EL ARBITRAJE: UN VIEJO REMEDIO PARA EL NUEVO FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN

Olga Gil García
Universidad de Burgos

Sumario: 1. Introducción. – 2. Derecho a la tutela efectiva en un ámbito globalizador. – 3. Tutela declarativa: juzgar. – 4. Tutela ejecutiva: hacer ejecutar lo juzgado. – 5. Otros aspectos del derecho a la tutela. – 6. Objeto y derecho aplicable. – 7. Función del jurista en el arbitraje. – 8. Conclusiones.

1. Introducción

Es usual iniciar un estudio definiendo el concepto de su contenido esencial, en este caso la globalización, pero este concepto para el derecho resulta extenso, ambiguo, y hoy por hoy aún es poco técnico. No obstante, a cada época le corresponde su derecho, *cuius tempora eius ius*, y deberemos intentar describirlo, y quizá haya que concluir que al fenómeno irreversible de la globalización le debe corresponder un derecho global, hecho que argumentaciones jurídicas aparte, parece probable, aunque no es el cometido de este trabajo[1].

Nuestro estudio quiere profundizar en la resolución de controversias en este contexto global, cuyo origen trae causa en aspectos de derecho privado, muchos de

[1] Estamos de acuerdo en que con la globalización se plantea un cambio de paradigma que nos obliga a reformar y adaptar el derecho, similar a los cambios acaecidos con la aparición del *ius gentium*, o más tarde la del derecho internacional y que parece que ahora es el nacimiento de este nuevo derecho que llamamos global. Trabajos de interés para obtener una óptica general del fenómeno de la globalización son entre otros R. Domingo Osle, *¿Qué es el derecho global?*, Madrid, 2008. Monografía que muestra este fenómeno desde el derecho romano, punto de vista que nos interesa especialmente. Además R. Zimmermann, *Europa y el derecho romano*, Barcelona, 2009. Y desde otras ópticas del derecho distintos textos que nos aproximan al tema de la globalización así R. Domingo, M. Santivañez, A. Caicedo (coord.), *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Cizur Menor, 2006.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

ellos relacionados con el mercado, incluso con el consumo. Así, situaciones creadas por las relaciones comerciales, generan conflictos que se deben resolver. Pero ¿Quién debe resolverlos? ¿Con qué derecho? y ¿Por qué medio de resolución de conflictos? y anterior a todo ello y más importante: ¿Tenemos derecho a la tutela efectiva en un ámbito globalizador? Son algunas de las preguntas que debemos responder, y como en derecho romano encontraremos algunas respuestas con las que poder reflexionar[2].

2. Derecho a la tutela efectiva en un ámbito globalizador

Para poder responder a nuestra primera pregunta, ¿Tenemos derecho a la tutela efectiva en un ámbito globalizador? Podemos partir de nuestra Constitución de 1978. Con ella y atendiendo a una interpretación de derecho estricto, el derecho fundamental así llamado, está reconocido en su artículo 24, en relación con el 117 y siguientes. En estos artículos se nos habla del derecho al juez legal, ordinario, y predeterminado por la ley, para todas las personas, nacionales y extranjeras.

En un primer momento pudiera parecer que tanto nuestra Constitución como nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuyen la potestad jurisdiccional del estado (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) de forma exclusiva sólo a jueces y magistrados (art. 117.3 CE y 2 de la LOPJ). Sin embargo, no son los únicos que pueden juzgar. Existen formas extrajudiciales, equivalentes jurisdiccionales, utilizados para resolver conflictos, mucho más acordes en un contexto globalizador, también con apoyo constitucional en este caso en el artículo el derecho a la libertad de los ciudadanos, como principio y valor de nuestro ordenamiento jurídico, del art 1.1 de nuestra Constitución, cuando garantiza la autonomía de la voluntad de los particulares. Nos permite, como ya se indica en nuestra jurisprudencia constitucional[3], una interpretación extensa del principio de tutela, y considera las soluciones extrajudiciales como expresión de tutela efectiva, como es el caso del arbitraje[4]. En otras

---

[2] A. Torrent, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 2002, pp. 103 y ss. En su capitulo dedicado a la protección de los derechos, el primer punto reseñable es que en Roma, en cuanto hubo un mínimo desarrollo cultural se rechazó la posibilidad de que los particulares se tomaran la justicia por su cuenta. Hay nace el derecho a la tutela. Cuando una sociedad se organiza, reúne sus mecanismos de coacción en sólo unas instituciones, que serán las encargadas de imponer las resoluciones adoptadas con arreglo a derecho, de forma forzosa.

[3] El Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de enero de 2005 citando la STC 176/1996 de 11 de noviembre, fundamento jurídico primero se advierte respecto al arbitraje que es «[…] un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art.1.1 CE) […]».

[4] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1989. Sentencia del Tribunal Constitucional 92/1985 de 24 de julio y 160/1991 de 18 de julio: «[…] no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

palabras, faculta a cualquier persona a disfrutar de su derecho a ser juzgado por un procedimiento privado, con todas las garantías, siempre que sea sobre materias de libre disposición.

Históricamente vemos nuestro argumento reforzado, cuando en el art. 280 de la Constitución de Cádiz, dentro del capítulo II dedicado a la Administración de Justicia en lo Civil, del título V, dedicado a los Tribunales y la Administración de la Justicia en lo Civil presenta el arbitraje como derecho, sin ambajes. Dice así: *No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros* y según el Discurso Preliminar está fundado en el incontrastable principio de la libertad natural.

Los equivalentes jurisdiccionales se basan en esa libertad que se ejercita con el impulso de parte, es decir, a instancia de los propios sujetos afectados, bien adoptando fenómenos de autotutela, o bien acudiendo a la intervención de un tercero, es decir, casos de heterotutela. Según esto, hablaremos de autotutela o modo consensual en los casos de conciliación o mediación, o bien de heterotutela o modo dirimente, si interviene un tercero, en los casos del arbitraje o el propio proceso. Las diferencias entre ellos son primero, respecto a quién resuelve el conflicto, bien las propias partes intervinientes: conciliación o mediación o bien un tercero, caso del arbitraje o el proceso. Y en este segundo supuesto, atendiendo a quién es el agente que resuelve y cuáles son sus cualidades, estaremos en presencia de un árbitro o un juez, y la última diferencia básica, será la referida al tipo y fuerza de la resolución que adoptan, laudo o sentencia.

