

<sup>10</sup> La traducción al romance castellano en el siglo XIII del *Liber Iudiciorum* da como resultado la obra jurídica denominada *Fuero Juzgo*. Fernando III y Alfonso X la otorgaron como fuero municipal para los reinos de Andalucía y Murcia recién incorporados a Castilla. Este texto refleja la tendencia hacia la unidad frente a la dispersión existente en los fueros de las distintas poblaciones que integraban a España. Respecto al arbitraje el *Fuero Juzgo*, textualmente disponía: *ningun omne non debe ser iuez, si non aquí lo mandare el príncipe o aquél fuera del consentimiento de las partes o demandado de jueces de otros* (FJ; II, l,13).

En lo referente a la justicia alternativa encontramos que las disposiciones que lo prevén se localizan en el libro II, titulado “De los juicios y causas”. El Fuero Juzgo conserva en general los principios y fundamentos consagrado por el *Liber Iudiciorum*, por ende continúa con la tradición judicialista con la denominación *juez de voluntad de las partes*; asimismo, tampoco incorpora el establecimiento de una pena para quien incumple la decisión derivada de la solución alternativa.

La gran labor legisladora de Alfonso X el Sabio la comprenden el Fuero Real, el Espéculo y el Código de las Siete Partidas. Ordenamientos que destacan por su importancia en materia procesal y desde luego reservan algún apartado para regular la justicia alternativa.

El Fuero Real es consecuencia de la frontal oposición de Alfonso X hacia el derecho de creación popular, especialmente hacia aquel fruto de juicios de albedrío; fue expedido para la Corona de Castilla con carácter de ley territorial y no fuero municipal, aunque al principio no tuvo aplicación general, su amplia difusión a muchas localidades del Reino y su aplicación por los tribunales permitió a este ordenamiento influir en otros cuerpos legales.<sup>11</sup>

Específicamente el Fuero Real ubica las reglas sobre arbitraje en el libro I, título VII, “Del oficio de los alcaldes”, y en el libro II, dedicado al procedimiento en general. La adecuada sistematización del arbitraje en el mencionado ordenamiento supuso una superación del localismo jurídico y unificó la legislación existente en esa época sobre el mismo.

En el Fuero Real se designó con el vocablo alcalde a quien tenía la función de juzgar y aplicar las normas contenidas en sus cuatro libros; claramente el texto señaló que los alcaldes sólo podían ser designados por el rey o bien por las partes que los elegían para juzgar el pleito.<sup>12</sup> Es precisamente en esta disposición donde nos encontramos la salvaguarda de la justicia alternativa al reconocer el derecho de las partes de nombrar mutuamente a un tercero imparcial para dirimir el conflicto existente entre ellas (*alcaldes de avenencia en que las partes aviniere de estar a su juicio... II, 13, 4*).

Así, el Fuero Real destaca la avenencia como medio para elegir a los árbitros y resalta el fin y la función que han de cumplir los mismos.<sup>13</sup> Además, en el libro I, título XII, ley I, se indicaba: “los bienes que se encuentran en

<sup>11</sup> Chiovenda, Giuseppe, *Principios de...*, cit., p. 91.

<sup>12</sup> Fuero Real I.7.2: “Nengun ome non sea osado de juzgar pleitos si non fuere alcaldes puestos por el rey, o si non fuere por placer de las partes, que lo tomen por avenencia para juzgar algun pleito...”.

<sup>13</sup> Merchán Álvarez, Antonio, *El arbitraje: ...*, cit., p. 69.

disputa y deban de ser resueltos por juicio o avenencia no pueden ser vendidos ni enajenados ni trasladados de su lugar”. De lo anterior nos interesa destacar que realmente el Fuero Real sistematizó muy bien los artículos que hablaban sobre justicia alternativa.

Para la constitución del acuerdo arbitral se tomaban en cuenta las normas generales que se empleaban para regular las formalidades de los “pleitos” o convenciones, en consecuencia se admite la posibilidad de que se realizará de manera verbal sin ser necesaria su redacción por escrito.

Según se desprende del Fuero Real, se aplicaban las mismas reglas para todos aquellos que actuaban como alcaldes, sin que hubieran sido puestos por el rey o por avenencia de las partes, por tanto, el Fuero Real tampoco distinguió entre árbitros y jueces. No se puede negar la influencia romano-canónica que el Fuero Real acogió, lo que origina que se regrese al sistema romano de estipulación de penas, para obligar el cumplimiento del arbitraje pactado, al menos así se manifiesta accidentalmente en este cuerpo normativo al regular que las directrices han tener en cuenta a la hora de dictar sentencia: “Et si fueren Alcaldes de avenencia, en que las partes se abinieren de estar a su Juycio so alguna pena, e amos judgaren de señas guisas, ninguno de sus juycios non vala...”.<sup>14</sup>

Finalmente del Fuero Real debemos señalar que, al no producirse una buena aceptación del mismo por parte de la nobleza, los consejos de las ciudades y las villas castellanas, su vigencia se limitaría a los tribunales del rey quedando con el tiempo relegado a un derecho de alzada.

