

## ORÍGENES DEL ARBITRAJE

Mario Castillo Freyre\*

### SUMARIO:

1. **Introducción**
2. **El arbitraje en el Derecho Romano**
3. **El arbitraje en la Edad Media**
4. **La Revolución Francesa**

### 1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, el arbitraje tiene un origen muy remoto e incluso puede afirmarse que es la primera forma de administrar justicia. En este sentido, existen relatos griegos que narran que los conflictos entre héroes mitológicos, eran solucionados por terceros sabios que eran elegidos por los contendientes. Asimismo, en épocas en las que aún no existían leyes ni tribunales, la costumbre era la que regía las relaciones entre particulares, la misma que aconsejaba, como sistema más conveniente en caso de conflicto entre éstos, que la solución sea determinada por un tercero imparcial, amigo de las partes.<sup>1</sup>

Los pasajes bíblicos relatan casos en los que las controversias eran resueltas por árbitros. Al respecto, Humberto Briseño<sup>2</sup> señala que la institución del arbitraje, «tomada del Derecho Romano (...), era practicada en la época bíblica como lo demuestra el ejemplo de Jacob y Labán,<sup>3</sup> aunque cabe recordarla en materia internacional con el conflicto relativo a la sucesión del trono de Darío, resuelto por Artabanes en favor de Jerjes, o con la controversia surgida entre Ciro y el rey de Asiria, que Jenofonte sostiene fuera decidida por un príncipe de la India».

Finalmente, la historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad narra litigios entre mercaderes griegos y fenicios que acudían al arbitraje con la finalidad de solucionar sus conflictos. Demóstenes refiere que en Atenas, Solón expidió leyes reconociendo el arbitraje, cuyo laudo no era susceptible de recursos.<sup>4</sup>

---

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

<sup>1</sup> VARGAS, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, p. 15.

<sup>2</sup> BRISEÑO, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963, p. 20.

<sup>3</sup> Al respecto, Tomás Ogáyar (OGÁYAR, Tomás. *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 38) precisa que «el pasaje del Libro Génesis (capítulo XXXI, números 35 a 37) en el que, refiriéndose a una disputa entre Jacob y Labán por imputar éste a aquél el hurto de unos ídolos de su propiedad, propuso Jacob, para justificar su inocencia, que 'pusiera su equipaje a la vista de mis hermanos y de los tuyos, y sean ellos jueces entre nosotros dos'».

<sup>4</sup> VARGAS, Fernando. *Op. cit.*, pp. 15 y 16.

Sin embargo, cabe resaltar que fue en el Derecho Romano donde el arbitraje se configuró como un sistema organizado de impartir solución pacífica a las controversias surgidas entre familiares o entre familias, mediante la decisión de terceros imparciales, los cuales, una vez conocidas las causas del conflicto, decían la última palabra.<sup>5</sup> Por tal razón, es que procederemos a desarrollar con mayor precisión, en el siguiente acápite, la evolución del arbitraje en el Derecho Romano.

## 2. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ROMANO

La doctrina más autorizada considera que es en el Derecho Romano donde la institución del arbitraje adquirió raíces propias.<sup>6</sup>

La institución del arbitraje surge como consecuencia de la necesidad de solucionar conflictos que se suscitaban entre particulares, en épocas en las que aún no hacía su aparición el proceso judicial oficial.<sup>7</sup> El arbitraje, en estas circunstancias, se resumía como la situación en la que los particulares en conflicto sólo estaban de acuerdo en elegir un tercero imparcial investido de *auctoritas*, con la finalidad de que solucione la controversia, por lo que la decisión de este tercero debía ser obedecida por los litigantes.

En un inicio, según precisa Freixas Pujadas,<sup>8</sup> el *paterfamilias* –jefe del grupo familiar– era quien actuaba como el tercero imparcial. Posteriormente, este papel fue atribuido a un árbitro al que recurrían voluntariamente las partes para plantearle los conflictos o disputas mediante una ordalía, llena de ritos y reglas con un fuerte carácter religioso. Finalmente, se aceptó que las partes en conflicto eligieran libremente al tercero imparcial que resolvería sus discrepancias.

Cabe resaltar que es en la Ley de las XII Tablas donde aparece el procedimiento y la intervención de un magistrado, cuya función era impedir el ejercicio de la justicia privada basada en la venganza, a través de la imposición de pactos entre las partes. Es así que el establecimiento de una composición pecuniaria fija sustituye a la venganza, y determina como obligatorio un arbitraje que se

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>6</sup> MURGA, J.L. *Derecho Romano Clásico II. El proceso*. Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Tercera Edición, Zaragoza, 1989, pp. 21 y 22. D'ORS, A. «El arbitraje jurídico». En *Parerga Histórica*. Pamplona: Eunsa, 1997, pp. 271 a 291. Citados por: GASPAS, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, p. 27.

