



EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ROMANO COMO MEDIO
ALTERNATIVO Y ADECUADO DE RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS

*ARBITRATION IN ROMAN LAW AS ALTERNATIVE AND
ADEQUATE DISPUTE RESOLUTION*

M^a TERESA GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 20/11/2022 Aceptado: 29/12/2022

RESUMEN

Este artículo trata del arbitraje en el Derecho romano, especialmente de los arbitrajes compromisarios y de la *Episcopalis audientia*, para determinar sus rasgos esenciales, explicar su simbiótica relación con la jurisdicción, y plantearnos si el arbitraje llegó a ser en Roma un mecanismo alternativo y adecuado de resolución de controversias jurídicas.

Palabras clave: Arbitraje, *iurisdictio*, arbitraje compromisario, *episcopalis audientia*.

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de La Laguna y Doctora en Derecho por la Universidad de Extremadura. Profesora Titular de Derecho romano en la Facultad de Derecho de Cáceres. Autora de dos monografías (*Las impensas en el Derecho romano clásico*, 1998, y *La exceptio non numeratae pecuniae*, 2002) y diversos artículos. Sus líneas de investigación son el Derecho patrimonial romano y comparado y el Derecho procesal romano. Tiene estancias investigadoras en las Universidades de Salzburgo, Lisboa y Heidelberg y estancias docentes en las Universidades de Passau y Heidelberg, así como en la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico.

ABSTRACT

This article deals with arbitration in Roman Law, specially, with the arbitration *ex compromisso* and the bishop audience (*episcopalis audientia*), in order to explain their essential features, their symbiotic relationship with iurisdiction and determine if arbitration became in Rome an alternative and adequate mechanism of dispute resolution.

Keywords: Arbitration, *iurisdiction*, arbitration *ex compromisso*, *episcopalis audientia*.

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *Manifestaciones del arbitraje en el Derecho Romano.* 2.1. *El arbitraje primitivo y la aparición de la Iurisdiction.* 2.2. *Las acciones de ley y el arbitraje “legal” de las XII Tablas.* 2.3. *Procedimiento formulario (Agere per formulas) y arbitraje.* 2.4 *El arbitraje compromisario (Arbiter ex compromisso).* 2.5. *La Episcopalis Audientia.* 3. *Conclusiones. Referencias bibliográficas.*

1. INTRODUCCIÓN

El interés por los medios alternativos de solución de controversias (MASC, en inglés ADR, *Alternative Dispute Resolution*) se ha acrecentado en nuestro país en los últimos decenios, debido en gran medida a la complicada situación de los órganos jurisdiccionales, incapaces de dar pronta respuesta a una litigiosidad que no para de crecer y que aconseja buscar otras vías distintas de la judicial; también en gran parte debido al impulso que han supuesto las directivas de la Unión Europea, firme promotora de la utilización de estos mecanismos como forma de conseguir una justicia más eficiente.

De entre ellos, el arbitraje parece contar con una mayor tradición en nuestra cultura jurídica; quizás por ello, pero sin duda también por las tendencias del Derecho comparado², los primeros esfuerzos de los poderes públicos fueron encaminados en esa dirección³. Sin embargo, no parece que a día de hoy el arbi-

2 La influencia del comercio internacional y de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL de 21 de junio de 1985 sobre Arbitraje Comercial (enmendada en 2006) se dejó sentir en numerosos países, entre ellos el nuestro.

3 La antigua Ley española de arbitraje de 1953 fue sustituida por la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de Arbitraje; luego le siguió la vigente Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje; esta ha sido modificada en virtud de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Por su parte, las administraciones públicas han conseguido implementar a nivel interno sistemas de justicia arbitral en materia de consumo, aunque también existen organismos independientes, especialmente en materia mercantil; así, la Corte Española de Arbitraje de la

traje sea una vía a la que los particulares recurran con demasiada frecuencia, ni que este mecanismo haya aligerado significativamente la sobrecarga de los tribunales de justicia. Por otra parte, el interés de los poderes públicos y de la doctrina se ha desplazado últimamente hacia los medios autocompositivos, a los que se califica de “adecuados”, en cuanto suponen una solución consensuada de las controversias, posibilitan la participación ciudadana en la administración de justicia y permiten una justicia más sostenible⁴.

No obstante, el arbitraje también puede ser una “alternativa adecuada” a la jurisdicción que posibilita la participación ciudadana, contribuye a la sostenibilidad de la justicia y que es especialmente idónea cuando se busca una solución basada, no tanto en el derecho como en unas reglas o prácticas comunes a las partes en conflicto, cuando se confía, no tanto en la opinión de un juez oficial, como en la de una persona cuyos conocimientos técnicos o cuya pertenencia a un grupo social o profesional determinado mueve a las partes a someterse voluntariamente a su criterio. Esto, que es especialmente aplicable a los conflictos derivados del comercio internacional, frecuentísimos en este mundo globalizado, constituye una característica del arbitraje que quizás no tomó demasiado en cuenta el legislador, cuando otorgó carácter general al arbitraje en derecho, haciendo del arbitraje en equidad una excepción a la regla general⁵ y aproximando así el arbitraje a la jurisdicción.

Repasar las experiencias jurídicas romanas de arbitraje nos permitirá, no solo conocer su papel y funcionamiento como modo de resolución de controver-

Cámara de Comercio de España. A nivel internacional existen tribunales de arbitraje internacional que conocen tanto de asuntos de naturaleza pública como privada, especialmente en materia comercial.

4 En este sentido, el Proyecto de Ley 121/000097 de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, (recientemente presentado en el Congreso de los Diputados) en su Exposición de motivos califica de “adecuados” a los citados mecanismos (mediación y conciliación, negociación privada, oferta confidencial vinculante y opinión de experto independiente). El acrónimo MASC ha pasado a utilizarse en el sentido de “medios adecuados de resolución de controversias”; v. Silvia Barona Vilar, “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 18, 1 (2011):188. El PL se puede consultar en PDF en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF

5 El art. 34.1 de la Ley 60/2003 de Arbitraje establece que los árbitros decidirán conforme a derecho: “Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”. Una excepción importante la encontramos en el caso de los arbitrajes de consumo, como resulta del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, art. 33.1: “El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho.” Según Barona, “Las ADR..., 201, la restricción del arbitraje de equidad operado por la Ley 11/2011 responde a la consideración de que “la solución en equidad puede mejor verse desarrollada a través de la mediación”, opinión que no comparte esta autora, con la cual coincido.

sias, sino también apreciar la simbiótica relación existente entre la jurisdicción, como manifestación de la justicia “pública”, y el arbitraje, en cuanto forma de justicia “privada”, alternativa o complementaria de aquella, y determinar en qué medida fue el arbitraje un medio “adecuado” de poner fin a las controversias, en cuanto que eran los particulares los que voluntariamente optaban por someter a otros ciudadanos particulares la solución de sus controversias. Quizás de todo ello se pueda extraer alguna idea que resulte de interés para el arbitraje privado de hoy en día.

2. MANIFESTACIONES DE ARBITRAJE EN EL DERECHO ROMANO

El arbitraje ha debido darse, casi con total seguridad, en todos los pueblos de la antigüedad, llegados a un cierto estadio de civilización que les permitiera superar la venganza privada como forma de resolver los conflictos⁶. Pero se puede afirmar que el arbitraje es una institución genuinamente romana⁷: los romanos recurrían frecuentemente a árbitros, tanto en el plano de las relaciones negociales, como en el plano de la resolución de los conflictos; ya sea a falta de jurisdicción ordinaria, o bien como sistema alternativo o complementario de esta, incluso encontramos árbitros en el seno de la jurisdicción; se elegían árbitros para dirimir controversias entre particulares o bien entre ciudades⁸... A Roma le debemos el haber configurado y reglamentado minuciosamente la forma de arbitraje que más ha influido en el arbitraje moderno⁹: los arbitrajes compromisarios.

La única clasificación del arbitraje que encontramos en las fuentes romanas

6 Hay referencias de arbitraje en el Código Hitita (1380-1265 a.C.) y en el Código de Hammurabi; también en el libro del Génesis (31,37). Para Antonio Fernández de Buján, *La deuda histórica del arbitraje moderno* (Madrid: Dykinson, 2014), 20 y 39 ss., el origen del arbitraje moderno está en Grecia, tanto para la resolución de conflictos entre comunidades como entre particulares.

7 De la existencia de una «cultura del arbitraje» en Roma hablan Alejandrino Fernández Barreiro y Julio García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en Derecho romano», en *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, dir. por Agustín J. Pérez-Cruz Martín (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011), 27 ss.

8 Fernández de Buján, *Jurisdicción y arbitraje...*, 201 ss. distingue varios tipos de arbitraje; Id. *La deuda histórica...*, 33 ss.: arbitraje no formal, arbitraje de una persona recta o justa, arbitraje del *ius gentium*, arbitraje legal, arbitraje compromisario y arbitrajes de derecho público (internacional, federal y administrativo); también se refiere a diversos tipos de árbitro Gabriel Buigues Oliver, *La solución amistosa de los conflictos en Derecho romano: el arbiter ex compromisso* (Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1990), 30 ss.; pero ambos autores advierten que algunas de las expresiones y la sistematización utilizada no las encontramos en las fuentes romanas.

9 Antonio Fernández de Buján, *Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano* (Madrid: Iustel, 2006), 202; Id. *Derecho romano* (Madrid: Dykinson, 2022), 248.

está en un texto del jurista Próculo (S. I d.C.), el cual, en relación con la determinación (encomendada a un tercero) de la cuota de participación de dos socios en una sociedad, distingue dos clases de árbitros¹⁰: «aquel cuya decisión debemos acatar, sea justa o injusta (como ocurre cuando se acude a un árbitro en virtud de compromiso), y aquel que debe someterse al arbitrio de un hombre justo, aunque se haya designado expresamente a la persona cuyo arbitrio ha de seguirse». A partir de este texto se ha formulado en la doctrina la distinción entre *arbitrium merum* (*ex compromissum*) y *arbitrium boni viri*¹¹, que algún autor reconduce a la clasificación arbitraje procesal (arbitraje compromisario, dirigido a la resolución de controversias jurídicas) y el arbitraje extraprocesal (el de un buen hombre, dirigido a concretar un aspecto de una relación contractual)¹²; también se habla de arbitraje decisorio (extrajudicial, para distinguirlo del *arbiter-iudex* del proceso civil romano)¹³, y de arbitraje no decisorio o negocial, en el sentido de que este árbitro propiamente no decide una controversia acerca de la titularidad de derechos subjetivos¹⁴, algo que hoy en día es consustancial al arbitraje¹⁵; es por eso que, aun constituyendo una manifestación de recurso al arbitraje en Roma, no lo incluiremos en este trabajo, como tampoco la figura del *arbiter datus*, propio de las *cognitiones extra ordinem*¹⁶, limitando

10 D. 17,2,76 (*Proc. 5 epist.*).

11 Giovanni Pacchioni, "Arbitrium merum e arbitrium boni viri", *Rivista di diritto commerciale*, 9, II (1911): 369-376; Schirmer, Th. "Arbitrium merum und arbitrium boni viri", *Archiv für die civilistische Praxis* 91 (1901):136-141.