Si atendemos a la cronología, en derecho romano ya aprendemos que primero se aplican las soluciones autocompositivas: la mediación, la conciliación, para que después, y sin que desaparezcan éstas, surjan las heterocompositivas[5]. Entre estas últimas, primero las privadas: como el arbitraje, y luego las públicas: el proceso. Y observamos en Roma como se adopta la solución, sea judicial o no, según su adecuación al caso concreto. Así, vemos como en derecho romano la mediación se muestra apropiada en los asuntos concernientes al ámbito familiar[6], en su origen se utiliza el arbitraje para temas referidos a división de herencias, o al comercio y, sin embargo, el proceso se muestra como más apropiado y único para dirimir asuntos penales. En D. 4.8.6 (Gai. 5 *ad ed. prov.*) y D. 4.8.7 (Ulp. 13 *ad ed.*) ya se advierte que no pueden ser sometidos al arbitraje, las contiendas no sujetas a libre disposición de las partes, como los delitos cuya condena supone infamia, sobre los que haya acción pública, como un asesinato, las cuestiones relativas a la libertad de las personas, y supuestos

---

[5] A. Torrent, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 109 y ss. En su capitulo dedicado a la protección de los derechos. Nos indica los orígenes y etapas del proceso civil romano.

[6] T. Dupla Marin, *Algunas consideraciones en torno a la mediación en Roma a la luz de la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, en *Direito romano. Poder e direito*, Lisboa, 2013.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

perseguibles por acciones populares[7] y también se excluyen cuestiones del estado civil de las personas[8].

De todo ello debemos extraer que no todas estas soluciones son válidas para el derecho privado dentro de un contexto globalizador, siendo las figuras basadas en la autonomía de la voluntad, las más adecuadas a esta circunstancia, dada su poca estructura procedimental, la sumariedad, la economía, la privacidad y su posible resolución en derecho o equidad, entre otras cualidades. Las judiciales no soportan igual este fenómeno, porque su régimen jurídico se sustenta en derecho positivo interno, lo que resulta inadecuado cuando abordamos asuntos que afectan a sujetos y derechos transnacionales.

En conclusión, todos tenemos derecho a la tutela, y en concreto a la tutela declarativa por medio del arbitraje, gracias a los derechos inherentes a la persona, no con apoyo sólo en el derecho positivo. Derecho que incluso hoy, entendemos como uno de los fundamentales, basado en nuestro derecho a la libertad, mostrándose el medio más adecuado para resolver las controversias de derecho privado en un ámbito global. Pero lo sorprendente es que ya en Roma también se desarrolla y extiende este derecho a la tutela con apoyo en la persona y no en el estado soberano. Así, es interesante ver cómo surge y cómo resuelven este problema basándose en la autonomía de la voluntad.

El momento no puede ser otro, que cuando en el siglo II a.C. se extiende el uso de la moneda acuñada y se desarrolla el mercado, siendo necesario resolver conflictos, no sólo entre *cives Romani*, sino entre estos y extranjeros, e incluso entre extranjeros entre sí. Cuando se origina el *ius gentium*, aquél que la *naturalis ratio* señala como común a todos los hombres e impone en todos los pueblos[9]. (Parece un momento histórico, *mutatis mutandis*, bastante globalizador). Roma era el centro del comercio mundial, y nacen los cuatro contratos consensuales, basados en la *bona fides*. Se crea

---

[7] Así Juliano referido por Paulo en D. 4.8.32.6 (Paul. 13 *ad ed.*). Acciones populares recordemos, que siguiendo el diccionario A. Torrent, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, son acciones penales que podían intentar no sólo la víctima del hecho delictivo, sino cualquier ciudadano, *quivis de populo*, y en *accusatio publica* «en los *criminia* o delitos públicos podía instar la acusación en interés público ante cualquiera y esto a partir de la *lex Iulia iudiciorum publicorum* del 17 a.C. que generalizó el procedimiento de las *quaestiones*». Nacen a finales de la República ante hechos delictivos que no llegaban a la categoría de *crimina publica* pero cuya incidencia en la sociedad romana se entendía suficientemente grave, o cuando la víctima no quería promover acusación o quien quería promover la acción no tenía daños y no se quería arriesgar a ser perseguido por acusación temeraria. El pretor introduce esta categoría, que en derecho justinianeo lleva a la represión penal pública de todo tipo de delitos. Ej en la *lex Laetoria de circumscriptione adulescentium* por la que cualquiera podía intentar acciones contra un tercero que hubiere engañado a un menor y le hubiere causado un daño patrimonial por sus pocos escrúpulos.

[8] D. 4.8.32.7 (Paul. 13 *ad ed.*).

[9] Cicerón en sus *Tusculanae disputationes* (1.13.30) advierte que lo aceptado por todas las gentes ha de ser tenido por ley natural. Y él entiende que además de un derecho escrito, la *prorpria legis*, existe un derecho no escrito, integrado por el *ius gentium* y los *mores maiorum* (*Oratio de partitione*, 37.130).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

la figura del *praetor peregrinus* (241 a.C.) aunque ya antes hay disposiciones en el ámbito del comercio como el *foedus Cassianum*, del año 493 a.C. según testimonio de Dionisio de Halicarnaso, en el que se contienen normas con disposiciones reguladoras de los litigios surgidos entre miembros de diferentes comunidades, y en estas normas ya se hace referencia al nombramiento de árbitros. «Es probable que el arbitraje, conocido y practicado en el ámbito del comercio internacional, se habría introducido en los mercados de la Roma de los primeros tiempos, en los que los árbitros, serían a la vez garantes y peritos y actuarían dirimiendo conflictos que se plateaban en el tráfico mercantil»[10]. Así, Fernández de Buján cuando se aproxima a la clasificación de tipos de arbitraje, nos indica que podría haber cuatro, uno no formal, mero pacto, no protegido ni por el pretor, ni por la ley, basado en la *fides* y la moral de la ciudadanía[11]; otro el arbitraje de *ius gentium* aplicado a conflictos surgidos de los pactos contraídos entre extranjeros y romanos, no previstos por el *ius civile* pero si reconocidos por *ius praetorium* por *denegatio* y *exceptio actionis*; tercero, el arbitraje legal contemplado ya en las XII Tablas; y cuarto el arbitraje compromisario o *merum arbitrium* de carácter contractual, con estipulaciones recíprocas. Este último regulado básicamente en D. 4.8: «Sobre los casos de responsabilidad asumida. Que los que asumieron un arbitraje dicten sentencia», será el que más influya en nuestra regulación del arbitraje actual y por tanto el que más nos interesa.

