

UNIVERSALISMO HISTÓRICO DEL ARBITRAJE*

HISTORIC UNIVERSALISM OF ARBITRATION

*Francesco Zappalà***

Fecha de recepción: 6 de febrero de 2009
Fecha de aceptación: 14 de abril de 2010

* Artículo elaborado dentro del marco del proyecto Derecho Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional de la línea de investigación Sociedad y Conflictos del Grupo de investigación Instituciones Jurídicas y Desarrollo de la Facultad de Humanidades y Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana Cali

** Profesor del componente patrimonial del derecho privado del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana (Cali, Colombia) y de la Universidad de San Buenaventura (Cali, Colombia). Abogado de la Universidad de San Buenaventura, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia), magíster en Derecho Privado Europeo de la Università degli Studi “La Sapienza” (Roma, Italia, tesis *magna cum laude*). Actualmente, adelanta el tercer año del doctorado en Derecho de la Economía y de la Empresa del Collegio del Dottorato di Diritto Commerciale dell’Università degli Studi “La Sapienza” (Roma, Italia).
Contacto: zappala.francesco@gmail.com

RESUMEN

El arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de administración de justicia. Someter el conflicto de los particulares a otra persona también particular, aceptando de forma anticipada y obligatoria la sentencia, fue una práctica anterior a la administración judicial estatal; posteriormente el perfeccionamiento de la organización de la sociedad permitió el nacimiento de la institución judicial. Aunque el Estado moderno avocó la función judicial, no suplantó el arbitraje, que permanece en vigor y en plena actuación en los sistemas jurídicos del presente, en consideración a la calidad de la institución jurídica, pues en algunos casos es el único instrumento que permite dirimir conflictos jurídicos, por ejemplo entre los agentes de comercio internacional en el ámbito de la globalización.

El documento que se presenta es producto de la reflexión teórica en el marco de una investigación sobre los principios de homogeneidad del arbitraje comercial internacional, siendo su objetivo el acercamiento histórico a la institución jurídica del arbitraje. La principal conclusión es el convencimiento de una constante histórica en la necesidad del arbitraje como mecanismo para dirimir las controversias entre comerciantes, acompañado por la fluctuación histórica del distanciamiento-acercamiento entre el arbitraje y la jurisdicción estatal. La metodología utilizada es documental.

Palabras clave autor: historia del arbitraje, arbitraje comercial, globalización, *Lex Mercatoria*.

ABSTRACT

Arbitration is earlier than state administration of justice. The practices to submitting a dispute to another person, with a prior acceptance of mandatory sentencing, existed before state court. Subsequently, improving the organization of society allows the creation of the judicial institution. Although the modern state, the judiciary not supplanted the arbitration, which has remained in full force and action in the current legal system, given the quality of the legal institution, which in some cases is the only one who can settle disputes legal, as in the field of international trade actors in the field of globalization.

The document is a product of theoretical reflection in the context of an investigation into the principles of uniformity of international commercial arbitration, with its historical approach to the legal institution of arbitration. The main deduction is a historical constant belief in the need of arbitration as a mechanism to settle disputes between merchants, accompanied by the fluctuation of the distance-historic rapprochement between arbitration and the state jurisdiction. The methodology is documentary.

Key words author: *History of Arbitration, Commercial Arbitration, Globalization, Lex Mercatoria.*

SUMARIO

I. Preludios de la civilización jurídica. Preexistencia del arbitraje.- II. Grecia y el Imperio romano. Evolución del arbitraje.- III. Época medieval e Ilustración. *Lex mercatoria* y arbitraje.- IV. Edad contemporánea. Fluctuación del arbitraje.- V. Período moderno. Arbitraje y globalización.- Bibliografía.

I. PRELUDIOS DE LA CIVILIZACIÓN JURÍDICA. PREEXISTENCIA DEL ARBITRAJE

El arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del Derecho y de la humanidad.

La mitología griega y posteriormente la latina atribuyen al juicio de Paris¹ la primerísima representación célebre y distinguida de forma de arbitraje en la asignación de la manzana de oro a la diosa más bella del Olimpo. Durante el matrimonio de Peleo y Tetis, futuros padres de Aquiles, Herís, la diosa de la discordia, ofendida por no haber sido invitada, arrojó en la mesa del banquete una manzana de oro con la inscripción “para la más bella”. Las tres diosas que pretendieron hacerse a ella fueron Hera, Atenea y Afrodita. Zeus, el dios de dioses, estableció que la decisión de la más bella debía ser de competencia del hombre más bello, es decir Paris, el príncipe de Troya. Hermes fue el encargado de acompañar a las tres diosas frente al joven troiano, en donde cada una de ellas le prometió una recompensa a cambio de la concesión de la manzana de oro. Atenea, gracias al don de la sabiduría, le hubiera otorgado la capacidad de modificar la realidad y la materia a su gusto, es decir, manipular las leyes de la física. Hera, a su turno, lo hubiera convertido en el hombre más rico del mundo, al punto que no serían suficientes todos los guardianes para custodiar el oro y los metales preciosos de su propiedad; tan potente que con el mero gesto de su brazo poblaciones enteras se someterían a él y tan glorioso que su nombre resonaría hasta las estrellas. Afrodita, en cambio, hubiera apagado sus deseos pasionales y románticos concediéndole la mujer más bella, Helena. Paris favoreció a la última, desencadenando con ello la ira de las otras dos. La diosa del amor ayudó a Paris a conquistar y a arrebatarse a Helena del lado de su esposo Menelao, rey de Esparta. Lo anterior desató la guerra de Troya, razón por la cual la manzana de oro es conocida también como la manzana de la discordia.

Es evidente que Zeus, no obstante su infalibilidad y su legitimación para juzgar, se abstuvo de pronunciar el veredicto sobre quién fuese la diosa más bella, encargando de ello a Paris, en cuanto experto en términos de belleza, y seguramente para evitar la cólera y represalia de las dos diosas frustradas por la designación de la tercera.

Históricamente, la forma originaria de resolución de conflictos fue la justicia privada. Con el correr del tiempo, la humanidad, en el esfuerzo por superar la era salvaje hacia la civilización y el progreso social, adoptó las primeras reglas de comportamiento, estableciendo que distinguidos individuos con autoridad moral, como los sacerdotes, los ancianos o los sabios, resolvieran las controversias entre ciudadanos: de esta manera se abandonaba

1 G. Gioachino Belli, *Belli italiano*, 297 s. (Colombo, Roma, 1975).

la época de la venganza personal y se introducía la dosificación de la pena, aplicándola proporcionalmente a la gravedad de la infracción, como enseña la Biblia en el libro del Éxodo²:

“Si en una riña golpean a una mujer encinta, y la hacen abortar pero sin poner en peligro su vida, se les impondrá la multa que el marido de la mujer exija y que en justicia le corresponda. Si se pone en peligro la vida de la mujer, esta será la indemnización: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, golpe por soplo, herida por herida”.

En las sociedades primitivas las controversias se decidían mediante la fuerza, prevaleciendo el régimen de la venganza personal. En la evolución histórica, con la introducción del arbitraje se renuncia al derecho de justicia de propia mano, de replicar a la injusticia con más injusticia, irrumpiendo en la remota civilización humana el esquema según el cual las controversias deben someterse a una tercera persona, seleccionada entre los sujetos más importantes de la comunidad, distinguidos por su virtud, honestidad, dignidad y prudencia³. Ofendido y agresor recurren entonces al tercero, designado de común acuerdo con la finalidad de regular su disputa⁴. El árbitro o conciliador, aunque no sea rey o jefe de tribu ni ostente ninguna potestad, interviene exclusivamente por voluntad de las partes en conflicto y no puede imponer coercitivamente su fallo, cuya fuerza es alimentada únicamente por el compromiso de los antagonistas; esto por cuanto la pretensión de imponerlo de manera coactiva, sin el acuerdo de los interesados, no podría encontrar asidero para lograr su obediencia y cumplimiento⁵.