12 Buigues Oliver, *La solución amistosa ...*, 31 ss.

13 Giuliano Crifó, *Arbitrato (diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* II, (Milano: Giuffrè, 1958), 893 s., considera que el árbitro en su sentido originario es aquella persona que es requerida por las partes para dirimir una cuestión controvertida en vía totalmente extrajudicial, frente al juez-árbitro de los *iudicia arbitraria*, que valora el interés del actor en la restitución de la cosa en el seno de una tutela jurisdiccional. Fernández de Buján, *La deuda histórica...*, 59 ss. utiliza acertadamente la expresión arbitraje decisorio para referirse al arbitraje *ex compromissum*.

14 Según Luis Díez-Picazo, Contestación al discurso *La deuda histórica del arbitraje moderno* de A. Fernández Buján (Madrid: Dykinson, 2014), 205, conviene distinguir entre la decisión de una controversia o conflicto de intereses y la decisión de un litigio, pues en todo litigio subyace un conflicto de intereses, pero no al contrario; lo que caracteriza al litigio es que las partes mantienen posturas encontradas respecto a la posición que el ordenamiento jurídico va a dispensar en ese conflicto; en el *arbitrium boni viri* la decisión del árbitro no decide un litigio, por lo que no es ni obligatoria ni inimpugnable; no cree que se pueda hablar en este caso de arbitraje y ciertamente no es este un antecedente del arbitraje en sentido moderno, lo cual no quiere decir que en la concepción romana no sea esta una modalidad de arbitraje.

15 Según el art. 2º de la L.A. de 1953 que "No se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino vara completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente"; el art. 1 L.A. de 1988 delimitaba el arbitraje de la siguiente manera: "Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho". La vigente LA de 2003, reformada por la Ley 11/2011 no ve ya la necesidad de definir el arbitraje.

16 A este le correspondía la averiguación de cuestiones de hecho que requerían de una valoración técnica, v. Franco Bonifacio, voz: «Arbitro e arbitratore (diritto romano)», en *Novissimo Digesto Italiano* 12. (Torino: UTET, 1958), 927.

el estudio al arbitraje en cuanto medio de resolver controversias jurídicas.

Al igual que en la actualidad, en Roma se presentaban diferenciados *iudicium* y *arbitratus*, esto es, una actuación de resolución de las controversias jurídicas de naturaleza estatal y judicial (*iudicium*) y otra privada y extrajudicial (*arbitratus*); pero, como veremos, arbitraje y jurisdicción estaban estrechamente vinculados, existiendo entre ellos relaciones e influencias recíprocas¹⁷. Las expresiones *arbiter*, *arbitrium* y *arbitratus* aparecen en las fuentes romanas jurídicas y literarias en relación con la resolución extrajudicial de controversias, como contrapuestas a *iudex*, *iurisdictio* e *iudicium*; pero también se habla de árbitros y de *arbitrium* en el seno del proceso civil romano y en otros contextos no controversiales. En todas estas manifestaciones, lo que caracteriza al *arbiter* frente al *iudex* es una mayor discrecionalidad, un mayor grado de libertad a la hora de valorar y, en su caso, decidir un litigio, con sometimiento, no tanto al *ius* como a la equidad, a lo que es justo según el leal saber y entender del árbitro¹⁸.

2.1. El arbitraje primitivo y la aparición de la *iurisdictio*

Parece seguro que el arbitraje apareció en Roma en una época precívica, en la que todavía no se había configurado el estado romano ni, por tanto, existían órganos estatales que asumieran la defensa de los derechos de los ciudadanos¹⁹. En esa época era a los particulares a los que correspondía hacer valer sus pretensiones (autotutela o venganza privada), y lo hacían por medio de la violencia, ejercida normalmente por el clan familiar, bien para defenderse frente a ataques injustos, bien como ofensiva para imponer los derechos que creían que les correspondían²⁰. En este contexto, el arbitraje habría constituido un importante avance: el árbitro era una persona imparcial, quizás un jefe común o simple-

17 Relaciones de “reciproca interferenza, nonché altre volte di significativa integrazione”, según Tommaso dalla Massara, “Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e ‘iudicium’: un itinerario nella giurisprudenza classica”, en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di Luigi Garofalo, tomo II (Padova: CEDAM, 2012), 18; relaciones en las que *i poteri del giudice e quelli dell’arbitro finiscono per apparire assai più armonizzati (o almeno armonizzabili) rispetto a quanto possa sembrare a un primo sguardo*. La importancia del arbitraje en la evolución histórica del *ordo iudiciorum privatorum* ha sido destacada por Paul Jörs y Wolfgang Kunkel, *Derecho privado romano*, traducido por Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz (Barcelona: Editorial Labor, 1965), 543.

18 Según Buigues Oliver, *La solución amistosa...*, 256, lo que caracteriza al *arbiter* frente al *iudex* (al menos para la época del procedimiento formulario) no es tanto que no esté sujeto al derecho sino a la equidad, como que no está sujeto a una fórmula procesal, sino al *compromissum*.

19 Fernández de Buján, *Jurisdicción y arbitraje...*, 199; Jörs y Kunkel, *Derecho privado romano...*, 513 hablan de “justicia privada”.

20 Joan Miquel, *Derecho romano* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 119 habla de “tomarse la justicia de propia mano o de realización particular del propio derecho”.

mente una persona de la confianza de ambos litigantes, dotada de cierta autoridad moral, a la que recurrían las partes en conflicto, y cuya función habría sido en un primero momento la de intermediador o conciliador; posteriormente habría asumido la función de decidir el litigio, acordando las partes acatar su decisión²¹. El mayor problema de esta forma más avanzada de “justicia privada” residía en la falta de mecanismos para obligar al árbitro a aceptar el encargo y adoptar una decisión, así como para obligar a las partes a cumplirla, con lo cual el riesgo de volver a la violencia privada era grande.

Como señala Fernández de Buján²², ya en el *Foedus Cassianum* del 493 a.C., se contienen disposiciones sobre el nombramiento de árbitros y la configuración de tribunales de *recuperatores* para resolver las controversias surgidas entre romanos y latinos en el seno del comercio internacional. Podemos imaginar que era la falta de órganos jurisdiccionales competentes para conocer de estos asuntos lo que hacía inevitable tener que recurrir al nombramiento de árbitros, si se quería prescindir de la violencia. Y parece lógico que esta misma práctica se utilizara en Roma para dirimir conflictos surgidos entre los ciudadanos romanos en el ámbito de los mercados²³, o las controversias derivadas de las relaciones de vecindad, del mismo modo que se hacía en otros pueblos del entorno mediterráneo²⁴.

A medida que se fue configurando el estado romano, la *civitas*, los órganos estatales asumieron la función de resolver las controversias jurídicas entre los ciudadanos romanos, esto es, la función jurisdiccional²⁵; al estado le correspondió entonces el poder coactivo, el control del uso de la fuerza (ejercida directamente a través de los órganos estatales o bien autorizando a los particulares a

21 Fernández de Buján, *La deuda histórica...*, 51 ss.; en el mismo sentido, Gema Vallejo Pérez, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en derecho romano. Especial referencia a la mediación* (Madrid: Dykinson, 2028), 118.

22 Jurisdicción y arbitraje..., 199; Id. *La deuda histórica...*, 22 s.

23 Fernández de Buján, *Jurisdicción y arbitraje...*, 200.

24 Sabemos del recurso a arbitrajes voluntarios en el derecho ático para la resolución de controversias entre particulares, así como también de la existencia de arbitrajes obligatorios para la mayoría de las causas privadas, v. Juan Palao Herrero, *El sistema jurídico ático clásico* (Madrid: Dykinson, 2007), 394 ss.; Remo Martini, *Diritti greci* (Bologna: Zanichelli, 2005), 134 ss. Entre las fuentes que nos dan noticias de ello, cabe destacar a Aristóteles, *Rhetorica*, 1.13.13, que decía que prefería un arbitraje a una controversia ante un tribunal, porque el árbitro se guía por la equidad, mientras que el juez por la ley; y precisamente – añadía – el arbitraje ha sido inventado para dar fuerza a la equidad; destacaba con ello una de las características del arbitraje. Acerca de una posible influencia griega (a través de la Magna Grecia) en la práctica de los arbitrajes en Roma, se ha debatido en la doctrina, pero no se ha podido demostrar; v. Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria...», 28, nt. 2.

25 Según dalla Massara, “Reciproche relazioni ..., 117, *la iurisdictio rappresenta la potestà di ius dicere alla cui base necessariamente si colloca l'imperium magistratuale...La iurisdictio è pertanto una forma di esercizio della giustizia che si svolge sotto il diretto controllo del magistrato.*

emplearla en determinados supuestos previstos en las leyes)²⁶ para posibilitar que las partes obtuvieran la tutela de sus derechos a través del proceso (*ius actionis*), para garantizar que los jueces dictaran sentencias, que se aplicara el derecho y que se ejecutaran las sentencias ya emanadas.

Al menos desde mediados del S. V a.C., encontramos en Roma un proceso estatal para la defensa de los derechos subjetivos, las *legis actiones*²⁷. El origen de este proceso civil oficial fue situado por algún autor²⁸ en los antiguos procedimientos arbitrales, que habrían sido objeto de oficialización o legalización. Sin embargo, la mayoría de la doctrina (Scherillo, Broggin, Pugliese, Kaser, Talamanca, Albanese, Bonifacio, Paricio)²⁹ se inclina por rechazar esta idea, que encaja mal con los testimonios de las fuentes; este último autor ve el origen de las *legis actiones* más antiguas en formas de autoayuda privada sometidas a un control de la comunidad.

Las acciones de ley se caracterizaban por el formalismo, el primitivismo, la rigidez y por el hecho de que solo unas pocas pretensiones, aquellas reconocidas por el antiguo *ius civile*, encontraban tutela procesal, caracteres estos directamente relacionadas con las limitaciones de un estado incipiente que no puede prescindir de la autoayuda³⁰ y de un derecho (*ius civile*) poco desarrollado que limitaba su vigencia al ámbito de los ciudadanos romanos.

Por ello, no resulta extraño que el arbitraje se mantuviera en la práctica como una alternativa al proceso ; probablemente los particulares acudían voluntariamente al sistema arbitral para evitar los inconvenientes de las acciones de ley³¹. El recurso al arbitraje debió ser una constante allí donde no llegaba la jurisdicción, bien por la falta de órganos jurisdiccionales competentes - como

26 Miquel, *Derecho romano...*, 120 recuerda que ningún estado puede prescindir absolutamente de la autoayuda privada, pero que, cuanto mayor sea el grado de desarrollo estatal, más limitado estará el uso autorizado de la violencia a los particulares.