Casi simultáneamente al Fuero Real aparece el Espéculo, de acuerdo con los datos que nos proporcionan los historiadores posiblemente este código se realizó entre 1255 y 1260, su denominación hace referencia al “espejo del derecho”. En el mismo prólogo se indica que fue realizada por el propio rey Alfonso ayudado por el consejo de los obispos, nobles y juristas, con el objeto de dotar a los tribunales de su corte de un texto legislativo que recogiese el derecho tradicional castellano-leonés junto con el derecho de la recepción. Además, en lo que respecta a su ámbito de aplicación es dable señalar que, mientras el Fuero Real había sido pensado para Castilla, el Espéculo parece haber sido considerado para todos los reinos que se englobaban en la Corona castellana, o mejor dicho se realizó para ser aplicado a todos los súbditos del monarca.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Véase Fuero Real 11, 13, 4; Merchán Álvares, Antonio, *ibidem*, p. 156.

<sup>15</sup> Gacto Fernández, Enrique et al., *Manual básico de historia del derecho*, Madrid, Láxex, 1997, pp. 193 y 194.

Resulta interesante la regulación de la justicia alternativa en este cuerpo legal, dado que conserva cierto sabor tradicional que recuerda a las regulaciones seguida por el derecho local; así, la institución del arbitraje se consagra en el libro IV, título II, “De los alcaldes quí los puede poner e de las cosas que an de ffazer e de guardar”, y en el libro V que habla sobre el procedimiento.

Al igual que el Fuero Real indica que los encargados de juzgar las causas son los alcaldes puestos por el rey, pero al mismo tiempo se autoriza a las partes elegir alcalde de avenencia para dirimir sus controversias “...Aun y otros alcaldes a que llaman de abenencia, e éstos pueden ser puestos con placer de amas las partes”... (IV, 2 proemio).

Cabe señalar que el Espéculo, cuando se refiere a los terceros que dirimen la controversia, les denomina de distinta manera, como: “Alcaldes de avenencia IV,2,2 y IV,2,4 judgadores de avenencia V,13,18 jueces de avenencia y avenidores V, 14,11”.

En resumidas cuentas podemos decir que en general fue positiva la regulación de la justicia alternativa en el Espéculo, pese a que es una obra incompleta toda vez que su redacción fue abandonada, por lo que no tuvo vigencia oficial; se considera un ensayo de Alfonso X el sabio para preparar la posterior publicación del Código de las Siete Partidas.

Al efecto, continuando con el proyecto de unificación jurídica, Alfonso X (el Sabio), sanciona el Código de las Siete Partidas, cuerpo legal de notable importancia en lo referente al proceso. Fue redactado a partir de 1256; sin embargo, la vigencia claramente demostrada la adquiere en el siglo XIV durante el reinado de Alfonso XI, gracias al Ordenamiento de las Cortes de Alcalá de 1348 elaborado para establecer el orden de prelación de las fuentes jurídicas, quedando en tercer lugar de aplicación las Partidas.<sup>16</sup>

Las Leyes de Partidas son una suma de principios jurídicos, religiosos, filosóficos y morales, que en ocasiones se basan en textos de los clásicos griegos, latinos y filósofos medievales; así como en textos bíblicos.<sup>17</sup> Son una obra romanizada cuya influencia en el derecho canónico y en el Digesto se deja notar. Constituye el regreso al tipo clásico romano, su fama fue tal que se tradujo a diferentes idiomas, como señala Pallares Portillo, constituye un verdadero tratado de derecho procesal.

<sup>16</sup> El Ordenamiento de Alcalá fue expedido por el rey Alfonso XI, el 28 de febrero de 1348, se considera la obra legislativa más destacada durante su mandato, estuvo en vigor cien años, contempla algunas cuestiones en materia procesal relativas a la sustanciación del procedimiento, pero nada nos dice en relación con el arbitraje, su importancia es que establece el orden de aplicación de las Partidas, con ello se materializa la vigencia de las mismas.

<sup>17</sup> Gacto Fernández, Enrique *et al.*, *Manual básico...*, cit., pp. 194-196.

Concretamente es en la Partida Tercera donde se regula la justicia alternativa, en ella nos encontramos una verdadera sistematización técnica del arbitraje contenido en las leyes 23 a 35 del título cuarto, y en las leyes 106 y 107 del título decimoctavo.