La composición de los conflictos por la vía del arbitraje, en lugar de mediante el recurso al uso de la fuerza, no es ajena siquiera a la costumbre de los aborígenes. Después de una larga evolución el arbitraje terminó sustituyéndose al uso de la fuerza⁶. Surge de tal forma la justicia arbitral, como necesidad del hombre en convivencia con sus similares, proporcionando una respuesta apropiada para aquellas comunidades en las cuales la fuerza y la prepotencia eran hasta ahora el único instrumento de justicia, que conocía solamente el límite de aquel que la ejercía; se instala con ello un nuevo mecanismo de arreglo de las contiendas que garantiza su solución equitativa. Con la evolución de las costumbres y las prácticas, se convierte en un imperativo comunitario la necesidad de una justicia más humana, en la cual el conflicto sea sometido a la decisión final de una tercera persona con experiencia y habilidad, y ello de conformidad con las diferentes tradiciones milenarias.

2 G. Battista Guzzetti, *L'uomo e gli altri uomini* (Marietti, Roma, 1965).

3 E. Duque, *Del arbitramento mercantil*, 12-13 (Colección Jurídica Bedout, Medellín, 1976).

4 P. Aylwin Azócar, *El juicio arbitral*, 67 (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958).

5 M. Monroy Cabra, *Arbitraje comercial*, 9 (Temis, Bogotá, 1982).

6 G. de Sanctis, *Storia dei romani: la conquista del primato in Italia*, 349 (Fratelli Bocca, 1907).

Actualmente, los Bereberes o Amazigh⁷, habitantes autóctonos del Norte de África, aplican el arbitraje primitivo como forma de dirimir los conflictos, de acuerdo con una jurisdicción especial ejercida por el sacerdote de la plaza de mercado⁸, cuya competencia, similar a la potestad de la magistratura del *edile curule* de la Roma republicana⁹, se concentraba en la resolución de conflictos entre comerciantes, y entre éstos y los extranjeros.

El arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de administración de justicia. En efecto, la práctica de someter el conflicto a otra persona, aceptando de manera anticipada y obligatoria la sentencia, es anterior a la existencia de la administración judicial estatal; posteriormente, el perfeccionamiento de la organización de la sociedad permitió el nacimiento de la institución judicial, entendida como la instancia encargada de la actividad esencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen público, como es conocida en la actualidad. Ahora bien, aunque el Estado moderno, desde sus orígenes embrionales de los siglos XV y XVI, avoca la función judicial, no suplanta el arbitraje, que de esta manera permanece vigente a lo largo del tiempo y se encuentra en plena actuación en los sistemas jurídicos actuales, en consideración a la calidad de la institución jurídica, siendo que en algunos casos es el único mecanismo que permite dirimir los conflictos jurídicos de manera expedita y satisfactoria para las partes, como ocurre en el campo de los agentes de comercio internacional.

Desde tiempos prehistóricos la comunidad judeocristiana advirtió la necesidad de recurrir, aunque fuese de forma primitiva, al arbitraje; según palabras de Jacob a Labán, en el libro del Génesis¹⁰:

“*Somete tus denuncias al juicio de tus hermanos, para que decidan entre tú y yo*”.

La religión judía forjó el arbitraje para obtener un trato diferente durante su traumática y difícil historia, pues desde la Constitución del emperador romano de Oriente, Arcadio, hasta la Revolución Francesa, se aceptó la potestad del pueblo judío de mantener su propia jurisdicción en las controversias religiosas y también comerciales¹¹.

7 G. Capponi, *Antologia: Giornale di scienze, lettere e arti*, 128 (G.P. Vieusseux, 1830).

8 M. Monroy Cabra, *Arbitraje comercial*, 51 (Temis, Bogotá, 1982).

9 Livio, *History of Rome*, 1759 (Bell, 1911).

10 R. Bernal Gutiérrez, *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, 15 (El Centro, 1993).

11 G. Vismara, *Episcopalis audientia. L'attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel diritto romano e nella storia del diritto italiano fino al secolo nono*, 32-34 (Milano, 1937).

II. GRECIA Y EL IMPERIO ROMANO. EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE

El filósofo estagirita Aristóteles¹² considera que es mejor¹³:

“preferir un arbitraje más bien que un conflicto ante el tribunal, de hecho el árbitro cuida la equidad, el juez la ley; y el arbitraje ha sido inventado propiamente para esto, para dar fuerza a la equidad”.

La fórmula del arbitraje surge en la cultura griega hacia el año 520 a.C.¹⁴, en los consejos de la confederación de pueblos y ciudades de la órbita de influencia política y militar de Atenas, denominado arbitraje de la Anfictiónía¹⁵, cuyo objetivo principal era resolver los conflictos entre distintos grupos étnicos por parte de 12 ancianos representantes de las diferentes tribus. En la Grecia clásica existieron también árbitros de carácter público, elegidos de manera aleatoria entre 44 patriarcas quienes juzgaban las disputas criminales y públicas. Se tiene de esta forma un paralelo entre arbitraje interestatal¹⁶ y arbitraje interno. Por una parte los historiadores Tucídides¹⁷ y Plutarco¹⁸ afirman que con regularidad las ciudades-Estado subordinaban sus disputas al arbitraje de una ciudad neutral; y por otra, Solón narra que Demóstenes de Atenas emitió leyes sobre el arbitraje entre ciudadanos¹⁹ en las cuales, además de permitirse que los sujetos en un conflicto privado pudiesen escoger el árbitro que desearan, bajo el entendido de haber mutuo acuerdo, se concedía al laudo arbitral un carácter definitivo, sin posibilidad de recurso alguno.

En el Derecho Romano la institución jurídica del arbitraje conoce un notable desarrollo, siendo en buena parte el origen, después de más de dos milenios, de la actual estructura de dicho mecanismo jurídico, puesto que ya en el año 451 a.C. la Ley de las XII Tablas concedía firmeza y obligatoriedad a los acuerdos entre individuos en contienda²⁰.

El *magister epistolarum* del emperador Adriano, el historiador *Gaius Suetonius Tranquillus*, revela que para el pueblo romano la diosa Concordia tenía su templo en un lugar cercano al Foro, en un monumento armonioso y

12 H. A. Grigera Naon, *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, 22 (J.C.B. Mohr, Tübingen, 1992).

13 Aristotele, *Retórica*, 1.13.13.

14 J. Cerón Coral, *El arbitraje laboral*, 4 (Temis, Bogotá, 2007).

15 *Rivista di filologia e di istruzione classica*, 214 (G. Chiantore, 1897).

16 L. Piccirilli y A. Magnetto, *Gli arbitrati interstatali greci*, 15 (Marlin, 1973).

17 L. Prandi, *Platea*, 37 (Editoriale Programma, 1988).

18 P. Fiore, *Sul problema internazionale della società giuridica degli stati*, 87 (Stamperie Reali, Torino, 1878).

19 M. Morrone, *Il diritto marittimo del regno d'Italia*, 150 (1889).

20 C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*, 116-119 (Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2002).

colosal erigido en memoria de César, al pie del cual los contendientes ofrecían sacrificios en busca de solución, en nombre del padre de la patria²¹.

El sistema jurídico romano fue precursor, contribuyendo en gran medida a la civilización jurídica occidental, en el camino de instituir la necesidad, que es de cualquier colectividad, de someter las pretensiones de los ciudadanos a formalidades establecidas y a límites señalados previamente; de todas formas, concedió continuidad histórica a la inclinación privada y voluntaria de justicia, limitándose a intervenir solamente con funciones de dirección, control y vigilancia.

En la época arcaica del Derecho Romano, por procedimiento *legis actiones*, denominación proveniente de la fundamental Ley de las XII Tablas, se entiende el conjunto de formas procesales que permitían la solución de controversias patrimoniales entre particulares por medio de la sacralización de un acto *vis*; es decir, se transforma una solución irracional en una solución racional²², en un ordenamiento procesal, en el cual interviene el magistrado no para dirimir, sino para evitar, por razones de paz social, el libre ejercicio de la justicia privada, estableciendo la celebración de pactos entre las partes a través de la fijación de una pena pecuniaria, que sustituye a la venganza, provocando de esta forma el arbitraje obligatorio²³.