27 La más antigua de las acciones de ley, la *legis actio sacramento* es anterior a la Ley de las XII Tablas (450 a.C.) y en ella encontramos ya la figura de un *iudex*, que ha de decidir cuál de los contrincantes tiene razón y cuál no (cuál ha jurado en falso), v. Max Kaser y Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, (München: Verlag C.H. Beck, 1996), 58.

28 Moritz Wlassak, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse, mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes* (Wien: In Kommission bei A. Hölder, 1921), 247; tesis que ha sido retomada por Buigues Oliver, *La solución amistosa...*, 246 ss., esp. 250.

29 Por todos, v. Paricio, *Los arbitrajes privados...*, 67 ss.

30 Miquel, *Derecho romano...*, 121.

31 El propio Gayo (4,31) nos informa de que las acciones de ley se hicieron insoportables (*in odio uenerunt*). Entre las razones por las que el recurso al arbitraje se mantiene, Fernández de Buján, *Jurisdicción y arbitraje...*, 200 apunta: "... 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...".

ocurría en las controversias entre ciudades³² o en las controversias entre extranjeros y romanos antes del 242 a.C., fecha en que se creó el *praetor peregrinus* precisamente para esa función³³, o bien porque determinadas pretensiones no habían encontrado todavía una tutela legal (y, por tanto, carecían de una *actio* para solicitar la actuación jurisdiccional); muy probablemente también, para evitar la aplicación estricta de lo dispuesto en la ley, pues algo que siempre distinguió al árbitro (*arbiter*) respecto del juez (*iudex*) fue una mayor discrecionalidad³⁴.

Sería este un arbitraje «no formal»³⁵, concluido mediante un simple *pactum* entre las partes contendientes, pero carente de fuerza vinculante, al no gozar este pacto de reconocimiento legal; era la *fides* lo que constituía el fundamento de la decisión del árbitro y de la obligación moral, asumida por las partes, de cumplirla.

2.2. Las acciones de ley y el arbitraje “legal” de las XII Tablas

Otra manifestación de arbitraje la encontramos en el «arbitraje legal», llamado así porque lo encontramos en la Ley de las XII Tablas (450 a.C.), donde se hace referencia por primera vez a la diferencia existente entre *iudex* y *arbiter*³⁶ para los casos de división de la herencia, solicitada mediante la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (acción de ley por petición de juez o árbitro).

32 Se habla para estos casos de arbitrajes de derecho público, que según admite la mayoría de la doctrina, habrían surgido con posterioridad a los privados y siguiendo el modelo de estos; entre los arbitrajes públicos se incluyen los arbitrajes internacionales, federales y administrativos; v. Fernández de Buján, *La deuda histórica...*, 101 ss.; Buigues Oliver, *La solución amistosa...*, 67 ss.

33 Una figura que sirvió para la defensa de los extranjeros en Roma antes de la aparición del *praetor peregrinus* y de la configuración del *ius gentium* fue el *hospitium*, establecido entre particulares o entre municipios, este último concedido en virtud de tratados de comercio o de amistad; v. Jörs y Kunkel, *Derecho privado romano...*, 82 s. El *hospitium* no fue una solución suficiente para colmar las demandas del tráfico jurídico internacional, pero constituyó “la antesala de lo que será más adelante el *ius gentium*”; v. Raúl Buono-Core, “Diplomacia y Monarquía: Rómulo y Numa”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Sección Derecho Romano) 35, (2013): 113; Maxim Lemosse, “Hospitium”, *Études Romanistiques* 26 (1990): 293-305.

34 Las fuentes literarias nos dan idea de que los arbitrajes debían estar extendidos en la práctica; Cic. *Pro Roscio Comm.* 4,11; Sen. *De Clem.* 2,7,3; Sen. *De beneficiis*, 3,7,5, donde sostenía que, a diferencia del juez, el árbitro puede decidir según su conciencia, humanidad y misericordia, no solo *prout lex aut iustitia*; v. Buigues Oliver, *La solución amistosa...*, 26 ss. y 76 ss.

35 La expresión es de Fernández de Buján, *Jurisdicción y arbitraje...*, 201.

36 Según Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje...», 30 s. el término *iudex* tiene su origen en el ámbito jurídico, mientras que el de *arbiter* aparece relacionado específicamente con los arbitrajes privados; Juan Ramón Robles Reyes, *Magistrados, jueces y árbitros en Roma: competencia civil y evolución* (Madrid: Dykinson, 2009), 68 recuerda que ya Cicerón, *Pro Roscio Comm.* 4,11 señalaba como diferencia entre jueces y árbitros que el juez tiene una mayor sujeción a la ley, a la fórmula que le envía el magistrado y debe limitarse a señalar si el *sacramentum* es *iustum* o *iniustum*; por el contrario, el árbitro se caracterizaba desde su creación por el tecnicismo de su labor y la mayor flexibilidad que tenía a la hora de emitir su resolución.

Encontramos, pues, un árbitro en el seno de un proceso civil oficial³⁷; es este un arbitraje “obligatorio”, por lo que propiamente no encaja en el concepto de arbitraje (caracterizado por la voluntariedad de la sumisión de las partes a la decisión del árbitro). Esta acción de ley se utilizaría posteriormente también para la división de una cosa común, a falta de acuerdo entre las partes, pidiendo estas el nombramiento de un juez o un árbitro, que habría de realizar la división y el reparto entre los copropietarios o coherederos, y la consiguiente adjudicación a cada uno de la parte correspondiente. Se exigía de este árbitro que procediera a la determinación de un *incertum*, de una prestación en principio indeterminada, que tenía que ser concretada en una estimación en dinero³⁸, conforme a su propio *arbitrium*, su sano saber y entender, pero teniendo en cuenta la equidad del caso concreto; esto es, teniendo en cuenta a la hora de decidir, no solo o no necesariamente consideraciones jurídicas (como haría un *iudex*), sino también factores económicos y técnicos³⁹. Este *arbiter* era, como el juez, un particular investido de *potestas iudicandi*⁴⁰, pero se distinguía del *iudex* por la discrecionalidad de que gozaba para determinar un *incertum* conforme a la equidad⁴¹; también por el carácter técnico de la estimación que debía realizar el árbitro, lo cual probablemente justificaba la petición de *arbiter* y el mayor margen de discrecionalidad en su decisión. Parece lógico pensar que la decisión de este *arbiter* legal tendría fuerza ejecutiva, utilizándose para ello la *legis actio per manus iniunctionem*, igual que para las sentencias de los jueces⁴².

37 Sobre el tema, importante es la contribución de Gerardo Brogini, «*Iudex arbiterve*». *Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters* (Köln-Graz: Bohlau, 1957), 94-198.

38 Álvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano* (Pamplona: EUNSA 1997), 116.

39 Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht...*, 58; según estos autores, en la *legis actio per iudicis arbitrive. postulationem*, *iudex* y *arbiter* son equiparados, en cuanto que al *iudex* le corresponde aquí la función estimatoria de un *incertum* propia de un *arbiter*; cuando esto ocurre, dicen, es juez y árbitro; posteriormente se seguirá hablando de *arbiter* y *arbitrium* para referirse a aquellas actividades del juez que encierran un mayor grado de discrecionalidad (*arbitria bonae fidei*, *actiones arbitrarie*) v. 192; Moritz Wlassak, voz: “Arbiter” en Georg Wissowa u.a. (Hrsg.), *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, II/1 (Stuttgart: Metzler, 1895), col. 410, consideraba que este árbitro era también un *iudex* en cuanto nombrado por la autoridad.

40 Bonifacio, voz: *Arbitrium*; arbitro e arbitratore ..., 926 s.

41 Según Margarita Fuenteseca Degeneffe, *La función jurisdiccional civil en Roma. Iudicium arbitriumve*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008, 120, la discrecionalidad parece ser el rasgo distintivo del arbitraje frente a la función judicial en estos primeros tiempos; v. también Bonifacio, voz: *Arbitrium...*, 926; Fernández de Buján, *Jurisdicción y arbitraje...*, 221; Paricio, *Los arbitrajes privados...*, 20.

42 Mediante esta acción, el magistrado autorizaba al vencedor en el proceso la aprehensión corporal del deudor insolvente (*Gai.* 4, 21), es decir, también la ejecución estaba en manos de los particulares.

2.3. Procedimiento formulario (*agere per formulas*) y arbitraje

Una estrecha relación entre arbitraje y jurisdicción encontramos en la época del procedimiento formulario o *agere per formulas*. Este proceso se habría desarrollado, según la opinión dominante, en el seno de la jurisdicción del pretor peregrino⁴³ y en su génesis debieron influir notablemente, tanto la práctica del arbitraje «no formal», es decir, del arbitraje privado al que acudían los ciudadanos para tutelar relaciones jurídicas carentes de tutela jurisdiccional en el antiguo sistema procesal o para evitar los riesgos derivados del formalismo, como la práctica del arbitraje llamado «de *ius gentium*»⁴⁴, al que se acudía para resolver las controversias con extranjeros⁴⁵.

El influjo del arbitraje en el proceso civil *per formulas* se evidencia claramente en los llamados *iudicia bonae fidei* (juicios de buena fe), cuya primera denominación fue precisamente la de *arbitria bonae fidei*. Surgidos en el ámbito del *ius gentium*, esto es, de las relaciones con extranjeros, luego acabarían siendo asimilados e incorporados como institución propia del *ius civile*⁴⁶. En estos juicios (*arbitria*) de buena fe, a diferencia de lo que ocurría en los llamados juicios legítimos, el juez estaba autorizado por el magistrado jurisdiccional a concretar las obligaciones recíprocas de las partes basándose en el criterio de la buena fe, es decir, el juez contaba con un cierto margen de discrecionalidad a la hora de valorar lo que las partes debían dar o hacer la una respecto de la otra, y, por tanto, a la hora de realizar la valoración pecuniaria de una pretensión de un *incertum*. Por supuesto, no tenía cabida la arbitrariedad del *iudex*, sino solo cierta discrecionalidad que le concedía la *formula*, al permitirle decidir basándose en el modelo del *bonus vir*, de la buena fe; es decir, el juez –árbitro debía

43 Según Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht...*, 156 no necesariamente habría sido solo en esta jurisdicción donde se habría originado, sino en general en aquellos procesos que no podían encajar en las *legis actiones* (*bonae fidei iudicia* y litigios con extranjeros), y su fundamento habría sido el poder jurisdiccional del pretor, p. 153. Giuliano Crifó, “Arbitrato (diritto romano)”, en *Enciclopedia del Diritto* II (Milano: Giuffrè, 1958), 893, considera como la conjetura más probable que el pretor habría recibido en su propio derecho, con las necesarias adaptaciones y sometándolo al propio control aquella forma de autotutela privada que se expresaba en un *arbitrato*.

44 Fernández de Buján, *Jurisdicción y arbitraje...*, 204; Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria...», 29; Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht...*, 153; Paricio, *Los arbitrajes privados...*, 20 s. habla de una segunda recepción del arbitraje en el ámbito procesal entre el S. III y II a.C., con los arbitrajes de buena fe (*arbitria bonae fidei*); según este autor, la primera recepción se habría producido en la época decenviral y una tercera habría sido la de los arbitrajes compromisarios, acogidos esta vez en el seno del *ius honorarium*.