Podemos observar que existe sincronización en los diferentes preceptos que hacen alusión a la institución arbitral; así, en la ley primera del título cuarto, Partida Tercera, cuando se establece el significado de juez y cuantos tipos hay de ellos, se indica que “hay otros jueces llamados en latín: árbitros, que muestra tanto como juez de albedrío, que son escogidos para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas partes. E de cada uno de estos jueces mostráremos que cosas han de hacer e de guardar por razón de sus oficios”.<sup>18</sup>

De lo anterior podemos deducir que en las Partidas se coloca a los árbitros dentro del sector judicial, estableciendo los mismos impedimentos para todos los tipos de jueces. De tales limitantes nos interesa ahondar en la condición femenina como impedimento para actuar como juez o árbitro, pues según lo ordena el Código citado, la mujer no puede ser juez porque sería deshonesto e irracional posibilitarla actuar entre hombres, como requiere la actividad de decidir pleitos, estableciendo una excepción a este principio según el cual, la mujer puede juzgar siempre y cuando tenga jurisdicción sobre un territorio, por causa de la honra del lugar bajo su jurisdicción, pero deberá realizarlo bajo consejo de hombres entendidos en derecho que eviten o enmiendan sus errores (P, III, 4, 4).<sup>19</sup>

Las Partidas dedican todo un entramado de artículos a la justicia alternativa, un instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez los conflictos comerciales que se suscitaban entre sus gremios y corporaciones, quienes dejaban de lado la justicia impartida por el monarca al resultar lenta y costosa.<sup>20</sup>

En la obra en comento se establece como regla general que todas las controversias pueden ser resueltas a través de avenidores,<sup>21</sup> salvo aquellas

<sup>18</sup> Cfr. Partida Tercera, título IV, ley I, en Alfonso X el Sabio, *Las Siete Partidas (El libro del Fuego de las Leyes)*, Madrid, Reus, 2004, p. XXXV.

<sup>19</sup> Véase Merchán Álvarez, Antonio, *El arbitraje: ..., cit.*, p. 81. Al comentar la Partida III, 4, 4: “... Ni mujer no puédelo ser, porque no sería cosa guisada que estuviese entre la muchedumbre de los hombres librando los pleitos. Pero siendo reina o condesa... bien puédelo hacer por honra del lugar que tuviese, pero esto con consejo de hombres sabedores...”.

<sup>20</sup> Feldstein de Cárdenas, Leonardi de Herbón, *El arbitraje*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1988, p. 38.

<sup>21</sup> No sólo tenían los avenidores un ámbito competencial muy amplio, sino que incluso se reguló en las Partidas una especie de arbitraje casi forzoso para las causas mercantiles,

que la ley expresamente dejaba fuera de su ámbito como los delitos que merecían pena corporal o destierro; *contrario sensu* se entiende que los delitos como la injurias y calumnias a los que se les atribuía penas pecuniarías podían tramitarse a través del arbitraje. Tampoco podían someterse a juicio arbitral las causas sobre el estado de libertad, servidumbre o bienes comunales, lo cual es entendible porque no son derechos disponibles pues afectan la armonía social. Asimismo no podía sujetarse a justicia alternativa las controversias derivadas del matrimonio como puede ser la nulidad y la separación, toda vez que conforme lo dispone la partida 4, 10, 8, el cumplimiento del arbitraje se sujetó al pago de una pena, lo cual no es admisible en el matrimonio que se caracteriza por la libertad de las partes y principalmente porque según se indica en las Partidas el matrimonio es un sacramento que requiere una jurisdicción especial que no poseen los que son nombrados árbitros.<sup>22</sup>

Conforme a las Partidas la elección de los *jueces de avenencia* podían ser de dos manera: “La una es cuando los hombres ponen sus pleitos e sus contiendas en manos de ellos que los oigan e los libren según es derecho...”. Esta forma es similar a lo que hoy conocemos como el arbitraje de derecho, por ello en las Partidas se encuentra regulado como una especie de juicio ordinario, es decir los árbitros apegándose a la norma deben conducir el pleito en las diferentes fases procesales. “La otra manera de jueces de avenencia es, a que llaman en latín: arbitraores, que quieren tanto decir como albedriadores e comunales amigos, que son escogidos por placer de ambas las partes para avenir e librar las contiendas que hubieren entre sí, en cualquier manera que ellos tuvieran por bien...” (P III, 4, 23); la segunda forma es la que conocemos como arbitraje de equidad, cuyos jueces de avenencia se les llamaban en latín *arbitraores* y en romance *alvidriadores y comunales amigo*, podían proceder y decidir según su leal saber y entender, sin necesidad de sujetarse a las disposiciones y formas legales, se les encomendaba primeramente avenir a las partes de no lograrse la avenencia se proseguía con el juicio, para ello las partes debían señalar puntualmente la controversia que se sometía a arbitraje y sobre todo debían prometerse guardar y obedecer el mandamiento y la resolución que los avenidores hicieran del pleito, salvo que los jueces de avenencia hubiesen juzgado maliciosamente o actuado con engaños, quedaban las partes exentas de cumplir la sentencia arbitral, no se señala la pena que se impondría al árbitro que actuara

concretamente para dirimir los conflictos referentes a las cuentas entre los socios de una compañía, Partida V, 10, 5.