La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, acción creada por la Ley de las XII Tablas con el fin de pretender el cumplimiento de una obligación derivada del contrato verbal de *sponsio*²⁴, representa una promesa con castigo, en un comienzo religioso, pero posteriormente de contenido patrimonial, siendo así que el incumplido de la *sponsio* podía ser llevado ante el magistrado, y si negaba la existencia del compromiso, el magistrado designaba un *iudex* o *arbiter* para decidir el debate patrimonial.

El magistrado disciplina y encauza el desarrollo de la acción precisando la materia del debate, esto en uso de su función *iurisdictio*, es decir, indica con fundamento en su propia *potestas* la norma jurídico procesal aplicable²⁵; pero es el *iudex*, *arbiter* o *recuperatore*, autorizado y designado por el magistrado que le atribuye *potestas* para el caso concreto, si bien elegido por los contendientes o en su defecto por el magistrado, quien examina los hechos y pronuncia sentencia en uso de su función de *iudicatio*, es decir, declara el derecho y decide los conflictos jurídicos concretos²⁶.

21 R. Valdés Sánchez, *La transacción solución alternativa de conflictos*, 26 (Legis, Bogotá, 1997).

22 F. Betancourt, *Derecho romano clásico*, 134 (Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995).

23 J. González Soria, *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo*, 21 (Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1988).

24 G. Mousourakis, *A Legal History of Rome*, 34 (Routledge, 2007).

25 F. Serrao, *La iurisdictio del pretore peregrino*, 30 (Giuffrè, Milano, 1954).

26 F. Schulz, *Classical Roman Law*, 50 (Clarendon Press, 1951).

Hacia el año 130 a.C., la *Lex Æbutia* deroga algunas *legis actiones*, introduciendo el proceso formulario o por fórmulas²⁷, impulsando una gradual sustitución, hasta que en el 17 a.C. el emperador Octavio Augusto, con la *Lex Iulia iudiciorum privatorum* y con la *Lex Iulia municipalis*, generaliza el proceso por fórmulas, cuya razón de ser radica en la necesidad de sustituir las rígidas y anacrónicas *legis actiones*, en una Roma ya cosmopolita y dominadora del comercio del Mediterráneo, por un proceso en el cual los litigantes no tuvieran la obligación de pronunciar determinadas expresiones solemnes para incoar el juicio, sino que el magistrado redactara un escrito o, propiamente, una fórmula, en la cual fijara la relación jurídico procesal, suministrando al *iudex* o *arbiter* precisa información sobre la materia objeto del litigio²⁸, lo que ofrecía elasticidad y adaptabilidad a las necesidades futuras.

El origen del moderno arbitraje en Roma se encuentra en el ámbito de la protección que el pretor otorga a las prácticas, usos y costumbres peculiares del tráfico comercial y del *ius gentium*, en el cual el fundamento no es ni el *ius* ni las *leges* sino la *fides* y la moralidad.

Durante la República romana la intensidad de las actividades comerciales, marítimas y terrestres hace inevitable que los pretores salvaguarden y adopten en sus edictos las convenciones y acuerdos supranacionales, característicos del *ius gentium*, proponiendo formas procesales más adaptadas a la realidad económica, procurando evitar el vacío reglamentario del *ius civile*, superar la imposibilidad de los no romanos de acceder a la figuras contractuales del *ius civile romanorum*, y soslayar el riguroso y asfixiante formulismo²⁹.

Con fundamento en el arbitraje privado practicado en Roma entre romanos y extranjeros o entre romanos sin *ius actiones*, en el cual jugaba un rol esencial la *bona fides*, el pretor romano modeló el proceso por fórmulas³⁰, en el cual el arbitraje no obtuvo protección judicial por considerarse absorbido en el proceso formulario.

No obstante la ausencia de protección judicial directa del arbitraje privado³¹, la jurisprudencia elaboró el complejo andamiaje de recíprocas *stipulationes* penales, según las cuales cada parte prometía a la otra el pago de una suma determinada en caso de incumplimiento del compromiso que consistía en que la decisión de la controversia fuese sometida a un árbitro, elegido de común acuerdo por las mismas partes; es entonces cuando se recurre al tér-

27 Università di Catania, XX *Ivra: Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 470 (Jovene, Napoli, 1961).

28 A. Barreiro, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, 57 (Editorial Ramón Areces, 1993).

29 A. Fernández de Buján, *Jurisprudencia y arbitraje en el derecho romano*, 199-229 (Iustel, Madrid, 2006).

30 G. Broggin, *Iudex arbiterve*, 189 (Köln, Graz, 1957).

31 A. Redfern y M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 5 (Thomson Sweet & Maxwell, London, 2004).

mino *compromettere* y *compromissum*³², según el cual la parte incumplida se sometía solamente a la acción derivada de una estipulación penal.

La convención o pacto arbitral se difundió con rapidez y confianza en la praxis de los hombres de negocios, puesto que el pretor, seguramente por la insistencia y presión de la emergente clase comerciante³³, con el denominado *edictum de receptis*, dispuso desde finales del siglo II a.C.³⁴:

“*Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam*”.

Se trata de una *coercitio* indirecta, mediante amenaza de imposición de una multa pecuniaria, nacida para inducir al árbitro designado a desarrollar la tarea que debe asumir, que en definitiva es la de pronunciar la sentencia.

Después de la primera, se propusieron varias y distintamente articuladas fórmulas que delinearon en gran medida el moderno arbitraje, imponiendo un término máximo para proferir sentencia³⁵; cabe mencionar que con la muerte de una u otra parte el arbitraje podía continuar con los respectivos herederos³⁶; que se descartaba el arbitraje privado en materia de *crimina*, delitos de infamia³⁷, acciones populares y cuestiones sobre el *status libertatis*³⁸; que se establecían principios concernientes a la capacidad de los árbitros³⁹, excluyendo a los incapaces⁴⁰ y en circunstancias precisas a determinados magistrados⁴¹; que se fijaban exactas reglas de procedimiento arbitral⁴²; que se exponía a pena contractual no solamente quien hubiese incumplido la sentencia arbitral, sino también quien sin justificación se hubiese ausentado aunque fuera de una sola audiencia⁴³, al igual que la parte que hubiese invocado ante la justicia ordinaria la misma pretensión del *compromissum*⁴⁴.

En contra de cuanto se pudiese suponer, considerando que la decisión arbitral⁴⁵, a diferencia de aquella del juez, no tenía fuerza ejecutiva y poseía una mera protección indirecta, el arbitraje privado tuvo mayor favor al interior de la clase comerciante que prefirió gozar de autonomía en la conducción del

32 R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 526 (Oxford University Press, Oxford, 1996).

33 M. Morrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, 5 *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina*, 57-73 (1998).

34 F Schulz, ob. cit., supra nota 26, 50.

35 Justiniano, *Digesto*, 4.8.14.

36 Justiniano, *Digesto*, 4.8.27.1.

37 Justiniano, *Digesto*, 4.8.32.6.

38 Justiniano, *Digesto*, 4.8.27.7.

39 Justiniano, *Digesto*, 4.8.7.

40 Justiniano, *Digesto*, 4.8.9.1.

41 Justiniano, *Digesto*, 4.4.3.8.

42 K.-H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, 129 (Beck, München, 1971).

43 R. Knütel, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, 203 s. (Beck, Köln, 1976).

44 Justiniano, *Digesto*, 4.8.30.

45 M. Morrone, ob. cit., supra nota 33, 57-73.

litigio, dominar los criterios sobre los cuales la decisión debía ser tomada, puesto que no eran aquellos del derecho oficial, y precaver las cuestiones no previstas en la tipología de los edictos⁴⁶. Evidentemente, fueron decisivas las agremiaciones de comerciantes en las cuales se confiaba a un árbitro un litigio pendiente⁴⁷. Es posible establecer, dentro del estudio de una amplia casuística en materia arbitral de la época imperial⁴⁸, que el arbitraje era practicado por la clase senatorial, media y de los latifundistas, pero también por personas de modesta condición social; demostración de que el árbitro no recibía ninguna retribución.