<sup>7</sup> En este sentido, se pronuncia Fernando de Trazegnies (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral», p. 543. En *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewicz Zubkowsky. Lima: Cultural Cuzco, S.A., 1989) al considerar que «Desde un cierto punto de vista, el arbitraje ha existido siempre. Los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. Dentro de este orden de ideas, se puede decir que el arbitraje es anterior a la justicia formal».

<sup>8</sup> FREIXAS PUJADAS, J. «Consideraciones procesales sobre la transacción en el Derecho Romano». En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1980, p. 163.

pronuncia sobre la justicia o injusticia de los reclamos formulados. De esta manera, se intentaba alcanzar la justicia desde los inicios del Derecho Romano, sin suprimirle su carácter privado y voluntario.<sup>9</sup>

Lo descrito operó dentro de un contexto en el que la comunidad era pequeña. Con el paso del tiempo, la comunidad creció considerablemente y con ello se acrecentaron los conflictos entre sus integrantes. Esta situación determinó que surgiera un sistema oficial de solución de conflictos, con lo que se da inicio al procedimiento ordinario, el cual se nutriría del antiguo procedimiento arbitral.<sup>10</sup> A pesar del nacimiento del procedimiento judicial, el arbitraje no perdió vigencia, gracias a las considerables ventajas que este procedimiento ofrecía a los particulares.

En el Derecho Romano se distinguía el proceso público del proceso privado. En efecto, un rasgo peculiar de este último consistía en que la delimitación de la materia litigiosa era establecida por las partes, habida cuenta de que aquello que se discutía era de interés particular. Por tales consideraciones, la solución del conflicto estaba reservada a un órgano privado, elegido o aceptado por las partes y no al órgano jurisdiccional oficial. Como contrapartida de esta situación, los particulares en conflicto se comprometían, a través de un contrato arbitral, a cumplir con la decisión del órgano privado.

Cabe anotar que en el Derecho Romano el *ius privatum*, como anota Juan Iglesias,<sup>11</sup> era zona reservada, por lo que el ámbito normativo estatal (la *lex*, el *senatusconsultum* y la *constitutio principis*) raramente intervenía en su formación y desarrollo. La razón de esta mínima intervención, de acuerdo al citado autor, radica en que el territorio del Derecho privado parte de la concepción de este Derecho como familiar. En este sentido, las familias –cada una desde su núcleo–, logran mantener su propio ordenamiento jurídico, al amparo de unos *mores*, cuya ancestral sacralidad nadie puede cuestionar, ni siquiera el propio Estado. Esta situación explica por qué el Derecho romano, en todo su decurso histórico, tiene por protagonistas a los *paterfamilias*.

Con respecto al proceso público, en Roma éste tenía dos características fundamentales; a saber: era iniciado siempre por un magistrado o por cualquier ciudadano que representara en ese momento el interés público, en la medida que este proceso tenía como finalidad defender el interés de la comunidad a través de la aplicación de sanciones ante la vulneración del Derecho. La segunda característica del proceso público romano radicaba en que la decisión final en torno al conflicto correspondía a un órgano público con competencia jurisdiccional,

---

<sup>9</sup> FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 37.

<sup>10</sup> BETTI, Emilio. *Diritto Romano I, Parte General*. Padova, 1935, p. 493. BUIGUES OLIVER, G. *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: el arbiter ex compromisso*. Madrid: Montecorvo, 1990, p. 250. Citados por: GASPARD, Silvia. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>11</sup> IGLESIAS, Juan. *Las fuentes del Derecho romano*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1989, pp. 32-34.

lo que en la actualidad sería equiparable al proceso penal.<sup>12</sup>

Por otro lado, consideramos pertinente tener presente las diferentes etapas del Derecho Romano con la finalidad de entender la evolución que sufrió el arbitraje a lo largo de estos períodos.

La doctrina mayoritaria estima que el Derecho romano se dividió en las siguientes etapas: arcaica (754 a.C. – 367 a.C.), republicana o preclásica (367 a.C. – 27 a.C.), clásica (27 a.C. – 284 d.C.), postclásica (284 d.C. – 476 d.C.) y justiniana (476 d.C. – 565 d.C.).

Los periodos en mención deberán ser relacionados con las etapas del procedimiento civil romano, en la medida que el arbitraje posee notas de carácter procesal. En este sentido, la doctrina en general distingue las siguientes épocas:

- a) La época de la *legis actiones* o acciones de ley, que se extiende desde los orígenes de la civitas hasta la mitad del siglo II a.C. Este procedimiento se aplicó durante la etapa arcaica, republicana y parte de la clásica. La *legis actio* constituye la forma más antigua de enjuiciar en el Derecho romano; asimismo, representó el imperio de la forma, impregnado todo de rito y de solemnidad.<sup>13</sup>
- b) La época del procedimiento *per formulas* o procedimiento formulario, que comprende la segunda mitad del siglo II a.C. hasta el siglo III d.C. Este procedimiento coincide con el período clásico.
- c) La época del procedimiento *extra ordinem, cognitio extra ordinem* o *extraordinaria cognitio*, instaurado en el siglo III. Este procedimiento se desarrolla fundamentalmente a partir de la etapa postclásica.