45 El arbitraje no formal acabaría diluyéndose en el arbitraje del *ius gentium*, en palabras de Fernández de Buján, *Jurisdicción y arbitraje...*, 204 s.

46 Fernández de Buján, *Jurisdicción y arbitraje...*, 204.

actuar conforme a la equidad⁴⁷.

También se hablaba de *arbitrium* en los procesos en cuya fórmula el magistrado autorizaba al juez a ordenar, según su sano criterio, la restitución de la cosa objeto del litigio al demandante (*arbitrium de re restituenda*), por lo que a estas acciones se las conoce como *actiones arbitrariae*. De *arbiter* se trataba también en el procedimiento interdictal a propósito de la *postulatio arbitri* (Gai. 4,163)⁴⁸.

Pero no solo los *iudicia bonae fidei* presentaban semejanzas con los arbitrajes por la mayor discrecionalidad del órgano juzgador; en general, el *agere per formulas* presentaba un marcado carácter privado y arbitral. El procedimiento discurría en dos fases: la primera ante un magistrado con facultades jurisdiccionales (y con *imperium*), el pretor, que instruía el proceso; la segunda ante un juez o jueces, en todo caso particulares, elegidos por las partes. El juez había de dictar una sentencia que pusiera fin al litigio y para ello había de seguir las instrucciones que le daba el pretor en un pequeño documento escrito (*formula*), donde se plasmaban los términos de la controversia y donde se contenía el orden de juzgar que el magistrado dirigía al juez nombrado por él, al tiempo que le otorgaba la facultad de dictar una sentencia (*iussum iudicandi*).

La naturaleza privada de estos jueces y el mecanismo de su elección apuntan hacia un origen arbitral de este procedimiento⁴⁹: son las partes quienes eligen al juez de común acuerdo de entre una lista oficial de ciudadanos particulares aptos para ser jueces (*album iudicum selectorum*) o, en su defecto, por sorteo; son también las partes las que deben alcanzar un acuerdo de litigar sobre la cuestión controvertida (*litis contestatio*), acuerdo que implica el sometimiento voluntario a la decisión del juez⁵⁰. En este acuerdo de litigar la doctrina roma-

47 Fuenteseca, *La función jurisdiccional...*, 86 s.

48 Bonifacio, voz: "Arbitro e arbitratore...", 927 deduce de todo esto que *arbiter* y *iudex* no eran en estos supuestos figuras contrapuestas: el juez era llamado también *arbiter* cuando se le concedían poderes más amplios o discrecionales; pero la fórmula de las acciones (también de las *arbitrariae*) comenzaba diciendo *iudex esto*, "actúa como juez", y el proceso en que intervenía un árbitro también era calificado de *iudicium legitimum*.

49 Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht...*, 158, nt. 52 y 192 consideran fuera de duda que el procedimiento de las *legis actiones* debió influir en la génesis del procedimiento formulario, ciertamente más la *legis actio per iudicis arbitrive. postulationem* que la *legis actio per conditionem*, pero creen que el modelo que se siguió fue el del procedimiento arbitral privado; también dalla Massara, "Reciproche relazioni...", 122; Marrone, "Sull'arbitrato privato..."

50 Además de la elección de jueces privados y del acuerdo de litigar (*litis contestatio/pactum*, luego *compromissum*), el papel que corresponde a las partes como impulsoras del procedimiento, la imposibilidad de apelar la sentencia del juez privado y del árbitro y la falta de autoridad de ambos para hacer cumplir la sentencia apuntan a un cierto paralelismo, en todo caso limitado, entre el proceso oficial y el arbitraje.

nística quiso ver tiempo atrás un auténtico contrato de arbitraje privado⁵¹; pero, aunque no se puede negar el carácter convencional de la *litis contestatio*, hoy predomina la teoría que le atribuye la naturaleza de un acto público, pues es el magistrado, en virtud de su poder jurisdiccional quien nombra al juez elegido por las partes y le faculta, a la vez que le ordena, dictar una sentencia (*iussum/potestas iudicandi*); es también el poder del magistrado el que fundamenta la efectividad de la sentencia, su eficacia de cosa juzgada y su carácter ejecutivo. En resumen, no cabe dudar del carácter publicístico de la *litis contestatio* y, en general, del procedimiento civil romano clásico, un procedimiento en el que al magistrado (el pretor) le corresponde el papel de garante de la protección de los derechos subjetivos cuando las partes no colaboran en el desarrollo convencional del procedimiento⁵². Por tanto, aunque el proceso civil presenta en la época preclásica y clásica un cierto carácter privatístico y arbitral⁵³, propiamente debe sus características jurídicas al control ejercido por el pretor (órgano estatal) en virtud de su *imperium*⁵⁴. Así, se puede afirmar que el procedimiento formulario supone un momento intermedio en la evolución que va desde la justicia privada absoluta de la época precívica hasta la justicia plenamente pública de las *cognitiones extra ordinem*.

Por otra parte, «dentro del marco de una cultura común arbitral»⁵⁵, el procedimiento formulario va a coexistir con el arbitraje, entendido como sometimiento voluntario de los litigantes a la decisión de un tercero o terceros que son ciudadanos particulares, al margen de la jurisdicción. No sabemos si la extensión del procedimiento formulario a través de la *Lex Aebutia* (130 a.C.), con las ventajas que representaba respecto de las *legis actiones*, supuso un cierto retroceso del arbitraje en la práctica romana, debido a las garantías que representaba la sentencia judicial⁵⁶, pero, desde luego, no conllevó su desaparición.

51 La teoría fue formulada por Moritz Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozess* (Leipzig: Verlag von Duncker & Humboldt, 1889), 59 ss.

52 Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria ...», 30.

53 Como dice Juan Ramón Robles, *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma* (Murcia: Universidad de Murcia, 2004), 22, el proceso tiene “carácter híbrido, entre proceso arbitral y proceso ordinario ...” y su desarrollo “estaba dominado por la actividad de los particulares, bajo la autoridad del magistrado”. Efectivamente, son las partes quienes impulsan el procedimiento y proponen las pruebas, la sentencia del juez es inapelable, ya que este es un particular y no está inserto en una organización jerárquica; sobre este último aspecto, Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht...*, 501 ss. señalan que los comienzos de la apelación han de buscarse en la *cognitio extra ordinem* desde la época de Augusto, el cual, en virtud de *appellatio* o *provocatio*, podía no solo “casar” sentencias, sino también reformarlas.

54 Crifó, “*Arbitrato...*”, 893.

55 Son palabras de Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria ...», 31.

56 Marrone, “Sull’arbitrato privato...”, 2 https://sites.unipa.it/dipst/dir/pub/marrone/arbitrato_privato.htm 5/12; por su parte, Paricio, *Los arbitrajes privados...*, 57 ss. señala que las fuentes evidencian una

Precisamente en torno al S. II a.C. el pretor reconoció en su edicto la obligación de dictar sentencia de aquel que había aceptado ser árbitro, dando con ello un impulso importante a la práctica del arbitraje privado. Entre las diversas razones que justificaron su permanencia, probablemente tuviera especial importancia el intento de los particulares de superar la tipicidad de las fórmulas oficiales y de decidir las pautas por las que se había de resolver la controversia, en vez de someterse a la aplicación del *ius*; especialmente importante debía ser también la confidencialidad que posibilitaba el arbitraje, frente a la publicidad inevitable en los juicios ordinarios⁵⁷, que se celebraban en el comicio o en el foro⁵⁸.

2.4. El arbitraje compromisario (*arbiter ex compromisso*)

Desde tiempos muy tempranos estaban muy extendidos en la práctica social y económica romana los acuerdos de arbitraje entre particulares al que las partes acudían voluntariamente para resolver sus controversias. Elementos comunes en estas prácticas arbitrales eran:

1. El acuerdo entre los contendientes de someter la decisión de una cuestión controvertida a una o más personas, árbitros, y de acatar su decisión⁵⁹.
2. Los árbitros eran ciudadanos particulares, elegidos por las partes de común acuerdo, al igual que el juez en el *agere per formulas*.
3. Los árbitros no tenían obligación de dictar sentencia, al menos no una

mayor difusión de los juicios ordinarios del procedimiento formulario que de los arbitrajes compromisarios.
 57 Paricio, *Los arbitrajes privados...*, 56 s. advierte que en los tiempos republicanos y en el Alto Imperio, la administración de justicia no era inmediata, pero sí pronta, por lo cual la extensión de los arbitrajes no habría encontrado su causa en el intento de agilizarla y mejorarla, como ocurriría luego en el Bajo Imperio; tampoco la posibilidad de elegir a los árbitros, pues también los jueces eran particulares elegidos por las partes, aunque nombrados por el juez; en cambio, la publicidad del juicio ordinario, era evitable en el arbitraje. En el mismo sentido, Olga Gil García, “El arbitraje: un viejo remedio para el nuevo fenómeno de la globalización”, en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, vol. 4 (Derecho procesal romano)*, dir. por Justo García Sánchez, coord. por Carmen López Rendo Rodríguez y M^a José Azaustre (Madrid: BOE, 2021), 1771.
 58 Fernández de Buján, *Derecho romano* (Madrid: 2022), 201; Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht...*, 201 ss.

59 Se suele hablar de *conventio*, de *pactum* o de *compromissum* para referirse a ese acuerdo. En sentido técnico, estos términos tienen distinto significado: *conventio* es el acuerdo de voluntades, que subyace en todo pacto o contrato (D. 2,14,1,3 pone en boca de Pedio que *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*); el *pactum* es un acuerdo que no genera acción para exigir lo acordado, todo lo más una excepción para oponerse en juicio (D. 2,14,1,4: *igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*); *compromissum* parece hacer referencia a promesas recíprocas entre las partes (de *cum-promittere*); por mi parte, prefiero hablar de *conventio compromissi* para referirnos a la *conventio* subyacente a las estipulaciones recíprocas del arbitraje compromisario.

obligación exigible jurídicamente, sino moral, a diferencia de los jueces del proceso civil.

4. Los árbitros no tenían por qué conocer y decidir en base a derecho, sino en base a lo que les parecía justo en cada caso, lo que suponía una mayor discrecionalidad y flexibilidad.

5. La sentencia del árbitro no era apelable, como tampoco la del *iudex*; pero a diferencia de esta, la decisión del árbitro no producía efecto de cosa juzgada, ni siquiera era de obligado cumplimiento por las partes, es decir, no tenía fuerza ejecutiva.