El régimen despótico y absolutista consolidado en la Roma imperial a partir del siglo IV d.C., cuando todos los poderes se concentraron en las manos del emperador, necesariamente tenía que afectar el régimen del arbitraje clásico, concebido como autónomo y cuyo éxito dependía de la autonomía privada, la libertad contractual y la buena fe de los interesados.

Con la introducción del denominado procedimiento *cognitio extra ordinem*⁴⁹ se perfila una gradual reglamentación estatal del arbitraje, al igual que de todas las fuentes del Derecho; pero el arbitraje privado se encuentra propagado con tal fuerza, sobre todo en el espíritu de los comerciantes, por sus características favorables, que no solamente sobrevive sino que gana en vitalidad.

Una constitución imperial, del año 389⁵⁰, de los emperadores Arcadio, Valentiniano y Teodosio, impone a los jueces y árbitros el respeto del calendario festivo cristiano, mencionando como forma de proceso oficial el arbitraje; otra, del 395⁵¹, de Arcadio y Onorio, cataloga las decisiones arbitrales privadas dentro de los actos que conservan validez.

Los emperadores Arcadio, Onorio y Teodosio, en el año 408, introducen las *episcopalis audientia*, estableciendo que las decisiones confiadas por los fieles cristianos al propio arzobispo estaban dotadas de eficacia ejecutiva aun sin el artificio de las recíprocas estipulaciones⁵².

Mas es el artífice del *Corpus Iuris Civilis*, el emperador Flavio Pietro Sabbazio Justiniano, quien interviene incisivamente en la materia, transformando el arbitraje para alcanzar su aspecto moderno, al dotar a la decisión de fuerza ejecutiva si el pacto arbitral es debidamente documentado y acompañado de juramento solemne⁵³. Infortunadamente, diez años después, en vista de los resultados funestos de la praxis, el mismo Justiniano prohibió el arbitraje

46 M. Talamanca, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, 28 (Milano, 1958).

47 Justiniano, *Digesto*, 4.8.43.

48 Justiniano, *Codex*, 1, 2 e 3 del 2.56(55).

49 M. Morrone, ob. cit., supra nota 33, 57-73.

50 Justiniano, *Codex*, 3.12.7(6).

51 Teodosio II, *Codex*, 15.14.9.

52 Justiniano, *Codex*, 1.4.8.

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

juramentado, revocando la eficacia directa de la decisión arbitral⁵⁴, volviendo a ser ineludible la solemnidad del documento escrito. En este periodo, como demostración de la milenaria vigencia de la tradición jurídica romana, se configuran las características propias del arbitraje, características que después de quince siglos son distintivas de su naturaleza jurídica hodierna; son ellas, entre otras: la facultad concedida a las partes de valerse en el juicio ordinario de los medios probatorios testimoniales recaudados en el procedimiento arbitral⁵⁵; el efecto de la interrupción de la prescripción al momento de incoar el arbitraje⁵⁶; en comparación con el proceso ordinario⁵⁷, la rapidez, la economía, la sencillez y la claridad del procedimiento⁵⁸; la probidad y especialidad de los árbitros, nombrados directamente por los interesados⁵⁹; la reserva del sumario⁶⁰, y la admisión de fuentes no previstas en el ordenamiento estatal.

En la edad posclásica y justiniana, con la desaparición del proceso por fórmulas⁶¹, el arbitraje privado fue sacudido y golpeado por la necesidad imperial de agrupar todas las manifestaciones jurídicas bajo su poder; no obstante, se afirmó por encima del proceso ordinario a causa de los costos, complejidad y duración de éste, pero sobre todo por la autonomía brindada a los contendientes⁶².

El motivo de la favorabilidad concedida al arbitraje radica en la existencia de agregaciones sociales libres y espontáneas, *collegia* o *sodalitates*⁶³, en las cuales los comerciantes depositaron la confianza en la *bona fides* y la solidaridad de sus *collegas*, que, sin distinción de nacionalidad, conducen sus asuntos según una praxis determinada y conocida, interesados en la observancia de ella por percibir que el árbitro y la contraparte pertenecen a la misma formación social. Significa lo anterior que el arbitraje privado sobrevive al control y a la manipulación imperial de la época posclásica, debido a la resistencia de la naciente clase mercantil y al inapropiado proceso ordinario; constantes históricas válidas en el actual milenio.

54 Justiniano, *Novellae*, 82.11.

55 Justiniano, *Codex*, 4.20.20.

56 Justiniano, *Codex*, 2.56(55).5.1.

57 Justiniano, *Codex*, 3.1.13.1.

58 E. González de Cancino, *Arbitraje romano*, en *El contrato de arbitraje*, 31-32 (Legis, Bogotá, 2005).

59 G. Buigues Oliver, *La solución amistosa de los conflictos en el derecho romano: el arbitrer ex compromisso*, 103 (Montecorvo, Madrid, 1990).

60 B. De Loyne de Fumichon y M. Humberte, *L'arbitrage à Rome*, 2 *Revue de l'arbitrage* (2003).

61 E. Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, 648 (Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1910).

62 M. Morrone, ob. cit., supra nota 33, 57-73.

63 C. Brennan, *The Pratatorship in the Roman Republic*, 423 (Oxford University Press, Oxford, 2000).

III. ÉPOCA MEDIEVAL E ILUSTRACIÓN. LEX MERCATORIA Y ARBITRAJE

El arbitraje asume la característica, que perdurará durante todo el Medioevo y hasta la Revolución Francesa, y que incluso está presente en las problemáticas actuales del derecho procesal como expresión del poder público consistente en ser expresión de grupos económicos y sociales que se identifican en sus propias y excluyentes manifestaciones antes que en las instituciones estatales⁶⁴, hasta el punto de considerar más seguro y natural resolver entre ellos mismos las controversias, confiándolas a uno de ellos y no a un juez de una estructura externa⁶⁵.

En el derecho medieval subsisten las *episcopalis audientia* que durante la dominación ostrogoda en Italia y hasta la ocupación longobarda tuvieron una estructura jurídica edificada alrededor de las facultades otorgadas por los contendientes para ser libremente sometidos al juicio del tribunal del arzobispo⁶⁶; la costumbre estimuló a los creyentes de la Iglesia Católica a dirigirse a la jurisdicción del arzobispo, en reemplazo de las magistraturas del Estado.

El vacío de poder producido por la aniquilación del Impero romano hubo de ser enfrentado por poblaciones con débil o incluso ausente organización judicial y autoridad estatal, siendo entonces axioma la sólida afirmación paralela del arbitraje impulsado por la Iglesia Católica⁶⁷, y del arbitraje practicado por las agremiaciones profesionales de los artesanos y comerciantes.

De acuerdo con el Derecho Canónico de los siglos XII y XIII, cualquiera podía presentar demanda ante un tribunal eclesiástico o retirar un asunto de conocimiento de un tribunal secular y presentarlo a uno eclesiástico, aun contra la voluntad de la otra parte, por motivo de “bancarrotta de la justicia secular”⁶⁸.

En la época feudal, con la crisis del poder estatal fue natural el fenómeno de la desconfianza en la estructura pública y correlativamente fue tendencia espontánea⁶⁹ la propagación de los métodos alternativos de resolución de conflictos, resultando más frecuentes las definiciones arbitrales que las sentencias judiciales, aun cuando las partes deseaban que la controversia fuese conforme a las normas del Derecho positivo estatal.