3. Tutela declarativa: juzgar

El derecho fundamental a la tutela efectiva, sabemos que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De tal manera, que juzgar consiste en que nuestra demanda se resuelva en paz, por medio de un proceso con garantías y con la intervención de un órgano independiente, en su sentido de imparcial. Características que se deben cumplir, tanto en el proceso como en el arbitraje[12].

---

[10] A. Fernández De Buján, *Jurisdicción y arbitraje en derecho romano*, Madrid, 2006, p. 200.

[11] M. Fuenteseca Degeneffe, *Dare facere oportere y los orígenes de la obligatio ex contratctu*, en http*://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2008/12.Fuenteseca.pdf*, p. 221: «Los *bonae fidei iudicia* nacen *sine lege*, es decir, que junto al procedimiento de las *legis actiones* y a las *actiones* civiles que se derivaron de las primeras, permitió el *praetor* una condena basada en el *arbitrium boni viri*, formándose así una jurisdicción que permitiría la penetración de la *aequitas* en el proceso romano de acuerdo con la definición de Celso en D. 1.1.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*): *[...] ius est ars boni et aequi*. Por tanto, a partir de época republicana ya es admisible la exigibilidad de un *oportere ex fide bona* impulsado por la *aequitas*, criterio que fundamenta todo el *ius praetorium*, en el cual el *iudex* emite un *arbitrium boni viri*».

[12] Nuestra actual ley de Arbitraje, Ley 60/2003 de 23 de Diciembre, ya en su Exposición de Motivos tiene vocación de globalidad y pretende abrir la norma al ámbito del comercio internacional, siguiendo las pautas de la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidad para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL) recomendada por su Asamblea General en la Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, con el

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

Pues bien, si reflexionamos sobre lo dicho, tendremos que admitir que el proceso amparado en una rígida estructura estatal, está pensado para una aplicación de la norma en el espacio, sujeta a un principio marcadamente territorial y excluyente, aplicando un ordenamiento jurídico estatal propio que no se muestra la solución más adecuada para los conflictos globales. Sin embargo, el arbitraje puede ser supraestatal, resolverse en derecho, incluso aludiendo a un derecho interno concreto, o en equidad, es más rápido, su proceso es flexible, sujeto a confidencialidad y basa la aplicación de la norma en el principio de personalidad. La jurisdicción nacional, hace descansar todo el derecho a la tutela en la soberanía estatal mientras que el arbitraje se apoya en la libertad de la persona. Y dado que el concepto de estado y soberanía, tal como lo conocemos hoy se desarrolla en la Ilustración[13], quizá sea más adecuado reflexionar sobre el arbitraje en la Antigüedad clásica[14]. Otra opción podría ser fijarnos en jurisdicciones y arbitrajes "globales" como ejemplos la justicia eclesiástica, que aplican su derecho en diferentes ámbitos nacionales, o quizás el derecho del mar, o incluso hoy día emerge con fuerza la justicia deportiva con el Tribunal Arbitral del Deporte con sede el Lausana, todas ellas de carácter cosmopolita y sobradamente arraigadas, y extraestatales. Pero preferimos la primera opción, y dentro de ella optamos por el derecho romano, dado que son quienes conforman el arbitraje compromisario, y son los que nos ofrecen más términos de comparación, por lo que su estudio resulta más enriquecedor, como ya hemos visto en el primer apartado de este estudio.

En Roma, el arbitraje habría cumplido en los primeros siglos, conforme a las referencias contenidas en textos jurídicos y literarios, un importante papel, al igual que sucedía en otras comunidades políticas, no sólo como complemento o alternativa a la jurisdicción, sino como instrumento de resolución de controversias, más allá de la autodefensa o autoayuda, por parte de un tercero imparcial y elegido de común acuerdo por las partes interesadas[15]. Es más, como advierte Marrone, no es que ofreciera mayores ventajas que el proceso, es que su existencia resultaba inevitable[16]. «Aunque el arbitraje como forma amistosa de resolver controversias entre particulares pueda encontrarse en todos los pueblos y en cualquier época histórica – y, en este sentido, el arbitraje en modo alguno considerarse como una creación característica de los romanos –, la configuración de los arbitrajes compromisarios sí que es típicamen-

---

fin de uniformizar el derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje. Y además procurando una norma versátil de inspiración monista, que sirva y se aplique igual al arbitraje interno que al internacional.

[13] F. Lopez, *Reflexiones sobre la nueva lex mercatoria*, Alicante, 2010.

[14] R. Domingo Oslé, *¿Qué es el derecho global?*, cit., p. 18.

[15] A. Fernández De Buján, *Jurisdicción y arbitraje en derecho romano*, cit., p. 200.

[16] M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell´esperienza giuridica romana*, en *Rivista dell'arbitrato*, 1996, I, p. 2, http://www.unipa.it/dipstdir/pub/marrone/arbitrato_privato.htmp 5/12. Según él aunque no haya testimonios directos, debía tener gran difusión, puesto que no había otra forma de resolver las controversias entre *cives* y extranjeros, o extranjeros entre sí.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

te romana, pues estos arbitrajes nacen en la Roma republicana por confluencia de la actividad (técnica) jurispruencial y ("política") pretoria»[17]. Así, Paulo en D. 4.8.1 *De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*, señala que al igual que los juicios ordinarios tienen la misma función, resolver controversias. Su origen parece ser del siglo II a I a.C. con el *edicto qui arbitrum receperit*[18]. Momento en el que se desarrolla el derecho romano y se extiende el *ius gentium,* como ya hemos señalado.