Esto representaba un grave inconveniente, pues hacía del arbitraje una figura poco eficaz frente al proceso ordinario. Para paliarlo, la Jurisprudencia propició que se desarrollara la práctica de añadir al acuerdo de arbitraje (*conventio compromissi*) unas promesas cruzadas, las *stipulationes poenae*: se trataba de cláusulas penales, en virtud de las cuales las partes se prometían formalmente prestaciones recíprocas (consistentes normalmente en una cantidad de dinero, pero no necesariamente) para el caso de incumplimiento de la sentencia arbitral o, simplemente, para el caso de que alguna de las partes incumpliera el acuerdo o compromiso arbitral. Con ello, las partes se proveían de un medio con el que, si bien no podían reclamar el cumplimiento de la sentencia arbitral⁶⁰, al menos sí podían reclamar la pena privada estipulada para el caso de incumplimiento, bien por la vía privada o, en su caso, acudiendo a la vía jurisdiccional mediante la *actio certi ex stipulatu*⁶¹.

Un paso más, y ciertamente fundamental, en la configuración de los arbitrajes compromisarios lo daría el pretor con la introducción en el Edicto de la cláusula «*Qui arbitrium pecunia compromissa receperint, eum sententiam dicere cogam*» («Que los que aceptaron un arbitraje dicten sentencia»)⁶². Esto

60 Se ha de destacar que en las fuentes romanas para referirse a las decisiones de los árbitros se utilizaba el mismo término que para las decisiones de los jueces: *sententia*; la expresión laudo que utilizamos en la actualidad es desconocida para los romanos; v. dalla Massara, “Reciproche relazioni...”, 119 y nt. 9.

61 De la efectividad de esta medida como forma indirecta de coaccionar a las partes para el cumplimiento de la sentencia arbitral no cabe dudar, pues, aunque en teoría la pena pecuniaria podía ser igual, mayor o menor al valor del litigio (D. 4,8,32 pr. *Paul. 13 ed.: Non distinguemus in compromissis, minor an maior sit poena quam res de qua agitur*), en la práctica lógicamente se tendería a pactar una cantidad igual o superior; una cantidad inferior impediría alcanzar la función coactiva para el cumplimiento y sancionadora del incumplimiento que se buscaba con las *stipulationes poenae*; v. Paricio, *Los arbitrajes privados...*, 34 s.

62 La fecha del edicto *qui arbitrium receperit* no es segura; Ziegler, Karl-Heinz Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht* (München: Beck, 1971), 24 lo sitúa en el S. II a.C.; Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria...», 27, hacia finales del S. II a.C.; Paricio, *Los arbitrajes privados...*, 27 cree que el Edicto se remonta, como máximo, a la tercera década del S. I a.C., lo cual

supuso por primera vez en la historia de Roma el reconocimiento de la obligación de los árbitros de dictar sentencia una vez que habían aceptado el encargo de las partes compromisarias, pues el magistrado ejercía sobre el árbitro una coacción indirecta en forma de multa pecuniaria⁶³, o bien de toma de prenda (*pignoris capio*)⁶⁴.

A partir de aquí y con estos elementos (*compromissum, stipulationes poenae* y *receptum arbitrii*)⁶⁵, la Jurisprudencia romana desarrollaría el régimen jurídico de los arbitrajes compromisarios, el cual, en palabras de Fernández Barreiro y García Camiñas, «constituye la primera respuesta a la regulación del arbitraje en la cultura jurídica occidental»⁶⁶. Los fragmentos de las obras jurisprudenciales conservados en el Digesto y las constituciones imperiales recogidas en el Código de Justiniano han permitido su reconstrucción, tanto desde el punto de vista sustancial como procesal, y tanto de su configuración en la época clásica como de las modificaciones introducidas en el período postclásico-justiniano⁶⁷.

Elemento esencial del arbitraje es el acuerdo expreso de las partes de someter el conocimiento y resolución de un determinado asunto a uno o más árbitros elegidos por ellas (*compromissum*), que constituye, junto con el *receptum arbitrii*, la base contractual del arbitraje romano⁶⁸.

Este acuerdo, que solía recogerse por escrito a efectos probatorios, desempeñaba un papel similar al de la *litis contestatio* en el procedimiento formulario, pues en él las partes, además de aceptar someter la cuestión a un árbitro y cum-

no excluye – dice - que el recurso a las *stipulationes compromissi* fuera anterior en el tiempo; por su parte, Marrone, “Sull’ arbitrato privato ...”, los sitúa entre fin. S. II y com. S. I a.C. y cree que las *stipulationes* probablemente fueron anteriores al edicto; de la misma opinión es Mario Talamanca, “L’arbitrato romano dai veteres a Giustiniano”, *Labeo* 20, 1 (1974): 92.

63 D. 4.8.32,12 (*Paul. 13 ed.*); D. 4.8.3.1-5 (*Ulp. 13 ad ed.*).

64 Linares Pineda, «Compromissum» y «receptum arbitrii», en *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga*, coord. por F. Javier Paricio Serrano. (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), 718; Fernández de Buján, “Bases romanísticas...”, 407.

65 Se han mantenido en la doctrina romanística distintas posturas acerca de la naturaleza jurídica del *compromissum* y su relación con las *stipulationes poenae*, las cuales aparecen resumidas en Linares Pineda, «Compromissum»..., 710 ss.; también en Paricio, *Los arbitrajes privados...*, 22 ss.; más recientemente expone las diversas posturas Stefania Fusco, “Studi sul compromissum arbitri. I. La letteratura e la exceptio pacti”, *Ius. Rivista di Scienze Giuridiche* 2-3 (2020): 50-88. Simplificando, podemos destacar dos posturas: a) el *compromissum* es un negocio complejo, en el que se celebran dos estipulaciones cruzadas, en las que subyace una *conventio* que permite la interpretación integradora de las estipulaciones (Ziegler, Rotondi, Knütel, Bonifacio, Buigues, Linares); b) se trata de un pacto seguido de dos estipulaciones accesorias, de las cuales depende su eficacia (Talamanca).

66 Fernández Barreiro - García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria...», 33.

67 D. 4,8 De receptis: qui arbitrium receperint, ut sententiam dicam; C.J. 2,55 (56) De receptis.

68 Linares Pineda, «Compromissum»..., 709.

plir la sentencia arbitral, fijaban los términos de la controversia, dándole al árbitro las pautas a seguir en su actividad decisoria; el árbitro quedaba vinculado al *compromissum* y debía dictar sentencia sin salirse de esos términos⁶⁹; la validez y eficacia de la sentencia, así como la procedencia o no del pago de la pena estipulada se determinaban a partir del documento de *compromissum*, de manera análoga a como la sentencia del juez privado del procedimiento formulario debía ajustarse a la fórmula dada por el pretor⁷⁰.

Pero el *compromissum* no implicaba la renuncia a ejercitar la acción procesal para iniciar un juicio ordinario, por eso de él no nacía una excepción (*exceptio pacti*) frente a la acción correspondiente⁷¹; frente a ella solo cabía exigir la pena prometida con la *actio ex stipulatu*. La sentencia arbitral tampoco era ejecutable, su incumplimiento solo daba lugar al ejercicio de la *actio ex stipulatu*, que conllevaba la intervención del magistrado jurisdiccional y, con ello, la supervisión judicial de la actuación del árbitro: aunque la sentencia arbitral no era apelable, si el árbitro había incurrido en vicios de carácter procesal, o no se había atendido al *compromissum*, el juez que conocía del asunto podía indirectamente revocar la sentencia, y el demandado por incumplimiento de la misma era absuelto.

Por tanto, el arbitraje compromisario presentaba en la época clásica una naturaleza privada⁷², aunque con el edicto del pretor adquirió una dimensión publicística⁷³. La intervención del magistrado para obligar al árbitro a dictar sentencia y la posibilidad de exigir la pena con la *actio ex stipulatu* propiciaron una progresiva reglamentación del procedimiento arbitral, que lo acercó al proceso ordinario, en cuanto se adoptaron garantías (deber de imparcialidad, deber

69 D. 4,8,32,21 (Paul. 13 ed.): “Arbiter nihil extra compromissum facere potest”.

70 Acerca del paralelismo entre *compromissum* y *litis contestatio* se ha debatido en la doctrina; admiten una analogía autores como Arangio Ruiz, Torrent, Pastori, Betti...; v. Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria»..., 33, sin llegar a considerar que hay identidad estructural, como sí defendió Giorgio La Pira, “Compromissum e litis contestatio formulare”, *Studi Riccobono* vol. 2 (Palermo 1936), 189-226; La Pira habla de *perfetto paralelismo, identità di struttura, e identità di fine*, 202 s. y afirma que en el *compromissum* se utilizaban formularios estipulatorios típicos, que resumían la controversia en términos solemnes (de igual manera que las *formulae* escritas del procedimiento formulario), 207 s. Abiertamente contrario a la opinión de este autor, Talamanca, *Ricerca in tema di «compromissum»*, 18 ss., recuerda que la tipicidad es un efecto del carácter publicístico de la *litis contestatio* y solo aprecia elementos comunes entre ambas figuras. De esta misma opinión es Linares Pineda, «Compromissum»..., 712.

71 D. 4,8,2 (Ulp. 4 ed.): *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenam petitionem.*; es por ello que se ha negado su naturaleza de *pactum*; v. Marrone, “Sull arbitrato privato...”, 6 y nt. 22.

72 Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht.*..., 526; en palabras de Linares Pineda, «Compromissum...», 718: “el arbitraje privado romano se rige por el principio de intervención mínima de la jurisdicción, que no va más allá de la concesión de la *actio ex stipulatu*... y de la *coercitio* ... sobre el árbitro renuente a dictar sentencia”.

73 Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria...», 40.

de ajustarse al compromiso, deber de dictar sentencia en un plazo, identificación de las materias excluidas de arbitraje⁷⁴, requisitos de capacidad y de edad de los árbitros, etc.)⁷⁵.

Una cuestión especialmente debatida es la de si el árbitro había de decidir en base a derecho o en equidad, ya que las fuentes jurídicas no lo dejan claro; pero en la doctrina predomina claramente la postura que sostiene que el juez no estaba vinculado a decidir según derecho⁷⁶. Un argumento interesante al respecto, que contribuye a explicar la amplia difusión del arbitraje en la práctica romana es el que ofrece Marrone: la presencia en la sociedad romana de grupos sociales que prefieren resolver las controversias entre ellos acudiendo a “uno de los suyos” y conforme a sus propias prácticas o reglas, antes que acudir a un juez estatal que aplique el derecho oficial⁷⁷.

Para el Derecho postclásico hay pocas fuentes relativas a los arbitrajes compromisarios, por lo que parece que su régimen no debió sufrir grandes modificaciones⁷⁸. No sabemos si estos arbitrajes sufrieron un retroceso en la práctica debido al reconocimiento de la *Episcopalis audientia*⁷⁹, pero en todo caso, hay testimonios de que se siguieron utilizando⁸⁰.

74 No podían ser objeto de arbitraje determinadas materias, consideradas indisponibles: los delitos públicos y los delitos privados que conllevaran condena infamante, las cuestiones de estado (libertad, ciudadanía, familia), cuestiones objeto de acciones populares, ...v. D. 4,8,6 (*Gai. 5 ed. prov.*) y D. 4, 8, 7 (*Ulp. 13 ed.*).