64 M. Mustill, “Is it a bird...”, en *Liber Amicorum Claude Reymond*, 209 (Editions du Juris-Classeur, Paris, 2004).

65 F. Mazzarella, *Arbitrato e processo*, 181 s. (CEDAM, Padova, 1968).

66 P. Del Giudice, *Storia del diritto italiano*, 30 (Saucer & Auvermann, 1969).

67 L. Gulizia, *L'anello spezzato della storia. Dal senso della vita nelle antiche civiltà alla devastazione della vita nell'era occidentale*, 284 (Caravaggio Editore, 2008).

68 H. J. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, 235-236 (Fondo de Cultura Económica, México, 1996).

69 A. Redfern y M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 5 (Thomson Sweet & Maxwell, London, 2004).

Referencia a las formas de juicio arbitral se encuentran en varias fuentes medievales. La *Lex Visigothorum* preveía expresamente la institución⁷⁰, la *Lex Salica* determinaba que los *apretictores pretii* determinasen el valor de las cosas que el deudor debía pagar al acreedor⁷¹ en caso de incumplimiento de la suma de dinero. El *Breviaro de Alarico*, en la zona de influencia ibérica, y el *Liber Iudiciorum* disponían un arbitraje de carácter justiniano con fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada⁷².

En la edad del Derecho Comunal las reglas contenidas en el *Corpus Iuris Civilis*, sobre *iudex*, *arbiter* y *compromissum*, fueron ampliamente utilizadas por los juristas. El Derecho Canónico intervendría con disposiciones más adecuadas, concediendo a las partes amplias facultades en la elección del procedimiento y del nombramiento de los árbitros, inclusive, confiriendo a las mujeres la posibilidad de ser nombradas árbitro⁷³. Además, los estatutos medievales dotaron y disciplinaron las decisiones arbitrales. En Venecia, el *Capitolare nauticum*, de 1255, estableció la elección de tres árbitros para decidir las controversias de Derecho Marítimo; y en el sur de Italia, Federico II de Sicilia, no obstante ser proclive a concentrar el poder judicial, permitió en su legislación la posibilidad de recurrir al arbitraje⁷⁴.

El renacimiento jurídico medieval del siglo XIII y las nuevas exigencias de la vida económica y social, maduras en Italia con la Revolución de las Comunas y en España con las *Siete Partidas* de Alfonso X El Sabio⁷⁵, hacen prosperar la divergencia entre el *arbiter*, que decide ajustado a normas de derecho positivo *secundum iudiciorum ordinem*, y cuya decisión está sujeta a recurso, y el *arbitrator*, que define, por lo general, una causa civil *ex bono et aequo*, y sin posibilidad de impugnación⁷⁶. Contraste éste de especial importancia en el desarrollo histórico del arbitraje en su gradual metamorfosis de institución de naturaleza jurídica privada a institución procesal. En realidad, la superación de la concepción privatística del arbitraje permite uniformar el arbitraje al juicio público.

La licencia conferida a los árbitros de ejercer los mismos poderes y funciones de los magistrados públicos, en los casos limitados e indicados en el compromiso, significa en la realidad atribuirle al laudo arbitral la misma

70 B. Saitta, *L'antisemitismo nella Spagna visigotica*, 8 (L'Erma di Bretschneider, 1995).

71 O. D'Agostini, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: aggiornato al decreto legislativo 40/2006*, 17 (Halley Editrice, 2006).

72 J. M. Chillón Medina y J. F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado nacional e internacional*, 47 (Editorial Civitas, Madrid, 1991).

73 A. Romano, *La composizione dei conflitti fra privati nell'area italiana, tra medioevo ed età moderna*, en *L'assistance dans la résolution des conflits: Assistance in conflict resolution*, 172 (De Boeck Université, Bruxelles, 1998).

74 O. D'Agostini, ob. cit., supra nota 71, 17.

75 E. Duque, *Del arbitramento mercantil*, 16 (Colección Jurídica Bedout, Medellín, 1976).

76 L. Martone, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, 36-56 (Napoli, 1984).

entidad de la sentencia pronunciada por el magistrado público, alcanzándose, como consecuencia, la ejecutoriedad del laudo del *arbitrator*.

La evolución hacia la ejecutoriedad del laudo arbitral en las agremiaciones de mercaderes y artesanos es una conquista fundamental, conquista que, acompañada por el abandono, o más bien por la ausencia de la autoridad estatal, inaugura un periodo de oro para la autonomía e independencia de la clase de comerciantes y artesanos, favoreciendo al interior de las corporaciones profesionales el nacimiento del *ius mercatorum* como un derecho creado directamente por la clase emergente, sin mediación de la sociedad política y como derecho impuesto en nombre de una clase⁷⁷. Las instituciones de clase y las políticas, en calidad de centros de organización social, crean derecho.

El nuevo grupo social da origen a las propias organizaciones de clase, gracias a sus corporaciones, y funda con las Comunas las propias estructuras políticas, con las cuales desarrolla su condición de clase, ejerciendo funciones regentes sobre las demás clases sociales. Al interior de las Comunas, la creciente potencia económica del capital comercial es acompañada por el ascenso político de la clase mercantil.

Las corporaciones profesionales de las ciudades italianas comunales de Milán, Venecia, Génova y Florencia, y de algunas ibéricas como las Ordenanzas de Bilbao, disponían de estatutos que contemplaban una asamblea general con facultades administrativas, disciplinarias y judiciales para la resolución de conflictos de sus socios, aprendices y obreros. Estas funciones jurisdiccionales eran separadas y distintas de las ordinarias, caracterizadas por normas procesales sumarias, saturadas de costumbre mercantil y desiertas en cuanto a formalismo⁷⁸, terreno ideal para el desarrollo del *ius mercatorum*, como expresión de derecho tendencialmente universal, inter-comunal, que en el siglo XV es definido por Benvenuto Stracca como Derecho europeo, como nuevo *ius gentium*⁷⁹. Las fuentes del *ius mercatorum* son los estatutos de las corporaciones mercantiles y la jurisprudencia del arbitraje de la Curia de la circunscripción mercantil.

Los registros notariales judíos, desde el siglo XVI, evocan el derecho de los hebreos a recurrir a un denominado juicio arbitral judaico⁸⁰, e inclusive en la segunda mitad del mismo siglo en España el arbitraje, en el caso de que uno de los comerciantes fuese de religión hebrea, adquiriría carácter obligatorio, convirtiendo la ley judaica en estatuto personal necesario⁸¹.

77 A. Lattes, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, 65 (Milano, 1884).

78 J. Benetti Salgar, *El arbitraje en el derecho colombiano*, 4 (Temis, Bogotá, 1994).

79 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Centenario del Código de Comercio*, 293 (Universidad Autónoma de México, México D.F., 1991).

80 M. Perani, *Materia giudaica. Rivista dell'Associazione italiana per lo studio del giudaismo*, 58 (2004).

81 V. Colorni, *Legge ebraica e leggi locali, ricerche sull'ambito dell'applicazione del diritto ebraico in Italia*, 306 (Istituto di Diritto Romano dei Diritti dell'Oriente Mediterraneo e di Storia del Diritto, Milano, 1945).

En España, como respuesta a la conquista de América, se promulgan disposiciones para el nuevo continente, en las cuales se prevé el arbitraje: las Leyes de Toro, de 1505, durante el reino de Juana La Loca⁸², la Recopilación de las Leyes de Indias⁸³, del 18 de mayo de 1680, durante el reinado de Carlos II, las Ordenanzas de Bilbao y la Novísima Recopilación, emitidas por Carlos IV, en 1737 y en 1805, respectivamente⁸⁴.

Hasta la época comunal, la clase comerciante logra evitar la intervención de la Corona imperial en los debates corporativos y en relación con las formas de resolución de conflictos, pero el arbitraje comienza a declinar con el ascenso del poder monárquico y con el florecimiento del poder del Estado moderno y su metódica necesidad de someter cualquier manifestación de la función judicial a la voluntad de regente; pero sobre todo es con el absolutismo de Luis XIV (el Rey Sol, quien declaró: “*l’État c’est moi*”) que se eclipsan el arbitraje y muchas otras manifestaciones de espontaneidad social.