Esto nos indica que, como hoy, en Roma coexistieron las dos soluciones, la judicial y la extrajudicial, en el bien entendido que en ambos casos la sumisión al arbitraje es voluntaria. Y la relación entre ambas, es consecuencia de que el pacto compromisario no lleva aparejada la renuncia a la acción procesal del juicio público. Si hoy día, alguna de las partes acude a la justicia ordinaria y la otra no excepciona, el asunto se ventila por la jurisdicción ordinaria y no por arbitraje. Pero si la contraparte quiere excepcionar, o en su caso alegar *res iudicata*, decae la jurisdicción civil. En Roma, sin embargo, entran en juego las estipulaciones penales que refuerzan la aplicación del laudo y del arbitraje; en Ulpiano en D. 4.8.2 (Ulp. 4 *ad ed.*) nos indica: *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem*. Aunque en este caso el derecho romano es menos claro que nuestra solución actual, puesto que no parece que esta solución fuera la única, dado que en D. 4.8.30 (Paul. 13 *ad ed.*), ya deja entrever divergencias de criterio en este aspecto, y concluye que si eludir el arbitraje no tiene consecuencias, éste quedaría sin sentido, y por eso advierte que, al menos, deben entrar en juego el pago de las estipulaciones penales. Si se pagan cabe continuar el juicio por el proceso, y no por el arbitraje. En este sentido Marrone advierte que si alguna de las partes acude al proceso, bien sea directamente intentando eludir el arbitraje o bien después del laudo por disconformidad con él, operaría el pago de las estipulaciones[19]. Estas claúsulas operan como un freno, y antecedente de lo que después será una excepción, bien de cosa juzgada o bien de falta de jurisdicción por aplicación de la claúsula de sumisión, sin necesidad de pago de cantidad. En derecho justinianeo, y por un breve período de tiempo la sentencia arbitral llegará a tener ese efecto de cosa juzgada y por tanto, será inalterable con carácter vinculante para las partes[20], sin imposición de las estipulaciones. En la recepción el compromiso puede ser válido incluso sin la pena compromisoria[21].

---

[17] J. Paricio, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*, Madrid, 2014, p. 22.

[18] J. Paricio, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*, cit., pp. 25-28. En el mismo sentido, A. Fernandez Barreiro, J. Garcia Camiñas, *Arbitraje y iusticia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2011, XV, p. 578.

[19] M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 2.

[20] F. Sitzia, *Rifflessioni in tema di arbitrato in diritto giustinianeo e bizantino*, en *AUPA*, 2014, LVII, p. 259. A. Fernandez Barreiro, J. Garcia Camiñas, *Arbitraje y iusticia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano*, cit., p. 585.

[21] A. Merchan Alvarez, *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Sevilla, 1981, pp. 230-231. En el derecho histórico que señala el autor puede comprobarse como la pena no es requisito esencial para que el compromiso tenga validez.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

Por otro lado y retomando lo anterior, no puede ser casual que en esta época nazca la figura del *praetor peregrinus*, sobre el año 242 a.C.[22] para resolver situaciones nacidas de las relaciones económicas con los extranjeros que requerían una específica tutela jurisdiccional, dado que los *peregrini* no podían litigar por el procedimiento de las *legis actiones*. Figura imprescindible en otros aspectos del derecho a la tutela como son la ejecución de los laudos, el acuerdo de medidas cautelares y la revisión del laudo, entre otros, que pasamos a tratar, y para los que resulta imprescindible el auxilio judicial[23].

Por tanto, recapitulando Roma crea el arbitraje compromisario, base de nuestro derecho arbitral actual. Existen soluciones judiciales y extrajudiciales simultáneamente, que se aplican en función de la materia a resolver, de lo que resulta más apropiada la solución extrajudicial del arbitraje en determinadas materias comerciales con extranjeros. Pero ya en Roma como hoy, se necesita del auxilio de otros órganos para la ejecución forzosa del laudo, bien del Pretor entonces, bien de la jurisdicción

---

[22] *LEX ACILIA REPETUND*. 12 y 89; *LEX RUBRIA DE GALLIA CISALPINA* XX, 24-25; Edict. Aug. de aquaed. Venafrano 65 (FIRA, I, 402).

[23] A. Torrent, s.v. *Praetor urbanus*, en *Diccionario de derecho romano*, actuó como magistratura sine colega hasta 242 a.C. año en el que se creó el *praetor peregrinus*. Se crea por la *lex Cornelia de praetoribus octo creandi*, de los ocho dos tenían como cometido la *iurisdictio urbana*, dos la preregrina, y seis de la presidencia de los tribunales de lo criminal *quaestiones perpetuae*. Las fuentes hablan de una *lex Plaetoria*, un plebiscito de Marco Pletorio, como creadora de esta Magistratura, parece ser que determinaba que desde esta norma los *comitia centuriata* elegían a dos pretores, de los que uno tenía que impartir justicia en la ciudad de Roma y otro fuera, así el *urbanus* y el *peregrinus*. Este último tenía la función de *dicere ius inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma*. Y ¿por qué nace este pretor con estas funciones? se entiende que por cierto fenómeno globalizador, generado por el aumento de las relaciones económicas con *peregrini* que no podían ser resueltas por el pretor urbano. Las razones los extranjeros tenían prohibido el acceso al litigio procesal romano de las *legis actiones.* La creación de este pretor vino dada por la gran expansión económica romana en Italia y en todo el Mediterráneo, como se comprueba en los tratados comerciales con Cartago de 348 y 306 a.C. Otro aspecto que además aparece es que muchas relaciones jurídicas entre romanos y extranjeros eran extrañas al *ius civile*, como las derivadas de las *emptiones*, *locationes, foenera, societates, mandata*, además de complicaciones que nacen del pago en lugar diferente a áquel en el que se ejecutaba las prestación, y esto sujeto como hoy a una gran variación por el gran tráfico jurídico internacional. Quizá antes del conocimiento del pretor de estos conflictos se confiara su resolución a la mediación de los afectados, o bien a una suerte de arbitraje internacional, que era un tribunal de recuperatores, formado por nacionales de los mismos lugares que los litigantes y un presidente neutral. Pero en todo caso fue escaso y se concibió el pretor peregrino. En cuanto a su proceso, lo que no podían hacer era desarrollar los litigios por las reglas de las *legis actiones*, inadecuado para estas relaciones amparadas en el *ius gentium*. Por eso este magistrado crea diferentes modelos negociales, al no poder acudir al viejo *ius civile*. Este pretor otorga el máximo relieve a la *bona fides*. E introdujo los *bonae fidei negotia*, llamados por Gayo *iuris gentium negotia*. Hubo tal frecuencia de litigiosidad que el pretor perigrino dictó un *edictum*, donde fijaba las normas procesales, que llegaron a aplicarse a los *cives romani* entre si. Este magistrado por su *imperium* llego imponer a las parte una *conceptio verborum*, o formulación verbal de sus pretensiones ajustadas a su edicto, y si se ponían de acuerdo se aplicaba la *litis contestatio*, y con ella el compromiso de acatar la *sententia*. Procesalmente era ágil, y rápida como requería el comercio internacional.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

civil, hoy. Aunque este auxilio no signifique la intromisión ni del pretor ni del juez actual ya que no crean *ius*, sólo deciden si hay proceso y lo dirigen, pero no juzgan sólo ejecutan lo acordado.