En la etapa procesal de la *legis actiones* el proceso estaba dividido en dos etapas perfectamente diferenciadas: una primera, *in iure*, que se seguía ante el magistrado investido de *iurisdictio* o *ius*, y una segunda fase, *apud iudicem*, ante un juez o un árbitro elegido por las partes, encargado de la *iudicatio* o *iudicium*.

Con la finalidad de acudir al mismo existían cinco *legis actiones*. Entre ellas se encontraba la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, que consistía en la petición de un *iudex* o un *arbitrium*.

El proceso se iniciaba ante el pretor, dotado de *iurisdictio*, quien mediante una serie de actos solemnes y en presencia de testigos (*litis contestatio*) decidía si el actor podía o no actuar, demandando en el supuesto concreto que planteaba.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit.*, pp. 37 y 38.

<sup>13</sup> IGLESIAS, Juan. *Op. cit.*, p. 202.

<sup>14</sup> GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 29.

Posteriormente, en la siguiente fase del proceso civil, el pretor otorgaba, bien a un *iudex*, bien a un *arbitrer*, el mandato de juzgar. La misión de éstos, aunque respaldada por la *iurisdictio pretoria* que había ratificado su nombramiento, suponía una actuación libre, no sometida a ningún tipo de limitación. Solamente debían comprobar el cumplimiento exacto de la fórmula por parte de los litigantes y, dentro de ese marco, quedaban sujetos únicamente a las reglas de la moral, el honor y la buena fama.

Cabe resaltar que lo descrito era el procedimiento oficial que debe diferenciarse del arbitraje propiamente dicho.

Al arbitraje se le denominaba *compromissum* y, al tercero designado por las partes para resolver la controversia suscitada entre ellas, se le llamaba *arbiter ex compromisso*.

Lo común a ambos procedimientos era que las partes acudían a éstos cuando se suscitaba un conflicto entre ellas. Al respecto, Silvia Gaspar<sup>15</sup> expresa que «la circunstancia que determinaba que las partes acudiesen, tanto al *iudex* o al *arbiter* de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, como al *arbiter ex compromisso* era la existencia de un conflicto entre ellas».

En contraste con lo expresado, agrega la citada autora que, en el caso del arbitramiento, la designación del tercero no era con la finalidad de que éste resuelva un verdadero conflicto. Es así, que en las distintas épocas del procedimiento civil romano fue frecuente la intervención de un tercero, al que las partes elegían de mutuo acuerdo con la finalidad de que éste determine alguno de los elementos de la relación jurídica que aquéllas hubieran dejado relativamente indeterminada al momento de realizar el negocio jurídico de que se trataba.

Agrega Silvia Gaspar<sup>16</sup> que «Con todo, a la vista de las fuentes se advierte también que la distinción entre *iudex*, *arbiter* y *arbiter ex compromisso* no resulta clara. Así, por lo que concierne a la diferencia entre *iudex* y *arbiter*, un ejemplo de la dificultad al respecto lo tenemos en la propia *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. En ésta se habla de *iudex* o *arbiter*, sin que exista certeza de que se quisiera hacer una efectiva distinción entre uno y otro».

La mencionada situación, precisa la citada profesora, ha dado lugar a diversas interpretaciones, de tal forma que existen quienes sostienen que la figura del *iudex* y del *arbiter* corresponde a una misma persona, mientras que otros afirman que entre ellos existían notables diferencias. Al respecto, Arangio Ruiz<sup>17</sup> dedujo que cuando en el litigio se reclamaba dinero concreto y cierto debía nombrarse un

---

<sup>15</sup> GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>16</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>17</sup> ARANGIO RUIZ, V. *Historia del Derecho Romano*. Traducción a la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez. Madrid: Reus, Cuarta Edición, 1980, p. 89. Citado por GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, *ibid.*, *loc. cit.*

*iudex* único; y por el contrario, cuando la reclamación era incierta, debían ser árbitros los juzgadores.

En sentido similar, Pugliese<sup>18</sup> entiende que se sometían al *arbiter* primordialmente los procesos que requerían considerable discreción,<sup>19</sup> así como los asuntos que, a pesar de formar parte del *ius civile*, para ser resueltos necesitaban que se dejara un amplio margen de libertad de apreciación, al que hubiera de resolverlos. Por lo tanto, el citado autor considera que las facultades del *arbiter* –*arbitrium*– eran, sin duda, más amplias para el desempeño de su encargo.