<sup>22</sup> Merchán Álvarez, Antonio, *El arbitraje:..., cit.*, pp.133 y ss.

de mala fe, pero se establecía recurso de alzada contra la sentencia de los arbitradores que recibió el nombre de “recurso de reducción a albedrío de buen varón”.<sup>23</sup>

Según sostiene Merchán Álvarez, junto a estas dos forma de arbitraje, existió en las Partidas una tercera, mixta, que combinaba las dos anteriores, el citado autor argumenta: “aun cuando la ley no se refiere a ella directamente debió ser en la práctica la forma más frecuente de realizarse un arbitraje, pues comúnmente se nombraba a los jueces avenidores con la doble calidad de árbitros y de arbitradores”.<sup>24</sup>

Sobre la ejecución de las sentencias las Partidas distinguen dos supuestos: el primero indica que si la parte incumple lo sentenciado por los jueces de avenencia, deberá pagar la pena estipulada, con ello se libera del cumplimiento de la sentencia; el segundo supuesto lo constituye el denominado compromiso simple en el que no existe pena para quien incumpla lo sentenciado, por tanto la sentencia en sí misma no es ejecutoria; para que lo sea es necesario que las partes la acepten expresa o tácitamente al no decir nada respecto a ella en un término de diez días contados a partir de que se emitió (P III, 4, 23).<sup>25</sup>

Por otra parte, es de precisarse que como regla general se preserva la inapelabilidad de la sentencia arbitral, la ley trigésima quinta de la Partida Tercera, literalmente así lo señala: “Que del juicio de los avenidores no se puede ninguno alzar”. Excepcionalmente como lo señalamos se podía interponer una especie de apelación y es “*el recurso de reducción a albedrío de buen varón*” cuando algunas de las partes consideren que la decisión de los arbitradores se ha dictado maliciosamente o con engaños, este recurso se interpuso ante el juez ordinario del lugar donde el arbitrador haya proferido la sentencia, en un plazo de diez días contados a partir de que se notificó.<sup>26</sup>

Finalmente como última nota de las Leyes de Partidas debemos decir que durante más de 300 años fue derecho supletorio del derecho indiano en la Nueva España, adquiriendo en territorio colonizado una gran importancia, por ello tal como lo expresa Sánchez-Arcilla Bernal, “si hay un texto

<sup>23</sup> Para mayor conocimiento del recurso de “reducción a albedrío de buen varón”. Véase Merchán Álvarez, Antonio, *ibidem*, pp. 261 y 262; Hinojosa Segovia, Rafael, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1991, pp. 10 y 11.

<sup>24</sup> Cfr. Merchán Álvarez, Antonio, *El arbitraje: ...*, cit., pp. 176 y 177.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>26</sup> Según comenta Hinojosa Segovia, en la práctica se admitió un recurso de alzada “*contra legem*”, ante el órgano de apelación. Véase Hinojosa Segovia, Rafael, *El recurso de...*, cit., p. 10.

jurídico que deba ser destacado por su trascendencia en nuestro derecho hispánico, no es otro que el de las Partidas”.<sup>27</sup> Además, algunas disposiciones contenidas en las Leyes de Partidas con posteriores modificaciones estuvieron vigentes hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. A lo dicho por este autor sólo agregaríamos que sin duda nuestros primeros códigos procesales mexicanos recibieron también la influencia de las Leyes de Partidas.

El siglo XIX supone la codificación del derecho procesal español, se inicia con miras de lograr la unidad legislativa que hasta esas fechas no se alcanzaba. Los primeros antecedentes del movimiento codificar los encontramos con la Constitución de Cádiz de 1812, dado que sin minimizar el papel histórico que jugó el Estatuto de Bayona en el nacimiento del constitucionalismo español, es a partir de la Constitución gaditana cuando propiamente arrancan la codificación y culmina en una primera fase con la expedición de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855; pero su influencia continúa incluso hasta nuestros días.<sup>28</sup>

Conocer el antes citado desarrollo de compilación del derecho español es importante, dado que el proceso codificador no se olvida de la justicia alternativa, por el contrario hace eco de institución en materia: penal, mercantil y civil, en los diferentes códigos que existieron en esta etapa del derecho español.

#### IV. MÉTODOS ALTERNATIVOS CONSTITUCIONALIZADOS POR LA CARTA MAGNA GADITANA

La Constitución de Cádiz promulgada el 19 de marzo de 1812, es considerada el primer código político a tono con el movimiento constitucionalista europeo contemporáneo, de carácter novedoso y revolucionario, que establecía por primera vez la soberanía nacional y la división de poderes, como dos de sus principios fundamentales. La situación en que se reúnen las Cortes de Cádiz (24 de septiembre de 1810) fue extremadamente complicada. No sólo por el momento de guerra y fuerte ofensiva del ejército napoleónico, sino también por la enorme extensión de la Monarquía española

<sup>27</sup> Véase Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Las Siete Partidas (El libro del Fuenro de las Leyes)*, Madrid, REUS, 2004, p. XXXV.