4. Tutela ejecutiva: hacer ejecutar lo juzgado

Pero si bien admitimos que dentro del derecho a la tutela está el juzgar ó tutela declarativa, y esto puede hacerse por medios extrajudiciales, como sucede con el arbitraje; como consecuencia de ese derecho nace otro que lo completa, que consiste en que se ejecute lo juzgado, el laudo que denominamos tutela ejecutiva. Y aún otro aspecto más, relacionado con éste, la tutela cautelar ó asegurar el resultado de la controversia acordando medidas cautelares. Los árbitros las pueden acordar pero no ejecutar forzosamente según el art 11.3 LA, deben para ello considerar el *periculum in mora* y el principio de razón que supone el *fumus boni iuris* de quien la solicita, es decir, la probabilidad de que sus pretensiones serán las que ganarán en el proceso. Los árbitros pueden acordar fianza para cubrir el riesgo. Y es aquí donde la cooperación con la justicia pretoria resulta ineludible, hoy con las diferentes jurisdicciones civiles nacionales. Así el laudo cumplido voluntariamente no presenta problemas, pero si los tendrá aquél que no se ejecuta de forma voluntaria[24], debiendo acudir a la ejecución forzosa. Lo mismo sucede con las medidas cautelares para asegurar la viabilidad del laudo. Parte del cumplimiento voluntario del laudo viene dado de la fuerza que tiene la reputación del comerciante, que si no acata el arbitraje es mal visto por el resto de mercaderes con los que le será más difícil cerrar nuevos negocios. Lo que en Roma se une a la aplicación de las estipulaciones penales recíprocas, que no homogéneas del propio *conventio compromissi* D. 4.8.11.2 (Ulp. 13 *ad ed.*), para el caso de incumplimiento del laudo, por incomparecencia o actuación dolosa durante el procedimiento, consistentes fundamentalmente en pagos de cantidad[25]. Según D. 4.8.32 pr. (Paul. 13 *ad ed.*): *Non distinguemus in compromissis, minor an maior sit poena quam res de qua agitur* (No debemos distinguir en los compromisos si la pena es mayor o menor que el objeto de la controversia). Pero estamos con Paricio en que

---

[24] En la Ley de Arbitraje, art. 8, cuando habla de las funciones de apoyo y control del arbitraje por los tribunales competentes, ya se hace referencia en su punto 4 a la ejecución forzosa del laudo, declarando competente al juez de primera instancia del lugar donde se haya dictado, de acuerdo con el art. 545.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en su caso el previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Igual que en el caso de las medidas cautelares en el que se añade un fuero supletorio que es el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

[25] Ulpiano en D. 4.8.11.2 (Ulp. 13 *ad ed.*), otras veces no era cantidad eran promesas diferentes, incluso si ambas partes eran deudoras recíprocamente valía el acuerdo de que el que no cumpla el laudo no pueda reclamar al otro lo debido así Ulpiano D. 4.8.11.3 (Ulp. 13 *ad ed.*). Pero las estipulaciones deben ser para ambos, Ulpiano en D. 4.8.11.4 (Ulp. 13 *ad ed.*).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

seguro que las cantidades establecidas como pena en las estipulaciones eran equivalentes o superiores al valor de la *res de qua agitur* y que ésto precisamente garantizaba el éxito del arbitraje[26]. Pese a todo, podía ocurrir que aún pagada la pena se acudiera al pretor para garantizar el cumplimiento del laudo.

Pero en esencia es natural que el laudo no se pueda imponer en sede arbitral, porque la mera indicación de que la ejecución es forzosa, implica que se ha roto la autonomía de la voluntad por una de las partes, dada su negativa a que se imponga el laudo. Es lógico, por tanto, que en una institución en la que lo esencial es la libertad del individuo, cuando uno no acata libremente el laudo, no se le pueda imponer la resolución en ese contexto, necesitando el concurso de quien tiene la fuerza coactiva del estado, hoy concretamente sólo se puede imponer con la anuencia del juez, que es el único que puede limitar nuestros derechos, siempre por resolución judicial motivada.

5. Otros aspectos del derecho a la tutela

Otro aspecto de la tutela es el derecho a la doble instancia que no se contempla en el caso del arbitraje, pero ni en Roma ni hoy. El arbitraje y más el de equidad, como resulta ser en Roma, indica que el laudo no puede ser impugnado en el fondo y en la forma cuando concurren circunstancias que provocan falta de garantías. Las razones que se aducen son, que el arbitraje tiene su origen en la libertad y autonomía de la voluntad de las partes sobre una materia disponible, de ahí que el poder judicial o el pretor en su caso sólo deban hacer labores de soporte o de auxilio. Pero en un ámbito globalizador debemos pensar si tiene sentido apelar.

En esencia la apelación es un recurso ordinario que supone que el mismo asunto sea revisado por un órgano superior, de los que conforman la estructura organizativa y competencial, de aquél que dictó la resolución. Esto en el arbitraje no es viable, ni en vía arbitral, dónde no existen distintas instancias, ni por auxilio en lo judicial, dado que en este segundo ámbito no es posible estructurar jerárquicamente el arbitraje dentro de la jurisdicción ordinaria, ni lo es hoy ni lo fue en Roma. Además en la ordinaria siempre se resuelve en derecho y no en equidad[27], lo que haría imposible revisar el asunto aplicando los mismos criterios, que en ocasiones pueden ser de equidad.

En el arbitraje compromisario sólo cabe recurso extraordinario del laudo arbitral por anulación ante el magistrado en los casos de *mala fides* del *arbiter*, a través de la fórmula, por medio de la *exceptio doli*. En D. 4.8.32.14 (Paul. 13 *ad ed.*) Paulo

[26] J. Paricio, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*, cit., pp. 34-35.