Con respecto a los asuntos que eran resueltos por el *arbiter*, se pueden mencionar los siguientes: la división de una comunidad familiar (*arbitrum familiae erciscundae*), la división de una cosa común (*arbitrum commumni dividundo*) y la asignación de partes en una cosa o comunidad patrimonial (*aestimatio*).<sup>20</sup>

Silvia Gaspar considera que lo que resulta claro es que el *iudex* y el *arbiter* a los que se refería la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* de las XII Tablas no guardaban relación con el *arbiter ex compromisso*. El *compromissum* traía causa de dos o más estipulaciones de las partes con carácter absolutamente privado, de manera que en la formación y perfeccionamiento de dicho compromiso no intervenía en ningún momento la autoridad pública del pretor. En consecuencia, este árbitro no quedaba sometido a la plantilla formularia; así, aun cuando tuviera que decidir sobre reclamaciones de derecho estricto, el *arbiter ex compromisso* podía llevar a cabo las compensaciones que considerara oportunas entre las partes y, en general, asumir la misma actitud que desempeñaba el juez en los *iudicia bonae fidei*.

Asimismo, el *arbiter ex compromisso* gozaba de plena libertad para dictar sentencia. La única limitación al respecto estaba representada por el contenido del *compromissum* celebrado voluntariamente entre las partes. Y es que, en estos casos, el *compromissum* consistía en el presupuesto necesario de su actuación ulterior. Según preciso Cicerón: «nadie podía actuar como Juez, sobre cuestiones que afectaran no ya a la reputación de una persona, sino incluso a sus más pequeños intereses pecuniarios, a menos que las partes convinieran en aceptarlo».<sup>21</sup>

De esta manera, Silvia Gaspar<sup>22</sup> considera que «puede afirmarse que la estipulación del *compromissum* se verificaba fundamentalmente para las reclamaciones no previstas en el Edicto pretorio y para las que el pretor no daba acción decretal».

Asimismo, recuerda la citada autora que las sentencias que emitían el *iudex* o el

---

<sup>18</sup> PUGLIESE, G. *Il processo civile romano*, II. Milano: Guijarro, 1963, pp. 189 y ss.

<sup>19</sup> Estos procesos se denominaban los *bonae fidei iudicia*.

<sup>20</sup> GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>21</sup> Citado por: GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>22</sup> *Ibid. loc. cit.*

*arbiter* en el procedimiento ordinario eran vinculantes por la intervención del magistrado. A pesar de ello, cabe resaltar que constituyó un requisito esencial del *compromissum* el agregar una estipulación penal, recíprocamente acordada por las partes, con la finalidad de que la sentencia obtenida como resultado del mismo tuviera fuerza vinculante plena.

Al respecto, Valiño<sup>23</sup> señala que el fundamento del cumplimiento de una sentencia variaba según quien la hubiese dictado, un *iudex* o un *arbiter*, siguiendo el procedimiento de la *legis actio per iuducis arbitrive postulationem*, o por el *arbiter ex compromisso*. En el primer supuesto, el fundamento se encontraba en la autoridad política (*potestas*) que respaldaba la sentencia. En la medida que ésta tenía mero carácter declarativo, la propia autoridad política requería, además, su ejecución. Con respecto al fundamento del cumplimiento de la sentencia del *arbiter ex compromisso*, éste se hallaba en la autoridad (*auctoritas*) que otorgaban las partes a aquél. En estos casos, de configurarse el incumplimiento de la decisión arbitral, sólo cabía el pago de la multa correspondiente, que previamente habían acordado las propias partes para estos efectos.

Cabe señalar que contra la sentencia dictada por el *arbiter*, no existía la posibilidad de apelación. En este sentido, una vez dictada esta sentencia, incurría en pena *qui contra sententia arbitrii petit*. Ello no sólo respecto de pedir cosa distinta, sino también en el de reclamar cuando el conflicto ya se había resuelto. La única posibilidad para oponerse a la sentencia de un *arbiter ex compromisso* fue la *exceptio doli*.<sup>24</sup>

Por otro lado, en la etapa del procedimiento formulario se mantiene el *iudicium privatum*, el mismo que tiene naturaleza arbitral,<sup>25</sup> pero se sustituye la forma oral por la escrita. Asimismo, se establece el control de la autoridad estatal, aunque éste se hallaba reducido a impedir que se sometieran al *iudex* o al *arbiter* relaciones no protegidas por el derecho objetivo; así como a conminar sanciones contra quienes se negasen a acudir a este procedimiento cuando, previamente, se hubieran comprometido al mismo; y a garantizar que la controversia sometida a resolución fuera adecuadamente concluida.<sup>26</sup>

En este contexto, el que debía decidir en torno al conflicto era el *iudex* o *arbiter* elegido por las partes, actividad que realizaba de acuerdo con lo solicitado por los litigantes en la fórmula. Sin embargo, se instauraron ciertos medios con la finalidad de revocar las sentencias que se hubieran pronunciado contra la equidad

---

<sup>23</sup> VALIÑO, E. *Instituciones de Derecho Romano*. Valencia: Universidad de Valencia, 1976, pp. 186 y 187.