75 Detalles de esa reglamentación en Fernández de Buján, *Derecho romano...*, 248 ss.; Id. *La deuda histórica...*, 130 ss.; Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria ...», 33 ss.

76 Así se pronunciaba ya Wlassak, “Arbiter...”, 413; más recientemente Javier Paricio, “Notas sobre la sentencia del ‘arbiter ex compromisso’, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 31(1984): 290 ss.; Buigues, *La solución amistosa...*, 142; Marrone, “Sull’arbitrato privato...”, 3; Id. https://sites.unipa.it/dipstdir/pub/marrone/arbitrato_privato.htm 8/12, cree que el árbitro podía *decidere sulla base di criteri che non erano quelli del diritto ufficiale e su questioni che non rientravano nei «tipi» edituali*; dalla Massara, “Reciproche relazioni...”, 138 destaca la importancia de las fuentes literarias como argumento para sostener esta opinión (Cicerón, Séneca, Suetonio, Tácito), v. nt. 65. Cree que el árbitro no podía sustraerse al derecho Talamanca, *Richerche ...*, 24 ss.; una opinión intermedia ofrece Fernández de Buján, “Bases romanísticas ...”, 430 s.

77 “Sull’arbitrato privato...”, https://sites.unipa.it/dipstdir/pub/marrone/arbitrato_privato.htm 8/12 y 12/12 se refiere a la existencia de estos grupos en distintos momentos de la historia: los hombres de negocios que trataban con extranjeros, conforme a unas prácticas propias; los nuevos *cives* itálicos tras las guerras sociales, o los nuevos *cives* tras la *constitutio antoniniana*, interesados en que se aplique su derecho originario; posteriormente los cristianos y hebreos, aunque estos por motivos religiosos... Se hace eco de esta opinión Gil García, “El arbitraje...”, 1771, que considera al arbitraje especialmente “adecuado en los asuntos en los que las partes compromisarias prefieran gozar de autonomía para gestionar sus lites” y 1775.

78 Cristiana Maria Rinolfi, “Episcopalis audientia e arbitro”, en *Principi generali e tecniche operative del proceso civile romano nei secoli IV-VI d.C.* (a cura di Salvatore Puliatti e Ulrico Agnati), Atti del Convegno Parma 18 e 19 giugno 2009, 198.

79 D’Ors, “El arbitraje jurídico”, en *Parerga Histórica* (Pamplona: EUNSA, 1997), 285.

80 C.Th. 15.14.9; cfr. C. 3.12.6 (7).5; C.Th. 2.8.18. C.Th. 2.1.10 recoge una disposición de Arcadio y Honorio que permite a los hebreos someter sus controversias civiles a la decisión del patriarca, siempre que se respetaran las formas del arbitraje compromisario, lo que da prueba de que todavía

En todo caso, el arbitraje se vio afectado por la aparición y extensión del nuevo sistema procesal, el de las *cognitiones extra ordinem*, con origen en la jurisdicción imperial de la época de Augusto, que acabaría sustituyendo al procedimiento formulario. La naturaleza pública de estas *cognitiones* acabaría imponiéndose frente a la naturaleza esencialmente privada del *ordo iudiciorum privatorum*⁸¹.

Consecuencia de ello es que se producirá aún un mayor acercamiento del arbitraje a la jurisdicción, con la introducción de modificaciones legislativas que equipararon el papel del árbitro al del juez y aproximaron la sentencia arbitral a la judicial⁸².

Las primeras modificaciones afectaron al acuerdo de compromiso. Este, que desde el S. IV se solía plasmar en un documento, se convirtió en Derecho justiniano en un pacto escrito, en el cual la escritura era requisito constitutivo y en el que se contenía una cláusula penal, sin necesidad de las recíprocas promesas estipulatorias. La reforma más importante tuvo que ver con la eficacia, tanto del *compromissum* como de la sentencia arbitral: el *compromissum* no significaba renuncia o imposibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, pero, si el demandante acudía a esta, debía primero pagar la pena establecida, como requisito para que fuera admitida la demanda, a modo de sanción por incumplimiento del compromiso.

En cuanto a las sentencias arbitrales, aunque continuaron siendo inapelables, a diferencia de las sentencias judiciales⁸³, vieron reconocida eficacia de cosa juzgada (*ope exceptionis*) cuando los compromisos iban acompañados de juramento (posteriormente, todos los compromisos), pues siempre que las partes suscribieran la sentencia arbitral o no la impugnaran en el plazo de diez días (enviando a la otra parte, o al árbitro una *attestatio*), se concedía una *exceptio*

tenía vigencia esta figura; v. Rinolfi, "Episcopalis audientia...", 198.

81 En palabras de Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria...», 31, en las *cognitiones* el proceso era concebido «...como instrumento para la imposición coactiva del ordenamiento jurídico y para hacer efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos, asumida como una de las funciones específicas de la organización político-administrativa...».

82 El tratamiento de la figura en el título correspondiente del Digesto comienza precisamente con la afirmación de que "*Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*", D. 4,8,1 (*Paul. 2 ed.*); la misma idea encontramos en C. 3.1.14 (a. 530); Fernández Barreiro y García Camiñas, «Arbitraje y justicia ordinaria...», 28, hablan de "cierta aproximación funcional" del arbitraje a los juicios ordinarios en el tratamiento jurisprudencial, que se agudiza en la legislación justiniana; Fernández de Buján, "Bases romanísticas...", 408.

83 C.J. 2, 55, 1 (*Imp. Anton.*, a. 213); D. 4,8,32,14 (*Paul. 13 ed.*).

*veluti pacti ex compromisso*⁸⁴, que se podía oponer a la pretensión del demandante que recurría a la jurisdicción ordinaria. Además, se concedía una *actio in factum* para solicitar el cumplimiento de la sentencia arbitral, con lo que esta cobraba cierta eficacia ejecutiva⁸⁵.

El tratamiento justiniano de los arbitrajes compromisarios revela, en definitiva, la intención de reconocer la validez de la sentencia del árbitro y la tendencia a facilitar su efectividad.

2.5. La *Episcopalis Audientia*

Las fuentes jurídicas y eclesiásticas nos informan de una institución a la cual una parte importante de la doctrina romanista atribuye la naturaleza de arbitraje: la *Episcopalis audientia*. Según Cuenca⁸⁶, se trataba de un arbitraje especial y privilegiado, que presentaba peculiaridades frente a los arbitrajes compromisarios: no se exigía un *compromissum* formal para acceder al tribunal episcopal, sino que era accesible mediante un nudo pacto (incluso en algún momento mediante sumisión tácita); y sus sentencias, inapelables al menos desde la Constitución Sirmondiana 1, tenían la misma fuerza ejecutiva que la de los tribunales ordinarios, esto es, eran ejecutables por los órganos del estado.

Fue Constantino quien en el año 318 reconoció legalmente la actividad desarrollada por los obispos en la resolución conforme a los postulados de la ley cristiana de controversias civiles de los laicos que se sometían a su autoridad.

Al parecer, la práctica era incluso anterior al reconocimiento del cristianismo y entroncaba con la costumbre de las comunidades judías de la Diáspora de que los particulares acudieran a árbitros en el seno de la iglesia para resolver sus litigios. Se atribuye a San Pablo, que frecuentaba esas comunidades, la invitación a los fieles cristianos a acudir a la Iglesia, en vez de a las leyes y órganos estatales romanos (a los *gentiles*) para resolver sus controversias mediante la

84 C.J. 2,55 (56), 5 pr.

85 Sobre la concesión de la *actio in factum*, Talamanca, *Richerche...*, 105, nt. 149; la acción derivaba, no ya del incumplimiento del *compromissum*, sino de la aceptación de la sentencia ya emanada; además Talamanca sostiene el carácter ejecutivo de la *actio in factum*; Paricio, “Notas sobre la sentencia...305 y nt. 73 cree que sería una *actio in factum* decretal. Otra cuestión es si esta acción daba lugar a un procedimiento que acababa, en caso de éxito, en una providencia del juez que ordenaba la ejecución o si acababa en una sentencia judicial que recogía el contenido de la sentencia arbitral, para cuya ejecución debía ejercitarse la correspondiente *actio iudicati*. De esta última opinión es Francesco Sitzia, “Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino”, *AUPA* 57 (2014): 248 s.

86 Francisco José Cuenca Boy, *La episcopalis audientia. La justicia episcopal en las causas civiles entre laicos* (Valladolid: Universidad de Valladolid, 1985), 34, 56 s., 67.

actividad conciliadora de un hombre prudente⁸⁷. Una de las razones parece ser la de silenciar las disputas internas entre cristianos, evitando causar escándalo en un momento en que la nueva religión era vista con recelo y los cristianos debían dar muestra de un comportamiento ejemplar⁸⁸; otra razón de peso era la de propiciar una justicia más evangélica, llamando a eliminar la rivalidad entre los fieles⁸⁹. Esa actividad sería asumida pronto por los obispos, por ser personas que gozaban de *reverentia*, *fides* y *auctoritas*⁹⁰. La literatura cristiana ofrece testimonios de que los obispos desarrollaron con frecuencia esta actividad de conciliación de carácter espiritual entre los fieles; allí donde no se alcanzaba la conciliación entre los litigantes, el obispo emitía su sentencia, pero esta carecía de fuerza ejecutiva y nada podía hacerse si las partes no la cumplían voluntariamente, ya que los obispos carecían de poder para imponer otra cosa que no fueran sanciones espirituales⁹¹.

En la legislación de Constantino⁹², el instituto es concebido como una instancia a la que los laicos acuden voluntariamente para la resolución de las controversias civiles conforme a las exigencias de la *Lex Christiana*⁹³, y cuyas decisiones adquieren, en virtud del reconocimiento legal, carácter inapelable y fuerza ejecutiva por los órganos estatales. La ley recogida en C.Th. 1,27,1 permitía a los laicos (según algunos autores, incluso por voluntad de una sola de las partes) abandonar el juicio pendiente ante el juez ordinario para someterse al juicio del obispo conforme a la ley cristiana, y prescribía a los jueces ordinarios no oponerse, además de otorgar fuerza ejecutiva a las decisiones del obispo⁹⁴. En cuanto a la Const. Sirm. 1, del año 333⁽⁹⁵⁾, ha planteado en la doctrina dudas

87 I Corint. 6, 1-8; en el Evangelio de San Mateo (Mt. 18, 15-17) se encuentran preceptos que fundamentaban tal práctica. Sobre este tema, Juan de Churruca, "Le refus des tribunaux païens par saint Paul", en *Cristianismo y mundo romano. Nuevos estudios* (Madrid: Marcial Pons 2009), 3-21 (1-19).

88 Javier Belda Iniesta, "El ministerio judicial del obispo hasta la aparición de la Lex Christiana (SS. I-IV)", *Anuario de Derecho Canónico* 4 (2015): 391 s.; Rinolfi, "Episcopalis audientia ...", 210.

89 Cremades Ugarte, «Derecho romano, comunidad cristiana y 'episcopalis audientia'», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 8 (1996): 117 s.