La decadencia del arbitraje se advierte entonces en mayor medida en las ciudades, anteriormente comunas, que habían fundado su desarrollo y riqueza en sus actividades comerciales. La clase mercantil cesa de ser artífice del propio Derecho, el Derecho Comercial, que es la fuente y finalidad del arbitraje, sufriendo éste una doble transformación: por una parte, no es más derecho de clase, sino derecho de Estado; por otra, ya no es derecho universal, sino derecho nacional. La transformación se cumple en Francia, con los edictos de Francisco II y de Carlos IX, respectivamente en 1560 y 1563: las magistraturas mercantiles se convierten en tribunales de Estado, no obstante ser concebidos como tribunales especiales, por ser integrados por jueces elegidos por una asamblea de mercantes, y designados por el rey e investidos de poder soberano⁸⁵.

La progresiva concentración de todas las funciones públicas delinea la tendencia a limitar y a eliminar los juicios arbitrales. En el siglo XVI, la constitución del Piemonte fue netamente contraria al arbitraje, al igual que el primer código de procedimiento civil del Reino de Italia.

Pero las virtudes del arbitraje lo hacen inmortal aun frente al totalitarismo político, ya que a la pérdida de poder político de la clase mercantil no corresponde una disminución del ritmo de acumulación de capital comercial, y esto, junto a la inútil e incapaz realidad de los procesos públicos, convierte al arbitraje en mecanismo conveniente e incluso obligatorio en conflictos

82 G. Valencia Sala, *El Mayorazgo en la Audiencia de Quito*, 17 ss. (Editorial Abya Yala, México D.F., 1994).

83 L. Suárez Fernández, *La crisis de la hegemonía española, siglo XVII*, 381 (Ediciones Rialp, México D.F., 1986).

84 L. Gázquez Serrano, *El contrato de mediación o corretaje*, 14 s. (La Ley, 2007).

85 G. Napodano, *Del pubblico ministero nei popoli civili e delle sue condizioni in Italia*, 19 s. (Tipografia di Gabriele Argenio, 1880).

comerciales y familiares, como lo reconocen los edictos franceses de 1560 y 1573 y las Ordenanzas de Bilbao de 1737⁸⁶.

La política de Derecho Comercial de la monarquía absoluta francesa da vida a la primera legislación orgánica sobre la materia con las Ordenanzas sobre el Comercio de 1673 y sobre la Marina de 1681⁸⁷, significativas como muestra de la tenaz subsistencia del arbitraje hasta finales del siglo XVII, a pesar de la férrea disciplina vertical y exógena impuesta a los mercantes súbditos que había sustituido la autodisciplina horizontal y endógena de la clase mercantil.

IV. EDAD CONTEMPORÁNEA. FLUCTUACIÓN DEL ARBITRAJE

La Revolución Francesa replica también en el campo del arbitraje extendiendo la institución al ámbito voluntario, considerándolo *droit naturel*⁸⁸, por cuanto la considera un mecanismo o antídoto adecuado contra los abusos, los costos y la parsimonia de la justicia del Estado⁸⁹. La Revolución considera que el arbitraje es compatible con los principios republicanos y liberales, cuyo núcleo es el contrato social, promoviendo la libre y autónoma investidura de los ciudadanos en las funciones estatales. La Asamblea General declara que el arbitraje es la mejor herramienta para solucionar los conflictos entre ciudadanos, erigiéndolo como principio constitucional en la Carta Política de 1791, al determinar que el derecho de los ciudadanos de dirimir sus divergencias por la vía del arbitraje no puede sufrir ninguna restricción por parte del poder ejecutivo⁹⁰ ni disminución alguna por parte del legislador, esto en razón de la noción derivada del principio cardinal de la autonomía de la voluntad en materia contractual. Es el moderno y actual *compromissum* de la época del Derecho clásico romano.

Como consecuencia, Francia y la mayor parte de las nuevas naciones europeas, considerando la evolución del arbitraje, promueven su habilitación voluntaria, en el país galo mediante decreto de agosto de 1790⁹¹; posteriormente, se llega al extremo de originarlo de manera obligatoria para algunos asuntos patrimoniales y de copropiedad, con el decreto de junio de 1793, determinando que la decisión respectiva era de competencia de árbitros de-

86 J. Benetti Salgar, *El arbitraje en el derecho colombiano*, 5 (Temis, Bogotá, 1994).

87 A. Martín Rodríguez, *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, 47 (Editorial Ramón Areces, 2006).

88 J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S. M. Kroll, *Comparative international commercial arbitration*, 85 (Kluwer Law International, Netherlands, 2003).

89 P. Aylwin Azócar, ob. cit., supra nota 4, 64 y 67.

90 H. Morales, *Curso de derecho procesal civil*, 57 (Editorial ABC, Bogotá, 1973).

91 Istituto per la Storia del Risorgimento Italiano, *Rassegna storica del Risorgimento*, 158 (1985).

signados por la Asamblea General⁹², que sin contraprestación decidían en única instancia. Lo anterior es representación y ejemplo de que las reacciones violentas a lo largo de la historia resultan en un brusco juego pendular entre extremos. Original paradoja: en el momento en que se da el reconocimiento político del *compromissum*, se impone legislativamente el arbitraje obligatorio. El exceso provoca como reacción la abolición del arbitraje obligatorio⁹³, manteniéndose solamente para divergencias entre socios, de acuerdo con la ley 9 Ventoso año IV⁹⁴.

Pocos años después, el *Code de commerce*, además de atribuir la condición especial de comerciante, y fragmentando con ello, durante todo el siglo XVIII y parte del sucesivo, la unidad del Derecho Privado, en el artículo 618 reserva la jurisdicción sobre los actos de comercio a especiales tribunales de comercio, elegidos en una asamblea compuesta por comerciantes insignes y probos, pero cuya lista era confeccionada por el prefecto y aprobada por el Ministro del Interior, de acuerdo con el artículo 619, y por lo tanto es jurisdicción especial y arbitraje; pero los artículos 51 y 52 disponen que las controversias entre socios se sometan al conocimiento de árbitros designados por las partes o, en su defecto, por los tribunales de comercio, cuya apelación es de competencia de la Corte de Casación Ordinaria.

En la primera mitad del siglo XIX, el triunfo de la concepción hegeliana del Estado como institución suprema que encuentra en sí misma su fuente de legitimación, determina la última separación entre jurisdicción y arbitraje. El primer *codice civile* italiano, de 1865, es el más influenciado por la teoría hegeliana, al incorporar la noción de que la justicia no puede no ser una función del Estado, y en consecuencia la función arbitral, malentendida como justicia privada, es confinada a la esfera de la voluntad privada, es decir, sin reconocimiento estatal, siendo irrelevante el arbitraje si no es encauzado en la oficialidad del Estado. Esta concepción sobrevive hasta el *Ventennio fascista*, por cuanto resulta congenial al absolutismo fascista, al igual que al comunista, al punto de ser adoptada por el legislador italiano de 1940, que con el *codice di procedura civile* acentúa la insignificancia de los árbitros como actores de justicia.

La conquista de los derechos de los trabajadores y la aparición de los primeros sindicatos, en la última parte del siglo XVIII, difundió el arbitraje como mecanismo para la resolución de conflictos colectivos de trabajo, mecanismo que inicialmente fue voluntario, como lo concebían la ley francesa del 27 de diciembre de 1892, que contempló por primera vez un procedimiento conciliatorio y de arbitraje voluntario para resolver conflictos colectivos en

92 D. A. Galdi, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, 91 (Jovene, Napoli, 1887).

93 D. Cavalleri, *Diritto giudiziario civile, ordinamento giudiziario, principi generali della procedura civile*, 305 (U. Hoepli, 1906).