<sup>28</sup> La Constitución de 1812 expresamente planteó la necesidad del dictado de los códigos, civil, criminal y comercial para España e Indias, como complementos necesarios de todo sistema constitucional mediante los cuales se garantiza la igualdad ante la ley, la unidad legislativa de todo el reino y el respeto a la voluntad del individuo (artículos 96 y 113).

y las consiguientes dificultades de comunicación y fluidez en la convocatoria. Pese a ello —o quizá por ello— se reguló la figura del diputado suplente, para cubrir cualquier deficiencia en la convocatoria o imposibilidad de asistencia.<sup>29</sup>

La Constitución de Cádiz eleva a rango constitucional el derecho de los ciudadanos para resolver sus conflictos mediante un sistema alternativo de administración de justicia que no pertenece al sistema judicial del Estado, aun cuando la Ley Suprema en comento regula esta figura en el mismo apartado del Poder Judicial, no lo incorpora como un mecanismo dependiente de la justicia estatal, sino que establece una sistematización de artículos que abordan la justicia alternativa como un mecanismo extrajudicial, regulación que nos parece plausible, porque desde antaño el constituyente de 1812 advirtió que si queríamos una justicia eficiente, rápida, especializada, en la que imperara la voluntad de las partes, deberíamos diseñarla fuera del ámbito judicial, tal como se diseñó por la Constitución gaditana en sus artículos 280 al 284, capítulo segundo, “De la administración de justicia en lo civil”, título V, dedicado a los tribunales de administración de justicia estatal.

Al efecto, la carta magna gaditana regula dos tipos de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que son el arbitraje y la conciliación, pronunciándose sobre aspectos medulares de tales sistemas alternativos, como son el carácter imperativo de estos mecanismos porque se imponía como instancia obligatoria que debería agotarse en materia de justicia civil antes de acudir a juez ordinario para resolver alguna controversia de tal naturaleza, además, bajo ninguna circunstancia se podría privar el derecho a la justicia alternativa a los ciudadanos españoles.

Así, el artículo 280 de la Constitución en comento señaló: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”. Tal derecho a la justicia alternativa que plasma la Constitución gaditana, se explica claramente en su Exposición de Motivos al decir que “está fundado en el incontrastable principio de la libertad natural, reconocido y conservado por nuestra antigua Constitución y nuestras leyes... en medio de las vicisitudes que han padecido desde la monarquía goda. Y el espíritu de la concordia y de la liberalidad que hacen tan respetable la institución de jueces árbitro...”. Así, el Constituyente de 1812 diseña un modelo de Estado liberal con respeto a los derechos fundamentales de los hombres y a la libre voluntad de las partes, permitiendo resolver las controversias mediante la participación directa de

<sup>29</sup> Mario Hernández Sánchez Barba, en <http://www.bicentenarios.gob.es/Reflexiones/Articulos/Paginas/11052009art12.aspx> (consultada el 20 de julio de 2012).

la sociedad en la administración de justicia, incluso podemos decir que la citada Constitución no sólo admite el arbitraje sino que va mucho más allá al establecerlo como una garantía fundamental. Además esta norma básica rompe con la regla conservada hasta las partidas de la inapelabilidad de la sentencia arbitral, dado que en artículo 281 dispuso: “La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar”. Si bien la apelación no opera *ipso jure*, pues las partes deberían reservarse el derecho de apelar en el momento de constituir el compromiso arbitral de lo contrario se entendía por renunciado su derecho y por ende se materializaba la ejecución de la sentencia, lo cierto es que permite apelar la decisión de los árbitros sólo si se reserva tal derecho el justiciable.

De igual forma, la Constitución de Cádiz impuso la conciliación de los pleitos como un mecanismo obligatorio antes de echar andar la maquinaria judicial, estableciendo la figura de los conciliadores en los alcaldes del pueblo e imperativamente ordenó que al juez que remitiera el conflicto al cauce de la justicia alternativa, pues debería agotar la instancia de la conciliación, en razón de que si no existía constancia de que se hubiere agotado el mecanismo de la conciliación, no se podría entablar el conflicto ante el juez. La carta magna en comento estableció el procedimiento que debería observarse para lograr la conciliación de la controversia, indicando que el conciliador (alcalde) junto con dos hombres más propuestos por las partes, recibiría el argumento de cada parte, una vez que escuchaba ambas partes, solicitaba el parecer de los dos hombres, y una vez que recibía tal dictamen, se pronunciaba sobre la solución del conflicto, propiciando la armonía entre las partes.

Artículo 282. El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador; y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto.

Artículo 283. El alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención; y tomará, oido el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progresos, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial.

Artículo 284. Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito ninguno.

Aunado a lo anterior, el juez y el conciliador deberán respetar los derechos fundamentales del detenido, pues de lo contrario podrían ser acreed-

dores del delito de detención arbitraria, tal como lo dispone el artículo 299: “El juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes, serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el código criminal”.

Todo un entramado constitucional para la justicia alternativa diseña la Constitución gaditana, a pesar que la vigencia de la Constitución de Cádiz<sup>30</sup> se vio constantemente interrumpida por los diferentes movimientos políticos abanderados tanto por el bando de los monárquicos como por el grupo republicano, impidiendo así su aplicación práctica, podemos observar que su influencia se hace notar en el constitucionalismo mexicano. Ciertamente fue un gran acierto que la Constitución de Cádiz salvaguardara expresamente el arbitraje y la conciliación en el texto constitucional como expresión de la libertad de los individuos. Al mismo tiempo, la regulación constitucional de este mecanismo representa un antecedente importantísimo pues del análisis que realizamos de las sucesivas Constituciones españolas incluyendo la actual todas guardan silencio en relación con la justicia alternativa, ignoramos los motivos que propiciaron su omisión.<sup>31</sup>

## V. INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ EN LA EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

La Constitución española de 1812 impresionó profundamente no únicamente en Europa, sino también en toda la América española, para esta

<sup>30</sup> La vigencia de la Constitución de Cádiz en nuestro país fue efímera al rebelarse el pueblo mexicano contra la dominación española, pese a ello es de destacarse la influencia que dicha carta magna ejerció en el sistema constitucional mexicano.