<sup>24</sup> TALAMANCA, M. *L'arbitrato romano dai veteres a Giustiniano*. Citado por: GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

<sup>25</sup> Respecto de la naturaleza arbitral de un proceso, Silvia Gaspar (GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, p. 32) entiende que esto significa que, pese a su oficialidad, el mismo goza de rasgos puramente privados; por ejemplo en el reconocimiento a las partes de la facultad de elegir el tercero que deberá resolver el conflicto surgido entre ellas.

<sup>26</sup> *Ibid. loc. cit.*

o que hubieran lesionado gravemente el derecho de uno de los litigantes. Estos medios fueron: la *actiosi iudex litem suma facerit*, la *actio iudicati* y la *restitutio in integrum*. A pesar de esto, la mencionada posibilidad se entendió como una vía extraordinaria, en la medida que permitía al pretor evaluar el problema de fondo de la cuestión. Cabe resaltar que, con respecto al *compromissum* no era posible, en ningún caso, la revocación de la decisión del tercero elegido por las partes.<sup>27</sup>

Junto con el proceso descrito, continuó existiendo la posibilidad de que las partes en conflicto resolvieran sus diferencias por sí mismas, sometiéndose a la resolución de un amigo elegido de común acuerdo y sin intervención alguna del Estado. Esto hace evidente que la vigencia del procedimiento oficial del *ordo*, no constituyó un obstáculo para que los particulares resolvieran sus discrepancias recurriendo al arbitraje puramente privado. Asimismo, la decisión obtenida por esta vía continuaba siendo inatacable, por lo que se excluía la apelación.<sup>28</sup>

Finalmente, la etapa de la *cognitio extra ordinem* es aquella en que comienzan a tramitarse los procesos fuera del *ordo iudiciorum privatorum*, con lo que se deja de lado la antigua forma de litigar, propia de la Roma Clásica. Cabe señalar que en el período post clásico, el proceso romano evoluciona teniendo como principios rectores, los de publicismo y jerarquización. Es así, que la *cognitio extra ordinem* ante el emperador y sus delegados se constituye como el procedimiento ordinario, desplazando al procedimiento formulario basado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Es preciso anotar que este tipo de proceso, en un inicio, tuvo una injerencia determinante en el ámbito penal; en cambio, en el área civil sólo tuvo una presencia tímida. Sin embargo, en la época constantiniana, el proceso de la *cognitio extra ordinem* alcanzó a ser la única forma procesal; de tal manera que el magistrado recibía las quejas y, una vez analizadas las pruebas, resolvía sin recurrir en ningún momento a las reglas del procedimiento formulario.<sup>29</sup>

En el sistema jerárquico de Diocleciano, la justicia únicamente fue administrada en nombre del emperador y por los funcionarios que dependían de él; por tanto, con exclusión de los magistrados de la etapa anterior y, finalmente, desapareciendo la jurisdicción del pretor.<sup>30</sup>

Con respecto a los diferentes tipos de procesos que aparecieron en el Derecho Romano, Silvia Gaspar<sup>31</sup> considera que tanto el sistema litigioso del *ordo iudiciorum privatorum* como el del *cognitio* convivieron juntos dentro de la misma legalidad procesal, siendo factible –seguramente a instancia de los interesados– litigar válidamente por cualquiera de los dos sistemas. Sin embargo, al margen de los mismos, el arbitraje puro (*compromissum*), de la manera que se venía

---

<sup>27</sup> *Ibid. loc. cit.*

<sup>28</sup> *Ibid. loc. cit.*

<sup>29</sup> *Ibid. p. 33.*

<sup>30</sup> *Ibid. loc. cit.*

<sup>31</sup> *Ibid. loc. cit.*

concibiendo, no dejó de existir. Asimismo, Justiniano dictó medidas en apoyo de la eficacia de las decisiones de los *arbitrator ex compromissum*, ya que estableció la presunción legal de que las partes confirmaban tácitamente la decisión arbitral, una vez transcurridos diez días desde que ésta fuera emitida.

### 3. EL ARBITRAJE EN LA EDAD MEDIA

En la edad media el papado fue iniciador y promotor del arbitraje. La *autoridad pontificia* entendía que su misión no se limitaba a la difusión de la fe, la moral y los valores cristianos, sino que también comprendía el ejercicio de su autoridad tutelar sobre los poderes temporales, la misma que le permitía resolver conflictos, tanto internos como internacionales.