94 A. Rocco, *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*, 178 (Fratelli Bocca, Milano, 1898).

materia de contratos de trabajo⁹⁵, y le ley, también francesa, de 1936, que impuso la conciliación y el arbitraje como requisito de procedibilidad para la declaración de huelga⁹⁶; este modelo fue repetido en todo el mundo occidental y tuvo plena actuación desde la primera mitad del siglo pasado. Son Australia y Nueva Zelanda los países precursores en imponer una penalidad al transgresor del procedimiento arbitral como mecanismo previo de resolución de conflictos colectivos de trabajo⁹⁷.

V. PERÍODO MODERNO. ARBITRAJE Y GLOBALIZACIÓN

Después de la restauración económica, derivada de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, los flujos e intercambios, no solamente mercantiles, sino también de naturaleza poblacional, cultural y social, a nivel planetario, generan la sociedad postindustrial. Permanece inmutada la configuración de los ordenamientos legales en lo relativo al aislamiento insular, siendo la única innovación jurídica el contrato. El contrato entre particulares toma el lugar de la ley en muchos sectores de la vida social, y en el plano mundial suple el vacío normativo y las dificultades generadas por las barreras originadas en una infundada protección de la soberanía estatal. Son problemáticas y obstáculos que la clase mercantil, desde comienzos del milenio, busca enfrentar de manera satisfactoria.

En la sociedad del mercado global, la entera organización tiene dimensiones planetarias, y en ella no circulan solamente mercancías, sino contratos de *know-how*, de *joint venture* y tantos más cuantas son las posibilidades de creatividad empresarial⁹⁸. En esta realidad, el Derecho, considerado en sentido amplio y naturalístico, está fracturado por la jurisdicción estatal, que impide a las convenciones internacionales de uniformidad jurídica, que ya de por sí son escasas, tener un radio de acción adecuado y moderno.

La escena jurídica de la segunda parte del siglo pasado y comienzos del actual está dominada por la circulación internacional de los modelos contractuales uniformes. Estos son generalmente atípicos, creados no por el legislador, sino por las oficinas jurídicas de las grandes transnacionales. A la escasa o ausente propensión de los legisladores nacionales hacia la integración internacional del Derecho se contraponen un comportamiento de los jueces, en discreta medida, pero sobre todo de la academia. La errónea intuición de Hegel manifiesta con ello significados nuevos e inesperados.

95 A. Contento, *La legislazione operaia: origini, sviluppo, stato attuale*, 212 (Roux e Viarengo, 1901).

96 A. Massandro Maiello, *Sindacati in Europa: storia, modelli, culture a confronto*, 162 (Rubettino Editore, Soveria Mannelli, 2002).

97 O. J. Lima, *Derecho colectivo del trabajo*, 81 (Ediciones Jurídicas Cuyo, 1989).

98 A. Quadrio Curzio, *Globalizzazione: profili economici*, 41 (Bologna, 1999).

El fenómeno de la privatización de las fuentes del Derecho, que tiene su aspecto más evidente en la criticada globalización, es una secuela de la desatención a las reivindicaciones del moderno Derecho Comercial por parte del legislador, y de la correlativa lentitud e inoperancia del aparato judicial estatal, que generan la natural auto-organización de los particulares mediante inventiva jurídica plasmada en los contratos transnacionales, de acuerdo con las necesidades del tráfico jurídico real que incluyen imperativamente el pacto arbitral, dando vida a un canal jurídico alternativo al del Estado. Ejemplo y demostración de lo anterior son dos iniciativas europeas dirigidas a diseñar los principios transnacionales de la teoría de los contratos: la primera, patrocinada por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, con sede en Roma, y la otra, conducida por el jurista Ole Lando, denominada Comisión de Derecho Europeo de los Contratos⁹⁹.

El capital, la producción, la gestión, la fuerza de trabajo, la información, la ciencia, la tecnología e incluso la cultura se organizan en flujos que atraviesan libremente las fronteras nacionales; por lo tanto, la globalización es una realidad cada vez más tangible que el Derecho Constitucional debe favorecer para la eficacia de las regulaciones financieras, monetarias, cambiarias, crediticias, aduaneras y comerciales¹⁰⁰; y en el campo del Derecho Internacional, se hace preciso auspiciar la uniformidad procesal del arbitraje internacional, para ordenar la efectividad y la coerción de los laudos arbitrales de forma directa.

Es indispensable asegurar la efectividad y la coerción de las obligaciones acordadas, ejecutadas y extintas, pero, sobre todo, aquellas incumplidas a nivel internacional, que pueden ser irrelevantes para la jurisdicción interna, pero que son de primaria importancia en la realidad jurídica de las relaciones mercantiles en el plano global. En la actualidad, considerar el Derecho como legislación excluyente, como producto de un fortín cerrado de egoísmos étnicos y culturales o como excusa para ocultar la ineptitud o ignorancia a la hora de enfrentar la realidad global del Derecho, significaría la exclusión del jurista de la realidad internacional. Por lo tanto, es menester otorgar eficacia y seguridad jurídica a la inversión extranjera, siendo imperativa la consecución de un expedito, recto y sobre todo transnacional mecanismo de resolución de controversias, encontrándose respuesta a ello en el antiquísimo pero también moderno arbitraje, que toma ahora el adjetivo de internacional.

El proceso de globalización tiene una larga historia circular con flujo espacial de norte a sur, y está renovando el significado de las barreras nacionales. Nadie puede entender su Derecho local enfocándose únicamente en el Derecho doméstico de una sola jurisdicción o Nación-Estado, sin percibir que el rango de actores significativos y procesos se ha extendido sin reparo a

99 C. Castronovo, *Principi di diritto europeo dei contratti* (Giuffrè, Milano, 2001).

100 L. F. Álvarez Londoño S.J., *Derecho y globalización*, 2003 *Revista Javeriana*, 29.

las efímeras líneas limítrofes de la soberanía nacional, y que los fenómenos de pluralismo jurídico son centrales para el entendimiento del Derecho en el mundo actual¹⁰¹. Hoy en día resulta del todo anacrónica la costumbre de pensar el Derecho en su estricta dimensión geográfica nacional.

La expansión del comercio internacional ha estimulado la uniformidad de las reglas de arbitraje, cuyo primer tentativo fue el Congreso Jurídico Suramericano que se desarrolló en Montevideo en 1889, al cual siguieron otros: los Protocolos de Ginebra del 24 de septiembre de 1923 y del 26 de septiembre de 1927; la Sexta y la Séptima Conferencia Internacional Americana, realizadas en 1928, en la capital cubana, y en 1933, en Montevideo, respectivamente; el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, de 1940; el *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, de 1958; la Convención de Ginebra sobre el Arbitraje Comercial Internacional, de 1961; la Convención para la Resolución de las Controversias en Materia de Inversión de Washington, de 1965; la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, de 1975; la Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de los Laudos Arbitrales de Montevideo, de 1979, y la fundamental Ley Modelo UNCITRAL sobre el Arbitraje Comercial Internacional, del 21 de junio de 1985, de la *United Nations Commission on International Trade Law*, cuya ratificación por parte de los Estados miembros ha sido recomendada por la Asamblea de las Naciones Unidas.

En la época moderna el arbitraje es objeto de gran desarrollo en el campo internacional, con la creación de estructuras e instituciones propias del arbitraje internacional, y en el campo nacional con su reconocimiento expreso, específico y distintivo en casi la totalidad de legislaciones. Curioso es que inclusive el Código Canónico de la Iglesia Romana, en el canon 1713, y el de la Iglesia Oriental, del año 1990, en los cánones 1168 y siguientes, reglamenten el arbitraje.

Al actual Derecho global se le ha dado el nombre de *lex mercatoria*, producida en la difusión de las prácticas y costumbres contractuales del mundo de los negocios, en los usos del comercio internacional y en la *ratio decidendi*, adoptada por los árbitros internacionales, formando un cuerpo de *regula iuris* que los operadores económicos están inducidos a observar en caso de controversia en sus relaciones comerciales¹⁰².

101 W. Twining, *Derecho y globalización*, 256 (Universidad de los Andes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003).