[27] Aún así en derecho justinianeo encontramos (Nov. 82.11 pr. del año 539) un reproche a los litigantes que frecuentemente eligen como árbitros a legos y acuden luego a los tribunales al no quedar conformes con la sentencia arbitral.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

advierte que aunque no puede revocarse la sentencia de un árbitro si es posible la *exceptio doli* en esos casos[28].

Es curioso que hoy día exista recurso de anulación del laudo (art. 41.1 de nuestra Ley de Arbitraje) también por razones formales, no materiales. Razones que también hubieran hecho prosperar el recurso en la Roma de la República: por ejemplo art. 41.1 a) inexistencia o invalidez del convenio arbitral; art. 41.1 b) o la indefensión por falta de notificación de la designación de un árbitro, por no haber podido hacer valer sus pretensiones; art. 41.1 c) incongruencia *extra petita* del laudo arbitral. Ya Paulo en D. 4.8.32.15 (Paul. 13 *ad ed.*), advertia que el árbitro debe someterse enteramente al compromiso sin poder ir más allá, no puede decidir sobre lo que quiera sino sobre el objeto del compromiso hasta dónde éste alcance. Sin bien es cierto que puede acordarse un compromiso pleno, cuando las partes acuerdan resolver todos los asuntos pendientes entre ellas (D. 4.8.21.6 [Ulp. 13 *ad ed.*]). Art. 41.1 d) designación de árbitros o tramitación del procedimiento arbitral en contra de lo acordado por las partes, siempre y cuando dicho acuerdo no vulnere alguna norma imperativa de la Ley de Arbitraje; art. 41.1 e) resolución por parte de los árbitros de cuestiones no susceptibles de someterse a arbitraje; art. 41.1 f) vulneración del orden público.

En lo que respecta al laudo romano no es recurrible de forma ordinaria. El árbitro puede corregir errores antes de emitir el laudo pero no después D. 4.8.20 (Gai. 5 *ad ed. prov.*). No había mecanismo alguno para controlar o revisar materialmente su resolución, y sólo se permitió proceder contra la sentencia si en algún momento hubo vicio que afectó al arbitraje[29]. El parecer del árbitro debe seguirse sea justo o injusto[30]. Ulpiano[31] señala que debes soportar de buen grado incluso la sentencia menos probable, incluso la más absurda.

Hoy tampoco hay doble instancia, la impugnación del laudo sólo puede serlo por razones formales no sustanciales vía recurso de anulación, que no es un recurso ordinario. En sentencia de la Sala 1 de lo Civil del Tribunal Supremo 429/2009 de 22 de junio se dice: «Estas particularidades del arbitraje y, en particular, del de equidad nos hacen llegar a la conclusión de que su laudo sólo puede ser impugnado por razones de forma o de falta de garantía […] La explicación se encuentra en el argumento conforme al que si el arbitraje es fruto de la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes, y estas lo estipulan sobre una materia disponible, el poder judicial sólo es preciso que haga tareas de soporte (designación de árbitros, art. 38 a 44 de la LA/1988) o tareas de control externo (recurso de anulación, art. 45 a 51 de la LA/1988) o tareas de auxilio (ejecución forzosa art. 53 a 55 de LA/1988)». Pero esta

---

[28] D. 4.8.32.14 (Paul. 13 *ad ed.*) refiriendo un rescripto de Antonino Caracalla ante la consulta de un juez.

[29] J. Paricio, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*, cit., p. 47.

[30] D. 17.2.76 (Proc. 5 *epist.*).

[31] D. 4.8.27.2 (Ulp. 13 *ad ed.*).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

idea subyace en D. 4.8.32.3 (Paul. 13 *ad ed.*), cuando advierte que lo más importante es que el pretor no se interponga en el proceso arbitral.

6. Objeto y derecho aplicable

A la pregunta de ¿qué derecho se aplica en el arbitraje en un marco global? La respuesta inmediata es atender a los términos del compromiso.

El arbitraje romano tiene dos contenidos principales que nacen del *compromissum*[32]: la *conventio*, y las *stipulationes poenae*[33]. Pero tanto entonces como hoy el *compromissium*, no lleva aparejada la renuncia a la acción ordinaria, *ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem*[34] es decir, no cabe ninguna excepción, ni siquiera la *exceptio pacti*, sino sólo la facultad de pedir la *poena compromissa.*

El objeto de la controversia se debe ceñir al compromiso, según D. 4.8.32.21 (Paul. 13 *ad ed.*) el árbitro no puede ir más allá de lo previsto en el convenio. Cabe un compromiso de arbitraje sobre todos los asuntos pendientes entre varias personas, pero no sobre asuntos futuros[35] aplicando un principio de congruencia.

Las materias que pueden ser sometidas a arbitraje son todas sobre las que se aplica el principio de autonomía de la voluntad[36]. Así, en Roma ya constatamos que en D. 4.8.32.6 (Paul. 13 *ad ed.*) quedan fuera del arbitraje los crímenes públicos como los delitos privados que lleven aparejada la nota de infamia, y en D. 4.8.32.7 (Paul. 13 *ad ed.*) las cuestiones relacionadas con el estado civil de las personas y la acciones populares, que ya habíamos visto.

Se nos dice que: «El mantenimiento del arbitraje, como técnica de resolución de conflictos, en siglos posteriores, en los que se conoce la fórmula del proceso ordinario, de impronta estatal, se explica por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, especialización en muchos casos del árbitro, no obligatoriedad de la condena pecuniaria etcétera, frente a la lentitud y formalismo del proceso oficial que, en contrapartida, presenta evidentes ventajas en materia de seguridad jurídica y efectividad en el cumplimiento de la sentencia»[37]. Afirmaciones que aunque referidas a Roma bien podemos mantener hoy. A las que podemos añadir que el arbitraje

---

[32] A. Torrent, s.v. *Compromissum*, en *Diccionario de derecho romano*, cit.: es una una aplicación especial de la *stipulatio poenae* que crea el procedimiento alternativo a la *iurisdictio* estatal. El compromiso nacía de una *verborum obligatio* entre las partes. Cfr. también Id., s.v. *Conventio*, *ibidem*: acuerdo de voluntades que genera una *obligatio* y s.v. *Stipulatio poene*: importe del resarcimiento del daño en dinero.

[33] M. Talamanca, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Roma,1958, pp. 37 y ss.