Paralelamente, frente a los conflictos que se suscitaban entre los burgueses, artesanos y comerciantes, surge la tendencia de resolver estas controversias en el seno de sus propios gremios o corporaciones, con la finalidad de lograr una solución más rápida y efectiva. Esta situación se comprende mejor si se toma en cuenta que la justicia del monarca se caracterizaba por la lentitud y por los complicados mecanismos procesales que entrampaban a los litigantes en procesos interminables. Este contexto resultó favorable para que los nuevos comerciantes optaran por dejar de lado la justicia del monarca y diesen prioridad al mecanismo del arbitraje.

Por su parte, los señores feudales recurrían al arbitraje para solucionar sus problemas, con la singularidad de tener al rey como árbitro.<sup>32</sup>

Por otra parte, debemos recordar también que el Fuero Juzgo<sup>33</sup> regula el arbitraje. Asimismo, en el Breviario de Alarico y en el *Liber Iudiciorum*<sup>34</sup> no se registran normas específicas sobre dicha institución, aunque este último cuerpo normativo establece una equivalencia entre los árbitros y los jueces, en lo que respecta al

---

<sup>32</sup> CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje mercantil internacional. Comentarios y legislación*. Tesis para optar el grado académico de bachiller en Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 13.

<sup>33</sup> El Fuero Juzgo es la versión en lengua romance de una compilación de leyes visigodas reunidas en doce libros y un exordio o apéndice de dieciocho leyes más. Para superar la multiplicidad de legislaciones en vigor en el reino visigodo, al aplicarse los Códigos de Eurico, Alarico, Recesvinto y Ervigio, Flavio Egica, inspirándose, además, en el Derecho romano, presentó este fuero al XVI Concilio de Toledo, que lo aprobó en el año 681. El texto que ha llegado hasta nosotros es la versión que mandó hacer Fernando III el Santo, para darlo como fuero a la ciudad de Córdoba (1241), y más tarde a la de Sevilla (1248), ordenando que se tradujera al romance vulgar, momento en el que tomó el nombre por el que hoy es conocido. Antes de esto, dicha compilación era conocida como Código de las Leyes o Libro de los godos (DOVAL, Gregorio. *Nuevo Diccionario de Historia. Términos, Acontecimientos e Instituciones*. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, S.A., 1995, pp. 183 y 184.).

<sup>34</sup> *Liber Iudiciorum* es, literalmente, *Libro de los jueces*. Es considerado una de las denominaciones del Fuero Juzgo (CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 190).

ámbito de la responsabilidad. Al respecto, Sara Feldstein y Hebe Leonardi<sup>35</sup> consideran que fue, tal vez, este escrito el que influyó para que el Fuero Juzgo recogiera el principio de considerar al árbitro como una especie de juez.

Es en este contexto que empieza a predominar una tendencia que concibe al arbitraje desde la perspectiva judicial, en desmedro de su aspecto contractual. Por tal razón, es que se comienza a utilizar terminología judicial y a otorgar a las sentencias arbitrales fuerza ejecutiva y valor de cosa juzgada.

Por su parte, en el Fuero Real –según recuerdan las citadas profesoras– se acentúan notablemente las mencionadas características, por lo que incluso se faculta a los alcaldes para constituir al arbitraje en procedimiento general.

Finalizando la edad media surge el procedimiento de la homologación del fallo arbitral ante el juez. Mediante este procedimiento, el magistrado otorgará a la providencia arbitral fórmula ejecutiva.<sup>36</sup>

#### 4. LA REVOLUCIÓN FRANCESA

La presencia de la institución del arbitraje en Francia antes de la Revolución de 1789 se aprecia a través del Edicto de Francisco II, que data de agosto de 1560, confirmado por la Ordenanza de Moulins, donde se establecía la obligación de recurrir al arbitraje forzoso en los supuestos de conflictos entre mercaderes, demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración. En caso de presentarse cualquiera de los asuntos mencionados, estos conflictos debían ser solucionados –sumariamente– por tres o más personas, elegidas por las partes, o a falta de esta elección, por el juez.<sup>37</sup>

Como consecuencia de la Revolución Francesa se proclama la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, habiéndose consagrado principios de razón y de justicia, conocidos como los Principios de 1789.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>36</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>37</sup> FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>38</sup> En torno a los Principios de 1789 cabe precisar el contenido de los mismos, que a la letra refiere:

*DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, proclamada por la Asamblea Nacional de Francia Revolucionaria el 26 de agosto de 1789*

*Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, presente constantemente en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde continuamente sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, puedan ser en cada instante comparados con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundamentadas en principios sencillos e indiscutibles, contribuyan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos.*

Así, sobre la base del principio de la soberanía del pueblo se erigieron los principios de igualdad civil e igualdad ante la justicia. Este último principio implicaba que tanto los nobles como los villanos, los católicos como los

---

*En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano:*

*I.— Los hombres nacen y permanecen libres o iguales en derechos. Las distinciones no pueden fundarse más que sobre la utilidad común.*

*II.— El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.*

*III.— El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación; ningún cuerpo ni individuo puede ejercer una autoridad que no emane de ella expresamente.*