102 F. Galgano, *Lex mercatoria*, 238-239 (Il Mulino, Bologna, 2001).

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Londoño, L. F., S.J., *Derecho y globalización*, en *Revista Javeriana* (2003).
- Aristóteles, *Retórica*.
- Aylwin Azócar, P., *El juicio arbitral* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958).
- Barreiro, A., *Fundamentos de derecho patrimonial romano* (Editorial Ramón Areces, 1993).
- Battista Guzzetti, G., *L'uomo e gli altri uomini*, Marietti, Roma, 1965.
- Belli, G.G., *Belli italiano* (C. Colombo, Roma, 1975).
- Benetti Salgar, J., *El arbitraje en el derecho colombiano* (Temis, Bogotá, 1994).
- Berman, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente* (Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996).
- Bernal Gutiérrez, R., *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial* (El Centro, 1993).
- Betancourt, F., *Derecho romano clásico* (Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995).
- Brennan, C., *The Praetorship in the Roman Republic* (Oxford University Press, Oxford, 2000).
- Broggini, G., *Iudex arbiterve* (Köln, Graz, 1957).
- Buigues Oliver, G., *La solución amistosa de los conflictos en el derecho romano: el arbiter ex compromisso* (Montecorvo, Madrid, 1990).
- Capponi, G., *Antologia: Giornale di scienze, lettere e arti* (G. P. Vieusseux, 1830).
- Castronovo, C., *Principi di diritto europeo dei contratti* (Giuffrè, Milano, 2001).
- Cavalleri, D., *Diritto giudiziario civile, ordinamento giudiziario, principi generali della procedura civile* (U. Hoepli, 1906).
- Cerón Coral, J., *El arbitraje laboral* (Temis, Bogotá, 2007).
- Chillón Medina, J. M. y Merino Merchán, J. F., *Tratado de arbitraje privado nacional e internacional* (Editorial Civitas, Madrid, 1991).
- Colorni, V., *Legge ebraica e leggi locali, Ricerche sull'ambito dell'applicazione del diritto ebraico in Italia* (Istituto di Diritto Romano dei Diritti dell'Oriente Mediterraneo e di Storia del Diritto, Milano, 1945).
- Contento, A., *La legislazione operaia: origini, sviluppo, stato attuale* (Roux e Viarengo, 1901).
- D'Agostini, O., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: aggiornato al decreto legislativo 40/2006* (Halley Editrice, 2006).
- De Loynes de Fumichon, B. y Humberte, M., *L'arbitrage à Rome, 2 Revue de l'arbitrage* (2003).
- De Sanctis, G., *Storia dei romani: la conquista del primato in Italia* (Fratelli Bocca, Milano, 1907).
- Del Giudice, P., *Storia del diritto italiano* (Saucer & Auvermann, 1969).
- Duque E., *Del arbitramento mercantil* (Colección Jurídica Bedout, Medellín, 1976).
- Fernández de Buján, A., *Jurisdicción y arbitraje en el derecho romano* (Iustel, Madrid, 2006).

- Fiore, P., *Sul problema internazionale della società giuridica degli stati* (Stamperie Reali, Torino, 1878).
- Galdi, D. A., *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia* (Jovene, Napoli, 1887).
- Galgano, F., *Lex mercatoria* (Il Mulino, Bologna, 2001).
- Gázquez Serrano, L., *El contrato de mediación o corretaje* (La Ley, 2007).
- González de Cancino, E., *Arbitraje romano*, en *El contrato de arbitraje* (Legis, Bogotá, 2005).
- González Soria, J., *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo* (Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1988).
- Grigera Naon, H. A., *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration* (J.C.B. Mohr, Tübingen, 1992).
- Gulizia, L., *L'anello spezzato della storia. Dal senso della vita nelle antiche civiltà alla devastazione della vita nell'era occidentale* (Caravaggio Editore, 2008).
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centenario del Código de Comercio, Universidad Autónoma de México, México D.C., 1991, pág. 293.
- Istituto per la Storia del Risorgimento Italiano, *Rassegna storica del Risorgimento* (1985).
- Ivra: Rivista internazionale di diritto romano e antico*, XX (1961).
- Justiniano, *Codex*.
- Justiniano, *Digesto*.
- Justiniano, *Novellæ*.
- Knütel, R., *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe* (Beck, Köln, 1976).
- Lattes, A., *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane* (Milano, 1884).
- Lew, J.D.M., Mistelis, L.A. y Kroll, S.M., *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, Netherlands, 2003).
- Lima, O. J., *Derecho colectivo del trabajo* (Ediciones Jurídicas Cuyo, 1989).
- Livio, *History of Rome* (Bell, 1911).
- Martín Rodríguez, A., *La unificación civil y mercantil en la contratación privada* (Editorial Ramón Areces, 2006).
- Martone, L., *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune* (Napoli, 1984).
- Massandro Maiello, A., *Sindacati in Europa: storia, modelli, culture a confronto*, Rubettino Editore, Soveria Mannelli, 2002).
- Mazzarella, F., *Arbitrato e processo* (CEDAM, Padova, 1968).
- Monroy Cabra M., *Arbitraje comercial* (Temis, Bogotá, 1982).
- Morales, H., *Curso de derecho procesal civil* (Editorial ABC, Bogotá, 1973).
- Morrone, M., *Il diritto marittimo del Regno d'Italia* (1889).
- Morrone, M., *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, 5 *Rivista di diritto*

- dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina* (1998).
- Mousourakis, G., *A Legal History of Rome* (Routledge, 2007).
- Mustill, M., *Is it a bird...*, en *Liber Amicorum Claude Reymond* (Editions du Juris-Classeur, Paris, 2004).
- Napodano, G., *Del pubblico ministero nei popoli civili e delle sue condizioni in Italia* (Tipografia di Grabiele Argenio, 1880).
- Perani, M., en *Materia giudaica. Rivista dell'Associazione italiana per lo studio del giudaismo* (2004).
- Petit, E., *Tratado elemental de derecho romano* (Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1910).
- Piccirilli, L. y Magoni, A., *Gli arbitrati interstatali greci* (Marlin, 1973).
- Prandi, L., *Platea* (Editoriale Programma, 1988).
- Quadrio Curzio, A., *Globalizzazione: profili economici* (Bologna, 1999).
- Redfern, A. y Hunter, M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Thomson Sweet & Maxwell, London, 2004).
- Rivista di filologia e di istruzione classica* (1897).
- Rocco, A., *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile* (Fratelli Bocca, Milano, 1898).
- Romano, A., *La composizione dei conflitti fra privati nell'area italiana, tra medioevo ed età moderna*, en *L'assistance dans la résolution des conflits - Assistance in Conflict Resolution* (De Boeck Université, Bruxelles, 1998).
- Saitta, B., *L'antisemitismo nella Spagna visigotica* (L'Erma di Bretschneider, 1995).
- Sanfilippo, C., *Istituzioni di diritto romano* (Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2002).
- Schulz, F., *Classical Roman Law* (Clarendon Press, 1951).
- Serrao, F., *La iurisdictio del pretore peregrino* (Giuffrè, Milano, 1954).
- Suárez Fernández, L., *La crisis de la hegemonía española, siglo XVII* (Ediciones Rialp, México D.F., 1986).
- Talamanca, M., *Ricerche in tema di 'compromissum'* (Milano, 1958).
- Teodosio II, *Codex*.
- Twining, W., *Derecho y globalización* (Universidad de los Andes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003).
- Valencia Sala, G., *El Mayorazgo en la Audiencia de Quito* (Editorial Abya Yala, México D.F., 1994).
- Vismara, G., *Episcopalis audientia. L'attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel diritto romano e nella storia del diritto italiano fino al secolo nono* (Milano, 1937).
- Valdés Sánchez, R., *La transacción, solución alternativa de conflictos* (Legis, Bogotá, 1997).
- Ziegler, K.-H., *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht* (Beck, München, 1971).
- Zimmermann, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press, Oxford, 1996).