<sup>31</sup> La siguiente Constitución fue promulgada el 18 de junio de 1837, tal texto constitucional no hace referencia a la institución arbitral; por el contrario, otorga la exclusividad en la resolución de los juicios civiles y criminales a los tribunales y juzgados del Estado (artículo 63). Con posterioridad, las diferentes Constituciones de 1845, 1856, 1869 y la de 1876 nada dicen en torno al arbitraje. Salvaguardado así, el monopolio de los tribunales del Estado en la administración de justicia. El contenido de las normas que regula al Poder Judicial es prácticamente el mismo, lo único que cambia es la rúbrica del título, el cual en ocasiones se denomina Poder Judicial y en otras Administración de Justicia; por su parte, la Constitución de la República Española de 1931 a pesar que en su título preliminar artículo 1o. proclama que “España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organizan en régimen de libertad y de justicia”, se olvida también de la constitucionalización del arbitraje. Las Leyes Fundamentales que se integraban por las normas expedidas de 1938 a 1967, bajo el gobierno del General Franco Bahamonde tampoco regularon nada en relación con el arbitraje; por lo que toca a la vigente Constitución de 1978 no indica ningún reconocimiento expreso del arbitraje; sin embargo, al constituirse España en un Estado social y democrático de derecho, el fundamento constitucional del arbitraje está garantizado.

sociedad tuvo una gran importancia, no sólo por la activa participación que en su redacción tuvieron los diputados americanos, sino porque dicha Constitución abolía los cuatro virreinatos americanos —Nueva España, Perú, Nuevo Reino de Granada y Río de la Plata— y en su lugar proclamaba que “La Nación Española es la unión de todos los españoles de ambos hemisferios”. El momento generacional de la Independencia se encuentra precedido en la América española por una importante generación que puede denominarse de la emancipación, formadora de la estructura de pensamiento político por parte de la sociedad criolla. Es en la vida local —los cabildos— donde se aplican las ideas y los conceptos adquiridos en las universidades, formalizando una estructura de pensamiento que, desde luego, se pone de manifiesto en la maduración del movimiento ilustrado hispanoamericano. Así, pues, en México, la Constitución de Cádiz fue aplicada por las autoridades españolas; en un segundo momento aplicada sin entusiasmo y, finalmente, revocada como consecuencia de los hechos ocurridos al regreso de Fernando VII. La influencia, sin embargo, se mantuvo cuando Morelos reunió partidarios en Apatzingán y dio la primera Constitución mexicana (28 de octubre de 1814), que fue copia directa de la de Cádiz. Incluso, el emperador Iturbide, en el Plan de Iguala (24 de febrero de 1820), incorporado poco después al Tratado de Córdoba entre el teniente general Juan O’Donojú y Agustín de Iturbide, muestra claramente la influencia de ella en el fondo de su pensamiento liberal.

La historia constitucional del México independiente se inicia formalmente en 1824, empero, debemos aclarar que antes de la promulgación de la primera carta magna mexicana existieron otros documentos de relevancia constitucional como son los Elementos Constitucionales de Rayón (1811), los Sentimientos de la Nación de Morelos (1813) y el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (1814). No obstante, no tuvieron vigencia plena por la inestabilidad política y social producto de la lucha por la independencia. Al promulgarse el texto constitucional de 1824 la nación mexicana asumió la forma de Estado republicano, representativo y federal cuya forma de gobierno es presidencial. Salvo fallidos intentos por establecer un Estado monárquico, en México ha prevalecido esta forma de Estado. La Constitución mexicana de 1824, al igual que algunas Constituciones posteriores, siguiendo las directrices establecidas por la Constitución gaditana, reconoció de manera expresa la posibilidad jurídica de que los conflictos que afectaran intereses privados se dirimieran mediante justicia alternativa. La aristocracia intelectual criolla que dominaba el poder fue diseñando la normativa constitucional de este mecanismo. Así, la Constitución Federal de 1824, las Leyes Constitucionales de 1836, las

Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, el Estatuto Orgánico Provisional de 1856, establecieron el arbitraje como un derecho subjetivo de rango constitucional.

Por su parte, Constitución de 1824 en materia de justicia alternativa reproduce fielmente las líneas generales prescritas por la Constitución de Cádiz, el contenido de la mayoría de sus artículos son una copia matizada de lo dispuesto por la Constitución gaditana de 1812, que analizamos en el epígrafe anterior.<sup>32</sup> En su título V encontramos el primer antecedente constitucional de la justicia alternativa en México, denominado “Del poder judicial de la federación”; en su sección séptima reglas generales a que se sujetará en todos los Estados y territorios de la federación la administración de justicia. El artículo 156 ordena: “A nadie podrá privarse del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio”.