*IV.— La libertad consiste en poder hacer lo que no dañe a otro. De aquí que el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tenga más límites que los que aseguren a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden determinarse más que por la ley.*

*V.— La ley no tiene derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede impedirse, y nadie está obligado a hacer lo que ella no ordena.*

*VI.— La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por sus representantes a su formación; debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otras distinciones que las de sus virtudes y sus talentos.*

*VII.— Ningún hombre puede ser acusado, detenido o preso, más que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ella. Los que soliciten, expidan y hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley debe obedecer al instante, haciéndose culpable por su resistencia.*

*VIII.— La ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito, y legalmente aplicada.*

*IX.— Siendo todo hombre presunto inocente hasta que sea declarado culpable, si se juzga necesaria su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona.*

*X. — Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aun religiosas, con tal de que su manifestación no trastorne el orden público establecido por la ley.*

*XI.— La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir o imprimir libremente, pero debe responder del abuso de esa libertad en los casos determinados por la ley.*

*XII.— La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza es, pues, instituida en provecho de todos y no para la utilidad particular o de o a quienes está confiada.*

*XIII.— Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración es indispensable una contribución común, que debe repartirse igualmente entre todos los ciudadanos, según sus facultades.*

*XIV.— Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, consentida libremente, seguir su empleo y determinar su cuota, el reparto, el cobro y la duración.*

*XV.— La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración.*

*XVI.— Toda sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución.*

*XVII.— Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, la exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización».*

protestantes, debían litigar ante los mismos tribunales. Es decir, las distinciones sociales que anteriormente otorgaban privilegios de impunidad eran dejadas de lado, para ser reemplazadas por principios más justos, como es el caso del de igualdad ante la justicia.

El sistema de justicia se organiza sobre la base de la supresión de los parlamentos,<sup>39</sup> prebostazgos,<sup>40</sup> bailías<sup>41</sup> y justicias señoriales. De esta manera, se

<sup>39</sup> Los Parlamentos, bajo el Antiguo Régimen, eran cortes soberanas de justicia, que juzgaban en última instancia y registraban las leyes, los edictos, y las ordenanzas del rey. Al lado del Parlamento de París, considerado como el más importante por la extensión de su jurisdicción y por su zona de influencia, existía una docena de parlamentos. Tienen su origen en la *Curia Regis*, la corte del rey, órgano normal de justicia real, el Parlamento es finalmente organizado en 1278 y está compuesto por cuatro salas o cámaras: la Gran Cámara o Cámara de los *paids* decide directamente en los asuntos relacionados con la Corona, delitos de lesa majestad, procesos de los grandes oficiales del rey, de los miembros del Parlamento, de los pares, etcétera; la Cámara de las encuestas que preparan los asuntos que necesitan una instrucción previa, que juzga en apelación la mayor parte de las causas y prepara el trabajo de la Gran Cámara; ella es la que realiza el gran trabajo parlamentario; la Cámara de apelación es la que se encarga de examinar las apelaciones presentadas por las partes, por los querellantes, es la que juzga igualmente en primera instancia los procesos de las personas vinculadas al servicio del rey; la *Tournelle* criminal, que juzga en apelación los delitos de sangre. Existían 164 parlamentarios en el Parlamento de París en 1789, disfrutando de una posición social altísima e ingentes recursos. Los parlamentarios muy pronto fueron tentados a interferir en los asuntos de Estado, utilizando, para ello, la obligación que tenía el rey de someterles el registro de sus leyes, edictos y ordenanzas. Asimismo, a partir del siglo XIV, el Parlamento de París adquirió la costumbre de enviar amonestaciones, es decir observaciones críticas en torno a la forma en que el rey administraba el reino. Los parlamentarios se aprovecharon de todas las épocas de caos, con la finalidad de intentar afirmar su poder a expensas del poder del rey, especialmente durante las guerras de Religión y durante la Fronda. Luis XIV contuvo drásticamente a los parlamentarios hasta el punto de silenciarlos por más de cuarenta años. Estos se tomaron revancha tras su muerte, al anular su testamento y dar la regencia al duque de Orléans. Este duque devolvió a los parlamentarios su derecho de amonestación. Durante todo el siglo XVIII los parlamentarios practicaron una constante oposición al poder real. El Parlamento de París fue varias veces desterrado durante el reinado de Luis XV y, en 1771, Maupeou desmembró su poder en seis consejos superiores, suprimió la venalidad de los oficios y las especies, dictando justicia gratuita, con lo que dañó de manera absolutamente severa los intereses financieros de los parlamentarios. Luis XVI, por su parte, cometió el error de restablecer el Parlamento de París, creyendo, de esta manera atraerse las buenas gracias. La obstinación de los parlamentarios en defender los privilegios abusivos les hizo preferir el camino revolucionario. El rey Luis XVI se hallaba impedido, por la oposición del parlamento, de reformar la fiscalidad y ampliarla a la nobleza y al clero, por lo que fue obligado a convocar los estados generales. Finalmente, la Revolución Francesa no sólo trajo consigo la muerte de este rey sino, entre otras cosas, la pérdida de la posición social de los parlamentarios. Asimismo, estos fueron despedidos por la Asamblea constituyente el 3 de noviembre de 1789 y definitivamente suprimidos el 24 de marzo de 1790 (TULARD, Jean y otros. *Historia y Diccionario de la Revolución Francesa*. Madrid: Ediciones Cátedra S.A., 1989, pp. 917 y 918).