[34] D. 4.8.2 (Ulp. 4 *ad ed.*).

[35] D. 4.8.46 (Paul. 12 *ad Sab.*).

[36] Así Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, art. 2.1.

[37] A. Fernández De Buján, *Jurisdicción y arbitraje en derecho romano*, cit., p. 200.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

elude defectos técnicos del propio proceso oficial, como un posible exceso de gastos, lentitud, formalidad e menor idoneidad en los que juzgan[38].

Pero el uso de este remedio procesal por el deficiente funcionamiento de la administración de justicia, no era causa en la Roma republicana o imperial dónde la justicia era pronta. Otra razón es la posibilidad de elegir al juzgador, pero los propios juicios romanos tenían estructura arbitral con el nombramiento del *iudex,* luego esa tampoco parece razón suficiente[39]. Sí que podría resultar válida otra razón, como es la carencia de publicidad del proceso arbitral. De todo ello podemos concluir que esos no son, ni pueden ser los únicos motivos de la pervivencia del arbitraje. Así, de la observación, surge otro porqué más profundo, y es que con el arbitraje se puede llegar a eludir el proceso público y con él, la aplicación del derecho oficial y reconducirlo al derecho más adecuado, o beneficioso, incluso a la equidad. Vemos así como se aplica a comunidades concretas con determinada religión o localidad, o incluso tipos de arbitrajes sectoriales, incluso por clases sociales[40]. El ejemplo en Roma es notorio cuando observamos la función del arbitraje del obispo de la *episcopalis audientia*, en los diferentes momentos de su evolución. Durante las persecuciones, para evitar la aplicación del derecho estatal romano pagano. Después del Edicto de Milán, para propiciar entre los creyentes cristianos un derecho inspirado en sus principios. O más tarde, en la época visigoda, la comunidad hispanorromana usaría el arbitraje para asegurarse la aplicación del derecho romano más puro[41] y así evadir el derecho visigodo[42], en esta época se usa el arbitraje para asegurar la aplicación de un derecho romano más puro que el estatal y además una vía para elegir a jueces preparados en este derecho. Así es propio del arbitraje el hecho de ser una expresión de los miembros de un grupo social, para el que resulta más adecuado resolver sus controversias entre sí, que acudiendo a la solución estatal, con un juez intregrado en una estructura extraña[43]. Actualmente, el derecho mercantil que se ventila en cortes arbitrales dónde resuelven asuntos entre las grandes corporaciones que quedan fuera de las jurisdicciones nacionales, o como materia arbitral mas reciente el arbitraje deportivo, que ventila casos de dopaje. Es decir, el arbitraje se va a mostrar adecuado en los asuntos en los que las partes compromisarias prefieran gozar de autonomía para gestionar su *lites*.

---

[38] A. Merchan Alvarez, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, cit., pp. 45-46 habla del exceso de gastos por la intervención escribanos, procuradores, abogados, alguaciles, y una larga serie de aportellados.

[39] J. Paricio, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*, cit., pp. 56-57.

[40] M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 3, advierte de esta circunstancia, dice que se precticaba en niveles sociales diversos, entre miebros de la clase sentatorial, o entre propietarios de fundos, o entre personas de modesta condición social.

[41] A. Merchan Alvarez, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, cit., p. 48.

[42] M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 15 y ss.

[43] M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 5.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

Entonces como indica Merchán esto nos conduce a un problema muy interesante, la capacidad aplicadora e incluso creadora de derecho por los árbitros. La realidad histórica del arbitraje significa la posibilidad de una justicia de elección de las partes y en consecuencia una puerta abierta, mediante la elección de estos jueces de la aplicación de un derecho que no es el oficial[44]. Crear su propia solución o alternativa al conflicto aplicando un derecho diferente, porque no son comunes ni el área geográfica, ni cultural de los contratantes. A esta circunstancia se acompaña que cuanto más respetuoso con los derechos de la persona es el momento histórico, de la mano del reconocimiento del derecho a la libertad individual, más reconocimiento y amparo tiene el arbitraje, en cada derecho interno, llegando incluso a ser considerado, como en la Constitución de Cádiz, un medio para garantizar la participación directa de los ciudadanos en la administración de justicia[45], en otras palabras puede ser un medio democratizador de la sociedad. El ejemplo en Roma está claro, en la época del Imperio, a partir del siglo IV, con un sistema de gobierno absoluto, y un sistema de producción normativa en manos del emperador, se pretende una idea de unidad de la función judicial, que las resoluciones de las controversias de derecho privado no se desarrollen fuera del las reglas establecidas autoritariamente por el Imperio, pese a todo el proceso arbitral se mantiene pero se desarrolla de forma análoga al propio de la jurisdicción ordinaria[46].

En cuanto al contenido propio de estos arbitrajes en su aspecto material, se basa en la *lex mercatoria* y esta descansa en fuentes privadas, no vinculadas a ninguna soberanía estatal. Normas de las que se dice que son derecho espontáneo, un derecho autónomo creado por los propios comerciantes para evitar en sus transacciones internacionales la aplicación siempre conflictiva de las legislaciones locales de diferentes países[47]. Se abre pues, un campo de capacidad creadora de derecho desde el arbitraje. Desde este punto de vista el jurista va a resultar imprescindible.

7. Función del jurista en el arbitraje

Decimos que en este campo de derecho global el jurista es imprescindible, porque debe velar por la recta aplicación de los principios y valores como ya hicieran nuestros clásicos. «No se trata de retornar a la tradición romanista que tan buenas soluciones ofreció en su momento, mas es necesario reconocer el rol unificador de sus prin-

---

[44] M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 3; A. Merchan Alvarez, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, cit., p. 49.

[45] Hoy día la participación de los ciudadanos en la justicia ordinaria es escasa, y se entiende que sólo participan por su intervención en el orden jurisdiccional penal, para decidir en los tribunales de Jurado.

[46] M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 3.

[47] F. Lopez, *Reflexiones sobre la nueva lex mercatoria*, cit., p. 97.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

cipios en el nuevo orden mundial, compaginando la impronta del derecho romano con otros procedimientos más formales de producción normativa»[48]. Ya en Roma se crea el *ius gentium* que no es un derecho originado *ex novo* por una razón abstracta, creando normas e instituciones caprichosas, sino un sistema que reguló relaciones interpersonales. Los romanos no extendieron su derecho civil a los extranjeros, pero crearon un derecho a caballo entre el derecho natural y el derecho positivo, aceptado por todos o casi todos los pueblos[49]. Así «La experiencia romana que superó un *ius civile* inderogable y formalista con un derecho pretorio viviente adaptado a cada día y controlado por el pretor con el asesoramiento de los juristas, puede ser de enorme ayuda y estímulo en la creación de un derecho global»[50].