Del precepto constitucional antes indicado podemos observar que a diferencia de la Constitución de Cádiz, la Constitución mexicana de 1824 no adopta un criterio restringido, excluyente y nacionalista, pues no sólo los mexicanos encuentran amparado su derecho de libertad y autonomía de voluntad para dirimir sus conflictos mediante árbitros, sino que incluye la norma suprema hace extensivo ese derecho en favor de cualquier persona que se encuentre en territorio mexicano independientemente de su nacionalidad.<sup>33</sup>

Por otra parte, debemos comentar que la citada Constitución de 1824, a diferencia de la de Cádiz, agrega que “en cualquier estado del juicio las partes pueden someter la controversia a arbitraje”; lo que presupone que, estando pendiente el proceso ante un juez, las partes podían en todo momento disponer del objeto del proceso sometiéndolo al conocimiento del árbitro nombrado por ellas mismas, supuesto que no se prevé en la Constitución gaditana. Otro aspecto destacable de este precepto es que delimita la forma administración de justicia en las entidades federativas, pues conforme lo ordenado constitucionalmente, los gobiernos locales debían garantizar, respetar y regular a favor de toda persona el derecho fundamental del arbitraje.

<sup>32</sup> La Constitución de Cádiz fue jurada en Nueva España el 30 de septiembre de 1812, su vigencia en nuestro país fue precaria y limitada. Aun así, su influencia en nuestros textos constitucionales es trascendental, tal influencia se refleja en el arbitraje al regularlo constitucionalmente dentro de las disposiciones para el Poder Judicial relativas a la administración de justicia en lo civil.

<sup>33</sup> Adviértase que la Constitución de Cádiz al indicar “.... No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias...”, excluía a toda persona que no fuese español. *Cfr.* artículo 280 de la Constitución de Cádiz de 1812.

Después de la independencia del Estado mexicano surgen las dos grandes fuerzas políticas que escribirían su historia; por una lado, los liberales y por el otro los conservadores. Partidos que durante décadas protagonizaron luchas intestinas por el control del poder. Así, de 1835 a 1845 los conservadores arribaron al poder. Durante su mandato desconocieron la Constitución de 1824 dictando las Constituciones centralistas que se conocen como: las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836 o Constitución de las Siete Leyes; y las Bases Orgánicas de 1843; su estructura se basa principalmente en el centralismo, la oligarquía de clases y la forma monárquica.

El antecedente constitucional de la justicia alternativa en las Leyes Constitucionales de 1836, se localiza en la Quinta Ley que nos habla “Del Poder Judicial de la República Mexicana”, en el apartado de las “preven- ciones generales sobre la administración de justicia en lo civil y en lo cri- minal”. El artículo 39 establece literalmente: “Todos los litigantes tienen derecho para terminar, en cualquier tiempo, sus pleitos civiles o criminales, sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes”.

Del anterior precepto debemos observar lo siguiente: si bien consagra constitucionalmente el arbitraje y el mismo puede utilizarse por los litigan- tes en cualquier tiempo, sólo cabe para resolver controversias civiles o cri- minales derivadas de injurias puramente personales. Es decir, las materias que pueden someterse a arbitraje se restringen exclusivamente a injurias personales,<sup>34</sup> pero incluyendo aquellas de trascendencia criminal, con lo que está claro que el ámbito de aplicación del arbitraje traspasa las fronte- ras del derecho penal. Se trata de un interesante artículo de corte liberal que permite por primera vez que cierta causa penal en el que el bien jurídico tutelado es puramente privado, disponible y personal (por tanto no se afecta el interés general) puede resolverse mediante arbitraje.

Por su parte, las Bases Orgánicas de la República Mexicana del 12 de junio de 1843, siguiendo la misma línea que la Constitución anterior, pro- claman el derecho al arbitraje como fundamental y en el artículo 185 prácti- camente reproduce el precepto sobre arbitraje antes comentado.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Como sabemos, en las injurias personales no hay afectación a la vida, la seguridad, la integridad corporal, la libertad u otros bienes jurídicos básicos, sino a valores como el honor, el decoro, la fama pública, el prestigio entre otros.

<sup>35</sup> Artículo 185. “Los litigantes tienen derecho para terminar sus pleitos civiles, y los criminales sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya senten- cia será ejecutada conforme a las Leyes”.

Después que los liberales restablecen el sistema federal mediante el Acta Constitutiva y de Reforma de 1847, se ensayan y discuten una serie de proyectos constitucionales a fin de promulgar la nueva Ley Suprema que regiría los destinos de la nación mexicana.