<sup>40</sup> Prebostazgo es considerado como el oficio de preboste (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 2001, p. 1233.). Al respecto, se entiende por *preboste* de los mercaderes al primer magistrado municipal de París. Este era elegido cada tres años y asistido por siete *échevins* (concejales). El último preboste de los mercaderes fue Jacques Flesselles, intendente de Lyon, nombrado de hecho por el rey; el mismo que fue asesinado por el populacho, el 14 de julio de 1789. Al día siguiente, Bailly se convertía en el primer alcalde de París (TULARD, Jean y otros. *Op. cit.*, p. 934).

<sup>41</sup> Las Bailías y Senescalías son circunscripciones judiciales del Antiguo Régimen, que sumaban 373 en el año 1789; servían de circunscripciones electorales a las elecciones de los estados

instituye la autoridad del juez de paz para la solución de pequeños conflictos entre los ciudadanos de un cantón, la autoridad de un tribunal civil en cada distrito, la autoridad de un tribunal criminal con asistencia del jurado por departamento, y la autoridad de un tribunal de casación o tribunal supremo, cuya función sería la de velar por la exacta aplicación de la ley. Asimismo, el arbitraje surge como la institución que refleja, en el ámbito del Derecho, el ideal de justicia entre los hombres.<sup>42</sup>

Dentro de este orden de ideas, resulta pertinente destacar que en la Francia post revolucionaria se reaccionó contra la corriente de pensamiento que propugnaba conceder poco o ningún valor a la institución del arbitraje, ya que esta tendencia se hallaba notablemente inspirada en los regímenes despóticos y absolutistas reinantes en Francia antes de la Revolución.

Asimismo, es de recordar que en el antiguo sistema judicial francés imperaban la complejidad y la lentitud, por lo que la institución del arbitraje se erige como una reacción contra lo que significaba la administración de justicia del antiguo régimen. Esta situación se ve reforzada si se aprecia que este tipo de justicia se concebía como más directa, simple y clara. Es por tal razón que la Asamblea Constituyente consagra en el artículo 1 del Título I de la Ley del 16 y 24 de agosto de 1790 que: «*El arbitraje es el modo más razonable de concluir las cuestiones entre los ciudadanos, los legisladores no pueden hacer ninguna disposición tendiente a disminuir el valor o la eficacia de los compromisos*».

En este sentido, podían ser susceptibles de arbitraje todas las materias que involucraran el interés privado de las partes en conflicto. Asimismo, en el artículo 4 de la citada Ley se proscribió que las partes apelen de la sentencia arbitral, salvo en el supuesto en que éstas lo hubieran estipulado en el compromiso arbitral. En tal contexto se creó un tribunal arbitral particular, conocido con el nombre de Tribunal de Familia, encargado de resolver conflictos familiares o controversias sobre tutela que les presentaran los particulares.<sup>43</sup>

Esta tendencia fue seguida por la Constitución de 1791, en la que se reconoció como derecho natural el *derecho de comprometerse*, de tal forma que este derecho no podía ser restringido o disminuido por el Poder Legislativo. Cabe señalar que esta medida conllevó a excesos, los mismos que se tradujeron en la imposición del arbitraje para todos los negocios, razón por la cual los jueces llegaron a ser llamados *árbitros públicos*. Este contexto resultó favorable para que en el debate en torno al nuevo Código de Procedimiento Civil de 1806, se contemplara la posibilidad de excluir esta figura. Sin embargo, felizmente dicho intento no prosperó y el arbitraje continuó teniendo vigencia como una institución

---

generales; sin embargo, tan sólo 198 de esas circunscripciones fueron sede de elecciones a la diputación, ya que las baillías más pequeñas fueron integradas en unidades más grandes y sólo hacían elecciones secundarias, es decir que elegían a electores que iban a votar en la baillía principal (*Op. cit.*, p. 567).

<sup>42</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 42.

voluntaria.<sup>44</sup>

Lima, agosto del 2004.

---

<sup>44</sup> MONTGALVG. *Traité de L'arbitrage en matière civile et commercial*. París, 1852, num. 1. Citado por: CHARRY URIBE, Leonardo. *Op. cit.*, p. 14.