90 Cuenca, *La episcopalis audientia...*, 3 y nt. 6, 11 ss.

91 Según Mt. 18.17 la sanción habría sido la expulsión de la comunidad.

92 C. Th. 1,27,1 (a. 318) y Const. Sirm. 1 (a. 333).

93 Los asuntos espirituales recaían dentro de la jurisdicción eclesiástica (competencia *ratione materiae*).

94 C. Th. 1,27,1 (Imp. Const.): *Iudex pro sua sollicitudine observare debet, ut, si ad episcopale iudicium provocetur, silentium accommodetur et, si quis ad legem Christianam negotium transferre voluerit et illud iudicium observare, audiatur, etiamsi negotium apud iudicem sit inchoatum, et pro sanctis habeatur, quidquid ab his fuerit iudicatum: ita tamen, ne usurpetur in eo, ut unus ex litigantibus pergat ad supra dictum auditorium et arbitrium suum enuntiet. Iudex enim praesentis causae integre habere debet arbitrium ut omnibus accepto latis pronuntiet.*

95 Const. Sirm. 1: ... *Sanximus namque, sicut edicti nostri forma declarat, sententias episcoporum quolibet genere latis sine aliqua aetatis discretionem inviolatas semper incorruptasque servari; scilicet ut pro sanctis semper ac venerabilibus habeantur, quidquid episcoporum fuerit sententia terminatum. Sive itaque inter*

acerca de su autenticidad, así como diversos problemas, entre los que destaca el de la autorización de una *provocatio* unilateral para someter los asuntos civiles de los laicos al obispo⁹⁶. Otros problemas tienen que ver con la posibilidad de acudir al tribunal episcopal en cualquier momento anterior al pronunciamiento de la sentencia del juez ordinario; con la ejecución de las sentencias obispaes por los jueces estatales; con la inviolabilidad de las sentencias de los obispos y con la prohibición de plantear nuevamente el asunto resuelto por el obispo ante la jurisdicción ordinaria.

La cuestión de la *provocatio* afectaba especialmente a la determinación de la naturaleza jurídica de la figura, pues de arbitraje propiamente solo se puede hablar si el sometimiento a la decisión del obispo era voluntario (*inter volentes*). Al respecto se han mantenido dos posturas: aquella que considera que la Const. Sirm. 1 es auténtica y configuraba una auténtica instancia jurisdiccional eclesiástica, electiva y concurrente con la de jueces estatales ordinarios⁹⁷ y aquella otra que entiende que la *Episcopalis audientia* era un arbitraje, aunque presentaba algunas peculiaridades respecto de los arbitrajes compromisarios⁹⁸.

Es difícil determinar si Constantino consideró a la *Episcopalis audientia* como una jurisdicción especial, parecida a la jurisdicción reconocida a los tribunales hebreos⁹⁹, o como un arbitraje¹⁰⁰, pero parece fuera de duda que sus sucesores, Arcadio y Honorio¹⁰¹, la revistieron de carácter arbitral, al exigir con ca-

minores sive inter maiores ab episcopis fuerit iudicatum, apud vos, qui iudiciorum summam tenetis, et apud ceteros omnes iudices ad executionem volumus pertinere...

96 Sobre estos problemas, Cuenca, *La episcopalis audientia...*, 51 ss.

97 De esta opinión son, aunque con distintos argumentos, entre otros Giulio 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* (Milano: Vita e Pensiero, 1937), 26 ss.; Id. *La giurisdizione civile dei vescovi (secoli I-X)*, (Milano: Giuffrè, 1995), 53 ss.; Maria Rosa Cimma, *L'episcopalis audientia' nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano* (Torino: Giappichelli, 1989), 286; D'Ors, *El arbitraje...*, 280; Federico Pergami, *L'appello nella legislazione del tardo impero* (Milano: Giuffrè, 2000), 361, nt. 129; Rinalfi, "Episcopalis audientia...", 217.

98 Pietro de Francisci, "Per la storia dell'episcopalis audientia. Fino alla Nov. XXXV (XXXIV) di Valentiniano", *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia (Scritti O. Scalvati)* 30, (1915-1918): 51 ss.; Edoardo Volterra, "Recensión a Vismara. *Episcopalis audientia*", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 13-14 (1947-1948): 355 ss.; Hasso Jaeger, "Justinien et l'episcopalis audientia", *Revue Historique de Droit français et étranger* 38 (1960): 215, 220, 231; Gino Masi, "L'udienza vescovilenelle cause laiche da Constantino ai franchi. Spunti ed orientamenti", *Archivio Giuridico* 122, 2 (1939): 87 ss.

99 Los hebreos no acudían a los tribunales romanos, sino a tribunales propios, reconocidos por los romanos hasta que Arcadio y Honorio suprimieron la jurisdicción hebrea y la redujeron a un arbitraje (C. Th. 2, 1,10 = C.J. 1,9,8 a. 398). Sobre este punto, Volterra, "Recensión a Vismara...", 358; Cuenca, *La episcopalis audientia...*, 15 s.

100 Así se expresa Cremades Ugarte, *Derecho romano, comunidad...*, 101 ss.

101 La legislación de estos emperadores sobre la *Episcopalis Audientia* la encontramos en C.J. 1,4,7 (a. 398); C. Th. 16,11,1 (a. 399); C. Th. 2, 1,10 = C.J. 1,9,8 (a. 398); C. Th. 11,27,2 = C.J. 1,4,8 (Honorio y Teodosio II, a.

rácter general el consentimiento de ambas partes para acceder al tribunal del obispo, haciendo referencias explícitas a la situación de los árbitros privados, unido todo esto al hecho de que el obispo no era un órgano del estado¹⁰².

Para los cristianos la *Episcopalis audientia* presentaba ventajas respecto de los tribunales ordinarios: aparte de la *auctoritas* y la honestidad reconocida a los obispos, frente a la corrupción de los jueces estatales¹⁰³, hay que añadir que en su seno las controversias eran resueltas conforme a los principios de la *Lex Christiana*, eludiéndose la aplicación estricta del derecho, además de acogerse a un procedimiento más flexible, más rápido y menos costoso¹⁰⁴. Como causa importante de su difusión Marrone ha destacado el sentimiento de pertenencia a un grupo, en este caso religioso¹⁰⁵.

Entre las causas que movieron a Constantino al reconocimiento de la *Episcopalis audientia* dos han sido destacadas por Bonin: la imposibilidad de reconducir a los cristianos a la jurisdicción temporal y la intención de reducción de la carga de trabajo de los funcionarios imperiales y de agilizar la administración de justicia¹⁰⁶. Cuenca apunta al mal funcionamiento de la administración estatal de justicia y el intento del emperador de paliar esta situación, «pero sin debilitar la ya escasa confianza en la justicia estatal», para lo que se adoptaron una serie de precauciones en relación con el acceso a la misma: la imposibilidad de abandonar el proceso pendiente ante el juez secular tras la *litis contestatio*, la imposibilidad de replantear ante el obispo el asunto ya decidido por un *iudex*, etc. En constituciones posteriores de los emperadores Arcadio y Honorio (C.J. 1,4,7 y C.J. 1,4,8 = C. Th. 1,27,2) se mantiene el mismo carácter arbitral de la *Episcopalis audientia*, pues reafirmaron (que no introdujeron) el requisito de la voluntad concorde de las partes para acceder a ella. Justiniano, por su parte, recogió en su Compilación estas leyes, que consagraban a la *Episcopalis audien-*

408).

102 Cuenca, *La episcopalis audientia...*, 113; un obispo no hubiera podido en ningún caso obligar a comparecer a la parte demandada ante su tribunal, pues carecía de poder coactivo.

103 Juan De Churruca, “Le refus...”, 19 (17) considera un hecho histórico bien establecido los numerosos abusos en la administración de justicia en esta época (sobornos, presión de las clases socialmente bien establecidas, etc.) y la poca eficacia de las medidas adoptadas para hacer frente a esa corrupción.

104 Rinolfi, “Episcopalis audientia...”, 230; Filippo Bonin, “Tra interesse pubblico e teologia politica: l’episcopalis audientia in età costantiniana”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* 65 (2018): 98 i.f. y s. se refiere a la corrupción de los jueces, la lentitud de los procedimientos y los costes de algunos juicios de apelación.

105 V. nt. 76 de este trabajo.

106 Así, Filippo, “Tra interesse ...”, 82 y nt. 12; 99 s.; para este autor, aparte de estas razones de oportunidad, detrás del trato de favor a la *Episcopalis audientia* está el deseo del emperador de reconocer poder temporal a la Iglesia, con lo cual a su vez le procuró a este el favor de las autoridades eclesiásticas.

tia como una forma especial y privilegiada de arbitraje (C.J. 1,4,7 y 8; C.J. 1,4,13 y C.J. 1,4,29,4), aunque esta había perdido ya importancia en la práctica, debido a que el derecho se había cristianizado en gran medida; probablemente también debido a que los obispos no tuvieron especial interés en mantener esa atribución, que les exigía mucha dedicación¹⁰⁷, y dirigieron sus esfuerzos en otro sentido¹⁰⁸.

3. CONCLUSIONES

Arbitraje y jurisdicción mantienen en Roma una estrecha relación, de matices cambiantes a lo largo de la historia del proceso civil. La aparición de la jurisdicción y de la justicia oficial conllevó importantes avances en la tutela de los derechos (*ius actionis*, eficacia de cosa juzgada y carácter ejecutivo de la decisión del juez), aunque, a falta de una sólida y compleja organización estatal, el proceso civil romano tuvo que apoyarse en sus comienzos en la justicia privada y particularmente en al arbitraje. No obstante, los defectos o insuficiencias de la jurisdicción propiciaron la difusión de los arbitrajes privados, que no llegaron nunca a desaparecer de la práctica jurídica romana.

Con el reconocimiento pretorio de los arbitrajes compromisarios se inició un acercamiento entre proceso judicial y proceso arbitral, dirigido más a controlar que los principios fundamentales establecidos para la tutela de los derechos no fueran vulnerados (derecho a la tutela, imparcialidad, garantías procesales, materias excluidas de arbitraje, etc.), que a imponer al árbitro una solución conforme al *ius*, a hacer apelable la decisión arbitral o ejecutable por los órganos estatales. Con el reconocimiento legal de la *Episcopalis audientia* por Constantino en el S. IV d.C., se dio un paso más, pues sus decisiones alcanzaron efecto de cosa juzgada y fuerza ejecutiva por los órganos del estado; se aprecia en ello un trato de favor hacia las autoridades eclesiásticas y la necesidad de resolver los graves problemas de la administración de la justicia oficial.

Se podría afirmar que, cuanto más les convino a los órganos jurisdiccionales aliviar su tarea en el cumplimiento de la función jurisdiccional, más reconocimiento otorgó el ordenamiento jurídico al arbitraje; y cuanto más reconoci-

107 Belda, "El ministerio judicial del obispo...", 400 da cuenta de los testimonios en ese sentido de San Agustín o San Juan Crisóstomo.