«Por imperativos económicos, el nuevo derecho común que reclama el *novus ordo iuris* tendrá que establecer pautas universales de contratación basadas no en leyes positivas y tratados soberanos, sino en la formación y difusión de una doctrina jurídica global que hunda sus raíces en la realidad de la relación contractual. Es tarea de los juristas globales, auténticos portadores de la *auctoritas*, delinear los límites de las nuevas instituciones que habrán de corregir los desvaríos del mercado y la vehemencia estatal, peligrosas barreras para la construcción de un sistema jurídico solidario, justo y eficiente »[51]. La ciencia del derecho debe surgir de la permanente y constante relación con la práctica como nos enseñaron los grandes clásicos.

«Urge un diálogo abierto, sereno, científico, entre juristas de los cinco continentes, que desentrañen las tendencias de un derecho cada vez más flexible, dinámico y complejo; como flexible, dinámica y compleja es las sociedad que el derecho ordena. Digo ordenar, que no dirigir, ni regir, ni gobernar. Pues el derecho, aunque necesite de la fuerza coactiva (*vis*) para hacerse valer, no es en sí mismo fuerza, sino razón (*ratio*) tamizada por la cultura y la historia»[52]. Si hay una aportación clara «Lo que el derecho romano aportó al mundo frente a otros derechos de la antigüedad, fue precisamente la figura del jurista»[53]. Y somos los juristas los que debemos crear ese derecho global que llega desde la tradición con la resolución de casos concretos como ya hicieron nuestros juristas romanos clásicos.

---

[48] J. Megias Jose, *Una constante histórica: el derecho global*, en R. Domingo, M. Santivañez, A. Caicedo (coord.), *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, cit., p. 32.

[49] J. Megias Jose, *Una constante histórica: el derecho global*, cit., p. 30.

[50] R. Domingo Oslé, *¿Qué es derecho global?*, cit., p. 144.

[51] J. Adame Goddard, *Las claúsulas de la globalización*, en R. Domingo, M. Santivañez, Aparicio Caicedo (coord.), *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, cit., p. 92.

[52] R. Domingo, *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, cit., p. 21.

[53] R. Domingo, *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, cit., p. 24.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

8. Conclusiones

Todos tenemos derecho a la tutela declarativa por medio del arbitraje, gracias a los derechos inherentes a la persona, no con apoyo sólo en el derecho positivo. Derecho que incluso hoy, entendemos como uno de los fundamentales, basado en nuestro derecho a la libertad, mostrándose el medio más adecuado para resolver las controversias de derecho privado en un ámbito global. Pero lo sorprendente es como en Roma nace este derecho cuando se impide que cada uno se tome la justicia por su mano, urdiendo mecanismos para resolver los conflictos en paz. Este derecho a la tutela se desarrolla y extiende con apoyo en la persona y no en el estado soberano en su libertad haciendo uso de la autonomía de la voluntad. Roma crea el arbitraje compromisario, base de nuestro derecho arbitral actual. Existen soluciones judiciales y extrajudiciales simultáneamente, que se aplican en función de la materia a resolver, de lo que resulta más apropiada la solución extrajudicial del arbitraje en determinadas materias comerciales con y entre extranjeros. Pero ya en Roma como hoy, se necesita del auxilio de otros órganos para la ejecución forzosa del laudo, bien del pretor entonces, bien de la jurisdicción civil, hoy. Aunque este auxilio no signifique la intromisión ni del pretor ni del juez actual ya que no crean *ius*, sólo deciden si hay proceso y lo dirigen, pero no juzgan, sólo ejecutan lo acordado.

Sabemos que dentro del derecho a la tutela está el juzgar ó tutela declarativa, y esto puede hacerse por medios extrajudiciales, como sucede con el arbitraje; y como consecuencia de ese derecho nace otro que lo completa, que consiste en que se ejecute lo juzgado, en este caso el laudo ó tutela ejecutiva. Es lógico, por tanto, que en una institución en la que lo esencial es la libertad del individuo, cuando uno no acata libremente el laudo, no se le pueda imponer la resolución en ese contexto, necesitando el concurso de quien tiene la fuerza coactiva del estado.

Respecto a la apelación en un ámbito globalizador debemos concluir que tiene poco sentido. En esencia la apelación es un recurso ordinario que supone que el mismo asunto sea revisado por un órgano superior, de los que conforman la estructura organizativa y competencial, de aquél que dictó la resolución. Esto en el arbitraje no es viable, ni en vía arbitral, dónde no existen distintas instancias, ni por auxilio en lo judicial, dado que en este segundo ámbito no es posible estructurar jerárquicamente el arbitraje dentro de la jurisdicción ordinaria, ni lo es hoy ni lo fue en Roma.

En cuanto a la justificación del arbitraje este se explica por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, especialización en muchos casos del árbitro, no frente a la lentitud y formalismo del proceso oficial. Pero el uso de este remedio procesal por el deficiente funcionamiento de la administración de justicia, o por la lentitud de la justicia no era causa en la Roma republicana o imperial dónde la justicia era pronta. Otra razón que se aduce es la posibilidad de elegir al juzgador,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

pero los propios juicios romanos tenían estructura arbitral con el nombramiento del *iudex*, luego esa tampoco parece razón suficiente[54]. Sí que podríamos compartir con la antigüedad la carencia de publicidad del proceso arbitral. Pero esos no son, ni pueden ser los únicos motivos de la pervivencia del arbitraje. Así, de la observación, surge otro porqué más profundo, que se ha repetido y se repite en la historia, y es que con el arbitraje se puede llegar a eludir el proceso público y con él, la aplicación del derecho oficial y reconducirlo al derecho más adecuado, o beneficioso, incluso a la equidad de una comunidad, un grupo social, de un grupo religioso, incluso por materias: seguros, deporte, derecho del mar, consumo, etc.

[54] J. Paricio, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*, cit., pp. 56-57.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339

https://doi.org/10.55104/FRDC_0339