Siendo presidente Ignacio Comonfort expide el 15 de mayo de 1856 el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, antílope de lo que en su día sería la Constitución. Tal Estatuto daba primordial importancia al arbitraje regulándolo en la sección quinta relativa a los derechos fundamentales del individuo, artículo 60 que precisa:

Toda diferencia que se suscite sobre asuntos de interés privado, será decidido, o por árbitros que las partes elijan, o por los jueces y tribunales establecidos con generalidad y por leyes anteriores al hecho de que proceda la obligación, sin que las autoridades políticas puedan abocarse al conocimiento de una causa civil o criminal, abrirla de nuevo, ni mezclarla en su sustanciación o decisión. Se exceptúan de lo dispuesto por este artículo los negocios que se refieran a lo contencioso administrativo, que serán arreglados por una Ley especial.

De lo anterior, cabe señalar que este artículo privilegia la justicia alternativa refiriéndose a ella antes de mencionar a los tribunales estatales. Entendiéndose por tanto que para solucionar las diferencias privadas entre las partes el arbitraje precede a la jurisdicción común. Sin embargo, dichas disposiciones sobre arbitrajes fueron letra muerta, pues el Estatuto Orgánico no fue aceptado por muchos gobiernos locales quienes exigieron su desaprobación, entre otros motivos por las tendencias centralistas que le atribuyeron; con todo, el Estatuto Orgánico estuvo teóricamente vigente hasta la promulgación de la Constitución federal de 1857.<sup>36</sup>

El 5 de febrero de 1857 fue finalmente jurada la Constitución de 1857 volviéndose a proclamar en México la forma de Estado federal y el sistema de gobierno presidencial. Empero, esta ley suprema en cuanto al tema que nos ocupa guarda silencio y no rescató la constitucionalización de los mecanismos alternativos, como lo hizo su predecesora Constitución gaditana. Desconocemos las razones por las que el Constituyente de 1857 decidió suprimir del texto constitucional la justicia alternativa pues, como analizamos, ya el Estatuto Orgánico de 1847 —anteproyecto de la Constitución en comento— contemplaba tal forma heterocompositiva de resolución de controversias como un derecho fundamental. Pero, al parecer, la Constitución de 1857 no hizo suyas las disposiciones sobre justicia alternativa, olvi-

<sup>36</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808- 2002*, 23a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 492.

dándose de este mecanismo extrajudicial dejando con ello cerrada la puerta constitucional y monopolizando la impartición de justicia por los órganos judiciales del Estado.

Finalmente, la vigente Constitución mexicana de 1917, en junio de 2008 vuelve a incorporar la justicia alternativa en su articulado.

## VI. REFLEXIÓN FINAL

No sólo se requiere seguir conservando la justicia alternativa en el ordenamiento constitucional, tal como lo dispuso por primera vez la Constitución de Cádiz de 1812, sino también debe cuidarse que los procedimientos alternativos no se impregnen del formalismo, retraso, burocracia y otros vicios que afecta a los juicios jurisdiccionales, por ello se recomienda que quienes imparten justicia alternativa, si bien dependen del Poder Judicial pueden gozar de autonomía funcional, según lo estableció la Constitución gaditana como un sistema extrajurisdiccional, de tal forma que la justicia alternativa y la judicial sean dos vías complementarias que caminen en paralelo.

El mayor reto que enfrenta la justicia alternativa en México es su credibilidad y falta de familiarización con el ciudadano, por ello es importante empezar a fomentar una cultura alternativa y educar a la sociedad con el uso de estos mecanismos conciliadores que lo alejan de formas primitivas como la autotela para solucionar conflictos, dando paso a su solución pacífica, predomine ante todo la buena fe y el entendimiento entre las partes enfrentadas.

## VII. FUENTES DE CONSULTA

- ABASCAL ZAMORA, José María, “Constitucionalidad del arbitraje”, *Propuestas de reformas constitucionales. Colección Foro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados*, México, Themis, 2001, t. II.
- ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, Niceto, *La protección internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975.
- \_\_\_\_\_, “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, 1972, núms. 2 y 3.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, *La acusación en el proceso penal italiano*, Madrid, Colex, 2006.
- BLANCO ESCANDÓN, Celia, *Derecho procesal penal*, México, Porrúa, 2007.
- CASTELLANOS MALO, Jesús, “Los medios alternativos para la solución de

- litigios”, *Revista del Poder Judicial de Baja California*, Mexicali, año 2, núm. 2, vol. 11, diciembre de 1998.
- CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el derecho interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2005.
- CAZORLA PRIETO, Luis María, *Temas de derecho constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2000.
- DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*, Madrid, Tecnos, 1997.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- GIMENO SEDRA, Vicente, *El proceso de habeas corpus*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1996.
- GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando, “El equivalente jurisdiccional”, *El derecho público español*, Madrid, CEPC, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Derecho jurisdiccional, procesal penal III*, 10a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- MORENO CATENA, Víctor et al., *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Madrid, Colex, 1997.
- LEDESMA ESTER, Ángela, *La reforma proceso penal*, Argentina, Nova Tesis, 2000.
- OVALLE FAVELA, José, “Instituciones no jurisdiccionales: conciliación, arbitraje, ombudsman”, *Justicia y Sociedad*, México, 1994, núm. 167.
- TOME, PAULE, José, *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, Triumvir, 1994.
- SÀNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Lima, Idemsa, 2009.