108 Cuenca, *La episcopalis audientia...*, 192 ss. Entre esas razones señala la ampliación del *privilegium fori* y la influencia de los obispos sobre la administración de justicia merced a la Nov. 86 de Justiniano, que les atribuye funciones de control y colaboración con la justicia secular.

miento, más se procuró que el procedimiento arbitral cumpliera los requisitos estándares del procedimiento oficial. Por otra parte, la búsqueda por los particulares de soluciones adaptadas a las peculiaridades de la materia en cuestión, emitidas por personas expertas o pertenecientes al mismo grupo social, profesional o religioso, en definitiva, de soluciones basadas en criterios propios y no en la estricta aplicación del derecho oficial, fue probablemente una razón fundamental de la difusión del arbitraje en Roma en las distintas épocas, a la que se sumaban consideraciones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, etc. El arbitraje constituyó así una alternativa a la jurisdicción especialmente adecuada cuando las partes querían decidir libremente conforme a qué reglas y qué personas habían de decidir sus controversias; no obstante, la importancia del arbitraje en Roma siempre fue, desde que existió la jurisdicción, por detrás de esta, al igual que hoy en día.

Precisamente respecto del arbitraje moderno, su papel y las razones de su mayor o menor extensión en la práctica¹⁰⁹, puedan algunas de las ideas expuestas sobre el arbitraje en Roma propiciar la reflexión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barona Vilar, Silvia. “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 18, nº 1 (2011): 185-211.
- Belda Iniesta, Javier. “El ministerio judicial del obispo hasta la aparición de la Lex Christiana (SS. I-IV)”. *Anuario de Derecho Canónico* 4 (2015): 387-401.
- Bonifacio, Franco. Voz: «Arbitro e arbitratore (diritto romano)». En *Novissimo Digesto Italiano* I². 925-928. Torino: UTET, 1958.
- Bonin, Filippo. “Tra interesse pubblico e teologia politica: l’episcopalis audientia in età constantiniana”. *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* 65 (2018): 77-104.
- Broggini, Gerardo. «*Iudex arbiterve*». *Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz: Bohlau, 1957.
- Buigues Oliver, Gabriel. *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbititer ex compromisso*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1990.
- Buono-Core, Raúl. “Diplomacia y Monarquía: Rómulo y Numa”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Sección Derecho Romano) 35 (2013).

109 Marrone, “Sull’arbitrato privato...”, 8/12 advierte de que parte de la consideración moderna de la importancia de los grupos sociales en la difusión del arbitraje; también Gil García, “El arbitraje...”, 177 afirma 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.”.

- https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552013000100003
- Cimma, Maria Rosa. *L'episcopalis audientia' nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino: Giappichelli, 1989.
- Cremades Ugarte, Ignacio. *Derecho romano, comunidad cristiana y 'episcopalis audientia'. Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 8 (1996): 99-138.
- Crifó, Giuliano. «Arbitrato (diritto romano)». En *Enciclopedia del Diritto* II. 893-894. Milano: Giuffrè, 1958.
- Cuena Boy, Francisco José. *La episcopalis audientia. La justicia episcopal en las causas civiles entre laicos*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1985.
- D'Ors, Álvaro. "El arbitraje jurídico". En *Parerga Histórica*. 271-291. Pamplona: EUNSA, 1997.
- D'Ors, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Pamplona: EUNSA, 1997.
- De Churruca, Juan "Le refus des tribunaux païens par saint Paul". En *Cristianismo y Mundo romano*. Nuevos estudios. 3-21 (1-19). Madrid: Marcial Pons, 2009.
- De Francisci, Pietro. "Per la storia dell'episcopalis audientia. Fino alla Nov. XXXV (XXXIV) di Valentiniano". *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia (Scritti O. Scalvati)* 30 (1915-1918): 45-75.
- Díez-Picazo, Luis. Contestación al discurso *La deuda histórica del arbitraje moderno* de A. Fernández Buján. 201- 216. Madrid: Dykinson, 2014.
- Fernández Barreiro, Alejandrino y García Camiñas, Julio. "Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en Derecho romano". En *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*. Dir. por Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín. 27-52. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011.
- Fernández de Buján, Antonio. *Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano*. Madrid: Iustel, 2006.
- Fernández de Buján, Antonio. "Del arbitraje romano configurado «a semejanza de los juicios» «*compromisso quod iudicium imitatur*»". *Revista de Derecho Uned* 11 (2012): 269-278.
- Fernández de Buján, Antonio. "Del arbitraje romano configurado a semejanza de los juicios al arbitraje actual como «equivalente jurisdiccional»". *Revista General de Derecho romano*, 19 (2012).
- Fernández de Buján, Antonio. *La deuda histórica del arbitraje moderno*. Madrid: Dykinson, 2014.
- Fernandez de Buján, Antonio. "Bases romanísticas del arbitraje actual análisis de las concordancias entre el derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje". *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 82 (2016): 405-450.
- Fernández de Buján, Antonio. *La deuda histórica del arbitraje moderno. Concordancias entre la Ley 60/2003, de arbitraje y el Derecho arbitral griego y romano*. Madrid: Dykinson, 2017.
- Fernández de Buján, Antonio. *Derecho romano*. 6^a edición. Madrid: Dykinson, 2022.
- Fuenteseca Degeneffe, Margarita. *La función jurisdiccional civil en Roma. Iudicium arbitriumve*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008.
- Fusco, Stefania. "Studi sul compromisum arbitri. I. La letteratura e la exceptio pacti". *Ius*.

- Rivista di Scienze Giuridiche* 2-3 (2020): 50-88.
- Gil García, Olga. “El arbitraje: un viejo remedio para el nuevo fenómeno de la globalización”, en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. 4 (*Derecho procesal romano*), dir. por Justo García Sánchez, coord. por Carmen López Rendo Rodríguez y M^a José Azaustre, 1759-1775. Madrid: BOE, 2021.
- Jaeger, Hasso. “Justinien et l’*episcopalis audientia*”. *Revue Historique de Droit français et étranger* 38 (1960): 214-262.
- Jörs, Paul. y Kunkel, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Traducido por Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz. Barcelona: Editorial Labor, 1965.
- Kaser, Max. y Hackl, Karl. *Das römische Zivilprozessrecht*. München: Verlag C.H. Beck, 1996.
- La Pira, Giorgio. “Compromissum e litis contestatio formulare”. En *Studi in onore di S. Riccobono*, vol. 2. 189-226. Palermo: Giuseppe Castiglia, 1936.
- Lemosse, M. “Hospitium”, en *Études Romanistiques* 26 (1990): 293-305.
- Lenel, Otto. *Das Edictum Perpetuum*. Pamplona: Analecta, 2008.
- Linares Pineda, José Luis. “«Compromissum» y «receptum arbitrii»: Aspectos negociables del arbitraje privado romano en relación con el moderno”. En *Derecho romano de obligaciones: Homenaje al profesor Murga Gener*, coordinado por Francisco Javier Paricio Serrano. 709-720. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- Marrone, Matteo. “Sull’arbitrato privato nell’esperienza giuridica romana”. *Rivista dell’arbitrato* VI.1, (1996): 1-. https://sites.unipa.it//dipst/dir/pub/marrone/arbitrato_privato.htm
- Marrone, Matteo. “Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana”. *Rivista Roma y América, Diritto Romano Comune* 5 (1998): 57-73.
- Martini, Remo. *Diritti greci*, Bologna: Zanichelli, 2005.
- Masi, Gino. “L’udienza vescovile nelle cause laiche da Constantino ai franchi. Spunti ed orientamenti”. *Archivio Giuridico* 122, n^o 2 (1939): 86-191.
- Massara, Tomasso dalla. “Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e ‘iudicium’: un itinerario nella giurisprudenza classica”. En *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di Luigi Garofalo, II. 112-173. Padova: CEDAM, 2012.
- Miquel, Joan. *Derecho romano*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Palao Herrero, Juan. *El sistema jurídico ático clásico*, Madrid: Dykinson, 2007.
- Paricio Serrano, Francisco Javier. “Notas sobre la sentencia del ‘*arbitrator ex compromisso*’”. *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 31 (1984): 283-306.
- Paricio Serrano, Francisco Javier. *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Pacchioni, Giovanni. “*Arbitrium merum e arbitrium boni viri*”. *Rivista di diritto commerciale*, 9, II (1911): 369-376.
- Pergami, Federico. *L’appello nella legislazione del tardo impero*, Milano: Giuffrè, 2000.
- Rinolfi, Cristiana Maria. “*Episcopalis audientia e arbitrato*”. En *Principi generali e tecniche operative del proceso civile romano nei secoli IV-VI d.C.* (a cura di Salvatore Puliatti e Ulrico Agnati), Atti del Convegno Parma 18 e 19 giugno. 191-239. Parma: MUP, 2009. <https://www.dirittoestoria.it/8/Tradizione-Romana/Rinolfi-Episcopalis-audientia->

arbitrato.htm

- Robles Reyes, Juan Ramón. *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*. Murcia: Universidad de Murcia, 2004.
- Robles Reyes, Juan Ramón. *Magistrados, jueces y árbitros en Roma: competencia civil y evolución*. Madrid: Dykinson, 2009.
- Schirmer, Th. “Arbitrium merum und arbitrium boni viri”. *Archiv für die civilistische Praxis* 91, n^o 1 (1901): 136-141.
- Sitzia, Francesco. “Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino”. *AUPA* 57 (2014): 239-264. <https://sites.unipa.it/dipst/dir/pub/annali/ANNALI%202014/Sitzia.pdf>.
- Talamanca, Mario. L’arbitrato romano dai veteres a Giustiniano”. *Labeo* 20, n^o 1 (1974): 83-104.
- Talamanca, Mario. *Richerche in tema di «compromissum»*. Milano: A. Giuffrè, 1958.
- Vallejo Pérez, Gema. *Métodos alternativos de resolución de conflictos en derecho romano. Especial referencia a la mediación*. Madrid: Dykinson, 2018.
- Vismara, Giulio. *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: Vita e Pensiero, 1937.
- Vismara, Giulio. *La giurisdizione civile dei vescovi (secoli I-X)*. Milano: Giuffrè, 1995.
- Volterra, Edoardo. “Recensión a G. Vismara. *Episcopalis audientia*”. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 13-14 (1947-1948): 353-367.
- Wlassak, Moritz. *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes*. Wien: In Kommission bei A. Hölder, 1921.
- Wlassak, Moritz. Voz: “Arbiter” y “Arbitrium”. En Georg Wissowa u.a. (Hrsg.), *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Band II/1, col. 408-411. Stuttgart: Metzler, 1895.
- Wlassak, Moritz. *Die Litiskontestation im Formularprozess*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humboldt, 1889.
- Ziegler, Karl-Heinz. *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*. München: Beck, 1971.

M^a TERESA GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO
 Área de Derecho Romano
 Departamento de Derecho Privado
 Facultad de Derecho
 Universidad de Extremadura.
 gonpalen@unex.es
 ORCID: 0000-0002-1485-001X